UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

BEATRIZ VEIGA CARVALHO

O “DEVER DE MITIGAR DANOS” NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL:
A Perspectiva do Direito Brasileiro

SÃO PAULO
2014

BEATRIZ VEIGA CARVALHO

**O “DEVER DE MITIGAR DANOS” NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL:
A Perspectiva do Direito Brasileiro**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como requisito para
obtenção do título de Mestre na área de Direito Civil.

Área de Concentração: Direito Civil

Orientadora: Professora Associada Patrícia Faga
Iglecias Lemos

SÃO PAULO

2014

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Carvalho, Beatriz Veiga

O “dever de mitigar danos” na responsabilidade contratual: A perspectiva do direito brasileiro / Beatriz Veiga Carvalho; orientadora Patrícia Faga Iglecias Lemos. – São Paulo, 2014.

222 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2014.

Contratos, responsabilidade contratual, dever de mitigar, perdas e danos, boa-fé, razoabilidade, proteção, cooperação, abuso do direito.

Nome: CARVALHO, Beatriz Veiga

Título: O “Dever de Mitigar Danos” na Responsabilidade Contratual: A Perspectiva do Direito Brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Mestre na área de Direito Civil.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Profa. Dra. Patrícia Faga Iglecias Lemos (orientadora)	Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
---	---

Julgamento: _____	Assinatura: _____
-------------------	-------------------

Prof. Dr. _____	Instituição: _____
-----------------	--------------------

Julgamento: _____	Assinatura: _____
-------------------	-------------------

Prof. Dr. _____	Instituição: _____
-----------------	--------------------

Julgamento: _____	Assinatura: _____
-------------------	-------------------

À minha família, minha maior incentivadora, que sempre apoiou com amor, compreensão e carinho cada passo na caminhada da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido, Lourival, pelo amor e companheirismo que preenchem todos os meus dias, pelo cuidado e atenção nas mínimas coisas, por me fazer feliz.

À minha família, principalmente a meus pais, Ligia e Carlos, e à minha irmã, Mariana, pelo amor incondicional, pelo incentivo a sempre continuar e pela compreensão nos momentos de ausência. E à minha saudosa avó Carmen, que nos deixou tão recentemente, mas cujos ensinamentos – dentre eles, o de que são poucas as coisas realmente valiosas nesta vida – e de quem a saudade ficarão para sempre.

À Professora Patrícia Faga Iglecias Lemos, por ter gentilmente me recepcionado na pós-graduação e me orientado neste trabalho. Mesmo sendo pouco simplesmente agradecer pelas enormes oportunidades a mim oferecidas e pelos importantes ensinamentos compartilhados, registro minha profunda admiração e carinho.

Aos Professores Claudio Luiz Bueno de Godoy e Teresa Ancona Lopez, pelas críticas e comentários valiosos que me ajudaram no caminho que levou à conclusão desta dissertação. Agradeço também aos demais Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que desde minha graduação contribuem para os meus sempre pequenos passos no mundo do Direito.

Ao Professor Andrew Guzman, da *University of California, Berkeley*, que, em suas aulas, apresentou-me a teoria da *avoidability*, transformada no objeto desta minha dissertação de mestrado. A ele e aos demais Professores da *Boalt Hall*, bem como aos meus amigos e colegas do *LL.M.*, agradeço a acolhida em meu período de estudos nos Estados Unidos.

E, por fim, mas não menos importante, aos meus amigos que contribuíram com tantas formas para este trabalho que talvez sequer imaginem: um olhar, uma palavra, um livro, uma sugestão. O meu muito obrigada a Clara, Ana Paula, Rubens, Pedro, Ana Valéria, Paula B., Fabio, Beatriz K., Gilberto, Giuliana, Paula C., Alex, Patricia, Fernanda, Regina, Katia, Celina, Flavia, entre tantos outros que merecem o meu reconhecimento pela valiosa contribuição.

Nenhum homem é uma ilha, um ser inteiro em si mesmo; todo homem é uma partícula de um continente, parte da terra firme. Se um torrão de terra for carregado para longe pelo mar, a Europa torna-se menor, como se fosse um promontório, como se fosse o solar de um amigo teu, ou o teu próprio; também a morte de qualquer homem me diminui, porque eu pertenço à humanidade. Portanto, nunca procures saber por quem os sinos dobram, eles dobram por ti.

John Donne, Meditação XVII

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi o estudo da teoria da *avoidability* ou *duty to mitigate the loss* à luz do Direito Brasileiro. Sua escolha decorreu do fato de o ordenamento pátrio, diferente de outros tantos, não prever a existência expressa de um dever – ou mais propriamente de um ônus – de o contratante inadimplido adotar as medidas razoáveis ao seu alcance para reduzir as perdas e danos causados pelo inadimplemento do outro contratante. Do estudo do direito estrangeiro, procurou-se compreender as principais características do instituto, bem como as críticas feitas a ele, para que sua estrutura e suas possíveis objeções pudessem também ser examinadas sob a perspectiva do direito nacional. Demonstrado que o problema da redução dos prejuízos pelo próprio credor da indenização não poderia ser satisfatoriamente resolvido – ao menos não integralmente – sob a perspectiva da causalidade concorrente, e que não haveria nenhum óbice intransponível à adoção da regra, passou-se a avaliar se ela já seria uma leitura possível do princípio da boa-fé objetiva. A conclusão alcançada com base na doutrina, e posteriormente confirmada com o posicionamento jurisprudencial, mostrou-se positiva. Demonstrou-se, portanto, que a mitigação de danos pelo credor é um ônus decorrente da cláusula geral que impõe aos contratantes o dever de agir com probidade e boa-fé, dever esse que não é afetado sequer pelo inadimplemento da prestação principal pela contraparte, sob pena de o exercício do direito de indenização tornar-se abusivo. A ausência de uma regra expressa que imponha ao contratante inadimplido o ônus de mitigar seu próprio prejuízo não impede, pois, o reconhecimento da regra no Direito Brasileiro, de modo que sua positivação expressa, embora disponível, traria como única vantagem a maior clareza sobre as regras de responsabilidade contratual, com a facilitação apenas relativa do processo decisório nesses casos.

PALAVRAS-CHAVE: contratos, responsabilidade contratual, dever de mitigar, perdas e danos, boa-fé, razoabilidade, proteção, cooperação, abuso do direito.

ABSTRACT

The purpose of this work was to study the theory of avoidability or the duty to mitigate the loss in light of the Brazilian law. Its choice arose from the fact that the domestic legal system, different from many others, does not set forth the express existence of a duty – or more properly of a burden – of the breached against party to adopt the reasonable measures available to him/her in order to reduce the losses and damages caused by the breach by the other contracting party. The study of the foreign law was sought to allow the understanding of the main characteristics of the rule, as well as the criticisms raised against it, so that its structure and its main objections could similarly be assessed under the perspective of the national law. Once demonstrated that the problem of the reduction of losses by the creditor himself/herself could not be satisfactorily resolved – at least not totally – based on the joint causation and that there was no unbridgeable obstacle to the adoption of the rule, it was then evaluated whether it was already a possible construction of the principle of good faith. The conclusion reached based on the literature and afterwards confirmed by the case law was positive. It was evidenced, therefore, that the mitigation of damages by the creditor is a burden arising from the general clause that poses on the contracting parties the duty to act with correctness and good faith, duty which not affected even by the breach of the main obligation by the counterpart, under the consequence of the right to damages being exercised abusively. The lack of an express rule that poses a burden on the breached against party to mitigate his/her own losses does not prevent, thus, the recognition of such a rule in the Brazilian legal system, meaning that its formal adoption, although unessential, would only bring the advantage of more clarity on the rules of damages arising from the breach of contract, with a mere relative facilitation of the decision process on these cases.

KEYWORDS: contract, damages arising from the breach of contract, duty to mitigate, damages, good faith, reasonableness, protection, cooperation, abuse of rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA DA <i>AVOIDABILITY</i> E O <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> – A ORIGEM DO INSTITUTO E SEU DESENVOLVIMENTO NO DIREITO ESTRANGEIRO E NO DIREITO INTERNACIONAL	15
2.1 Conceito e Fundamentos	15
2.2 Origem Histórica	24
2.3 <i>Duty to Mitigate</i> no Direito Norte-Americano	28
2.3.1 Jurisprudência – <i>Case Law</i>	29
2.3.1.1 Decisões Judiciais	29
2.3.1.2 O <i>Restatement of Contracts – Second</i>	37
2.3.2 Legislação – <i>Statutory Law</i> – O <i>Uniform Commercial Code</i>	39
2.4 Instrumentos de Direito Internacional	47
2.4.1 A Mitigação de Danos na Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, nos Princípios da UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais e nos Princípios de Direito Contratual Europeu	49
2.4.2 A Doutrina e Precedentes Judiciais e Arbitrais sobre a Mitigação de Danos nos Instrumentos de Direito Internacional	57
2.4.2.1 Fundamentos Econômicos e Axiológicos	57
2.4.2.2 Mitigação de Danos por Meio de Operação Substitutiva	62
2.4.2.3 Mitigação de Danos por Meio de Outras Condutas da Parte Prejudicada	65
2.4.2.4 Cumprimento Irregular da Obrigação e as Medidas Mitigatórias pela Parte Prejudicada	66
2.4.2.5 Mitigação de Danos e as Fórmulas do Cálculo Indenizatório – A Regra Concreta e a Regra Abstrata	68
2.4.2.6 Mitigação de Danos <i>v.</i> Culpa Concorrente nos Instrumentos de Direito Internacional	74
2.5 A Resistência do Direito Francês ao Dever de Mitigação de Danos	77
3 A LEITURA DA MITIGAÇÃO DE DANOS SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO	86
3.1 A Estrutura	86
3.2 As Objeções	89
3.2.1 Não Haveria um “Dever” de Mitigar o seu Próprio Prejuízo – O Problema da Natureza Jurídica	89

3.2.2 A Regra de Mitigação de Danos Seria Dispensável em Vista da Norma que Permite a Redução da Indenização em Caso de Concorrência de Responsabilidade da Vítima	99
3.2.3 A Regra de Mitigação de Danos Violaria o Princípio da Reparação Integral e a Regra de que a Indenização se Mede pela Extensão do Dano.....	108
3.2.4 A Regra de Mitigação de Danos Limitaria a Escolha da Alternativa a ser Adotada pela Parte Prejudicada em razão do Inadimplemento à Mera Reparação de Danos	125
3.3 As Possibilidades.....	128
 4 A RECEPÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DANOS PELO DIREITO BRASILEIRO	133
4.1 A Mitigação de Danos sob a Ótica da Boa-Fé Objetiva	135
4.1.1 A Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	136
4.1.2 Funções da Boa-Fé Objetiva	147
4.1.3 A Boa-Fé Objetiva na Fase Pós-Contratual e Especialmente em Vista do Inadimplemento do Contrato.....	154
4.1.4 A Mitigação de Danos vis-à-vis a Boa-Fé Objetiva.....	159
4.2 A Mitigação de Danos sob a Ótica do Abuso do Direito	163
4.2.1 O Abuso do Direito	163
4.2.2 A Distinção entre a Mitigação de Danos e Certas Formas Típicas de Abuso do Direito, Especificamente o Venire Contra Factum Proprium e a Suppressio.....	169
4.2.3 A Mitigação de Danos como Figura Autônoma de Vedação ao Abuso do Direito	175
4.3 A Vantagem da Positivização da Mitigação de Danos como Regra Autônoma.....	180
 5 A APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DANOS NO DIREITO BRASILEIRO.....	182
5.1 A Aceitação e a Fundamentação	182
5.2 As Medidas Mitigatórias e sua Razoabilidade	193
5.3 A Mitigação de Danos em Ações de Cobrança – Debate sobre os Encargos Legais e Contratuais em Especial os Juros e a Cláusula Penal	200
5.4 Considerações Gerais sobre a Aplicação da Mitigação de Danos pela Jurisprudência Brasileira	204
 6 CONCLUSÕES	206
 REFERÊNCIAS.....	211

1 INTRODUÇÃO

Tem se tornado comum afirmar que a responsabilidade civil transformou-se hoje num Direito de Danos.¹ Esta afirmação reflete o fenômeno, bem identificado por Anderson Schreiber, de que o dano vem ascendendo à posição de elemento central da responsabilidade civil, em vista da relativização ou flexibilização dos elementos relacionados à imputação do dever de indenizar – a culpa, que perdeu seu papel, antes fundamental, em vista do fortalecimento da responsabilidade objetiva; e o nexo causal, constantemente flexibilizado, seja pela indefinição quanto à teoria de causalidade adotada no Direito Brasileiro, seja pela posição eclética dos Tribunais na solução dos casos concretos.²

Dizer que o dano tornou-se o elemento central da responsabilidade civil implica reconhecer que a vítima está igualmente no seu centro. Com as constantes propostas de que os danos sejam socializados, o “ofensor”, o “causador”, o “culpado” – seja ele quem for – tem sido visto quase que como um representante da sociedade para o pagamento da indenização, podendo, cedo ou tarde, diluir a carga nele depositada de modo a transferi-la para a sociedade, quer incluindo seu valor nos custos operacionais do ofensor-empresa, que serão repassados na forma de acréscimo no preço de seus produtos, quer através de securitização dos riscos.³

O fenômeno não é exclusivo do Direito Brasileiro. Solène Le Pautremat afirma que a relação entre ofensor e vítima do dano nunca esteve tão desbalanceada. Os interesses daquele obrigado a responder perante outrem por danos causados têm sido relegados de tal maneira, que a doutrina francesa tem passado a se referir a esse processo como um culto à vítima.⁴

Esse fenômeno tampouco está restrito à responsabilidade civil aquiliana.

¹ Nesse sentido, Teresa Ancona Lopez afirma que: “com a evolução da responsabilidade civil e a colocação da vítima dos danos em seu centro, porquanto o importante é repará-lo, custe o que custar, seja quem for seu ofensor, a responsabilidade civil hoje é, na verdade, o Direito de Danos.” (LOPEZ, Teresa Ancona. *O Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 76).

² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79.

³ TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. Paris: Economica, 1981, p. 146-7.

⁴ É o que a autora descreve pela expressão “culte victimaire”. (LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of Damage: A French Perspective. *International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge, Inglaterra. v. 55, 2006, p. 210).

Isso porque, apesar dos regramentos singelamente distintos, a responsabilidade civil extracontratual e a contratual baseiam-se numa mesma noção comum de dever de reparar os danos infligidos a outrem, caracterizando um idêntico mecanismo jurídico sancionatório.⁵ O afastamento da culpa tanto da responsabilidade aquiliana, quanto da contratual, aproxima ambas do chamado direito de danos, donde se conclui que a responsabilidade contratual encaminha-se mais que da culpa ao risco, direciona-se também da culpa ao dano.⁶

Neste contexto, coloca-se em debate neste trabalho um problema aparentemente na contramão dessa tendência, a questão do chamado “dever de mitigar danos” pela própria vítima, especificamente na responsabilidade contratual, objeto deste trabalho. Segundo a teoria da *avoidability*, em caso de inadimplemento contratual, se a parte prejudicada pelo inadimplemento puder evitar ou mitigar o dano dele decorrente, mediante um esforço razoável e sem se submeter a risco, ônus ou degradação indevidos, e, ainda assim, deixar de fazê-lo, perderá o direito de ser ressarcida pelo valor total do dano que se concretizou.⁷

O problema se coloca no Direito Brasileiro pela falta de uma regra expressa que reconheça, de modo geral, qual o comportamento esperado do contratante inadimplido pós-descumprimento do contrato. É juridicamente esperado que a vítima do dano venha a mitigar seus próprios prejuízos? Se não o fizer, quais são as consequências jurídicas dessa conduta comissiva ou omissiva da vítima?

O silêncio da legislação brasileira, que reconhece expressamente a regra de mitigação de danos apenas em hipóteses muito específicas, gera dúvidas. Poderia esse silêncio significar, de um lado, que a positivação da regra de mitigação de danos seria dispensável, como, por exemplo, se fosse possível assegurar um mesmo resultado, ou seja, a redução proporcional da indenização devida, pela avaliação de outro elemento da responsabilidade civil. Sabe-se, é verdade, que as excludentes totais e parciais do nexo causal têm impacto não só sobre a determinação do dever de indenizar, mas também sobre a fixação do *quantum* indenizatório, o que poderia respaldar esta conclusão. Também é possível, diferentemente, que o silêncio signifique que a regra de mitigação é inadmissível fora das hipóteses específicas previstas em lei.

Contudo, se de um lado a ascensão do dano – e da vítima – ao centro da

⁵ CATALAN, Marcos. *A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual*. São Paulo: RT, 2013, p. 201.

⁶ *Idem*, p. 219-20.

⁷ FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*. 7. ed. New York: Foundation Press, 2008, p. 629.

responsabilidade civil pode ser identificada como uma moderna tendência do Direito Civil, tendência também há, especialmente desde a edição do Código Civil de 2002, de se buscar a eticidade e de se valorizar a boa-fé no relacionamento dos contratantes, impondo a eles mais do que um estado anímico, um efetivo dever de conduta proba, honesta e cooperativa. Assim, a principal hipótese de trabalho para a solução do problema ora posto era de que a mitigação de danos talvez pudesse ser construída como reflexo do princípio da boa-fé ou através de uma figura relacionada, como o abuso do direito. O estudo para confirmação dessa hipótese permitiria compreender não apenas a possibilidade de recepção do instituto no atual contexto normativo do Direito Brasileiro, mas também a necessidade de sua positivação expressa, caso a adoção da regra mostrasse-se valiosa.

Assim, a proposta deste trabalho foi partir do estudo do tema no direito estrangeiro, em especial no Direito Norte-Americano e no Direito Internacional Privado – no qual, pela necessidade de fomento de um sistema isonômico e seguro capaz de incentivar o comércio internacional, a regra de mitigação de danos tem apresentado importante desenvolvimento – procurou-se compreender as raízes, justificativas e principais características do instituto. Do mesmo modo, para se evitar uma visão tendenciosa do instituto, buscou-se, no estudo do Direito Francês, conhecer igualmente as críticas que lhe poderiam ser opostas, críticas essas que, dada a mesma origem romano-germânica, poderiam surgir como oposições válidas também no Direito Brasileiro.

Com esse alicerce – razão pela qual se justifica o exame do tema com enfoque quase exclusivo na responsabilidade contratual, tal como a regra se originou e desenvolveu no direito estrangeiro –, o tema foi transportado ao Direito Brasileiro. Procurou-se, então, sem se furtar ao exame dos possíveis obstáculos para o reconhecimento de uma regra geral de mitigação de danos na responsabilidade contratual, avaliar as possibilidades e fundamentos para o reconhecimento do tema no Brasil. Em vista da ainda limitada produção doutrinária específica sobre o tema, ao menos de forma aprofundada, este trabalho foi concluído com o exame jurisprudencial, capaz de revelar se e como a regra de mitigação de danos vem se desenvolvendo no Brasil.

Acredita-se, portanto, que esta dissertação reveste-se de importância acadêmico-científica, na medida em que busca suscitar a reflexão sobre um tema bastante complexo da área da responsabilidade civil contratual, em cotejo com o princípio da boa-fé. Confirmada a hipótese do trabalho, o estudo poderá ter fortes reflexos práticos, demonstrando a necessidade de as partes contratantes comportarem-se sempre consoante os ditames da boa-fé, mesmo nas situações em que, em princípio, poderiam se entender

liberadas de deveres adicionais, como no caso de inadimplemento por uma delas. Por via reflexa, o estudo pode contribuir para a segurança jurídica dos contratos e promover a eticidade dos negócios jurídicos.

Em suma, a importância desta dissertação é contribuir para que se estabeleça, de forma científica, um debate acerca de um tema ainda em desenvolvimento: a extensão e limites da cláusula geral de boa-fé objetiva.

2 TEORIA DA *AVOIDABILITY* E O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* – A ORIGEM DO INSTITUTO E SEU DESENVOLVIMENTO NO DIREITO ESTRANGEIRO E NO DIREITO INTERNACIONAL

2.1 Conceito e Fundamentos

O termo em inglês *avoidability* pode ser traduzido ao português como a possibilidade de evitar algo ou, permitindo-se o neologismo, como “evitabilidade”. Em matéria de responsabilidade contratual, também são comumente adotadas outras expressões de cunho similar, como *mitigation*, cognata da expressão em português mitigação, e também *duty to mitigate damages* ou *duty to mitigate the loss*, no sentido literal de um “dever” de se atenuar determinado dano.

A despeito dos questionamentos sobre qual a expressão mais adequada, tema sem consenso mesmo nos Estados Unidos,⁸ optou-se, neste trabalho, por utilizar todas elas. O propósito não é simplesmente garantir a fluidez da dissertação: a intercambialidade justifica-se inteiramente porque, mesmo no sistema anglo-saxão, todas essas expressões costumam ser utilizadas em matéria contratual, de modo quase indistinto, para se referir à figura de limitação da indenização em caso de inadimplemento contratual quando as consequências decorrentes do inadimplemento puderem ser evitadas pelo contratante prejudicado, sem um ônus excessivo para a parte inocente.

Segundo a teoria da *avoidability*, em caso de inadimplemento contratual, se a parte inocente puder evitar ou mitigar o dano decorrente do inadimplemento, mediante um esforço razoável e sem se submeter a risco, ônus ou degradação indevidos, e, ainda assim, deixar de fazê-lo, perderá o direito de ser ressarcida pelo valor total do dano que se

⁸ ROBERTS, Caprice L. Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages. *Loyola of Los Angeles Law Review*, n. 131, 2008, p. 140-1. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol42/iss1/6>>. Em seu artigo, Roberts invoca a lição do Professor Doug Rendleman, segundo o qual a expressão *mitigation of damages* seria mais adequadamente utilizada para se referir à possibilidade de a parte inadimplente reduzir os danos sofridos pela parte inocente. Seriam preferíveis, nesse contexto, os termos *minimize damages* ou *avoidable consequences* para se referir à conduta da parte inocente de prevenir a majoração de seu próprio dano. Ainda assim, como conclui Roberts, a tentativa de corrigir uma expressão já consagrada no direito anglo-saxão pode, ao invés de ajudar, prejudicar ainda mais a compreensão do tema.

concretizou.⁹ Em outras palavras, um tribunal não deve deferir a indenização à parte inocente no inadimplemento contratual se seu dano pudesse ter sido evitado por uma conduta proativa, de maneira compatível com as circunstâncias do caso.¹⁰

O contexto em que se insere a discussão sobre o *duty to mitigate* justifica a sua razão de ser. Em um dos principais artigos publicados sobre a matéria, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, os Professores Charles J. Goetz e Robert E. Scott,¹¹ da Universidade de Virginia, nos Estados Unidos, introduzem o tema de um princípio geral de mitigação sob a perspectiva da alocação de riscos entre as partes contratantes.

Explica-se: as partes contratantes normalmente identificam riscos que podem estar relacionados à relação contratual, preveem-nos e os alocam através de seus direitos e deveres, estipulando, por exemplo, obrigações alternativas ou penalidades. No entanto, conforme bem ressaltam os autores, a alocação de risco, própria de qualquer contrato, pode posteriormente demonstrar-se imprecisa ou inadequada em vista de novas informações, da modificação do grau de probabilidade de certos eventos ou da reavaliação do impacto de certas consequências do inadimplemento. Portanto, essa alocação inicial de risco, por melhor que seja, não representa uma caracterização definitiva de “*optimal responses to all future contingencies*”.¹²

Num contexto como o citado, a parte que se ver surpreendida por contingências não previstas pode ser forçada a optar entre (i) absorver o prejuízo não previsto; (ii) inadimplir o contrato, pagando a indenização respectiva; ou (iii) buscar a renegociação do negócio jurídico. Sua decisão possivelmente será a de perseguir a via que lhe parecer menos custosa, mas, já nesse contexto, pode-se reconhecer o relevante papel desempenhado pela colaboração entre as partes, reduzindo os custos não previstos e maximizando o proveito mútuo dos benefícios decorrentes da contratação.¹³

Essa mesma lógica aplica-se ao *duty to mitigate damages* na responsabilidade contratual, que exalta os benefícios de se reduzir custos, prejuízos ou perdas por assim dizer “comuns” pela parte que melhor puder fazê-lo, mesmo que isso

⁹ FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 629.

¹⁰ ROBERTS, Caprice L. *Op. cit.*, p. 140.

¹¹ GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*. *Virginia Law Review*, n. 69, n. 6, 1983, p. 967-1024.

¹² Ou seja, as partes, no momento da celebração do contrato, dificilmente conseguiriam prever as respostas ideais para toda e qualquer futura contingência. (GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. *Op. cit.* p. 972).

¹³ *Idem*, p. 973.

represente a mitigação do dano pela própria “vítima” do inadimplemento. A consequência desse princípio de mitigação é, ao menos no Direito Norte-Americano, a recusa de se indenizar a parte inocente por danos ou perdas efetivamente experimentados por ela se essa parte tiver perdido uma oportunidade razoável de reduzir esses prejuízos.

Como mencionado, as justificativas da teoria sob a ótica de *Law & Economics* tratam de maximização de benefícios mútuos, da redução de danos comuns e da mitigação dos prejuízos, sempre pela parte que tiver melhores possibilidades para tanto. Poder-se-ia questionar, então, o porquê de o *duty to mitigate the damages* ser sempre abordado sob o viés de um dever de a parte prejudicada pelo inadimplemento reduzir seus próprios danos, e não como um dever similar do contratante inadimplente. A explicação, nos parece, é lógica e razoável.

Sob a perspectiva da parte inadimplente, uma eventual falha de mitigar os danos da parte contrária é desdobramento do próprio inadimplemento do contrato, obrigando-a a ressarcir o outro contratante por perdas e danos. Inexiste maior dificuldade em se estabelecer a responsabilidade contratual nessa hipótese.¹⁴ Por outro lado, há real desafio em compreender quais as consequências do fato de o credor e titular do direito de reparação deixar de agir colaborativamente, omitir-se permitindo o crescimento de seu dano ou sem tentar minimizá-lo. Aqui as circunstâncias já não se subsumem perfeitamente às regras de responsabilidade contratual clássica e o problema se apresenta ao pensador e ao aplicador do direito.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, surge imediatamente a indagação sobre a natureza jurídica do dever de mitigar danos. Verifica-se que o instituto do *duty to mitigate* não poderia, em princípio, ser interpretado literalmente como um “dever” imposto à parte prejudicada pelo inadimplemento de mitigar seu próprio dano. A noção de inexistência de um dever de não autolesão em matéria cível é quase intuitiva e se funda na liberdade – sob sua faceta da liberdade de escolha ou livre-arbítrio¹⁵ – como um direito

¹⁴ Cf. Agostinho Alvim: “Não cumprida a obrigação, ou cumprida de modo irregular, surge para o devedor a obrigação de reparar o dano [...] A consequência, pois, do inadimplemento, é fazer nascer a obrigação de reparar o dano. O conceito clássico de não, o mais divulgado e seguido, é o que o faz consistir em uma ‘diminuição do patrimônio’.” (ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 169-70).

¹⁵ A questão do livre-arbítrio, a liberdade de escolha e o dano causado a si próprio costuma ser discutida, por exemplo, no tema da responsabilidade pelo uso de produto de periculosidade inerente. Em parecer específico sobre a matéria, Teresa Ancona Lopez discorre sobre os efeitos da conduta livre da vítima em relação ao dano causado a si própria: “Essas considerações impõem uma outra conclusão, a lançar luz sobre um aspecto pouco examinado pelos críticos do consumo do cigarro, qual seja, a de que a conduta da vítima deve ser levada em consideração na análise jurídica do alegado dano de dependência à nicotina. Ora, diante de um produto lícito, cujo teor de nicotina é altamente controlado/fiscalizado pelo Estado, e cujos riscos são

individual fundamental, positivado expressamente no *caput* e inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.¹⁶

Do mesmo modo, o artigo 186 do Código Civil de 2002 estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a *outrem*, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (grifos nossos). *A contrario sensu* e ressalvados os intentos fraudulentos, no Direito Civil, o dano causado a si próprio não é considerado um ato ilícito, de modo que a mitigação desses danos não poderia ser considerada um dever juridicamente exigível. Outrossim, todo indivíduo capaz pode praticar atos que levem deliberadamente à diminuição de seu próprio patrimônio, como indicam a remissão de dívida,¹⁷ a doação,¹⁸ a renúncia de direitos¹⁹ e, em certa

normais e previsíveis, além da ostensiva informação sobre os mesmos, como então ignorar o livre-arbítrio do consumidor na análise da responsabilidade civil? Com efeito, a maior ou menor dificuldade do consumidor em largar o hábito de fumar não tem qualquer relação com o Direito e, se existe, está ligada a questões psicológicas da pessoa, dentro também de sua liberdade de escolha. [...] Se, mesmo assim [ciente dos riscos], prefere o consumidor, no exercício pleno de sua liberdade e discernimento, iniciar e continuar o consumo de cigarro, deve, contudo, suportar as consequências de sua decisão, sob pena de violação da boa-fé objetiva na forma proibitiva do *venire contra factum proprium*. [...] A conduta da vítima perante o fato tem dois elementos que funcionam ao mesmo tempo e que elidem qualquer responsabilidade do fornecedor, quais sejam, i) o elemento subjetivo, que é a consciência do ato praticado e ii) o elemento objetivo, que é a aceitação das consequências danosas (no caso, a possível dependência do cigarro). O que nos faz concluir que toda vez que a vítima que não evita ou se omite sobre um dano contra si própria comporta-se de forma culposa. E a culpa pressupõe uso de liberdade por parte daquele que assume o risco / consequências de seu ato.” (LOPEZ, Teresa Ancona. Das Consequências Jurídicas da Dependência do Tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável. In: _____. (coord.). *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O Paradigma do Tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 505-7). Parece-nos que a discussão aqui travada seja bastante semelhante à do tema do dever de mitigar danos, na medida em que deixar de evitar um dano a si próprio, embora não signifique ter sido a vítima causadora do próprio dano, acaba por ter as mesmas consequências. A liberdade de agir que autoriza o indivíduo a causar dano a si próprio também permitiria, em princípio, que ele deixasse de evitar um dano iminente ao seu patrimônio, ainda que causado por terceiro.

¹⁶ Artigo 5º da Constituição Federal de 1998 prevê que: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁷ Cf. artigo 385 do Código Civil: “Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro”.

¹⁸ Cf. artigo 538 do Código Civil: “Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. É de se lembrar, ainda, que só é considerada nula a doação universal de bens, conforme artigo 548 do Código Civil. Nesse sentido, Pontes de Miranda: “Doação exauriente dos meios de subsistência. Lê-se no Código Civil [de 1916], art. 1.175: ‘é nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para subsistência do doador’. A sanção é a nulidade. O que se considera pressuposto para a nulidade é o não ficar o doador com bem ou renda que baste para prover à própria subsistência. Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 70, § 2, considerava-se ilícita a cláusula de entrega de todos os bens, não se ‘reservando deles coisa alguma’. Daí se tirava o ‘*beneficium competentiae*’. No texto havia alusão ao Direito, isto é, ao Direito Romano. Valia a doação de todos os bens se o doador reservava algo; não valia, ‘não se reservando coisa alguma’.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XLVI. Campinas: Bookseller, 2006, p. 314-5).

¹⁹ Dentre outros exemplos, o Código Civil prevê a renúncia ao direito de propriedade (artigo 1.275, inciso II, do Código Civil), ao usufruto (artigo 1.410, inciso I, do Código Civil), ao penhor (artigo 1.436, § 1º, do Código Civil) e à herança (artigo 1.806 do Código Civil).

medida, o pagamento de dívida prescrita ou outra obrigação judicialmente inexigível,²⁰ sem que seja forçado a restringir essa diminuição patrimonial ao mínimo possível.

Também nos Estados Unidos, onde o instituto desenvolveu-se significativamente, os juristas apontam que o instituto não imporia propriamente um dever de mitigação do próprio dano, mas sim um fator de limitação de eventual indenização decorrente do inadimplemento contratual.²¹ Goetz e Scott esclarecem sobre a equivocidade da expressão “dever” de mitigação de danos e, ainda assim, justificam a conveniência de sua manutenção:

Gerações de juristas têm observado que o termo ‘dever’ é equívoco, porque a parte inadimplente do contrato invoca a falha em mitigar os danos como uma defesa para reduzir o valor da indenização pela qual, de outro modo, ela seria responsável, e não como uma ação afirmativa. Ver *Rock v. Vandine* 106 Kan. 588, 189, P. 657 (1920) [...]. Entretanto, porque o termo “duty” é não apenas comum como conveniente, iremos utilizá-lo no curso deste artigo. (tradução nossa).²²

Daniel Pires Novais Dias também enfatiza esse ponto. Segundo o autor, o sistema de quantificação da indenização nos países de *Common Law* partiria de uma concepção ampla de “imputação de danos”. Para se evitar que as indenizações assumissem valores absurdos, os tribunais teriam, ao longo do tempo, estabelecido certos limites ou “filtros de imputação” de modo que a indenização se circunscrevesse a patamares razoáveis. Dentre esses fatores, estaria o *duty to mitigate the loss*, utilizado para a fixação do valor adequado da indenização. Essa seria, portanto, uma norma de quantificação da indenização e não propriamente um dever imposto a uma das partes contratantes.²³

²⁰ Cf. artigo 882 do Código Civil: “Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”. Diz-se “em certa medida” porque nessa hipótese a dívida existe, embora não pudesse ser exigida.

²¹ Na concepção norte-americana, a parte inocente não incorreria em responsabilidade adicional perante a parte inadimplente pela não mitigação dos danos, mas simplesmente estaria impedida de receber a indenização decorrente do inadimplemento contratual por inteiro, devendo ser excluído o montante que poderia ter sido evitado. (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 629-30).

²² “Generations of legal commentators have observed that the term ‘duty’ is misleading because the contract breacher invokes the failure to mitigate as a defense to reduce the damages for which he is otherwise liable rather than as an affirmative right of action. Thus, the failure to mitigate merely ‘disables’ the injured party from recovering avoidable losses. See *Rock v. Vandine*, 106 Kan. 588, 189 P. 657 (1920) (...). Nevertheless, because the term ‘duty’ is both common and convenient, we will use it throughout this article.” (GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. *Op. cit.* p. 967).

²³ DIAS, Daniel Pires Novais. *O Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil Brasileiro e o Encargo de Evitar o Próprio Dano*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, n. 45, jan-mar 2011, p. 98-9. Como defende o autor neste artigo, a ideia de um dever de reduzir o próprio dano conflita com a noção clássica de que um indivíduo não pode ser impedido de diminuir o seu próprio patrimônio, como mencionado anteriormente. Esse tema voltará a ser debatido nesta dissertação, pois nessa discussão reside, em última análise, a relação entre o dito “dever” de mitigar danos e as figuras que poderiam justificar sua aplicação no Direito Brasileiro.

Outros ordenamentos jurídicos igualmente discutem se esse princípio de mitigação poderia ser caracterizado como um efetivo dever jurídico. No primeiro artigo escrito sobre a matéria no Brasil “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”, Véra Maria Jacob de Fradera reporta que a natureza jurídica do dito “dever” de mitigação de danos é bastante controvertida.

Segundo a jurista, no Direito Alemão, o dever de mitigar o próprio prejuízo não caracterizaria propriamente (i) uma obrigação, porque sua violação não poderia, em princípio, ser sancionada pela via da responsabilidade contratual, bem como porque seu cumprimento não estaria sujeito à execução específica,²⁴ mas tampouco se enquadraria na categoria de (ii) uma obrigação natural.²⁵ A caracterização lá dada, com fundamento nas normas sobre seguro, seria a de uma *obliegenheit*, ou seja, um “dever de menor intensidade”, cuja “obediência está no interesse desta pessoa”.²⁶

Véra Fradera também cita o exemplo do ordenamento jurídico suíço, em que a noção de mitigação de danos também é reconhecida como uma *incombance*, termo utilizado no sentido de ônus²⁷ ou, numa tradução literal, de um encargo. A *incombance* não

²⁴ 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, 2004, p. 113.

²⁵ De fato, a obrigação natural, ou obrigação juridicamente inexigível, como prefere parte da doutrina, tem natureza diferenciada do *duty to mitigate*. “Sob esse título [obrigações judicialmente inexigíveis] estão abrangidas todas as hipóteses do que tradicionalmente a doutrina denomina obrigações naturais em sentido estrito. São de duas espécies básicas: a) as obrigações fundadas em deveres morais que não estejam convertidos na lei em deveres jurídicos; b) as obrigações efetivamente contraídas, mas que o direito rejeita a exigibilidade. Frequentemente, o direito atribui efeitos próprios a deveres morais, como se dá quando alude à moral e aos bons costumes, cuja infração gera consequências jurídicas. Nessas hipóteses, os deveres morais convertem-se em deveres jurídicos. No entanto, há deveres morais que permanecem no campo moral, mas a cujo cumprimento espontâneo o direito empresta juridicidade, impedindo a repetição do indébito. Aplica-se a essas situações, entre outros princípios jurídicos, a especificação do princípio da boa-fé, que consagra a vedação de ‘*venire contra factum proprium*’, significando que ninguém pode agir contra o próprio ato. Se há um dever moral de dar algo ou fazer alguma atividade, seu cumprimento recebe tutela jurídica, no sentido de irrepetibilidade (não poder exigir a restituição do que deu ou o desfazimento do que foi feito).” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.) Ora, ao menos nos ordenamentos jurídicos que expressamente reconhecem e positivam a mitigação de danos, como é o caso do Direito Alemão, essa figura não poderia se confundir com a de uma obrigação natural, vez que o próprio ordenamento jurídico a eleva a uma categoria superior à de um dever de origem puramente moral ou juridicamente inexigível.

²⁶ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, p. 114.

²⁷ A doutrina civilista brasileira, representada por Orlando Gomes, distingue dever, obrigação e ônus da seguinte forma: “IV. Redução da Indenização. Da obrigação propriamente dita devem distinguir-se os deveres que, embora tenham o mesmo perfil, caracterizam-se pela extrapatrimonialidade da prestação. Resultam de vínculos familiares. Conquanto sejam jurídicos, não se confundem com as obrigações, de conteúdo patrimonial. São disciplinados por normas inaplicáveis a estas. Para evitar confusão, deve-se reservar o vocábulo obrigação para significar o dever de prestação correspondente a um direito de crédito. Convém insistir na distinção entre obrigação e ônus jurídico. Não devem ser confundidos porque a obrigação consiste na imposição do sacrifício de um interesse próprio em proveito de um interesse alheio, enquanto, no ônus, o sacrifício do interesse próprio é imposto em relação a outro interesse próprio.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 21).

seria propriamente um dever ou uma obrigação, mas uma conduta necessária para evitar-se a perda de uma vantagem própria. Essa é a natureza jurídica que se atribui à previsão do artigo 44 do Código de Obrigações Suíço, que positiva semelhante noção de mitigação de danos:

IV. Redução da Indenização

O juiz pode reduzir a indenização, ou mesmo afastá-la, quando a parte lesada tiver consentido com a lesão, ou quando fatos pelos quais era responsável tenham originado ou aumentado o dano, ou se eles tiverem agravado a situação do devedor. (tradução nossa).²⁸

A avaliação e a definição da natureza jurídica do *duty to mitigate* não são simples e certamente são dois pontos relevantes desta dissertação. Sua caracterização é essencial para que se possa compreender se esse dito “dever” de mitigar danos é uma das possíveis leituras das regras de boa-fé ou do abuso do direito, hoje positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, ou se, pelo contrário, existiria um encargo de mitigação de danos contratuais, positivado expressamente ou não. Mais do que isso, a definição da natureza jurídica da mitigação de danos é pré-requisito indispensável para que se possa compreender quais seriam as consequências jurídicas decorrentes de seu eventual descumprimento.

Por fim, ainda para a exata compreensão do tema, é de se notar que a teoria da *avoidability* não visa a tratar dos casos em que os danos experimentados pelo contratante prejudicado pelo inadimplemento contratual decorreram de sua própria conduta. Nessa hipótese, ainda que os danos estivessem relacionados ao contrato, parece bastante claro que esse seria um tema atinente ao nexo de causalidade ou à concorrência de culpas / concausas para o dano, de modo que o outro contratante, a despeito do inadimplemento contratual, não poderia ser responsabilizado pela integralidade do dano.²⁹

²⁸ No original: “IV. Réduction de l’indemnité

Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n’en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l’augmenter, ou qu’ils ont aggravé la situation du débiteur”.

²⁹ Cite-se, em matéria de responsabilidade aquiliana, o artigo 945 do Código Civil de 2002: “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”. Embora o artigo trate de concorrência de culpas, se a vítima participa da geração do dano, faz-se presente uma concausa, afastando, ao menos em parte, o nexo causal em relação à conduta do pretendo ofensor. Nesse sentido, 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, porque a questão [...] é mais de concorrência de causa do que de culpa”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 61.)

Essa parece uma conclusão acertada ao menos no Brasil, em que a responsabilidade contratual é classicamente definida como o dever de reparação de danos por uma das partes contratantes perante a outra em caso de descumprimento da obrigação contratual ou, nos dizeres de Aguiar Dias, a obrigação que advém, contra a vontade do devedor, da inexecução da obrigação contratual preexistente.³⁰ A indenização decorrente do descumprimento contratual deve ser definida à luz dos artigos 389, 402 e 403 do Código Civil de 2002, dispositivos que preveem claramente que as perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual só são indenizáveis se guardarem nexo de causalidade direto e imediato com o referido descumprimento.³¹

TÍTULO IV

Do Inadimplemento das Obrigações

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

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.

CAPÍTULO III

Das Perdas e Danos

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

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.

Frise-se que tampouco a figura da *mitigation* procura evitar que a parte inadimplente responda por danos indiretos e remotos, apenas mediatamente relacionados ao descumprimento do contrato.³² Embora certos tipos de danos remotos também

³⁰ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 146.

³¹ Em se tratando de responsabilidade extracontratual, poderia ser citado, ainda, o artigo 945 do Código Civil de 2002, segundo o qual: “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”. Sobre a concorrência da vítima para o evento danoso e suas implicações na quantificação da indenização, cf. PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. *Revista de Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, v. 65, 2010, p. 25-33.

³² Aliás, nos Estados Unidos, a teoria do *mitigation* tampouco está vinculada ao problema do dano remoto. Esse tipo de indenização, comum naquele país até o século XIX, passou a sofrer limitações pela noção de *foreseeability*, ou seja, a previsibilidade, segundo a qual a parte inadimplente só deve ser responsabilizada pelos danos que razoavelmente pudesse prever. Evita-se, assim, que danos absolutamente remotos e imprevisíveis integrassem a indenização. (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 656-72). No mesmo

pudessem, por vezes, ser evitados pela parte inocente, a indenização, nessa hipótese, pode ser afastada, de maneira muito mais simples pela descaracterização do nexo causal, sem qualquer necessidade de se recorrer à específica teoria da *avoidability*.

Nesse sentido, parecem cabíveis algumas ressalvas ao posicionamento de Daniel Dias, ao debater o problema da mitigação de danos no contexto do exemplo cunhado por Pothier sobre a venda da vaca pestilenta.³³ Em seu já citado artigo sobre o dever de mitigar danos, o autor rememora o exemplo clássico em que um comerciante vende uma vaca que sofria de doença contagiosa. O comprador, como consequência da compra, perde todo o rebanho; sem rebanho, fica impedido de cultivar suas terras; sem os proventos decorrentes da safra, perde seu patrimônio em favor dos credores por dívidas não pagas. Tal exemplo foi dado para tratar do problema dos “outros danos sofridos, como consequência distante e remota do dolo do meu devedor”,³⁴ sendo o posicionamento do ilustre jurista francês que, mesmo havendo dolo do devedor, “somente não se deve incluir nas perdas e danos [...] aqueles danos que são uma consequência distante, e que não são uma consequência necessária, pois eles podem ter outras causas”.³⁵ Assim, a perda do patrimônio em favor dos credores poderia ser considerada dano demasiadamente remoto e imprevisível, enquanto a dita impossibilidade do cultivo das terras, ao menos em parte, teria como causa direta a conduta do comprador da vaca e não a do vendedor.

A leitura que Daniel Dias dá a esse exemplo à luz do princípio de *mitigation* é simplesmente a de que: “os prejuízos desencadeados pelo inadimplemento do contrato, mas que o credor poderia ter evitado, não devem ser indenizados, por tratar-se de dano indireto”.³⁶ A generalização nos parece inadequada. Não há dúvidas, como já mencionado, de que determinadas consequências indiretas do inadimplemento contratual não são passíveis de indenização simplesmente por lhes faltarem um dos elementos da responsabilidade civil: o adequado nexo causal com o inadimplemento. Nessas situações, por óbvio que essas consequências relacionam-se de maneira mais próxima a outras

sentido, o *Restatement of Contracts – Second*, seção 351, prevê que: “Imprevisibilidade e Limitações Relacionadas da Indenização (1) danos não serão considerados reparáveis quando a parte inadimplente, no momento da celebração do contrato, não tinha razão para prever tal perda como um resultado provável do inadimplemento.” (tradução nossa). No original: “§ 351. Unforeseeability and Related Limitations on Damages (1) Damages are not recoverable for loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made.”

³³ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista, Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002, p. 148-9.

³⁴ *Idem*, p. 148.

³⁵ *Idem*, p. 149.

³⁶ DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 104.

concausas e que, em última análise, podem estar mais vinculadas à conduta do credor do que do próprio devedor.

Não obstante, isso não significa que a mitigação de danos limita-se a esses casos que, através da regra do artigo 403 do Código Civil, já encontrariam adequada solução pelo nosso ordenamento jurídico pela regra de não indenização do dano remoto. Ora, mantendo o exemplo da venda da vaca contaminada, pode-se tomar a parte do dano que, à análise de Pothier, guardaria relação causal mais próxima com a conduta dolosa do vendedor: a perda do rebanho. O desafio que a teoria da *avoidability* propõe é perscrutar a conduta da parte inocente, mesmo nos casos em que o dano emergente esteja intrinsecamente ligado ao inadimplemento, e verificar se, mesmo nesse cenário, ela não poderia ter adotado medidas razoáveis para a mitigação do dano. Chamar um veterinário aos primeiros sinais da doença poderia ter salvado o rebanho todo? Segregar os animais ainda sadios dos doentes poderia ter aumentado a chance de sobrevivência de pelo menos parte do gado? Prevalecendo a teoria do *mitigation of damages*, essas talvez fossem medidas de mitigação esperadas da parte prejudicada pelo inadimplemento contratual.

Portanto, o *duty to mitigate* não pode ser simploriamente avaliado como e confundido com um dano remoto ou causado por responsabilidade concorrente ou exclusiva da vítima. O tema é bastante mais sofisticado. A teoria da *avoidability* aplica-se aos danos que guardam relação de causalidade com o inadimplemento contratual, com a conduta da parte inadimplente. Regula, com efeito, a possibilidade de cobrança da indenização quando o dano foi efetivamente causado pela parte inadimplente, mas cuja concretização poderia ter sido evitada ou, ao menos, cuja extensão poderia ter sido reduzida pelo comportamento razoável e colaborativo da parte inocente. Avaliando-se novamente o tema sob a ótica do nexos causal, seria dizer que a conduta da vítima poderia ter interrompido – total ou parcialmente – o nexos causal, mas tal conduta não houve.

2.2 Origem Histórica

Assim como a natureza jurídica, a origem da *mitigation* como princípio e regra também é tema controvertido.

Véra Fradera afirma em seu artigo que o *duty to mitigate* teria sua origem no direito anglo-saxão, donde teria posteriormente migrado para os sistemas jurídicos

européus continentais. A afirmação da origem do *mitigation principle* no *Common Law* é relativamente comum – ou pelo menos essa percepção parece comum, dada a utilização sempre em inglês dessa expressão – embora a ausência de maior fundamentação na doutrina dificulte sua verificação.

Daniel Dias discorda. Segundo o autor, o primeiro caso inglês a formular a teoria do *duty to mitigate* teria sido o caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. vs. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.*, decidido em 1912. No caso citado, a Underground Electric adquiriu turbinas da British Westinghouse, que, no entanto, tinham potência bem abaixo do esperado. Ainda assim, a Underground Electric aceitou e utilizou as turbinas por determinado tempo, tendo se resguardado, porém, o direito de potencialmente cobrar perdas e danos. Tempos depois, as turbinas vieram a ser substituídas por outras mais eficientes, de modo que a Underground Electric ajuizou a ação contra a British Westinghouse para pleitear como indenização o valor pago pelas novas turbinas. A *House of Lords* decidiu que as perdas decorrentes do descumprimento contratual deveriam ser balanceadas pelas medidas adotadas pelo próprio credor para mitigar o prejuízo sofrido. A aquisição das novas turbinas foi reconhecida pela Corte como uma forma de mitigação do dano, mitigação tão eficiente que a indenização acabou sendo afastada.³⁷ A decisão estabeleceu os princípios para a quantificação da indenização no Direito Inglês:

O primeiro [princípio] é que, na medida do possível, aquele que tiver provado o inadimplemento do contrato para fornecimento de determinado objeto deve ser colocado, na medida em que o dinheiro possa fazê-lo, numa situação tão favorável quanto a que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. A base fundamental é, portanto, que a compensação pela perda pecuniária naturalmente decorre da quebra do contrato, mas esse primeiro princípio é qualificado por um segundo, que impõe ao autor o dever de adotar todos os passos razoáveis para mitigar a perda decorrente do inadimplemento, e o impede de alegar como dano o que for devido à sua negligência de adotar tais passos. (tradução nossa).³⁸

Entretanto, segundo afirma Daniel Dias, o Código Civil Alemão já previa

³⁷ Para compreender o completo afastamento da indenização, deve-se lembrar que o dano alegado pela *Underground Electric* foi o preço pago na aquisição da nova turbina e não a perda de produtividade durante o período em que as turbinas menos eficientes foram utilizadas.

³⁸ “The first is that, as far as possible, he who has proved a breach of a bargain to supply what he contracted to get is to be placed, as far as money can do it, in as good a situation as if the contract had been performed. The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first 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” (INGLATERRA. *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd* [1912] AC 673).

desde 1896, no § 254 (2), a possibilidade de redução do *quantum* indenizatório naqueles casos em que a parte inocente tivesse deixado de prevenir ou reduzir os danos.³⁹ Segundo ele, o instituto teria se originado, então, no direito europeu e não no direito anglo-saxão.

Note-se, entretanto, que o BGB não trata do dever de mitigar danos como uma regra autônoma e expressa de limitação do *quantum* indenizatório. Pelo contrário, a falha na prevenção ou redução de danos é exemplificativamente citada no § 254 (2) como uma forma de culpa concorrente da vítima do dano, equiparando-se a não mitigação do dano a uma concausa dele próprio. Volta-se, assim, à discussão já iniciada na Seção 2.1 deste trabalho, e que será novamente retomada na Seção 2.4.2.6 e no Capítulo 3, sobre se a aplicação do dito dever de mitigar danos implicaria simplesmente considerar não indenizável um dano causado por culpa da própria vítima (ou reduzi-lo em caso de culpa concorrente) ou se vai além, efetivamente impondo à parte inocente o ônus de reduzir seu próprio prejuízo causado diretamente pelo contratante inadimplente. Essa diferenciação entre a abordagem germânica e a anglo-saxônica do tema também é apontada por Harvey McGregor.⁴⁰

Assim, parece-nos que razão assiste a Véra Fradera. Embora talvez umas das primeiras formulações explícitas do dever de mitigar danos como princípio de quantificação da indenização possa datar do início do século XX, no já citado caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. vs. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.*, suas raízes parecem ser bastante mais antigas.

³⁹ “§ 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 os danos. A previsão do artigo 278 aplica-se com as necessárias modificações.” (tradução nossa a partir da versão em inglês disponível em: <http://www.gesetze-iminternet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html# p0749>. Acesso em: 16 jun. 2012). No original:

“§ 254. Mitverschulden

(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.”

⁴⁰ MCGREGOR, Harvey. The Role of Mitigation in the Assessment of Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. (coord.). *Contract Damages: Domestic and International Law*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 330.

Farnsworth *et al.* fazem referência a uma decisão ainda mais antiga, prolatada em 1678 pelo *King's Bench*, antiga Corte da Inglaterra, abolida ainda no século XIX, no caso *Virtue v. Bird*.⁴¹ Segundo os autores, esse peculiar caso decorreu de um contrato de transporte de bens para a cidade inglesa de Ipswich, tendo o transportador se obrigado a entregar as mercadorias no local que viesse a ser indicado por seu cliente naquela localidade. Ao chegar à cidade, no entanto, o cliente não informou prontamente o local da entrega, tendo o transportador que esperar pela informação por cerca de seis horas. Nesse período, os cavalos utilizados no transporte tiveram que ficar em área aberta e, devido às condições climáticas, acabaram por falecer.

O transportador requereu, pois, a indenização pelas perdas e danos decorrentes da morte dos animais. A Corte inglesa, no entanto, recusou o pedido indenizatório afirmando que o transportador teria sido “tolo” por deixar os cavalos ao tempo enquanto aguardava a informação sobre o local de entrega e que teria sido possível retirá-los da carroça ou simplesmente entregar as mercadorias em qualquer local de Ipswich, dando por cumprida sua obrigação. Em síntese, o fato de que o autor tinha alternativas razoáveis de uma conduta proativa para a redução do dano foi decisivo para o desfecho da contenda.

Portanto, pode-se concluir que a noção de que a falha em adotar medidas razoáveis para a mitigação do próprio dano, tendo por consequência a limitação na indenização na proporção dos danos evitáveis, já estava presente ao menos desde o final do século XVII nos julgados das Cortes inglesas. O desenvolvimento mais embrionário desse instituto parece ter ocorrido, sim, no sistema da *Common Law*. Por outro lado, se houve migração desse conceito do Direito Inglês para o sistema europeu continental ou se o instituto veio a se desenvolver, paralelamente e por razões próprias, no Direito Alemão não nos é dado conhecer.

No entanto, apesar de sua origem no Direito Inglês, o instituto da mitigação de danos como uma figura autônoma acabou alcançando maior desenvolvimento no Direito Norte-Americano. Isso porque, com o desenvolvimento da jurisprudência inglesa sobre o tema, houve a tendência de se incorporar diretamente a regra de mitigação de danos como parte da própria fórmula do cálculo da indenização, criando assim uma regra *abstrata* que *pressupõe* a conduta mitigatória. Harvey McGregor explica que isso ocorreu

⁴¹ FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 629.

desde 1893, quando a Lei sobre compra e venda de bens⁴² incorporou, pela primeira vez, a regra de que a indenização decorrente do inadimplemento contratual corresponderia à diferença entre o preço de mercado e o preço do contrato. Essa fórmula foi estendida aos casos de compra e venda de ações e aos contratos de transporte, havendo hoje a tendência de que seja incorporada também como regra para a rescisão imotivada de contratos de trabalho.⁴³

Consequentemente, o dever de mitigação de danos no Direito Inglês acabou sendo enfatizado sob a perspectiva abstrata dos danos que “deveriam ter sido evitados”, ou seja, as “*avoidable losses*”, na expressão do autor, mais do que sob o enfoque dos danos efetivamente evitados, as “*avoided losses*”.⁴⁴ Embora em muitas circunstâncias essa fórmula pragmática de solução de conflitos garanta uma solução simples para os casos concretos, não é surpresa que o tema seja pouco explorado pela jurisprudência e pela doutrina na Inglaterra.⁴⁵

2.3 *Duty to Mitigate* no Direito Norte-Americano

Entende-se, pois, ser plenamente justificada a opção pela análise do *duty to mitigate* com especial ênfase no Direito Norte-Americano. Como demonstrado no subtítulo anterior, é inegável o vínculo histórico existente entre a origem mais primitiva desse instituto e o sistema jurídico da *Common Law*, de modo que qualquer avaliação que passe ao largo dessa relação, ainda que justificada pelas diferenças entre os sistemas jurídicos,⁴⁶

⁴² O *Sale of Goods Act*. Disponível em <www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>. Acesso em: 12 mar. 2013.

⁴³ MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 332-3.

⁴⁴ *Idem*, p. 330.

⁴⁵ *Idem*, p. 329.

⁴⁶ Não se duvida das dificuldades expostas por Daniel Dias no seguinte sentido: “A perspectiva de um movimento de recepção do *duty to mitigate* tem causado efeitos negativos. Durante o decorrer do presente trabalho mostrar-se-á como a percepção dos operadores do direito, principalmente os julgadores, de estarem lidando com um regramento estrangeiro tem implicado na violação de dispositivos expressos do Código Civil brasileiro e também na equivocada aplicação de noções consolidadas, como a de ônus da prova. Paradoxalmente, tratam-se de decisões que se apresentam também contrárias à forma com que o *duty* é aplicado no sistema da *common law*. Acaba acontecendo um duplo equívoco: o julgador, pensando que está aplicando um instituto estrangeiro, decide de maneira distinta ao que prevê a legislação brasileira; por outro lado, a decisão, contrariamente ao que pensa o julgador, é também distinta à forma com que se dá a aplicação do instituto no direito estrangeiro. Equivoca-se, enfim, duplamente.” (DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 100). No entanto, ainda assim, acredita-se que o estudo da experiência do *Common Law* é indispensável, ao menos para se reconhecer o desenvolvimento que o instituto recebeu alhures, verificar os pontos de interesse comum em relação ao sistema do *Civil Law* e, assim, permitir que passem a ser evitados os erros a que o próprio autor se refere.

pecaria por se fechar a outras experiências jurídico-culturais que pudessem agregar à nossa compreensão do que é o direito. A opção pelo Direito Norte-Americano como foco principal em comparação ao Direito Inglês também nos parece adequada, dada a distinta evolução do tema nesse último ordenamento, perdendo em grande parte a sua identidade enquanto regra autônoma.⁴⁷ Não obstante, sempre que conveniente, buscou-se neste trabalho incluir as referências também ao Direito Inglês, quando o reforço e as diferenciações com o Direito Norte-Americano pareceram de interesse.

Para garantir melhor compreensão da matéria, dividiu-se esta Seção em duas partes principais. Na primeira, foi abordada a evolução jurisprudencial no Direito Norte-Americano a respeito do *duty to mitigate damages*. Além dos *leading cases* específicos sobre a matéria, abordou-se a disciplina do tema no *Restatement of Contracts – Second*, que, conforme exposto em detalhes a seguir, propõe-se a reportar, de maneira consolidada, a posição jurisprudencial norte-americana sobre temas diversos de direito contratual. Já na segunda parte, focou-se a disciplina do *duty to mitigate damages* no *Uniform Commercial Code*, ato aprovado em nível estadual pela quase integralidade dos Estados norte-americanos para disciplinar a compra e venda de mercadorias. Diferentemente do *Restatement*, o *Uniform Commercial Code* tem o status jurídico de lei nos estados em que foi aprovado.

2.3.1 Jurisprudência – Case Law

2.3.1.1 Decisões Judiciais

Na avaliação da *avoidability* como limite na quantificação da indenização, Farnsworth *et al.* citam diversos casos relevantes para a conformação do princípio da mitigação no Direito Norte-Americano.⁴⁸ O primeiro e mais antigo deles é o caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, julgado pela Corte de Apelações do Quarto Circuito em 1929.⁴⁹

No caso em questão, a cidade de Rockingham, representada pelo conselho

⁴⁷ MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 332.

⁴⁸ FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 630-56.

⁴⁹ EUA. *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 35F. 2d 301 (4th Cir., 1929).

local, havia contratado a empresa Luten Bridge em janeiro de 1924 para a construção de uma ponte. Depois de celebrado o contrato, houve grande oposição por parte da população local contra a obra, razão pela qual, pouco mais de um mês depois, o conselho de administração da localidade notificou a empresa a interrompê-la, ao argumento de que o contrato não seria válido. Informou, ainda, que se havia decidido não mais construir a estrada que levaria à ponte.

Quando do recebimento da notificação, a Luten Bridge tinha incorrido em despesas da ordem de US\$ 1.900,00 (um mil e novecentos dólares americanos), referentes a materiais e trabalhos já executados na construção da ponte. Ocorre que, apesar da notificação enviada, a Luten Bridge prosseguiu com a execução do contrato, que entendia válido, até a conclusão da ponte sobre o Rio Dan em novembro daquele ano. Frise-se que a Luten Bridge não ignorou simplesmente uma notificação válida de rescisão do contrato, mas, por questionar seu fundamento, decidiu que concluiria a execução dos serviços. Por outro lado, o conselho de administração continuava a informar à Luten Bridge que não tinha mais interesse na construção da ponte e que não efetuaría os pagamentos respectivos.

Alegando descumprimento contratual por parte da municipalidade, a Luten Bridge ajuizou ação de indenização pleiteando o ressarcimento pelo valor total da construção. A ação foi julgada procedente em primeira instância, sob o argumento de que o contrato firmado era válido, condenando o réu a ressarcir a integralidade do valor devido à empresa. Em fase de apelação, o Município reconheceu a validade do contrato e o descumprimento de sua parte, mas insistiu que a Luten Bridge não poderia ter prosseguido com a construção depois de informada que não se tinha mais interesse na finalização da ponte.

A Corte de Apelação, ao julgar o recurso interposto pelo Município, entendeu que, apesar de o contrato firmado ser válido e de, portanto, a notificação de rescisão representar descumprimento do contrato por parte do Município, a Luten Bridge não poderia ter prosseguido com a execução do contrato:

É verdade que o município não tinha direito de rescindir o contrato, e que a notificação enviada representava um inadimplemento de sua parte; mas, depois de ter recebido a notificação sobre o inadimplemento, era seu dever [da empresa] não fazer nada mais que pudesse majorar os danos decorrentes do inadimplemento. (tradução nossa).⁵⁰

⁵⁰ “It is true that the county had no right to rescind the contract, and the notice given plaintiff amounted to a breach on its part; but, after plaintiff had received notice of breach, it was its duty to do nothing to increase the damages flowing therefrom”. (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 631).

O caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* trata, portanto, da forma mais elementar do dever de mitigação de danos, qual seja, uma vez que o contrato seja inadimplido, a parte inocente não pode proceder de modo a majorar os danos decorrentes do inadimplemento contratual, especialmente continuando a executar sua parte da avença.⁵¹ A alternativa à disposição da parte prejudicada pelo inadimplemento seria exercer seus direitos decorrentes da violação ao contrato, especialmente a cobrança de perdas e danos, mas não poderia ela aumentar os danos potenciais continuando a executar o contrato. Conforme destacam Farnsworth *et al.*,⁵² a decisão não exigia qualquer espécie de conduta comissiva por parte da parte inocente, mas simplesmente que ela interrompesse a execução do contrato tão logo tomasse conhecimento do descumprimento pelo outro contratante.⁵³

Estabelecido esse precedente, o principal ponto de discussão passou a ser a possibilidade de se exigir da parte inocente, além de evitar ações que pudessem majorar o dano, também adotar ações para efetivamente mitigar os danos. Mais do que isso, se tal conduta ativa para mitigação de danos fosse necessária, quais seriam os seus limites? Um caso interessante sobre o tema, envolvendo, especificamente, contratos de trabalho, é *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*⁵⁴

A ação foi promovida pela atriz Shirley MacLaine, cujo último sobrenome é Parker, contra o estúdio de cinema Twentieth Century-Fox Film. As partes haviam firmado, em agosto de 1965, um contrato para que Shirley MacLaine representasse a

⁵¹ Apesar de absolutamente pacífico no Direito Norte-Americano, verifica-se que a mesma solução não é adotada no Direito Inglês. Isso porque, segundo Harvey McGregor, o Direito Inglês contempla a regra de que o repúdio antecipado ao contrato em hipóteses não autorizadas (que não constituiriam, portanto, uma resilição nos termos da legislação brasileira) não constitui inadimplemento contratual até que aceite pela parte inocente. Consequentemente, enquanto não caracterizado o inadimplemento, não nasceria para a parte inocente o dever de mitigação de danos. Embora seja passível de crítica por incentivar a execução de uma obrigação sem que a parte credora tenha mais interesse nela e apesar de algumas tentativas de se limitar esse entendimento, a jurisprudência inglesa continua não aceitando a noção de que o simples repúdio do contrato por uma das partes equivaleria ao inadimplemento contratual, ao menos para os fins da teoria do *mitigation*. (MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 334-5).

⁵² FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 632.

⁵³ Como já mencionado, talvez essa fundamentação básica do dever de mitigar danos no Direito Norte-Americano fosse tratada, sob a ótica do Direito Brasileiro, como um problema denexo causal. No exemplo, fica evidente que a empresa construtora da ponte agiu de modo a causar seu próprio prejuízo, o que significaria dizer que a indenização poderia ser afastada por inexistir nexo de causalidade entre o inadimplemento do contrato por parte do ente público e o prejuízo alegado. Ainda assim, o precedente em questão tem importância histórica por ter estabelecido as bases iniciais sobre as quais se assentaria a teoria do *mitigation*.

⁵⁴ EUA. *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.* 3 Cal. 3d 176, 474 P.2d 689 (Supreme Court of California, 1970).

protagonista num filme que se chamaria *Bloomer Girl*, mediante o pagamento de US\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil dólares americanos). Cerca de um mês antes do início das filmagens, no entanto, o estúdio notificou a atriz de que havia desistido da produção, de modo que não cumpriria as obrigações contratuais assumidas.

Através da mesma comunicação, alegadamente com o propósito de se evitarem danos para a então já consagrada atriz, o estúdio ofereceu, pela mesma remuneração, sua participação em outro filme, que se chamaria “Big Country, Big Man”. No entanto, havia algumas diferenças marcantes entre as duas produções: o primeiro seria um musical, enquanto o segundo seria um faroeste; o primeiro seria filmado na Califórnia, o segundo, na Austrália; no primeiro, Shirley MacLaine teria o direito de aprovar a escolha dos diretores e a versão final do filme, prerrogativa não prevista no segundo contrato.

A atriz rejeitou a proposta substitutiva e ajuizou a ação por perdas e danos contra Twentieth Century-Fox Film. Em sua contestação, o estúdio confessou o inadimplemento contratual consistente no cancelamento das filmagens do primeiro filme, mas alegou em sua defesa que nenhuma indenização seria devida, na medida em que a atriz teria injustificadamente se recusado a participar de uma nova produção e, portanto, teria falhado em seu dever de mitigação de danos.

O julgamento pela Suprema Corte da Califórnia reconheceu ser esperada uma conduta ativa da parte prejudicada pelo inadimplemento, afirmando que a regra indenizatória a ser utilizada em caso de rescisão antecipada do contrato de trabalho estabelece que a indenização devida corresponde à remuneração contratada menos o montante que tiver sido efetivamente pago ou que “com razoável esforço poderia ter sido ganho através de outro trabalho”. (tradução nossa).⁵⁵ No entanto, o Tribunal prosseguiu com a avaliação do que poderia ou não ser interpretado como medidas razoáveis para a mitigação do dano. Sob esse aspecto, e especificamente no que tange aos contratos de trabalho, a Corte reconheceu que a mitigação de danos pela obtenção de um novo emprego somente seria exigível se essa outra oportunidade fosse substancialmente similar ao trabalho perdido: “a rejeição ou falha do empregado em procurar outro emprego disponível, de características diferentes ou inferiores, não pode ser invocada para fins de

⁵⁵ “The general rule is that the measure of recovery by a wrongful discharged employee is the amount of salary agreed upon for the period of service, less the amount which the employer affirmatively proved the employee has earned or with reasonable effort might have earned from other employment” (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 640.)

mitigação de danos”.⁵⁶ No caso em questão, as diferenças entre os dois filmes foram consideradas significativas o bastante para fundamentar a recusa de Shirley MacLaine em aceitar o papel substitutivo, afastando-se, por maioria de votos,⁵⁷ a tese da Twentieth Century-Fox Film de falha na mitigação de danos.

O exemplo de um contrato de trabalho talvez não seja o que melhor encontre equivalência no Direito Brasileiro – dados os diferentes graus de regulamentação sobre a matéria nos Estados Unidos e no Brasil – mas o fato é que a regra de que medidas razoáveis, conforme as circunstâncias concretas, devem ser adotadas pela parte inocente para restringir seus prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual também se aplica a contratos diversos de natureza cível e comercial nos Estados Unidos. Como explicam Farnsworth *et al.*, numa economia de mercado, é presumível que uma operação comercial possa ser substituída por outra equivalente e, conseqüentemente, espera-se que a parte prejudicada pelo inadimplemento busque essa solução alternativa o quanto antes.⁵⁸ Isso vale para um contrato de compra e venda, para uma prestação de serviços ou mesmo para um contrato de empreitada, seja o inadimplemento da parte contratante ou da contratada.

Não obstante, se essa operação substitutiva não for razoável, impondo um ônus exacerbado para a parte inadimplida, então sua não realização deve ser desconsiderada como uma potencial falha do dever de mitigar danos. A avaliação da razoabilidade da operação substitutiva leva em conta não apenas aspectos financeiros, mas também outros interesses do credor, tais como a sua reputação no mercado.

A jurisprudência americana também procurou abordar a correta

⁵⁶ “[...] the employee’s rejection for failure to seek other available employment of a different or inferior kind may not be resorted to in order to mitigate damages [...]”. (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 640.)

⁵⁷ Em voto contrário, o Presidente da Suprema Corte Estadual, Justice Sullivan, destacou que a mera diferença entre dois empregos numa mesma área não seria suficiente para justificar a recusa do empregado em aceitá-lo e, assim, mitigar os danos decorrentes da demissão anterior. Ainda que se concorde com a posição majoritária sobre a diferença significativa entre os dois filmes ofertados pela *Twentieth Century-Fox Film* para Shirley MacLaine, não se pode deixar de reconhecer o alerta manifestado no voto vencido: “Nunca foi lei que a mera existência de diferenças entre dois empregos no mesmo campo fosse suficiente, como questão de direito, para que o empregado indevidamente demitido estivesse dispensado de aceitar o outro emprego para mitigação de danos. Tal entendimento iria efetivamente eliminar qualquer obrigação de um empregado em tentar minimizar os danos decorrentes da demissão indevida. A única oferta de emprego que o empregado estaria obrigado a aceitar seria uma oferta para o seu antigo emprego, por seu antigo empregador.” (tradução nossa). No original: “It has never been the law that the mere existence of differences between two jobs in the same field is sufficient, as a matter of law, to excuse an employee wrongfully discharged from one from accepting the other in order to mitigate damages. Such an approach would effectively eliminate any obligation of an employee to attempt to minimize damage arising from a wrongful discharge. The only alternative job offer an employee would be required to accept would be an offer of his former job by his former employer”. (*Idem*, p. 642).

⁵⁸ *Idem*, p. 632.

interpretação da regra de mitigação de danos não somente nos casos de inadimplemento absoluto do contrato, mas também em algumas de suas modalidades específicas, em especial nas situações de adimplemento parcial ou incompleto e de cumprimento defeituoso das obrigações. Nesses casos, o credor da obrigação inadimplida teria o direito de recuperar, a título de perdas e danos, o valor já gasto ou necessário para concluir ou refazer os serviços, reafirmando a noção de que a substituição do contrato original por um novo – ainda que uma contratação substitutiva limitada, apenas para finalizar ou adequar o resultado da original – seria, como regra, a forma correta de calcular a indenização com o menor desperdício de recursos.

Essa foi a decisão do caso *Groves v. John Wunder Co.*,⁵⁹ em que as partes celebraram um contrato de arrendamento de uma fábrica de extração de cascalho, sob a condição de que os resíduos resultantes da atividade fossem descartados, permitindo que o terreno permanecesse nivelado ao final do período de exploração. Ao termo do prazo, no entanto, a empresa John Wunder deixou o terreno quebrado e esburacado, razão pela qual a indenização em favor da Groves foi fixada com base no montante que seria necessário para a contratação de uma empresa para conclusão do trabalho de nivelamento do terreno. De modo semelhante, no caso *Advanced, Inc. v. Wilks*,⁶⁰ em que a Suprema Corte do Estado do Alaska concedeu aos Wilks, proprietários de uma casa que estava sendo construída pela Advanced, o direito de receber a indenização calculada com base nos custos para reparo das partes entregues em desconformidade com o acordado.

Essas decisões, no entanto, sempre são bastante debatidas, especialmente porque o valor das medidas necessárias para a conclusão dos serviços ou reparação da prestação defeituosa foi tão elevado, que poderia retirar da medida mitigatória seu caráter de razoabilidade. No caso *Groves v. John Wunder Co.*, os valores elevados das obras para reparação do terreno, especialmente quando comparados ao valor da propriedade em si, foram mantidos pela Suprema Corte de Minnesota especialmente em razão da intenção deliberada da John Wunder de inadimplir o contrato, o que foi equiparado a uma ação de má-fé.⁶¹ A Suprema Corte do Alaska, de maneira mais apropriada, justificou a manutenção da indenização no valor dos reparos necessários para a casa, porque essa medida não promoveria um desperdício de recursos econômicos, tendo ressaltado, inclusive, a relação

⁵⁹ EUA. *Groves v. John Wunder Co.* 205 Minn. 163, 286 N.W. 235 (Supreme Court of Minnesota, 1939).

⁶⁰ EUA. *Advanced, Inc. v. Wilks*. 711 P.2d 524 (Superior Court of State of Alaska, 1985).

⁶¹ O que é objeto de crítica por Farnsworth *et al.*, porque, no Direito Norte-Americano, assim como no Direito Brasileiro, a intenção deliberada de inadimplir o contrato não deveria afetar, em princípio, o cálculo indenizatório. (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 653).

existente entre o adimplemento substancial e a razoabilidade dos custos necessários para conclusão dos serviços ou seus reparos.

Ainda assim, em casos distintos, em que (i) houve adimplemento substancial da obrigação, com absoluta desproporção dos custos para reparo (*Jacob & Youngs v. Kent*);⁶² ou (ii) a obrigação inadimplida era meramente secundária ou acessória, revertendo em mínimo benefício econômico para o credor e em custos extremamente elevados para o devedor (*Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.*),⁶³ a jurisprudência tem afastado a conclusão do contrato por um terceiro como medida mitigatória adequada. Embora não se use formalmente essa linguagem, nessas situações, a operação substitutiva deixa de ser razoável, sendo necessário encontrar outra medida para quantificação dos danos indenizáveis. Na maioria dos casos, tem-se recorrido a uma fórmula abstrata de cálculo indenizatório, consistente na diferença entre o valor do objeto do contrato se a prestação tivesse sido adimplida e o valor real pós-adimplemento incompleto ou defeituoso.

Por fim, um último ponto de interessante debate na jurisprudência americana diz respeito a quem caberia a mitigação dos danos na hipótese em que tanto a parte inadimplida quanto a parte inadimplente têm iguais condições de mitigá-los. Sobre o tema, ainda não há um posicionamento uniforme e pacífico.

No interessante caso *Shea-S&M Ball v. Massman-Kiewit-Early et al.*,⁶⁴ a empresa Shea havia sido contratada pela Autoridade de Transporte da Região Metropolitana de Washington para construção de túneis para o sistema de metrô. Paralelamente, a empresa Massman-Kiewit-Early (“MKE”) também havia sido contratada pela Autoridade para construção de outra parte dos túneis, contíguos aos da Shea. Com o início da temporada de chuvas, o local da obra da MKE teria passado a sofrer inundações, que afetaram diretamente a área em que a Shea trabalhava. Mesmo após os primeiros episódios, a MKE não adotou medidas para viabilizar o escoamento da água na sua área, o que causou inúmeros prejuízos à Shea. Muito embora a Shea tenha sido considerada como terceira beneficiária do contrato entre a MKE e o órgão público, a decisão de primeira instância limitou significativamente o valor da indenização. Entendeu-se que a Shea, após

⁶² EUA. *Jacob & Youngs v. Kent*. 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889, 23 A.L.R. 1429 (*Court of Appeals of New York*, 1921).

⁶³ EUA. *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.* 1962 OK 267, 382 P.2d 109 (*Supreme Court of Oklahoma*, 1963).

⁶⁴ EUA. *Shea-S&M Ball v. Massman-Kiewit-Early et al.* 606 F.2d 1245; 196 U.S. App. D.C. 338 (*United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, 1979).

verificar que a MKE ainda inadimplia sua obrigação contratual de instalar um sistema de drenagem eficiente na área das obras, teria falhado ao não adotar, ela própria, medidas simples que poderiam ter reduzido seus prejuízos, como, por exemplo, a construção de um dique.

Em sede de apelação, porém, a decisão foi reformada. Segundo afirmou a Corte de Apelações, a lei não poderia penalizar a parte vítima por não ter mitigado os danos decorrentes do inadimplemento da outra parte, se esta última tinha igual oportunidade de reduzir o dano, adotando a mesma medida mitigatória.⁶⁵ A regra do caso foi de que a mitigação de danos como limitação à indenização devida pelo contratante inadimplente não seria aplicável naquelas situações em que a parte inadimplente poderia, tão facilmente quanto a parte inadimplida, mitigar os prejuízos dessa última.

Poucos anos depois, em 1985, a Corte de Apelações do Sétimo Circuito adotou uma posição diferente sobre o tema da *equal opportunity exception* no caso *Cates v. Morgan Portable Building Corp.*, relatado por Richard Posner.⁶⁶ Esse caso envolvia o casal Cates, dono de um motel, que havia encomendado da Morgan unidades pré-moldadas que serviriam como dez novos quartos no seu estabelecimento. As unidades foram entregues com defeitos e, pelo período de quase um ano, os Cates confiaram na promessa da Morgan de que os defeitos seriam sanados. Após concluírem que nada mais seria feito, os Cates ajuizaram a ação de indenização contra a Morgan e, dois anos depois, em setembro de 1973, chegaram a um acordo de que a Morgan retomaria os reparos. O acordo foi novamente descumprido. O debate judicial principal dizia respeito, pois, ao período pelo qual os Cates poderiam pleitear lucros cessantes decorrentes da privação de locar os dez novos apartamentos.

A Corte entendeu que, durante o período em que a parte inadimplida fiou-se à promessa do inadimplente de sanar o descumprimento contratual, não se poderia opor contra ela o dever de mitigar seus próprios prejuízos. Não obstante, a partir do momento em que o contratante inadimplente deixou claro que não cumpriria suas obrigações e nem mitigaria os prejuízos de sua contraparte, ainda que ele tivesse igual possibilidade de fazê-lo, passaria a ser esperado da parte credora que ela adotasse as medidas para reduzir seus prejuízos, sob pena de sua indenização ser proporcionalmente reduzida. Em outras

⁶⁵ Note-se, todavia, que o cumprimento da medida mitigatória pela parte inadimplente, neste caso, corresponderia a cumprir uma obrigação secundária do próprio contrato, o que causa alguma confusão e estranheza.

⁶⁶ EUA. *Cates v. Morgan Portable Building Corp.*, 780 F.2d 683, 691 (7th Cir., 1985).

palavras, o dever de mitigação dos próprios prejuízos ficaria suspenso pelo período em que a parte inadimplente ainda sinalizasse o cumprimento da obrigação ou a remediação dos prejuízos. Cessando essa possibilidade, retoma-se integralmente a regra de mitigação.

Segundo a Corte, seria um contrassenso, uma proposição irrelevante, dizer que a parte inadimplente teria a mesma oportunidade de reduzir o dano cumprindo sua parte na avença. De fato, isso sempre seria possível e nada agregaria ao que já decorre da regra geral de responsabilidade contratual. No entanto, ainda que se entendesse a teoria da *equal opportunity* como algo distinto – ou seja, se a medida mitigatória pela parte inadimplente fosse algo diferente do próprio cumprimento do contrato, por exemplo, a subcontratação de um terceiro para concluir sua obrigação perante o contratante credor – mesmo assim ela não poderia ser afirmada como regra geral de direito. Isso porque o próprio credor que sofre o dano é aquele que melhor pode considerar as medidas mitigatórias disponíveis e adotar a mais conveniente. Ainda que uma determinada iniciativa pudesse ser adotada, aos mesmos custos, por qualquer das duas partes, o credor da obrigação é aquele que melhor pode avaliar uma gama maior de métodos de redução dos seus prejuízos,⁶⁷ devendo as regras de responsabilidade contratual preservar o incentivo para que o credor aja desse modo.

2.3.1.2 O *Restatement of Contracts* – *Second*

Talvez uma das principais dificuldades no recurso à *Common Law* para avaliação de um determinado tema jurídico seja, por assim dizer, sua falta de sistematização. Embora muitas matérias sejam regulamentadas na forma de leis esparsas, não codificadas, o direito contratual nos Estados Unidos é essencialmente uma matéria de direito estadual – não há competência regulamentar federativa – e de *Common Law* – o que significa que seu desenvolvimento se dá prioritariamente através das decisões judiciais.

Nesse contexto, torna-se ainda mais importante o recurso ao conhecido

⁶⁷ No caso *Cates v. Morgan Portable Building Corp.*, por exemplo, o Tribunal mencionou que a reparação dos defeitos presentes das unidades pré-moldadas poderia não ser a única medida mitigatória possível. A aquisição dos bens de outro fornecedor poderia ter sido uma medida mitigatória alternativa, assim como a realização de reparos preliminares, reduzindo-se proporcionalmente a tarifa de hospedagem. Os Cates estariam em melhores condições de avaliar a conveniência da realização dessas outras medidas, ainda que os Cates e a Morgan tivessem as mesmas condições de adotar o conserto das unidades como medida de redução dos prejuízos, apenas um entre outros tantos possíveis métodos.

Restatement of Contracts – Second, um dos mais reconhecidos tratados legais sobre a jurisprudência norte-americana em matéria contratual. O *Restatement* tem por objetivo principal compilar e classificar, de maneira mais sistematizada, as principais regras da *Common Law* sobre um determinado tema. O *Restatement* decorre do trabalho de uma comissão de juristas do *American Law Institute*, não tendo a natureza de norma jurídica, mas atuando em dupla função: reproduzir as regras da *Common Law* de maneira a facilitar sua compreensão e acessibilidade e, ao mesmo tempo, atuar também como fonte indireta do direito, por ser constantemente invocado na fundamentação de importantes decisões judiciais. Como regra, o *Restatement* não objetiva criar regras gerais inovadoras, mas simplesmente reproduzir a jurisprudência consolidada sobre um determinado tema, muito embora, por vezes, os autores tentem provocar o debate através da inclusão de previsões ainda não pacificadas ou amplamente reconhecidas.

O *Restatement of Contracts – Second* contém duas principais regras relacionadas à mitigação de danos: (i) a seção 347, que, ao determinar a fórmula do cálculo indenizatório em caso de inadimplemento contratual, contempla que a indenização não deverá considerar os danos evitáveis; e (ii) a seção 350, que expressamente trata da mitigação de danos como um fator de limitação ao valor da indenização. Transcreve-se:

§ 347. O CÁLCULO DE INDENIZAÇÃO EM GERAL

Sujeita às limitações previstas nas §§ 350-53, a parte prejudicada tem o direito à indenização baseada no seu interesse-expectativa [a posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido] medida através

- (a) a perda do valor da prestação da outra parte, causada pela sua falha ou deficiência; mais
- (b) qualquer outra perda, incluindo perdas incidentais e consequenciais, causadas pelo inadimplemento, menos
- (c) qualquer custo ou outra perda que a parte prejudicada evitou por não tido ela que adimplir [a sua parte no contrato]. (tradução nossa).⁶⁸

§ 350. A POSSIBILIDADE DE SE EVITAR ALGO [“EVITABILIDADE”] COMO UMA LIMITAÇÃO À INDENIZAÇÃO

- (1) Exceto pelo disposto na subseção (2), danos não serão considerados reparáveis quando a perda pudesse ter sido evitada pela parte prejudicada sem risco, ônus ou humilhação indevidos.
- (2) A parte prejudicada não estará impedida de recuperar [seus danos] pela regra disposta da subseção (1) se ela tiver empreendido esforços razoáveis, mas malsucedidos, de evitar a perda. (tradução nossa).⁶⁹

⁶⁸ No original: “347. MEASURE OF DAMAGES IN GENERAL

Subject to the limitations stated in §§350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by

- (a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus
- (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less
- (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform.”

⁶⁹ No original: “§350. AVOIDABILITY AS A LIMITATION ON DAMAGES

Os dispositivos em questão sintetizam com precisão e expressam os principais pontos examinados no estudo jurisprudencial do tema. Em primeiro lugar, ao mencionar que o cálculo indenizatório está sujeito às limitações previstas nos §§ 350-53, fica evidente que a teoria da *avoidability* funciona não como um fundamento autônomo de responsabilidade, mas como critério de restrição do *quantum* indenizatório, das perdas e danos ressarcíveis pelo inadimplemento do contrato. Em segundo lugar, o § 350(1) do *Restatement* enfatiza a noção fundamental que a regra da mitigação de danos só se aplica àquelas situações em que a parte inocente puder razoavelmente – ou seja, sem risco, ônus ou humilhação indevidos – afastar os danos decorrentes do inadimplemento do contrato. Isso significa que o contratante inadimplente não deve esperar que o credor procure mitigar as próprias perdas a qualquer custo. Por fim, o § 350(2) do *Restatement* reforça a proteção dada ao credor no sentido de que as despesas incorridas no exercício de tentativas razoáveis, ainda que malsucedidas, de mitigação de danos deverão integrar também o valor da indenização. Fica evidente, portanto, que o risco da mitigação de danos deve ser suportado pelo contratante inadimplente e não pelo seu credor.

2.3.2 Legislação – Statutory Law – O Uniform Commercial Code

O *Uniform Commercial Code* – UCC⁷⁰ é uma lei sobre matéria comercial aprovada, em nível local, pela absoluta maioria dos Estados norte-americanos, além do Distrito de Columbia e das Ilhas Virgens Americanas. Como os demais atos uniformes nos Estados Unidos, o UCC foi elaborado e é periodicamente revisto por uma comissão de *experts* na matéria, que submete sua proposta para a avaliação da *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* em suas reuniões anuais. Essa organização é formada por delegados indicados pelos próprios Estados, normalmente através da Ordem dos Advogados local.⁷¹

(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.”

⁷⁰ Código Comercial Uniforme.

⁷¹ Conforme artigo 2.2. do Estatuto da *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Disponível em: <<http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=Constitution>>. Acesso em 13 jul. 2012.

Uma vez aprovados pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, os atos uniformes são encaminhados às casas legislativas de cada um dos Estados, Distritos e Territórios para aprovação. A recomendação é de que o texto seja aprovado “exatamente como escrito, para ‘promover a uniformidade da lei entre os Estados’”.⁷² (tradução nossa). A coesão das legislações estaduais nos Estados Unidos é um propósito importante, já que, naquele país, os Estados têm ampla competência legislativa, cabendo à Federação a competência residual e específica.⁷³

O artigo 2 do UCC, que trata especificamente da compra e venda de mercadorias⁷⁴, foi aprovado, integral ou parcialmente, por quarenta e nove Estados, pelo Distrito de Columbia e pelas Ilhas Virgens Americanas. O único Estado a não aprovar o artigo 2 do UCC foi a Louisiana,⁷⁵ região de colonização francesa e que, por sua influência, adotou o regime de *Civil Law*. Justificada, portanto, a opção por preservar o código civil daquele Estado ao invés de incorporar as regras sobre compra e venda do UCC.⁷⁶

Esse artigo do *Uniform Commercial Code*, que, como explicado, tem força de lei na quase integralidade do território americano, traz dispositivos semelhantes e específicos sobre a *avoidability* na compra e venda de bens, na sequência:

§ 2-706. Revenda pelo vendedor, incluindo contrato para revenda.

(1) De acordo com as condições previstas na seção 2-703 sobre as alternativas de reparação para o vendedor, o vendedor poderá revender os bens relacionados ou o seu saldo não entregue. Quando a revenda é feita de boa-fé e segundo as práticas comerciais razoáveis, o vendedor poderá recuperar a diferença entre o valor da revenda e o preço previsto no contrato, além de quaisquer danos incidentais autorizados pelas previsões deste artigo (seção 2-710), mas descontadas despesas economizadas em razão do inadimplemento contratual pelo comprador. [...]

§ 2-708. Indenização do Vendedor por não aceitação ou recusa.

⁷² Referências sobre o processo de aprovação de um ato uniforme estão disponíveis no website da *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*: “At that point, a Uniform or Model Act is officially promulgated for consideration by the states. Legislatures are urged to adopt Uniform Acts exactly as written, to “promote uniformity in the law among the states.” Disponível em: <[http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=ULC Drafting Process](http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=ULC%20Drafting%20Process)>. Acesso em: 13 jul. 2012.

⁷³ Conforme artigo I, Seção 8, da Constituição dos Estados Unidos.

⁷⁴ Conforme §2-102 do UCC.

⁷⁵ Informação sobre a adoção do UCC nos diversos Estados disponível em: <www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html#a2>. Acesso em: 16 jun. 2012.

⁷⁶ No entanto, a não aprovação do UCC no Estado da Louisiana não significa que a legislação local desconsidere o dever de mitigação de danos. Pelo contrário, o artigo 2.002 do Código Civil daquele Estado expressamente prevê essa regra, sancionando a falha na mitigação de danos com a proporcional redução da indenização devida pelo contratante inadimplente. (LITVINOFF, Saul. *Damages, Mitigation, and Good Faith*. *Tulane Law Review*, Nova Orleans, EUA, v. 73, 1999, p. 1161-2).

(1) Sujeito ao disposto na subseção (2) e às previsões deste artigo no que tange à prova do valor de mercado (seção 2-273), a quantificação da indenização pela não aceitação ou pela recusa pelo comprador é a diferença entre o valor de mercado no tempo e lugar para a venda e o preço não pago previsto no contrato, além de danos incidentais previstos neste artigo (seção 2-710), mas descontadas as despesas economizadas em consequência do inadimplemento contratual pelo comprador. [...]

§ 2-712. “Operação de Cobertura”; Aquisição pelo comprador de bens substitutos.

(1) Depois do descumprimento mencionado na seção anterior, o comprador poderá “cobrir” [realizar uma operação de cobertura] adquirindo, de boa-fé e sem atraso injustificado, ou firmando contrato para adquirir os bens em substituição àqueles que eram devidos pelo vendedor.

(2) O comprador poderá exigir do vendedor como indenização a diferença entre o custo da operação de cobertura e o preço do contrato, além de quaisquer danos incidentais ou subsequentes tal qual definido a seguir (seção 2-715), mas descontadas despesas economizadas em razão do inadimplemento contratual pelo vendedor. [...]

(3) Se o comprador deixar de cobrir de acordo com esta seção, ainda assim ele não estará impedido de exercer quaisquer outras alternativas de reparação.

§ 2-713. Indenização do Vendedor por não aceitação ou repudição.

(1) Sujeito às previsões deste artigo no que tange à prova do valor de mercado (seção 2-723), a quantificação da indenização pela não aceitação ou pela repudição pelo vendedor é a diferença entre o valor de mercado ao momento em que o comprador soube do inadimplemento e preço previsto no contrato, além de danos incidentais ou subsequentes, previstos neste artigo (seção 2-715), mas descontadas as despesas economizadas em consequência do inadimplemento contratual pelo vendedor. [...] (tradução nossa).⁷⁷

⁷⁷ “§ 2-706. Seller's Resale Including Contract for Resale.

(1) Under the conditions stated in Section 2-703 on seller's remedies, the seller may resell the goods concerned or the undelivered balance thereof. Where the resale is made in good faith and in a commercially reasonable manner the seller may recover the difference between the resale price and the contract price together with any incidental damages allowed under the provisions of this Article (Section 2-710), but less expenses saved in consequence of the buyer's breach. [...]

§ 2-708. Seller's Damages for Non-acceptance or Repudiation.

(1) Subject to subsection (2) and to the provisions of this Article with respect to the proof of market price (Section 2-273), the measure of damages for non-acceptance or repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price together with any incidental damages provided in this Article (Section 2-710), but less expenses saved in consequence of the buyer's breach. [...]

“§ 2-712. ‘Cover’; Buyer's Procurement of Substitute Goods.

(1) After a breach within the preceding section the buyer may ‘cover’ by making in good faith and without unreasonable delay any reasonable purchase of or contract to purchase goods in substitution for those due from the seller.

(2) The buyer may recover from the seller as damages the difference between the cost of cover and the contract price together with any incidental or consequential damages as hereinafter defined (Section 2-715), but less expenses saved in consequence of the seller's breach.

(3) Failure of the buyer to effect cover within this section does not bar him from any other remedy.

§ 2-713. Buyer's Damages for Non-delivery or Repudiation.

(1) Subject to the provisions of this Article with respect to proof of market price (Section 2-723), the measure of damages for non-delivery or repudiation by the seller is the difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price together with any incidental and consequential damages provided in this article (Section 2-715), but less expenses saved in consequence of the seller's

Conclui-se da leitura que as seções § 2-706 e § 2-708 dispõem sobre o inadimplemento do comprador no contrato de compra e venda, enquanto as seções § 2-712 e § 2-713 tratam da hipótese inversa, ou seja, do inadimplemento do vendedor nessa espécie contratual. As seções § 2-706 e § 2-712 assemelham-se por positivarem uma fórmula *concreta* de cálculo da indenização, ou seja, consideram a conduta real da parte prejudicada, seja o vendedor ou o comprador, quando ela age efetivamente para mitigar o dano. Diferentemente, as seções § 2-708 e § 2-713 preveem uma regra *abstrata* ou *despersonalizada*, na expressão de Farnsworth,⁷⁸ para o cálculo da indenização, porque desconsidera a conduta real da parte prejudicada e apura a indenização com base nos valores de mercado no momento do inadimplemento, embora não esclareça em que situações específicas essa fórmula abstrata deve prevalecer sobre a fórmula concreta. A seguir tratar-se-á individualmente de cada um dos dispositivos.

A seção § 2-706, como mencionado, trata especificamente do inadimplemento do comprador. Segundo o dispositivo, em caso de inadimplemento, o vendedor poderá providenciar a revenda dos bens negociados com o comprador. Se a revenda tiver sido feita de boa-fé e segundo práticas comerciais razoáveis, o vendedor, nessa hipótese, poderá cobrar do comprador inadimplente a diferença entre o preço fixado no contrato inadimplido e preço efetivo da revenda, esse último presumidamente menor. A justificativa que embasa essa conclusão é uma só: “numa economia de mercado, é presumível que a parte prejudicada pelo inadimplemento possa geralmente obter uma transação substitutiva e, conforme o princípio da *avoidability*, espera-se que ela o faça”. (tradução nossa).⁷⁹

É de se destacar que a cobrança da diferença de preços calculada na forma acima descrita só será possível se o vendedor revende os bens “de boa-fé e segundo as práticas comerciais razoáveis”, o que significaria dizer que, caso o vendedor optasse pela revenda a preço irrisório, a diferença majorada entre o preço de revenda e o preço do contrato poderia ser fundamentadamente contestada pelo comprador inadimplente. Por fim,

breach.” (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Selections For Contracts*. Nova Iorque, EUA: Foundation Press, 2010, p. 281-5.)

⁷⁸ Expressão utilizada por Farnsworth em seu artigo sobre o tema da reparação do dano contratual. (FARNSWORTH, E. Allan. Legal Remedies for Breach of Contract. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, EUA, vol. 70, 1970, p. 1198).

⁷⁹ “In a market economy, it is assumed that the injured party can generally arrange a substitute transaction and, under the principle of avoidability, is expected to do so.” (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 632).

ainda nessa hipótese, a seção ressalva a possibilidade de o vendedor cobrar, além da diferença entre preço do contrato e o preço real de revenda, também os chamados *incidental damages*, ou danos incidentais, que incluem os custos, despesas e comissões razoáveis decorrentes da necessidade de revenda dos bens ou do inadimplemento em si.⁸⁰ Portanto, despesas razoáveis incorridas pelo vendedor para suspender a entrega do produto ao comprador, que já estava a caminho, ou para promover o produto a outros possíveis interessados são exemplos de parcelas que integrariam o *quantum* indenizatório.

Passando-se à distinção entre a seção § 2-706 e a § 2-708, verifica-se que a segunda prevê a indenização devida pelo comprador inadimplente ao vendedor, independente da conduta que vier a ser adotada pelo último. É uma fórmula indenizatória abstrata. Nessa hipótese, o cálculo indenizatório deixa de ser baseado no valor real de revenda – se feita de boa-fé e segundo as práticas de mercado, como já mencionado – mas passa a ser fixado pelo “valor de mercado no tempo e lugar para a venda”. Segundo a seção § 7-723 do UCC, o valor de mercado deve ser definido quando a parte prejudicada toma conhecimento da recusa pelo outro contratante, embora se admitam variações de tempo e lugar, desde que razoáveis, se não for possível prontamente se definir o valor de mercado no momento do inadimplemento.⁸¹

⁸⁰ A definição de *incidental damages* do vendedor consta expressamente da seção § 2-710 do UCC. (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Selections For Contracts*, p. 283).

⁸¹ “§ 2-723. Prova do Preço de Mercado: Tempo e Local.

(1) Se a ação baseada na recusa antecipada vier a julgamento antes do momento da execução com relação a alguns ou a todos os bens, quaisquer danos baseados no valor de mercado (seção 2-708 ou seção 2-713) serão determinados de acordo com o preço de tais bens correntes no momento em que a parte prejudicada souber da recusa.

(2) Se prova do valor corrente nos tempos e lugares descritos neste artigo não estiver prontamente disponível, poderá ser utilizado o preço corrente no intervalo razoável antes ou depois do momento descrito ou o preço em outro local conforme o julgamento comercial ou que sirva como um substituto razoável, de acordo com os usos do comércio, levando-se em consideração o custo de transporte dos bens para ou vindo deste outro local.

(3) Prova do preço relevante corrente em tempo e local diversos dos descritos neste artigo, oferecida pela parte, não será considerada admissível, salvo se e até que a parte notifique a outra parte deste fato e que o tribunal entenda tal comunicação razoável para evitar surpresa injusta.” (tradução nossa).

Conforme original: “§ 2-723. Proof of Market Price; Time and Place

(1) If an action based on anticipatory repudiation comes to trial before the time for performance with respect to some or all of the goods, any damages based on market price (Section 2-708 or Section 2-713) shall be determined according to the price of such goods prevailing at the time when the aggrieved party learned of the repudiation.

(2) If evidence of a price prevailing at the times or places described in this Article is not readily available, the price prevailing within any reasonable time before or after the time described or at any other place which in commercial judgment or under usage of trade would serve as a reasonable substitute for the one described may be used, making any proper allowance for the cost of transporting the goods to or from such other place.

(3) Evidence of a relevant price prevailing at a time or place other than the one described in this Article offered by one party is not admissible unless and until he has given the other party such notice as the court

É possível, pois, concluir da leitura dessa seção § 2-708 que, mesmo quando a parte não se conduz de forma a mitigar o dano, a fórmula do cálculo de perdas e danos já é prevista de modo a contemplar o que deveria ser o comportamento esperado da parte agindo de boa-fé numa economia de mercado. Em outras palavras, a regra de mitigação de danos é parte integrante da forma abstrata de cálculo prevista na seção § 2-708, quase que como presumindo o agir de boa-fé.

O dispositivo novamente reforça que, ao invés de simplesmente aguardar a concretização do dano decorrente do inadimplemento contratual – o que se verificaria se o cálculo indenizatório correspondesse simplesmente ao valor do contrato mais despesas decorrentes do inadimplemento – o que se espera da parte contratante é o agir proativo; não o fazendo, não será premiada pela sua inércia. Essa é a razão, portanto, de a fórmula invocar o valor de mercado do bem no tempo e local em que a parte prejudicada, no caso o vendedor, toma ciência do inadimplemento, manifestado na forma de recusa do comprador.

As seções § 2-712 e § 2-713 seguem uma lógica idêntica à dos dois dispositivos já mencionados, agora, no entanto, enfocando a conduta esperada e o cálculo da indenização em favor do comprador quando o inadimplemento ocorre por parte do vendedor, que antecipadamente recusa-se a fornecer os bens negociados ou que fornece bens em desacordo com o avençado.

O primeiro artigo trata da alternativa dada ao comprador para, “de boa-fé e sem atraso injustificado”, comprar os bens de um fornecedor substituto. Assim procedendo, o comprador poderá cobrar do vendedor inadimplente a diferença entre o preço para compra negociado na operação substitutiva, presumivelmente mais elevado, e o valor de contrato. O segundo artigo reforça que, independente da conduta do comprador prejudicado, a indenização será calculada pela diferença entre o preço do contrato e o preço corrente de mercado no momento do inadimplemento. Em ambas as hipóteses, o Código também prevê como devidos os *incidental and consequential damages*, assim entendidos os primeiros como (i) as despesas relacionadas à recusa justificada do comprador em aceitar os bens (transporte, inspeção, etc.); (ii) as despesas e custos decorrentes da compra de bens substitutos no mercado; (iii) as despesas decorrentes do inadimplemento em si; e, sob a segunda designação, as perdas tidas nos Estados Unidos como “indiretas”, como os lucros cessantes sobre os quais o vendedor deveria ter

finds sufficient to prevent unfair surprise.” (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Selections For Contracts*, p. 289).

conhecimento.⁸²

Ponto interessante é de que as indenizações previstas no UCC § 2-708 e § 2-713 para as hipóteses em que vendedor ou comprador não buscam negócios jurídicos substitutivos – baseadas na diferença entre preço de contrato e preço de mercado – acabam se tornando mais que uma limitação máxima, ou um teto para as perdas e danos decorrentes do inadimplemento, como poderia sugerir uma interpretação fundada em parâmetros próprios do sistema jurídico brasileiro.⁸³ As verbas em questão tornam-se, em realidade, uma indenização prefixada. Nos Estados Unidos concluiu-se que, dentro do escopo da UCC, as indenizações das seções § 2-708 e § 2-713 podem variar e até mesmo superar o valor da efetiva perda da parte inocente, exatamente porque não guardam relação com a conduta real e os danos efetivamente sofridos pela parte prejudicada.

No caso *Tongish v. Thomas*, a Suprema Corte do Estado de Kansas, em 1992, avaliou o caso em que duas partes haviam firmado o contrato de compra e venda antecipada da safra de sementes de girassol por determinado preço.⁸⁴ O comprador, Decatur Coop Association, por sua vez, contratou a revenda da safra para um terceiro pelo mesmo valor negociado com Tongish, acrescido apenas de US\$ 0,55 (cinquenta e cinco centavos de dólar americano) por cada 100 (cem) libras de safra, a título de transporte e armazenagem. Esse era, portanto, o lucro esperado pela Decatur em decorrência da operação.

No entanto, por diversos fatores, o preço do produto praticamente dobrou depois da assinatura do contrato, mas antes da entrega de 2/3 da safra por Tongish à Decatur. Nesse contexto, optou o vendedor simplesmente por rescindir o contrato e comercializar o saldo remanescente da safra a Thomas. Em primeira instância, a decisão foi a de que a Decatur deveria ser indenizada apenas pelos prejuízos efetivamente experimentados, US\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco dólares) que lucraria na revenda da safra. A decisão teria fundamento na seção § 1-106 do UCC, segundo a qual a

⁸² A definição de *incidental and consequential damages* do comprador consta expressamente da seção § 2-715 do UCC. (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Selections For Contracts*, p. 286).

⁸³ A noção de uma limitação de indenização a um teto prefixado é de alguma maneira aceita no Brasil na responsabilidade contratual, cf. Aguiar Dias: “Não se admite cláusula de exoneração de responsabilidade em matéria delitual. Seu domínio se restringe à responsabilidade contratual e nele mesmo sofre restrições.” (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 653.) No entanto, como se passará a expor a seguir, é estranho ao nosso direito – salvo raras exceções, como a prevista no artigo 940 do Código Civil, em que a indenização tem quase o caráter de pena privada – que se cogite de indenização por danos materiais que supere a efetiva perda da parte, ou melhor, que seja absolutamente indiferente à perda efetivamente sofrida pela parte.

⁸⁴ EUA. *Tongish v. Thomas*. 51 Kan. 728, 840 P.2d 471 (*Supreme Court of Kansas*, 1992).

finalidade de qualquer das formas de reparação previstas no Código seria a de colocar a parte prejudicada “numa situação equivalente à que ela estaria se a outra parte tivesse cumprido integralmente o contrato”. (tradução nossa).⁸⁵

A Corte de Apelações, em decisão posteriormente mantida pela Suprema Corte Estadual, entendeu que, apesar da disposição geral no sentido de ser a finalidade indenizatória recolocar a parte prejudicada em condições equivalentes à que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, a regra da § 2-713 não poderia ser ignorada. A fórmula indenizatória abstrata, consistente na diferença entre preço do contrato e o preço de mercado no momento do inadimplemento, poderia parecer até mesmo injusta. Porém, a Suprema Corte entendeu que o cálculo indenizatório nessa hipótese, especialmente diante do fato de que Tongish sabia que a Decatur teria negociado a revenda da safra, seria a que melhor promoveria a segurança jurídica e a efetividade dos contratos:

Enquanto a aplicação dessa regra pode não refletir a perda efetiva do comprador, ela encoraja um mercado mais eficiente e desencoraja a quebra dos contratos. Se a perda dos lucros reais de acordo com o K.S.A. [lei estadual do Kansas a internalizar o U.C.C.] 84-1-106(1) fosse a medida da indenização a ser aplicada ao caso, isto permitiria que Tongish considerasse o preço do contrato com a Coop, de US\$ 13,00 por 100 libras mais US\$ 0,55 pela armazenagem e transporte de cada 100 libras como o “pisso” ou preço mínimo pelas sementes, tirasse vantagem do rápido aumento de preços, ignorasse sua obrigação contratual e lucrasse pela venda à proposta mais alta. Já a indenização calculada de acordo com o K.S.A. 84-2-713 encoraja que os contratos sejam honrados e a estabilidade do mercado [...].⁸⁶ (tradução nossa).

Desse precedente conclui-se que o Direito Norte-Americano não cria uma regra de preferência entre a fórmula por assim dizer “concreta” e a fórmula “abstrata” do cálculo indenizatório pelo UCC. São as circunstâncias do caso concreto que apontam aos julgadores qual das regras deve ser utilizada, de modo a promover um resultado mais equitativo e que, nas palavras usadas na própria decisão, encoraje um mercado mais

⁸⁵ A seção § 1-106 do UCC versão 2000 corresponde à seção § 1-305 da versão de 2001:

“§ 1-305. Remedies to be Liberally Administered.

(a) The remedies provided by [the Uniform Commercial Code] must be liberally administered to the end that the aggrieved party may be put in as good a position as if the other party had fully performed but neither consequential or special damages nor penal damages may be had except as specifically provided in [the Uniform Commercial Code] or by other rule of law.” (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Selections For Contracts*, p. 210).

⁸⁶“While application of the rule may not reflect the actual loss of the buyer, it encourages a more efficient market and discourages the breach of contracts. [...] If loss of actual profit pursuant to K.S.A. 84-1-106(1) would be the measure of damages to be applied herein, it would enable Tongish to consider the Coop contract price of \$13 per hundredweight plus 55 cents per hundredweight handling fee as the ‘floor’ price for his sees, take advantage of rapidly escalating prices, ignore his contractual obligation, and profitably sell to the highest bidder. Damages computed under K.S.A. 84-2-713 encourage the honoring of contracts and market stability [...]” (FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 636).

eficiente e desencoraje a quebra de contratos. O UCC oferece ao aplicador da norma, portanto, opções para que o cálculo indenizatório alcance não apenas o objetivo de indenizar a vítima, mas também o de promover os preceitos inerentes à norma.

2.4 Instrumentos de Direito Internacional

Sem que se pretenda reduzir o importante papel do Direito Norte-Americano na origem histórica e no próprio desenvolvimento do instituto da mitigação de danos em matéria contratual, não se pode deixar de reconhecer que um dos terrenos mais férteis para o desenvolvimento do tema tem sido o dos contratos internacionais.

Nesse aspecto, nas últimas décadas, diante da globalização, da expansão do comércio internacional e da natural erosão das fronteiras nacionais, os instrumentos de Direito Internacional⁸⁷ – com força vinculante ou não – têm se desenvolvido significativamente, fazendo frente à necessidade real de se promover um ambiente minimamente neutro e seguro em que as relações comerciais possam prosperar.⁸⁸ Como observa Judith Martins-Costa, esses instrumentos não têm a finalidade de unificar as normas de diferentes países, no sentido tradicional de criação de uma codificação única, mas sim de promover a uniformização possível de princípios e normas, “formando

⁸⁷ A expressão “instrumento”, mais ampla, é usada exatamente em razão das distintas naturezas das fontes escritas dos contratos internacionais: de um lado, os tratados, dentre eles as convenções e as leis uniformes, com valor de norma jurídica; e, de outro, as regulamentações de ordem convencional, como os princípios, as condições gerais e as recomendações elaboradas por organismos internacionais, que tenham a natureza de *soft law*. Esse tema será abordado mais detalhadamente no curso deste Capítulo.

⁸⁸ Segundo Lauro Gama e Souza Jr. ensina: “No atual contexto de intercâmbio econômico globalizado, seja qual for a parte do mundo em que se produza, as trocas comerciais implicam, do ponto de vista jurídico, a formação de um contrato. Essa complexa relação entre pessoas e empresas, que prometem, compram e vendem bens e serviços, em pequena como em grande escala, muitas vezes ultrapassando as fronteiras nacionais, longe de ser estática, reflete a natureza problemática dos contratos na modernidade. Tal como o direito contemporâneo, o dos contratos é um direito relativizado, historicizado e pluralista. [...] O pluralismo manifesta-se em várias frentes. Há uma pluralidade de fontes jurídicas a regular o fato, de sujeitos a proteger – por vezes indeterminados (como nos interesses difusos), de agentes ativos a quem imputar a responsabilidade (como no caso de fornecedores que se organizam em cadeias), em relações despersonalizadas, múltiplas e multifacetadas. [...] De outro lado, a globalização econômica também exerce pressão cambiante sobre o contrato, legitimando em seu contexto multidimensional e policêntrico a autonomia normativa do direito do comércio internacional.” (SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos de Comércio Internacional 2004 e o Direito Brasileiro: convergências e possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 8, jan./mar. 2006, p. 47-50).

espécies de microssistemas normativos”,⁸⁹ no que, segundo reconhece a jurista, têm sido especialmente bem-sucedidos.

Talvez a maior importância desses instrumentos de Direito Internacional para os mais variados temas jurídicos e, em especial, para a regulamentação dos negócios jurídicos internacionais, seja o poder de sintetizar e uniformizar as contribuições vindas de diferentes ordenamentos jurídicos, de diferentes tradições e raízes.⁹⁰ Tratando especificamente sobre os Princípios da UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais – um dos instrumentos que se avaliará nesta Seção –, o jurista italiano Michael Joachim Bonell ressalta:

Os Princípios UNIDROIT têm por objetivo enunciar regras que sejam comuns à maioria dos sistemas jurídicos existentes e, ao mesmo tempo, selecionar as soluções que pareçam mais adequadas às necessidades especiais do comércio internacional. Consequentemente, sempre que necessário escolher entre regras conflitantes, o critério utilizado não foi meramente aritmético. Em outras palavras, o fator decisivo não foi apenas qual a regra adotada pela maioria das jurisdições, mas, ao invés, qual das regras em análise tinha a maior contribuição e/ou demonstrava-se especialmente bem adaptada às transações internacionais. [...]

Apesar de os envolvidos na preparação dos Princípios UNIDROIT nunca terem considerado seus papéis como de legisladores com poderes para criar regras inteiramente novas, mas entendessem suas funções como de essencialmente reafirmar o direito contratual internacional existente, não se pode negar que, especialmente dentro do grupo de trabalho, existiram desde o início duas filosofias conflitantes. De um lado estavam os “tradicionalistas”, relativamente relutantes em se afastar dos princípios bem estabelecidos, particularmente quando esses princípios eram parte de seus próprios sistemas jurídicos; de outro lado, estavam os “inovadores”, mais abertos aos recentes desenvolvimentos, mesmo quando esses desenvolvimentos eram próprios de sistemas jurídicos estrangeiros e não eram amplamente aceitos.

No geral, as duas correntes se balancearam mutuamente, de modo que é de algum modo difícil verificar em que medida os Princípios UNIDROIT são inovadores mais do que uma reflexão de visões tradicionais.

Existem, no entanto, regras que são claramente inovadoras, ao menos para um grande número de sistemas domésticos. A razão para isso é encontrada em parte no desejo de melhor atender às necessidades especiais do comércio internacional e, em parte, na necessidade de se levar em consideração as diferentes condições econômicas e políticas existentes no mundo hoje. (tradução nossa).⁹¹

Espera-se, a partir dessa análise, entender de que modo o desenvolvimento

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os Princípios Informadores do Contrato de Compra e Venda Internacional da Convenção de Viena. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 11, p. 42.

⁹⁰ Cf. SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e a sua Aplicação nos Países do Mercosul. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. XV, 2005, p. 138.

⁹¹ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Towards a New Lex Mercatoria? *Revue de Droit des Affaires Internationales – International Business Law Journal*, Paris, França, n. 2, 1997, p. 147-8.

do tema da mitigação de danos em contratos internacionais, alcançado pela intensa contribuição doutrinária e pelos inúmeros precedentes judiciais e arbitrais pelo mundo, poderia agregar à compreensão do tema pelo nosso direito nacional. Citando-se novamente Judith Martins-Costa:

[...] a enorme variedade de problemas aí [no contexto na nova ordem econômica internacional] plasmados – e, por igual, as soluções que vêm sendo apontadas – não deve despertar a atenção apenas do especialista em Direito Internacional. Estes problemas e estas soluções acabam, num jogo marcado pela dialeticidade, se refletindo também nos contratos de compra e venda de direito interno, desenhando, outrossim, questões de grande indagação no campo da teoria geral do direito.

2.4.1 A Mitigação de Danos na Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, nos Princípios da UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais e nos Princípios de Direito Contratual Europeu

No âmbito do Direito Internacional, o dever de mitigação de danos em matéria contratual também tem merecido discussão e proteção. Cite-se inicialmente que, em um notável esforço colaborativo para harmonização do direito comercial, sob a coordenação da UNCITRAL⁹² – a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional, 62 Estados-membros das Nações Unidas aprovaram por unanimidade a Convenção de Viena das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG”)⁹³ em 10 de abril de 1980. A vigência da CISG iniciou-se em 1º de janeiro de 1988, com o depósito do instrumento de adoção pelos onze primeiros Estados a ratificá-la.⁹⁴

Segundo Saidov, inúmeras são as razões que justificam a importância desse esforço harmonizatório, especialmente em vista da crescente importância da economia globalizada e do comércio internacional: (i) diminuição de barreiras jurídicas visando à redução dos custos de transações internacionais;⁹⁵ (ii) produção de um regime jurídico

⁹² Sigla em inglês que significa a *United Nations Commission on International Trade Law*.

⁹³ Em inglês, a *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, conhecida pela sigla CISG.

⁹⁴ Foram eles: Argentina, China, Egito, França, Hungria, Itália, Lesoto, Síria, Estados Unidos, Iugoslávia e Zâmbia.

⁹⁵ Este é, aliás, um dos “considerandos” que constam expressamente do preâmbulo da CISG e talvez o maior benefício real trazido pela Convenção: “Os Estados Partes na presente Convenção [...] estimulando que a

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.⁹⁶ A CISG é reconhecidamente um dos instrumentos mais importantes nesse contexto.

O Brasil foi o septuagésimo nono país a ratificar a CISG,⁹⁷ com a promulgação pelo Congresso Nacional, em 18 de outubro de 2012, do Decreto Legislativo nº 538, que aprovou o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Conforme artigo 99 (2), a Convenção entrará em vigor no Brasil em 1º de abril de 2014, primeiro dia do mês seguinte ao prazo de 12 (doze) meses após o depósito do instrumento de ratificação da Convenção perante o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (“ONU”), o que ocorreu em 4 de março de 2013.

A CISG é um tratado de Direito Internacional aplicável, portanto, às compras e vendas internacionais de mercadorias quando comprador e vendedor estiverem estabelecidos em Estados distintos, desde que: (i) sejam esses Estados Contratantes da Convenção ou, pelas regras de Direito Internacional Privado, deva-se aplicar a lei de um dos Estados Contratantes da Convenção ao contrato;⁹⁸ e que (ii) as partes não tenham expressamente excluído a aplicação da CISG.⁹⁹ A Convenção é, portanto, fonte de direito e tem sido constantemente aplicada pelo poder judiciário e por tribunais arbitrais na resolução de casos de compra e venda internacionais.

No Capítulo V, que trata das “Disposições Comuns às Obrigações do Vendedor e do Comprador”, na Seção específica das “Perdas e Danos”, a CISG prevê a forma de cálculo da indenização em caso de inadimplemento contratual. De maneira muito

adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que contemplem os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, contribuirá para a eliminação de obstáculos jurídicos às trocas internacionais e promoverá o desenvolvimento do comércio internacional.”

⁹⁶ SAIDOV, Djakhongir. *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*. Portland, EUA: Hart Publishing, 2008, p. 1.

⁹⁷ O alcance da CISG é digno de nota, em especial porque instrumentos anteriores, como a *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods* – ULF e a *Uniform Law for the International Sale of Goods* – ULIS, adotadas pelo *International Institute for the Unification of Private Law* – UNIDROIT em 1964, nunca foram ratificados por mais do que alguns poucos países, não incluindo o Brasil. (SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 2-3).

⁹⁸ Conforme artigo 1 (a) e (b) da própria CISG.

⁹⁹ A possibilidade de exclusão ou derrogação parcial da CISG pelas partes contratantes está expressamente prevista no artigo (6) da CISG, conferindo, assim, maior liberdade às partes contratantes para decidirem, de maneira autônoma, a disciplina que entendem mais adequada à sua contratação.

semelhante à abordagem do Direito Norte-Americano, a CISG prevê que as perdas e danos “consistirão no valor equivalente ao prejuízo, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento”,¹⁰⁰ desde que a parte inadimplente pudesse tê-las razoavelmente previsto (*foreseeability*). As fórmulas de cálculo comuns do Direito Norte-Americano já analisadas em detalhes anteriormente – a diferença entre o preço do contrato e o preço ajustado na operação substitutiva (concreta) ou a diferença entre o preço do contrato e o preço de mercado (abstrata) – também constam claramente dos artigos 75¹⁰¹ e 76¹⁰² da CISG.

Nesse contexto, o dever de mitigação de danos também recebeu proteção. A regra está expressa no artigo 77 da CISG, que estabelece:

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.

Esse não é, porém, o único diploma de Direito Internacional a prever regra semelhante. A regra de mitigação de danos inserida como elemento essencial da responsabilidade contratual também consta, por exemplo, dos Princípios da UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais (“UPICC” ou “Princípios UNIDROIT 2010”).¹⁰³

¹⁰⁰ Conforme artigo 74 da CISG: “Seção II – Perdas e Danos

Artigo 74 – As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo, 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.”

¹⁰¹ Conforme se observará a seguir, considerando que a realização da operação substitutiva costuma ser a forma mais comum de mitigação de danos, transcreve-se o disposto no artigo 75 da CISG para análise: “Artigo 75 – Se o contrato for rescindido e se, em modo e prazo razoáveis após a rescisão, o comprador proceder a uma compra substitutiva ou o vendedor a uma venda substitutiva, a parte que exigir a indenização poderá obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação substitutiva, assim como quaisquer outras perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.”

¹⁰² Transcreve-se: “Artigo 76

(1) Se o contrato for rescindido e as mercadorias tiverem preço corrente, a parte que exigir a indenização das perdas e danos poderá, se não houver procedido à compra substitutiva ou à venda substitutiva previstas no artigo 75, obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como quaisquer outras perdas e danos exigíveis em razão do artigo 74. Não obstante, se a parte que exigir a indenização houver resolvido o contrato após ter tomado posse das mercadorias, aplicar-se-á o preço corrente no momento de tomada de posse, em lugar do preço corrente no momento da rescisão.

(2) Para os fins do parágrafo anterior, o preço corrente será aquele do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter sido efetuada ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço praticado em outra praça que puder razoavelmente substituí-lo, levando-se em consideração as diferenças no custo de transporte das mercadorias.”

¹⁰³ Sigla em inglês que significa *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*.

Embora não tenha a natureza de um tratado internacional, mas sim a característica de *soft law*,¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ ou seja, regras originadas de uma organização independente,¹⁰⁶ com caráter não

¹⁰⁴ Lauro Gama e Souza Junior debate com precisão o tema da complexa natureza jurídica dos Princípios da UNIDROIT. Em primeiro lugar, o autor aponta que o Preâmbulo dos UPICC não indica, em nenhum momento, o valor do diploma como norma jurídica e prossegue com o reconhecimento da dificuldade de enquadrar os Princípios UNIDROIT em qualquer categoria jurídica tradicional, não sendo uma lei ou convenção, mas tampouco podendo ser equiparado aos simples usos e costumes do comércio internacional. Em sua visão, a melhor classificação dos UPICC seria efetivamente como um instrumento de *soft law*, embora o conceito ainda cause estranheza aos países de tradição civilista: “*Soft law* é, na verdade, um conceito multifacetado, plural. Para alguns, designa normas de um *direito flexível*, que servem basicamente como *critério de fundamentação* de decisões ou de *legitimação* de práticas e de comportamentos típicos de natureza profissional no domínio do comércio internacional, embora sejam desprovidas de caráter vinculativo e atuem mediante a persuasão ou pelo convencimento da sua conformidade com o direito ou com a deontologia comercial. Para outros, são regras de limitado valor normativo, quer porque os instrumentos que as contêm não são juridicamente obrigatórios, quer porque as disposições em causa, ainda que figurando em instrumento vinculante, não criam obrigações de direito positivo ou não criam senão obrigações pouco constringentes. [...] Como espécie de *soft law*, os *Princípios do UNIDROIT* traduzem a tendência global de harmonização do direito do comércio internacional por vias alternativas ao *hard law* elaborado pelos Estados nacionais, mediante tratados e convenções internacionais. Até mesmo o emprego do termo “*Princípios*” pelo UNIDROIT significa uma dignificação das formas jurídicas mais flexíveis que os códigos positivistas clássicos. Sua missão, como indica a semântica do termo, é guiar e informar (as partes, o árbitro, o juiz e o legislador), sem a pretensão de incorporar-se formalmente aos ordenamentos estatais.” (SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional: Uma Nova Dimensão Harmonizadora dos Contratos Internacionais. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. (coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Prof. Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 353). No mesmo sentido, SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁵ Outra discussão bastante comum a respeito da natureza da UPICC é a de se os Princípios constituiriam uma forma moderna de *Lex Mercatoria*. Em artigo sobre o tema, Baron levanta esse debate. Segundo a autora, a *Lex Mercatoria* desenvolveu-se com bastante sucesso na Europa, durante os séculos XI e XII, em vista do desenvolvimento do comércio, especialmente na Itália, mas também da França, Espanha e demais países europeus, incluindo a Inglaterra. Marcada por seu caráter transnacional, informal e ágil, refletia de maneira fiel os usos e costumes do comércio. A partir do século XVII na Inglaterra, a *Lex Mercatoria* acabou sendo paulatinamente absorvida pela *Common Law*, à medida que os Tribunais passaram a incorporar formalmente seus preceitos em decisões judiciais – anteriormente, a aplicação da *Lex Mercatoria* cabia aos próprios comerciantes. De maneira similar, com o desenvolvimento das codificações no direito europeu continental, marcando, senão o fim, ao menos o quase absoluto fenecimento da antiga *Lex Mercatoria*. Num movimento cíclico, contudo, desde o início do século XX com os primeiros passos em direção a um comércio globalizado, a ideia de normas de comércio supranacionais, uma nova *Lex Mercatoria*, voltou a ganhar força e defensores. Muito embora a doutrina tenda a ser mais ou menos restritiva na conceituação do que seria essa nova *Lex Mercatoria* (se, por exemplo, ela incluiria diplomas positivados de direito internacional ou se, por outro lado, apenas práticas e costumes de comércio não positivados entrariam nessa categoria), a autora defende que os Princípios UNIDROIT indubitavelmente atenderiam aos principais propósitos da *Lex Mercatoria*, em especial seu caráter transnacional, desvinculado de um regime jurídico nacional específico, neutro, prático, não obrigatório e adaptável às necessidades do comércio. (BARON, Gesa. *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new “lex mercatoria”?* Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html#b15>. Acesso em: 24 fev. 2013).

¹⁰⁶ Fundado originalmente em 1926 como um órgão auxiliar da Liga ou Sociedade das Nações e reestabelecido em 1940, através de um acordo multilateral, o Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado – UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) é uma organização intergovernamental independente. O UNIDROIT conta hoje com 63 Estados-membros, dentre eles o Brasil, que é membro do Instituto desde 18 de junho de 1940. Importante notar, no entanto, que o grupo de trabalho responsável pela elaboração do projeto dos Princípios UNIDROIT era formado por expertos em comércio internacional, professores, juizes e advogados que foram indicados para atuação em nome próprio e não como representantes dos Estados-membros da UNIDROIT. Cf. BARON, Gesa, *Op. cit.*

obrigatório ou vinculativo,¹⁰⁷ o documento já teve sua terceira edição aprovada em 2010¹⁰⁸ e, em 2012, foi endossado por unanimidade pela UNCITRAL, que reconheceu seu importante papel na facilitação do comércio internacional e recomendou sua aplicação para os fins previstos naquele diploma.¹⁰⁹

Os Princípios UNIDROIT 2010 podem ser aplicados, segundo o Preâmbulo do diploma, quando as partes (i) tenham acordado que o seu contrato será regulado por eles; (ii) tenham acordado que o seu contrato será regulado por princípios gerais de direito, pela *lex mercatoria*, ou similares;¹¹⁰ (iii) não tenham escolhido nenhuma lei para regular o seu contrato. Note-se que os Princípios UNIDROIT 2010 aplicam-se a todos os tipos de contratos internacionais e não apenas aos contratos de compra e venda internacional de mercadoria, distinguindo-se da CISG por serem mais amplos em seu escopo.

A regra da mitigação de danos nos UPICC também é expressa, como se verifica no artigo 7.4.8, que mantém a mesma redação desde a edição inicial do documento em 1994:

ARTIGO 7.4.8

(Mitigação do dano)

(1) A parte inadimplente não é responsável por danos sofridos pela parte prejudicada na medida em que esses danos poderiam ter sido reduzidos com a adoção de medidas razoáveis por parte desta.

(2) A parte prejudicada tem direito a reaver quaisquer despesas que tenha razoavelmente realizado na tentativa de reduzir os danos.

Como na CISG, a regra de mitigação de danos nos Princípios UNIDROIT 2010 insere-se na seção das “Perdas e Danos”, sendo indissociável sua leitura em conjunto com as regras que apuram a forma de cálculo da indenização decorrente do

¹⁰⁷ Segundo Federica Rongeat-Oudin e Martin Oudin, os UPICC têm caráter não vinculativo para os juízes nacionais na medida em que o documento não se destina a ser internalizado como lei nos países, nem tampouco foi produzido por autoridades legislativas ou governamentais de qualquer natureza. Não obstante, uma vez eleita a sua aplicação ao contrato por liberalidade das partes. Segundo os autores: “Autrement dit, ces Principes ne sont pas formellement un instrument contraignant mais peuvent le devenir par la volonté des parties”. Sem prejuízo, segundo regra expressa no artigo 1.4., nada nos Princípios UNIDROIT deve ser interpretado como uma limitação à aplicação das normas jurídicas nacionais ou internacionais. (RONGEAT-LOUDIN, Federica; OUDIN, Martin. La Reception des Principes UNIDROIT par La Lex Mercatoria: l’exemple de la bonne foi. *Revue de Droit des Affaires Internationales – International Business Law Journal*, Paris, França, n. 6, 2009, p. 697-723).

¹⁰⁸ A primeira edição do UPICC data de 1994, tendo o texto sido revisto e reeditado pela primeira vez em 2004.

¹⁰⁹ A íntegra do texto de aprovação dos UPICC pela UNCITRAL encontra-se disponível em <www.unidroit.org/english/news/principles2010-un-en.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2013.

¹¹⁰ O que se explica e justifica pelas razões já anteriormente apresentadas. (BARON, Gesa. *Op. cit.*)

descumprimento do contrato, notadamente as previstas no artigo 7.4.5,¹¹¹ aplicável aos casos em que foi realizada a operação substitutiva, e no artigo 7.4.6,¹¹² quando a indenização é medida por referência ao preço corrente de mercado.

Vale destacar que, de acordo com os comentários oficiais aos Princípios UNIDROIT 2010, a regra de mitigação de danos pela parte prejudicada pelo inadimplemento reflete a noção de boa-fé,¹¹³ que é, de modo geral, intrínseca a todo o documento, além de reconhecida como um dever geral que não pode ser afastado nem mesmo por convenção das partes¹¹⁴ e como fonte de geração de obrigações contratuais implícitas.¹¹⁵ Assim, o papel atribuído à boa-fé nos Princípios UNIDROIT 2010 é bastante

¹¹¹ “Artigo 7.4.5 (Prova do dano em caso de transação substitutiva)

Nos casos em que a parte prejudicada tenha extinguido o contrato e tenha realizado uma transação substitutiva em tempo e de maneira razoável, pode cobrar a diferença entre o preço do contrato e o preço da transação substitutiva, bem como a indenização por outros danos.”

¹¹² “Artigo 7.4.6 (Prova do dano por referência ao preço corrente)

(1) Nos casos em que a parte prejudicada tenha extinguido o contrato e não tenha feito uma transação substitutiva, mas haja um preço corrente para a prestação contratada, ela pode reaver a diferença entre o preço contratado e o preço corrente no momento em que o contrato é extinto, além de indenização por qualquer dano adicional.

(2) O preço corrente é o preço normalmente cobrado por bens entregues ou serviços prestados em circunstâncias semelhantes no lugar em que o contrato deveria ter sido adimplido ou, se não há preço corrente nesse local, o preço corrente em qualquer outro lugar que pareça razoável poder-se tomar como referência.”

¹¹³ Conforme consta dos comentários oficiais ao Artigo 1.7 dos Princípios: “There are a number of Provisions throughout the different Chapters of the Principles which constitute a direct or indirect application of the principle of good faith and fair dealing. See above all article 1.8, but see also for instance, articles 1.9(2); 2.1.4(2)(b), 2.1.15, 2.1.16, 2.1.18 and 2.1.20; 3.2.2, 3.2.5 and 3.2.7; 4.1(2), 4.2.(2), 4.6 and 4.8., 5.1.2 and 5.2.3; 5.2.5; 5.3.3 and 5.3.4; 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2) and 6.1.17(1); 6.2.3(3)(4); 7.1.2, 7.1.6 and 7.1.7; 7.2.2(b)(c); 7.4.8 and 7.4.13; 9.1.3, 9.1.4 and 9.1.10(1). This means that good faith and fair dealing may be considered to be one of the fundamental ideas underlying the Principles.” Disponível em: <www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010e.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2013.

Em português: “Existem diversos dispositivos ao longo dos diferentes capítulos dos Princípios que constituem uma aplicação, direta ou indireta, do princípio de boa-fé e negociação justa. Veja a seguir o artigo 1.8, mas verifique também, por exemplo, os artigos 1.9(2); 2.1.4(2)(b), 2.1.15, 2.1.16, 2.1.18 e 2.1.20; 3.2.2, 3.2.5 e 3.2.7; 4.1(2), 4.2.(2), 4.6 e 4.8., 5.1.2 e 5.2.3; 5.2.5; 5.3.3 e 5.3.4; 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2) e 6.1.17(1); 6.2.3(3)(4); 7.1.2, 7.1.6 e 7.1.7; 7.2.2(b)(c); 7.4.8 e 7.4.13; 9.1.3, 9.1.4 e 9.1.10(1). Isso significa que a boa-fé e a negociação justa podem ser consideradas uma das ideias fundamentais que inspiram os Princípios.” (tradução nossa).

¹¹⁴ “Artigo 1.7 (Boa-fé)

(1) Cada uma das partes deve comportar-se segundo os ditames da boa-fé no comércio internacional.

(2) As partes não podem excluir essa obrigação, ou limitar-lhe o alcance.”

¹¹⁵ Apesar da utilização do termo “obrigação implícita” pelos UPICC, verifica-se que o documento se refere ao que a doutrina vem denominando de deveres anexos ou deveres acessórios de conduta. Conforme Artigo 5.2: “Artigo 5.1.2 (Obrigações implícitas)

As obrigações implícitas derivam:

(a) da natureza e finalidade do contrato;

(b) das práticas estabelecidas entre as partes e dos usos e costumes;

(c) da boa-fé e lealdade negocial;

mais abrangente que o papel a ela dado – ao menos expressamente – pela CISG, que menciona a boa-fé apenas como regra de interpretação da própria Convenção.¹¹⁶

Também merece destaque, no âmbito internacional, o papel dos Princípios de Direito Contratual Europeu (*The Principles of European Contract Law* – “PECL”), preparados pela Comissão sobre Direito Contratual Europeu (*Commission on European Contract Law* ou Comissão Lando),¹¹⁷ formada por um grupo seletivo de juristas europeus, e publicados entre 1995 (primeira parte) e 2002 (terceira parte).

Os PECL apresentam semelhanças significativas com os Princípios UNIDROIT 2010. Em primeiro lugar, ambos visam a estabelecer princípios gerais em matéria contratual, que propiciem a harmonização das regras contratuais e, conseqüentemente, a facilitação do comércio entre partes oriundas de diferentes ordenamentos jurídicos. Ademais, ambos os documentos têm natureza de *soft law*, diplomas privados, não estatais e não vinculativos: os PECL são aplicados quando as partes expressamente assim acordarem ou, subsidiariamente, poderão ser aplicados, a critério do julgador, quando as partes elegeram a aplicação de “princípios gerais do direito”, “*lex mercatoria*” ou simplesmente quando tenham sido silentes na escolha da lei a reger o contrato.¹¹⁸ Por fim, assim como os Princípios UNIDROIT 2010, os PECL expressamente preveem a boa-fé e a negociação justa ou *fair dealing* como deveres contratuais inafastáveis.¹¹⁹

Existem, entretanto, diferenças marcantes entre os Princípios UNIDROIT 2010 e os PECL. A primeira é, obviamente, o escopo geográfico de suas respectivas aplicações. Enquanto os Princípios UNIDROIT 2010 têm aplicação mundial, os PECL têm seu âmbito de aplicação limitado aos países-membros da União Europeia, considerando especialmente que a existência de diferentes ordenamentos e parâmetros jurídicos poderia ser um obstáculo considerável para a integração econômica regional.¹²⁰ A segunda é que os PECL não se aplicam apenas aos contratos comerciais internacionais, mas também a

(d) da razoabilidade.”

¹¹⁶ Conforme Artigo 7(1): “Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa-fé no comércio internacional.”

¹¹⁷ Em homenagem ao Professor dinamarquês Ole Lando, que presidiu a Comissão sobre Direito Contratual Europeu quando de sua criação em 1982.

¹¹⁸ Conforme previsto no artigo 1:101(2) e 1:101(3) dos PECL. Disponível em: <http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm>. Acesso em: 22 jun. 2013.

¹¹⁹ Conforme previsto no artigo 1:201(1) e 1:201(2) dos PECL.

¹²⁰ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 7.

contratos não comerciais, inclusive contratos de relações de consumo, bem como a relações domésticas.¹²¹

Ainda que redigida de forma diferente dos demais diplomas, os PECL também preveem uma regra expressa de mitigação ou “redução” de danos, bem como a forma de cálculo da indenização para assegurar que a parte inocente seja compensada apenas pelos danos que efetivamente não poderia evitar. É o que se verifica dos artigos 9:505 a 9:507 do documento:

Artigo 9:505 – Redução das perdas (anteriormente parte do art. 4.504)

- (1) A parte inadimplente não é responsável pelas perdas sofridas pela parte inocente na medida em que a parte inocente pudesse ter reduzido as perdas adotando medidas razoáveis.
- (2) A parte inocente tem direito a recuperar as despesas razoavelmente incorridas na tentativa de reduzir os danos.

Artigo 9: 506 (anteriormente art. 4.505) – Operação Substitutiva

Quando a parte inocente resolver o contrato e tiver realizado uma operação substitutiva no prazo razoável e de maneira razoável, essa parte poderá recuperar a diferença entre o preço do contrato e o preço da operação substitutiva, assim como a indenização por quaisquer perdas adicionais, desde que consideradas indenizáveis de acordo com este Capítulo.

Artigo 9:507 (anteriormente art. 4.406) – Preço Vigente

Quando a parte inocente resolver o contrato e não tiver realizado uma operação substitutiva, mas havendo um preço vigente para a execução do objeto contratado, essa parte poderá recuperar a diferença entre o preço do contrato e o preço vigente no momento em que o contrato for resolvido, assim como a indenização por quaisquer perdas adicionais, desde que consideradas indenizáveis de acordo com este Capítulo.¹²²

¹²¹ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 8.

¹²² Tradução nossa a partir do original em inglês disponível em <http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm>. Acesso em: 22 jun. 2013.

“Article 9:505 – Reduction of loss (previously part of 4.504)

- (1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.
- (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.

Article 9:506 (ex art. 4.505) – Substitute Transaction

Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, it may recover the difference between the contract price and the price of the substitute transaction as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section.

Article 9:507 (ex art. 4.506) – Current Price

Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section.”

Portanto, em conjunto, a CISG, os Princípios UNIDROIT 2010 e os PECL demonstram que o dever de mitigar danos em matéria contratual é reconhecido mundialmente, não apenas por ordenamentos jurídicos de *Common Law*, mas também por ordenamentos de *Civil Law*, sendo consagrado pela doutrina, inclusive, como um princípio geral no direito europeu, reconhecido mesmo pela *Lex Mercatoria*.¹²³ Muito embora pela importância da CISG tenda-se a associar o dever de mitigação de danos aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, a verdade é que a regra, por sua relevância, pode ser associada a quaisquer modalidades de contratos internacionais – como indicam os Princípios UNIDROIT 2010 – e mesmo a contratos domésticos¹²⁴ – como apontam os PECL –, sem quaisquer restrições.

2.4.2 A Doutrina e Precedentes Judiciais e Arbitrais sobre a Mitigação de Danos nos Instrumentos de Direito Internacional

2.4.2.1 Fundamentos Econômicos e Axiológicos

Analisando os três instrumentos de Direito Internacional conjuntamente, Saidov explica que a regra que impõe à parte inocente o dever de agir com razoabilidade para mitigar os seus próprios prejuízos pode ser justificada por diferentes fundamentos.

Em primeiro lugar, sob a abordagem da corrente de *Law & Economics*, a regra de mitigação de danos é justificada como uma medida de promoção da eficiência econômica e, em especial, como um incentivo para a redução de desperdícios.¹²⁵ O autor

¹²³ RONGEAT-UDIN, Federica; OUDIN, Martin. *Op. cit.*, p.716.

¹²⁴ Ao analisar os modelos inspiradores da CISG, notadamente o Direito Alemão dos contratos e o *Uniform Commercial Code* norte-americano, Véra Fradera ressalta o fato de a Convenção ser o resultado de um exercício de direito comparado, que muitas vezes criou soluções inovadoras capazes de mesclar e sintetizar conceitos dos ordenamentos de *Common Law* e de *Civil Law*. Essa capacidade de criar coerência e uniformidade é, como já se pontuou neste trabalho, uma das razões para se reconhecer a importância desse tratado. Se os benefícios mais marcantes se dão na esfera dos contratos internacionais, escopo primordial da Convenção de Viena, inegável que “existe sempre a possibilidade de o direito interno beneficiar-se dos avanços obtidos na esfera internacional, de modo que a nova configuração dada aos conceitos já existentes nos ordenamentos nacionais, no plano internacional, constitui, muitas vezes, fator de progresso em relação aos direitos internos” (FRADERA, Véra Jacob. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Jacob; MOSER, Luiz Gustavo Meira. (coord.). *A Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9).

¹²⁵ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 126.

explica o porquê de se enfatizar a vinculação entre o dever de mitigar danos e a redução de desperdícios, mais até do que como uma medida de eficiência econômica: segundo ele, seria bastante difícil se estabelecer uma relação direta entre a mitigação de danos e a noção equívoca de eficiência, seja pelo critério de Pareto, seja pela noção aprimorada de Kaldor-Hicks,¹²⁶ na medida em que ambos os conceitos de eficiência envolvem mais do que a avaliação simplesmente da situação das partes contratantes, mas também de terceiros. A mensuração do conceito de eficiência nesse contexto mais amplo seria virtualmente impossível,¹²⁷ de modo que a justificativa da busca por “eficiência econômica” só seria possível se a expressão fosse tida de maneira ampla e atécnica.

Ainda assim, e apesar de algumas críticas, Saidov defende que a regra de mitigação de danos nesses diplomas internacionais justifica-se, sim, sob a ótica de redução dos desperdícios. Segundo o autor, a regra de mitigação de danos garante que a parte inadimplente pague o menor montante possível para proteger o mesmo legítimo interesse da parte inocente, que era ter o contrato original cumprido.¹²⁸ Garantir que a extensão do dano seja a menor possível e, conseqüentemente, que o valor indenizatório seja reduzido ao máximo é, sob a ótica da análise econômica do direito, justificativa suficiente para que a

¹²⁶ Sobre os conceitos de eficiência segundo Pareto e Kaldor-Hicks, Diogo Naves Mendonça explica que: “Em termos mais técnicos, os economistas geralmente recorrem a dois conceitos para explicar a eficiência: o conceito de Pareto e o de Kaldor-Hicks, assim denominados em alusão aos estudiosos que os enunciaram (Vilfredo Pareto, Nicolas Kaldor e John Hicks. A eficiência paretiana é alcançada quando, em um conjunto possível de alocações de benefícios, torna-se impossível melhorar a posição de alguém sem prejudicar a de outrem. Ou seja, uma determinada situação será eficiente caso nenhum indivíduo possa melhorar a sua posição sem que pelo menos outra pessoa piore a sua.

O critério de Pareto, além de criar o inconveniente de dificultar imensamente a realização de mudanças, especialmente em larga escala (uma melhora dificilmente não é acompanhada de uma respectiva piora), pode não ser socialmente benéfico. Isso porque, em tese, a concentração dos recursos em um só agente pode ser ótima no sentido paretiano, uma vez que qualquer realocação o deixaria em situação pior. [...]

Daí a complementação oferecida pelo critério de Kaldor-Hicks, também denominado de ‘melhoria potencial de Pareto’, segundo o qual o aumento de utilidade total existirá ainda que alguém fique em situação pior, mas desde que seja teoricamente possível ao beneficiário compensar o prejudicado. Teoricamente porque não há qualquer exigência de que essa compensação ocorra de fato. Assim, a eficiência de Kaldor-Hicks permite mudanças de que decorram ganhadores e perdedores, mas exige que os primeiros ganhem mais do que os segundos perdem.” (MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: O dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23-4).

¹²⁷ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 126.

¹²⁸ *Idem*, p. 126. Essa avaliação por Saidov em resposta às críticas de que não haveria desperdício de recursos na situação em que o vendedor descumpra a obrigação de entrega do bem e o comprador se recusa a realizar uma operação substitutiva porque o mercado está em alta, porque o preço de mercado seria superior ao preço do contrato. No entanto, conforme adequadamente defende Saidov, ao se exigir que o comprador prejudicado realize operação substitutiva razoável ainda que no mercado em alta, garante-se que o dano seja reduzido ao menor valor possível – ainda que com o dispêndio de mais recursos pelo comprador num momento inicial. Conclui-se, portanto, que a avaliação sobre o potencial desperdício de recursos não deve ser feita levando-se em consideração apenas a situação da parte inocente no momento da adoção das medidas de redução do dano, mas sim os recursos conjuntos das partes contratantes comparativamente, com ou sem as medidas mitigatórias.

regra de mitigação de danos seja consagrada. Ademais, segundo Saidov, esses instrumentos de Direito Internacional, por terem como propósito comum a facilitação do comércio internacional entre nações com diferentes ordenamentos jurídicos,¹²⁹ devem comungar dos mesmos objetivos de eficiência e de produção de riquezas ao menor custo possível, tão relacionados ao livre comércio.¹³⁰

A redução de desperdícios só não seria atingida como consequência da regra de mitigação de danos em situações excepcionais. Um dos exemplos dados pelo autor seria a situação de a parte inocente adotar as medidas razoáveis para reduzir tais prejuízos e, excepcionalmente, tais medidas levarem à direção oposta, ou seja, à não redução do dano e/ou a custos extremamente elevados para a sua implantação.¹³¹ Não parece, contudo, que esses casos excepcionais sejam capazes de infirmar a regra geral de que o *duty to mitigate* seria uma medida de otimização dos recursos econômicos em prol dos próprios contratantes e da sociedade.

A justificativa de racionalidade econômica não é, porém, a única possível para explicar a regra de mitigação de danos. Saidov prossegue argumentando que a boa-fé e a noção de *fair dealing*¹³² também podem ser apontadas como fundamentos do dever de mitigação de danos. Segundo o autor, a boa-fé objetiva, que poderia ser interpretada quase como um sinônimo de *fair dealing*, imporia à parte inocente um agir colaborativo mesmo em caso de inadimplemento, levando em consideração os interesses da parte inadimplente.

Essa conduta de cooperação entre as partes contratantes, mesmo em caso de inadimplemento contratual, poderia, em princípio, ser tida como uma conduta altruísta pelo contratante vitimado pelo descumprimento do contrato. Como demonstra o jurista, essa visão não é inteiramente correta, porque, se avaliada criteriosamente, a parte que mitiga o seu próprio prejuízo age também, e até principalmente, em seu próprio benefício.¹³³ A mitigação dos prejuízos por parte do contratante inocente promove, ao menos em parte, uma rápida recuperação do prejuízo, garante a oportunidade de a parte fazer novos investimentos e/ou novos negócios relacionados ao objeto do contrato original, mantém a estabilidade dos negócios e, enfim, evita a demora, os riscos e as incertezas que estariam

¹²⁹ Conforme descrição dos próprios objetivos da CISG, dos Princípios UNIDROIT 2010 e dos PECL, debatidos anteriormente.

¹³⁰ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 127.

¹³¹ *Idem, ibidem.*

¹³² Ou seja, as partes agirem com correção, honestidade, prudência para garantir uma negociação contratual justa.

¹³³ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 127.

associados ao recebimento da indenização, por assim dizer, “integral” após um processo judicial ou arbitral. É, portanto, uma conduta colaborativa, porém não necessariamente altruísta, que reflete o comportamento razoavelmente esperado de qualquer pessoa que agisse com bom senso comercial.

Nesse aspecto, ressalta-se que tanto os Princípios UNIDROIT 2010, quanto os PECL preveem expressamente um dever geral de agir com boa-fé e cooperativamente,¹³⁴ que se encontra diretamente vinculado à regra de mitigação dos prejuízos.¹³⁵ Diferentemente e como já mencionado, na CISG, a boa-fé não foi prevista expressamente como um dever geral de conduta dos contratantes, nem como fonte de deveres acessórios de conduta ou obrigações implícitas, mas apenas como uma regra de interpretação em caso de lacunas, conforme artigo 7(1).¹³⁶ A diferença decorrente da interpretação meramente literal é inegável. Mas, ainda assim, a CISG vem sendo cada vez mais reconhecida pela doutrina como um reflexo do princípio geral de boa-fé,¹³⁷ o que permite a conclusão de que, também sob a égide da Convenção de Viena, o dever de mitigar danos seria um consectário da boa-fé objetiva.¹³⁸

¹³⁴ Segundo artigo 5.1.3. dos Princípios UNIDROIT 2010: “Artigo 5.1.3 (Cooperação entre as partes) – Cada parte deve cooperar com a outra quando tal cooperação possa ser razoavelmente esperada pela outra parte para o cumprimento das respectivas obrigações.”. Do mesmo modo, o artigo 1:202 dos PECL prevê que: “Dever de Cooperar – Cada parte deve à outra o dever de cooperar de modo a dar integral efeito ao contrato.” (tradução nossa). No original em inglês: “Article 1:202 (ex art. 1.107) – Duty to Cooperate – Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.”

¹³⁵ Aliás, como previsto nos comentários oficiais aos Princípios UNIDROIT 2010, conforme abordado anteriormente neste Capítulo.

¹³⁶ Transcreve-se: “Capítulo II – Disposições Gerais

Artigo 7

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.”

¹³⁷ Nesse sentido: SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 128. Seguindo a mesma orientação, Judith Martins-Costa defende que a CISG abrigou importante principiologia, até mesmo mecanismo de promoção de sua constante flexibilização. Os quatros principais princípios informadores da CISG seriam (i) na qualidade de princípios de caráter axiológico, a boa-fé objetiva e a razoabilidade; e (ii) na qualidade de princípios dogmáticos, a consensualidade e a internacionalidade dos contratos. Após apontar que a Convenção de Viena abriga o princípio da boa-fé objetiva – “padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico” – Judith Martins-Costa conclui que, além do papel hermenêutico expressamente previsto no artigo 7 da CISG, o princípio da boa-fé também atua no diploma como fonte de “criação, conformação e regulação de direitos e deveres laterais” ou como “fonte de otimização da conduta contratual”. Nesse sentido, aponta que inúmeros preceitos da CISG fariam referência direta ou indireta à boa-fé, inclusive a regra de mitigação de danos. (MARTINS-COSTA, Judith. Os Princípios Informadores do Contrato de Compra e Venda Internacional da Convenção de Viena, p. 42-6).

¹³⁸ A posição de que a boa-fé seria um princípio geral ou um dever geral de conduta segundo a CISG, além de uma regra interpretativa, não é, contudo, pacífica. Javier San Juan Crucelaegui recupera o histórico de elaboração da CISG para pontuar o dissenso havido entre os países quanto à introdução do princípio de boa-fé, razão pela qual, numa solução de compromisso, a boa-fé constou do texto final apenas como uma regra hermenêutica e não como um dever geral aos contratantes. A despeito disso, teriam se formado três principais correntes doutrinárias: (i) a mais restritiva, segundo a qual a boa-fé não teria sido reconhecida como um

Outro ponto em comum entre todos esses instrumentos de Direito Internacional é a constante referência às “medidas razoáveis” para evitar ou reduzir a extensão do dano. Judith Martins-Costa aponta o “princípio da razoabilidade”, implícito na CISG, como uma das mais significativas contribuições do direito norte-americano para a Convenção de Viena.¹³⁹ Segundo a jurista, o princípio da razoabilidade remete a um *standard*¹⁴⁰ jurídico de inviável dogmatização em abstrato, dependendo de concretização à luz do caso concreto.¹⁴¹ Portanto, para que se defina o que seriam essas medidas razoáveis, é indispensável que se considerem as circunstâncias do caso concreto, dentre elas as “finalidades da existência da própria relação contratual”.¹⁴²

Embora se concorde com a dificuldade de abstração de um conceito preciso de razoabilidade, válido em todos os casos, sugere parte da doutrina, com absoluta razão, que as medidas razoáveis serão sempre aquelas condizentes com os fundamentos basilares da própria regra de mitigação de danos, ou seja: a eficiência econômica *lato sensu*, a redução de desperdícios de recursos, a boa-fé e o *fair dealing*. Sob a perspectiva econômica, medida razoável seria aquela que, com o menor custo, poderia trazer a máxima redução do dano decorrente do descumprimento do contrato.¹⁴³ Sob a perspectiva

princípio pela CISG, nem poderia ser deduzida como um princípio implícito, decorrente dos demais princípios gerais previstos na Convenção; (ii) a corrente moderada, segundo a qual a boa-fé, como princípio informador e dever geral de conduta, embora não expressamente prevista, poderia ser inferida dos demais princípios gerais da Convenção; e (iii) a corrente mais abrangente, segundo a qual a previsão da boa-fé no artigo 7 poderia ser diretamente lida não apenas como uma regra de interpretação da CISG, mas também como um dever de conduta das partes. Embora reconheça a importância da regra de boa-fé na Convenção de Viena, o autor conclui que o princípio deveria ser aplicado com “adequado grau de restrição”, preservando-se ao máximo as deliberações das partes contratantes e usando a boa-fé para complementar, modificar ou restringir obrigações apenas como um resultado absolutamente não razoável estivesse em jogo. (CRUCELAEGUI, Javier San Juan. La Aplicación e Interpretación de la Convención de Viena de Las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, Espanha, v. 51, n. 2., 2003, p. 226-227). Farnsworth adota posição ainda mais restritiva, aliando-se à corrente segundo a qual a boa-fé como um dever geral de conduta não poderia ser extraída nem da letra da CISG, nem tampouco inferida de seus princípios gerais (FARNSWORTH, E. Allan. Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Nova Orleans, EUA, v. 3, 1995, p. 55-57).

¹³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os Princípios Informadores do Contrato de Compra e Venda Internacional da Convenção de Viena, p. 46.

¹⁴⁰ Segundo a autora “*standards* constituem arquétipos exemplares da experiência social concreta que são chamados a atuar juridicamente, ou através de princípios ou através de cláusulas gerais, proporcionando ao intérprete um critério de aplicabilidade do conjunto normativo. Existente o princípio ou a cláusula geral, o intérprete é reenviado ao *standard* [...]”. *Idem, ibidem*.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*.

¹⁴² *Idem, ibidem*.

¹⁴³ Isso não significa que, para ser economicamente razoável, a perda financeira deva ser próxima de zero. Em 1999, a Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) avaliou o caso de um vendedor dinamarquês de ração para aves, que fornecia habitualmente seus produtos para um comprador situado no Egito. Em certa ocasião, após negociarem entregas parceladas de dois tipos de produto, parte da

axiológica, medida razoável seria aquela que promovesse o melhor equilíbrio entre os interesses do contratante prejudicado e os do contratante inadimplente,¹⁴⁴ demonstrando cooperação. Assim, Saidov conclui, com base nos precedentes que aplicaram a CISG, que poderiam ser afastadas como não razoáveis as medidas que exigissem esforços demasiados, riscos elevados ou mesmo prejuízos à reputação da parte prejudicada.¹⁴⁵

2.4.2.2 Mitigação de Danos por Meio de Operação Substitutiva

Com base nas premissas aqui apresentadas, conclui-se que a medida mitigatória por excelência é, via de regra, a realização de uma operação substitutiva: aquisição do produto ou serviço de outro fornecedor ao menor preço possível ou venda a outro cliente ao maior preço possível, conforme o caso e sempre de maneira razoável. A operação substitutiva “genuína” é aquela realizada depois do descumprimento do contrato, visando a substituir a contratação original descumprida e resguardando, assim, o legítimo interesse da parte prejudicada, que era o de ver cumprido o objeto daquele contrato.¹⁴⁶ Em outras palavras, a operação substitutiva é aquela não apenas relacionada ao contrato anterior, mas realizada em razão de seu descumprimento; e não uma operação anterior ou um contrato que teria sido celebrado de qualquer modo, independente do inadimplemento ocorrido.¹⁴⁷

carga pereceu, tendo as partes iniciado a disputa sobre a responsabilidade pelo fato. Dado o início da divergência, o contrato foi resolvido e a entrega das parcelas subsequentes da mercadoria deixou de ser feita. Para mitigar seus prejuízos, a empresa dinamarquesa tentou por dois meses revender o produto aos valores de mercado. Não o conseguindo, ao terceiro mês, revendeu os produtos por um preço 20% (vinte por cento) abaixo do preço que havia sido negociado no contrato original com a empresa egípcia. Tanto a demora de 3 (três) meses para a revenda, quanto a concessão de 20% (vinte por cento) de desconto sobre o preço original foram consideradas razoáveis porque havia evidência de que o vendedor não havia quedado inerte durante o período original do contrato. (FRANÇA. *International Chamber of Commerce*. Caso nº 10274 – *poultry feed*, j. em 1999. Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990274i1.html>. Acesso em: 12 mar. 2013).

¹⁴⁴ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 132-3.

¹⁴⁵ No entanto, valeria a presunção que, em caso de descumprimento de contratos internacionais regidos pela CISG, não poderia ser afastada como excessivamente trabalhosa ou custosa a busca de operações substitutivas também no mercado internacional. (SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 133). No mesmo sentido: KOMAROV, Alexander. The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments. In: SAIDOV, Djakhongir. e CUNNINGTON, Ralph. (coord.). *Contract Damages: Domestic and International Law*. Portland, EUA: Hart Publishing, 2008, p. 261.

¹⁴⁶ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 174-5.

¹⁴⁷ Cite-se, como exemplo, o caso de um vendedor que possui estoque suficiente para atendimento da demanda de mais de um cliente. Em caso de descumprimento do contrato por um deles, não pode ser considerada uma operação substitutiva para fins da redução da indenização a venda que foi – e de qualquer

Afirma-se que, normalmente, as bases da operação substitutiva devem ser semelhantes às do contrato original. Essa identidade de termos, por óbvio, reflete o próprio propósito da operação substitutiva, qual seja, o de repristinar, de retomar os efeitos do contrato original, colocando a parte prejudicada nas mesmas condições em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. Não obstante, esse não é um requisito absolutamente obrigatório, havendo importantes decisões admitindo a validade da operação substitutiva e seus efeitos para fins da mitigação de danos quando ou as diferenças entre as contratações são diminutas,¹⁴⁸ ou quando inviável um contrato substitutivo nos exatos termos do anterior em razão da natureza do objeto contratado.¹⁴⁹ A justificativa adequada para essas diferenças deverá, portanto, ser apreciada pelo aplicador da norma, para que se comprove o cumprimento do dever de mitigar danos.

Outro fator decisivo para que a operação substitutiva seja considerada razoável é o de ser ela realizada no menor intervalo de tempo possível após o inadimplemento. O prazo razoável é tido como importante fator para determinar se a operação substitutiva pode ser considerada uma medida válida de mitigação dos danos exatamente para se evitar que a parte prejudicada pelo inadimplemento especule no mercado à custa da parte inadimplente. No momento do inadimplemento, a parte prejudicada pode e deve ser obrigada a assumir a responsabilidade pelas consequências de seu inadimplemento. Todavia, se, a partir daí, a parte prejudicada passa a especular no mercado acreditando numa alta ou baixa dos preços – sendo ela, respectivamente, vendedora ou compradora – o risco dessa especulação não pode continuar sendo transferido indefinidamente para o contratante inadimplente.¹⁵⁰

modo teria sido – realizada a outro comprador. Esse tipo de dano provavelmente não teria como ser mitigado através de uma nova operação. É o que a doutrina denomina dos casos de “lost volume” (SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 135-6). Há, nesse sentido, decisão da Suprema Corte da Áustria (ÁUSTRIA. Suprema Corte. Processo nº 1 Ob 292/99v – *jewelry*, j. em 28 abr. 2000. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html>>. Acesso em: 12 mar. 2013).

¹⁴⁸ Após descumprimento do contrato pelo vendedor de fertilizantes, o comprador realizou uma operação substitutiva comprando de terceiro outros produtos que tinham especificações diferentes, a preços mais elevados. As diferenças técnicas foram consideradas irrelevantes pela CCI e a diferença de preço, justificável pela urgência da contratação substitutiva (FRANÇA. *International Chamber of Commerce*. Caso nº 8218 – *chemical fertilizer*, j. em 1995. Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/958128i1.html>. Acesso em: 12 mar. 2013).

¹⁴⁹ Saidov cita decisão da Corte de Hamburgo, na Alemanha, em que a operação substitutiva acabou por não preencher todos os requisitos do art. 75 da CISG, mas que, ainda assim, enfatizou que um contrato envolvendo bens com características únicas poderia ser substituído por uma operação com objeto distinto, mas adequado ao escopo original da contratação original. (SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 180).

¹⁵⁰ Segundo julgados da Alemanha, uma operação substitutiva realizada duas semanas após o inadimplemento foi considerada como tendo sido realizada em prazo adequado. Vale destacar, no entanto, que o preço havia triplicado nesse período, o que, não obstante, foi entendido como um risco a ser suportado pelo vendedor inadimplente no mercado altamente volátil. (ALEMANHA. Corte de Apelações de Hamburgo.

Além da diferença entre o preço do contrato original e o preço negociado na operação substitutiva, é importante destacar que a parte inocente também poderá pleitear o reembolso de todas as despesas incorridas para mitigação dos danos ou na sua tentativa. Essa previsão consta expressamente apenas do artigo 7.4.8(2) dos Princípios UNIDROIT 2010 e do artigo 9:505(2) dos PECL, embora seja possível extrair a mesma conclusão do conceito geral de “perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes”, que é a regra geral constante do já citado artigo 74 da CISG.

Quando a operação substitutiva é bem-sucedida e as despesas incorridas são consequentemente razoáveis, é quase intuitivo concluir que essas despesas devem, sim, integrar o cálculo da indenização em prol do contratante prejudicado. No entanto, podem existir dúvidas sobre se o reembolso dessas despesas seria possível mesmo que a medida de mitigação de danos tentada não fosse frutífera. O Direito Inglês admite expressamente essa possibilidade desde que as despesas sejam razoáveis e as medidas mitigatórias intentadas fossem legítimas.¹⁵¹ Do mesmo modo, o uso da expressão “tentativa de reduzir os danos” tanto nos Princípios UNIDROIT 2010 quanto nos PECL sugere que essa também seria uma alternativa aceitável nos contratos internacionais. Embora não tenha sido identificado nenhum caso em que essa possibilidade tenha sido expressamente admitida, foram examinados casos diversos em que as despesas para mitigação de danos foram rejeitadas.¹⁵² Neles, o indeferimento não foi fundamentado no insucesso da medida mitigatória, mas no fato de que essas medidas ou as despesas a ela relacionadas não foram razoáveis.

Portanto, a interpretação que nos parece mais adequada é a de que essas despesas devem ser reembolsadas com base no princípio de razoabilidade, mais do que propriamente de acordo com o desfecho da operação substitutiva.

Processo nº 1 U 167/95 – *iron molybdenum*, j. em 28 fev. 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>. Acesso em: 27 fev. 2013). A *contrario sensu*, seria possível entender que, ultrapassado o prazo razoável para a conclusão da operação substitutiva, caberia à parte inocente suportar o risco da volatilidade do mercado.

¹⁵¹ Conforme precedente estabelecido no caso *Metelmann & Co. v. NBR*. Cf. MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 336.

¹⁵² Cite-se especificamente: (i) ALEMANHA. Suprema Corte. Processo nº VIII ZR 300/96 – *stainless steel wire*, j. em 25 jun. 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g2.html>>. Acesso em: 2 mar. 2013; (ii) ALEMANHA. Corte Distrital de Darmstadt. Processo nº 10 O 72/00 – *video recorders*, j. em 9 mai. 2000. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html>>. Acesso em: 2 mar. 2013; e (iii) ALEMANHA. Corte Distrital de Berlin-Tiergarten. Processo nº 2 C 22/97, j. em 13 mar. 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970313g1.html>>. Acesso em: 2 mar. 2013.

2.4.2.3 Mitigação de Danos por Meio de Outras Condutas da Parte Prejudicada

O fato de a operação substitutiva ser, como regra, a principal e mais importante medida de mitigação de danos não significa, porém, que ela seja a única. Em algumas situações, a operação substitutiva pode simplesmente não ser possível: (i) falta de recursos por parte do comprador para adquirir bens de terceiros; (ii) bens sazonais que não estejam mais disponíveis para venda; (iii) produtos que só podem ser fabricados sob encomenda, cujo longo prazo de produção tornaria inútil a nova contratação para o comprador; e (iv) produtos únicos, que só poderiam ser fornecidos por determinada empresa.¹⁵³

Em outros casos, embora tecnicamente possível, a operação substitutiva pode não ser a que melhor reduza a extensão do dano. Essa inadequação pode acontecer porque levar a cabo a operação substitutiva imporia à parte prejudicada, por exemplo, custos e despesas mais elevados do que a adoção de outras medidas (v.g., a imediata interrupção das ações preparatórias para o cumprimento do contrato).¹⁵⁴

Também existem precedentes que admitem, por vezes, ser a negociação com a parte inadimplente, ainda que para alteração dos termos da contratação original, mais benéfica que a realização de uma operação substitutiva. Há, nesse sentido, decisão do Tribunal Supremo da Espanha afirmando que houve descumprimento do dever de mitigar danos quando um vendedor recusou proposta para abatimento parcial do preço feita pelo comprador inadimplente, mas depois revendeu a mercadoria a terceiro por preço ainda mais baixo. A indenização deveria, por conseguinte, ser calculada com base na diferença entre o preço original do contrato e a proposta reduzida feita pela parte inadimplente e não com base no preço ainda mais baixo da operação substitutiva.¹⁵⁵

Entretanto, nessas situações de renegociação envolvendo a parte

¹⁵³ Se mercadorias similares não pudessem atender à necessidade real do contratante.

¹⁵⁴ Exemplifica-se: em determinadas situações, a pronta interrupção das medidas que levariam ao cumprimento do contrato pela parte inocente podem ser mais efetivas como medidas mitigatórias do que a realização de uma operação substitutiva. Em caso decidido pela Comissão de Arbitragem sobre Economia Internacional e Comércio Exterior da China, entendeu-se que houve descumprimento do dever de mitigação de danos no caso do vendedor chinês de óxido de alumínio que, mesmo depois de saber que o comprador suíço não cumpriria sua parte na avença, prosseguiu com a encomenda dos produtos de seu fornecedor e realizou operação substitutiva a preço de mercado (CHINA. CIETAC. Caso *aluminium oxide*, j. em 29 set. 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970929c1.html>>. Acesso em: 24 fev. 2013).

¹⁵⁵ ESPANHA. Tribunal Supremo. *Internationale Jute Maatschappij BV v. Marín Palomares S.L.* Processo nº 454/2000, j. em 28 jan. 2000. Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000128s4.html>. Acesso em: 25 fev. 2013.

inadimplente, Saidov recomenda cautela e alerta que essa “renegociação” dos termos do contrato deve efetivamente ser interpretada como uma operação substitutiva autônoma – preservado o direito de a parte prejudicada pleitear eventuais perdas e danos – e não como uma novação da contratação anterior. Ao se retirar da parte prejudicada o direito às perdas e danos, então essa novação mandatória perderia a natureza de uma medida mitigatória e passaria a impor um ônus exacerbado justamente ao contratante prejudicado pelo inadimplemento.¹⁵⁶

Ainda que sob a égide doméstica do Direito Inglês, McGregor igualmente alerta que não se pode impor à parte inocente um ônus exacerbado quando a renegociação for o caminho para a mitigação de danos. Seria viável, segundo o autor, entender que a parte inocente deve identificar na contraproposta feita pela parte inadimplente uma opção adequada para a mitigação de danos, aceitando-a quando conveniente para esse propósito (a exemplo do caso *Payzu v. Saunders*). No entanto, não se poderia impor à parte prejudicada pelo inadimplemento o ônus de sempre buscar a renegociação dos termos contratuais com a parte inadimplente, razão pela qual critica a decisão do caso *The Solholt*, em que a operação substitutiva em termos que poderiam ter sido aceitos também pelo contratante inadimplente foi caracterizada como uma violação ao dever de mitigar danos.¹⁵⁷

A escolha da melhor medida para mitigar o caso dependerá, portanto, da capacidade do contratante prejudicado avaliar as diferentes opções de redução de seu dano e escolher a que, ao menor custo, proporcione o maior benefício.

2.4.2.4 Cumprimento Irregular da Obrigação e as Medidas Mitigatórias pela Parte Prejudicada

Nos casos em que não há inadimplemento absoluto, mas de cumprimento irregular de obrigações por uma das partes, o tipo de medida mitigatória de danos também sofre modificações. As situações mais comumente debatidas são as de entrega de bens defeituosos e de mora no cumprimento das obrigações. Na medida em que o cumprimento imperfeito das obrigações contratuais de uma das partes pode ensejar o direito a perdas e

¹⁵⁶ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 139.

¹⁵⁷ MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 335.

danos, do mesmo modo seria de se esperar que a parte prejudicada também adotasse as medidas razoáveis para mitigação de seus danos.

Em caso de entrega de bens defeituosos, os precedentes apontam duas principais alternativas para redução do dano pelo comprador. A primeira delas seria arcar diretamente com os custos para o reparo dos bens defeituosos, contanto que observada a regra de razoabilidade que integra a própria norma. Arcar com os custos do reparo e cobrá-los, a título de perdas e danos da parte inocente, é reconhecida como uma alternativa viável quer os bens se destinassem a uso próprio, quer se destinassem a posterior revenda.¹⁵⁸ A segunda alternativa comumente aventada, especialmente nos casos em que os produtos defeituosos seriam destinados a posterior comercialização, seria revendê-los a preços mais baixos, cobrando do fornecedor inadimplente os prejuízos ou a lucratividade reduzida.¹⁵⁹

Já nos casos de mora no cumprimento das obrigações, as alternativas à disposição da parte prejudicada podem incluir (i) a realização de uma operação substitutiva temporária, pelo período em que a mora persistir e considerando que os prejuízos pela falta do produto ou serviço no período seriam maiores do que o preço dessa operação substitutiva; e (ii) a renegociação de compromissos futuros que dependiam do cumprimento da obrigação contratual, novamente se razoável de acordo com as circunstâncias.

Como exemplo da primeira alternativa, a Corte de Apelações de Köln, na Alemanha, avaliou o caso de uma empresa holandesa que havia vendido, a um cliente alemão, um maquinário para curtume. Em razão de um defeito no equipamento, o vendedor o retirou para reparo, com a obrigação de devolvê-lo em determinado prazo. O prazo foi descumprido, tendo o comprador, durante o período da mora, enviado os produtos de couro para tratamento por um terceiro, o que foi entendido como medida mitigatória temporária adequada, permitindo-se que as despesas relacionadas a essa

¹⁵⁸ Em um caso de compra e venda de peças de roupa entre uma empresa chinesa e uma empresa alemã, a Comissão de Arbitragem sobre Economia Internacional e Comércio Exterior da China decidiu que o comprador havia tomado medidas adequadas ao consertar as peças defeituosas entregues para poder revendê-las ao preço normal. Não obstante, apontou que deveria ter havido clara comunicação à fornecedora chinesa de que essas medidas seriam adotadas, razão pela qual o reembolso das despesas incorridas para o reparo não foi integral. (CHINA. CIETAC. Caso *clothes*, j. em 31 jan. 2000. Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000131c1.html>. Acesso em: 27 fev. 2013).

¹⁵⁹ Na Alemanha, a Corte de Apelações de Koblenz decidiu que a empresa alemã que havia adquirido camisetas com defeitos havia cumprido sua obrigação de mitigar danos na medida em que concedeu um desconto no preço de revenda dos produtos ao seu cliente final. (ALEMANHA. Corte de Apelações de Koblenz. Processo nº 6 U 113/06 – *t-shirts*, j. em 19 out. 2006. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061019g2.html>>. Acesso em: 27 fev. 2013).

iniciativa fossem abatidas do preço do equipamento.¹⁶⁰

Para exemplificar a segunda medida, pode-se citar a decisão da CCI sobre caso em que houve atraso na entrega de peças de roupas por responsabilidade do vendedor, com o agravante de que a entrega ocorreria apenas no final da estação e impactaria diretamente o preço de revenda. Assim que cientificado de que o atraso ocorreria, o comprador renegociou o preço de revenda com o cliente para que revenderia os produtos, propondo desconto de 10% em razão do atraso, o que foi aceito. O vendedor, porém, não quis honrar o desconto proporcional no preço do contrato original, continuando a pleitear o preço integral a despeito de seu próprio atraso. O contrato acabou sendo resolvido por iniciativa do comprador e, na demanda promovida pelo vendedor para cobrança do preço, a CCI decidiu não apenas que a resolução com base na exceção do contrato não cumprido era válida, como a medida mitigatória proposta pelo comprador era razoável e deveria ter sido aceita pelo vendedor.¹⁶¹

2.4.2.5 Mitigação de Danos e as Fórmulas do Cálculo Indenizatório – A Regra Concreta e a Regra Abstrata

Também se deve examinar como, sob a perspectiva dos contratos internacionais, os instrumentos em análise abordam o tema das fórmulas concreta e abstrata do cálculo indenizatório e a correlação entre essas formas de cálculo do *quantum* indenizatório e a interpretação do dever de mitigação de danos.

Como visto, a CISG, os Princípios UNIDROIT 2010 e os PECL preveem tanto a regra concreta,¹⁶² quanto a regra abstrata¹⁶³ para o cálculo da indenização em caso de descumprimento do contrato, novamente reconhecendo as contribuições que diferentes ordenamentos jurídicos poderiam trazer para o tema do dano decorrente do inadimplemento contratual. No entanto, diferentemente do ordenamento jurídico americano, que, conforme já visto, não estabelece um critério objetivo de quando uma ou

¹⁶⁰ ALEMANHA. Corte de Apelações de Köln. Processo nº 27 U 58/96 – *tannery machines*, j. em 8 jan. 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

¹⁶¹ FRANÇA. *International Chamber of Commerce*. Caso nº 8785 – *clothing*, j. em jan. 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html>>. Acesso em: 2 mar. 2013.

¹⁶² Os já transcritos artigo 75 da CISG, o artigo 7.4.5 dos Princípios UNIDROIT 2010 e o artigo 9:506 dos PECL.

¹⁶³ Os também já transcritos artigo 76 da CISG, o artigo 7.4.6 dos Princípios UNIDROIT 2010 e o artigo 9:507 dos PECL.

outra fórmula deve ser utilizada, cabendo essa decisão às partes e aos aplicadores do direito, os instrumentos de Direito Internacional são coerentes em dar prioridade à aplicação da regra concreta de cálculo indenizatório, levando em consideração a real conduta da parte prejudicada pelo inadimplemento.¹⁶⁴

Essa estrutura hierarquizada para o cálculo indenizatório fica clara da leitura do artigo 76 da CISG, do artigo 7.4.6 dos Princípios UNIDROIT 2010 e do artigo 9:507 dos PECL, já que todos determinam, expressamente, que a aplicação da regra abstrata deve ocorrer quando a parte não tiver realizado uma operação substitutiva. Além dessa hipótese literal de aplicação, a regra abstrata de cálculo indenizatório também entra em cena naqueles casos em que (i) a operação pretensamente substitutiva não tiver preenchido o requisito de razoabilidade imposto pela norma;¹⁶⁵ e quando (ii) entre várias operações realizadas pelo contratante prejudicado, seja impossível determinar qual delas efetivamente teve por propósito substituir o contrato original maculado pelo inadimplemento.¹⁶⁶

Apesar de a fórmula prioritária ser a concreta, os juristas reconhecem certas vantagens decorrentes da previsão também de uma regra abstrata de cálculo da indenização e até mesmo, nas palavras de Saidov, uma certa complementaridade entre as regras.¹⁶⁷

A razão fundamental para se valorizar a forma abstrata de cálculo da indenização decorre da facilidade de sua aplicação: havendo um mercado relevante em que se possa apurar um preço médio praticado, não seria necessário perquirir todas as particularidades das ações adotadas pela parte prejudicada para a redução do seu dano. Bastaria a aplicação da fórmula da diferença entre preço de contrato e preço de mercado, que traz em si própria a presunção de que a parte inocente mitigaria seus danos na primeira oportunidade possível.

Sob a ótica do Direito e Economia, outro contraponto apresentado pelos juristas a favor da regra abstrata do cálculo indenizatório é o de que não existiria justificativa econômica para que a regra de mitigação de danos deixasse de incentivar uma conduta especulativa da parte prejudicada pelo inadimplemento.¹⁶⁸ Uma vez descumprido

¹⁶⁴ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 144.

¹⁶⁵ O que, em nossa opinião, teria exatamente os mesmos efeitos de se aplicar a regra concreta de cálculo indenizatório e limitar a indenização devida na extensão dos danos que poderiam ter sido evitados pela parte prejudicada, mas não o foram.

¹⁶⁶ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 192.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 144.

¹⁶⁸ Conforme visto, a racionalidade econômica da regra de mitigação de danos é a de promover a eficiência econômica *lato sensu* e de evitar o desperdício de recursos econômicos de ambas as partes. Não obstante, nenhum desses fundamentos implica que a parte prejudicada pelo inadimplemento tivesse limitada sua escolha de como agir no mercado após o inadimplemento contratual, apenas não podendo esperar que sua

o contrato, a parte prejudicada deveria poder voltar a atuar no mercado livremente, desde que não à custa da parte inadimplente. Nesse contexto, a regra abstrata seria a que melhor garantiria essa liberdade de ação para o contratante inocente, porque ela promoveria “a manutenção de uma posição simétrica”:¹⁶⁹ a parte prejudicada pelo inadimplemento ficaria livre para especular no mercado, correndo os riscos correspondentes, mas, se fosse o caso, recebendo os frutos derivados de sua decisão, sem prejudicar a parte inadimplente, que só responderia pela diferença entre o preço de contrato e o preço de mercado.

As razões em prol da fórmula abstrata de cálculo da indenização são robustas, o que justifica, inclusive, ser ela a regra primordial em alguns ordenamentos jurídicos de *Common Law*, como o Direito Inglês.¹⁷⁰ Não obstante, a aplicação da regra abstrata leva ao conflito comum de que, em situações específicas, a indenização não guarde relação efetiva com a real extensão do dano, podendo, inclusive, confrontar-se com o princípio da reparação integral tão consagrado dos sistemas de *Civil Law*.¹⁷¹ Assim, do cotejo entre a aplicação da regra concreta e da regra abstrata, acabam surgindo situações de “subindenização” ou de “superindenização”, quando comparada às perdas e danos efetivamente experimentados pela parte.

inércia – ou mesmo suas más decisões negociais – possam ser recompensadas pela indenização a ser paga pela parte inadimplente.

¹⁶⁹ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 144-5 e p. 190.

¹⁷⁰ Cite-se, por exemplo, o *English Sale of Goods Act* de 1979, conforme artigos 50(3) e 51(3). Disponível em <www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>. Acesso em: 12 mar. 2013. Como já mencionado, McGregor explica o porquê de, no Reino Unido, o tema da mitigação de danos ser pouco estudado. Segundo o autor, não bastasse a parte prejudicada estar agindo em seu próprio interesse – conforme abordado neste trabalho – o que diminuiria o número de controvérsias a esse respeito, o fato é que a regra de mitigação de danos foi incorporada naquele ordenamento à regra de cálculo indenizatório. O autor não utiliza a expressão “fórmula abstrata”, exatamente porque no Reino Unido, essa é a regra principal, mas reconhece que mitigação de danos perde a sua identidade e deixa de aparecer expressamente como um assunto autônomo. (MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 332-333).

¹⁷¹ Sobre o princípio da reparação integral, ensina Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “O princípio da reparação integral ou plena, ou da equivalência entre os prejuízos e a indenização, conforme já aludido, busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso. Naturalmente, essa tentativa de recolocação da vítima no estado em que se encontra antes do ato danoso é uma ficção, pois em muitas situações [...] isso é operado ‘de forma apenas aproximativa ou conjectural’. De todo modo, como a responsabilidade civil tem como função prioritária a reparação mais completa do dano, dentro do possível, essa norma constitui a diretiva fundamental para avaliação dos prejuízos e quantificação da indenização.” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48). Após examinar os fundamentos desse princípio, o ministro examina suas principais funções – compensatória, indenitária e concretizadora –, cabendo destacar sobre esta última que: “a função concretizadora do princípio da reparação integral atende à exigência de que a indenização corresponda, na medida possível, aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima, o que deve ser objeto de avaliação concreta pelo juiz. Lambert-Faivre explica que o princípio da avaliação *in concreto* dos prejuízos como uma exigência de personalização da indenização correspondente ao dano sofrido pela vítima. Explica que se opõe aos métodos de avaliação *in abstracto* ou de tarifamento indenizatório, devendo haver sempre a perfeita individualização dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais indenizados. Compete ao juiz, dentro do seu poder soberano, estabelecer a indenização com base nos elementos fáticos demonstrados no processo a partir da prova produzida.” (*Idem*, p. 76).

Tome-se o exemplo de um comprador que havia negociado a aquisição de determinado produto ao preço X e, ato contínuo, compromissado sua revenda a terceiro ao preço de $X + 10$. No momento do inadimplemento pelo fornecedor, contudo, o preço de mercado desse produto era de $X + 20$. Então:

- (i) Se aplicada a regra abstrata para o cálculo indenizatório, o comprador faria jus ao recebimento de uma indenização de 20, correspondente à diferença entre o preço de mercado no momento do inadimplemento e o preço do contrato. Essa regra reflete a presunção de que o contratante inadimplente responderá pela variação do preço de mercado e a parte prejudicada continuará mantendo sua lucratividade esperada de 10. Esse cálculo reflete o que *deveria ocorrer* na prática, ou seja, a realização de uma operação substitutiva, arcando o vendedor inadimplente com o seu impacto financeiro.
- (ii) Não obstante, o prejuízo real do comprador pode ter sido maior: apesar de uma tentativa diligente, ele pode não ter encontrado um fornecedor capaz de entregar os produtos no prazo, tendo perdido a lucratividade esperada de 10 e ainda sendo obrigado a indenizar seu comprador pelas perdas e danos respectivos. O prejuízo total pode ser superior a 20.
- (iii) Se, no entanto, o comprador tinha a possibilidade de cancelar a revenda sem penalidades, suas perdas e danos reais seriam apenas de 10, correspondente à lucratividade que ele esperava obter do negócio subsequente e não a obteve. Nesse caso, a realização de uma operação substitutiva não seria a melhor medida mitigatória e, conseqüentemente, a indenização calculada em abstrato compensaria o comprador pelo dobro de suas perdas reais.

Desse exemplo, conclui-se que as flutuações de preços e a própria realidade enfrentada por cada contratante pode influenciar e influencia as perdas e danos concretos, que podem acabar por se dissociarem da indenização calculada em abstrato.¹⁷²

¹⁷² McGregor destaca que esse é um tema tormentoso mesmo no Direito Inglês, que adota, como já destacado anteriormente, a regra abstrata para definição do *quantum* indenizatório. Os precedentes nos casos de inadimplemento absoluto por não entrega do bem (em especial *Williams Bros. v. Agius e Rodocanachi Sons & Co. v. Milburn Bros*, esse último cujos fatos são muito similares ao do último exemplo aqui dado) e mesmo de entrega de produtos com defeitos (*Slater v. Hoyle & Smiths*) são consistentes em determinar que os proveitos ou perdas que o comprador obtiver da revenda dos produtos devem ser desconsiderados para fins da determinação do valor da indenização. Segundo os precedentes, a regra abstrata tenderia a evitar essas situações de sub ou superindenização, fazendo refletir no cálculo da indenização o que normalmente deve ocorrer nesses casos de inadimplemento: o comprador deve adquirir produtos no mercado ao preço então

Portanto, a doutrina entende justificada a preferência dos instrumentos internacionais pela regra concreta em detrimento da regra abstrata do cálculo indenizatório.¹⁷³ Essa última deve efetivamente ser utilizada apenas nas situações excepcionais aqui mencionadas, ou seja, quando (i) a mitigação não foi adotada – em que a regra abstrata funcionaria como um mecanismo de apuração do impacto da não mitigação; (ii) quando a conduta pretensamente mitigatória foi descaracterizada por não ter sido adequada ou razoável – novamente a regra abstrata funcionaria como mecanismo de apuração desse impacto; e (iii) quando for impossível determinar qual, dentre diversas operações, deve ser eleita como o negócio substitutivo para fins de reparação de danos.

Saidov chega a recomendar que, mesmo nos casos em que a regra abstrata fosse utilizada, o aplicador da norma não poderia simplesmente ignorar os dados concretos disponíveis. Pelo contrário, em seu entender, as perdas e danos concretos manteriam a função de um balizador, deveriam ser utilizados como um limitador ou teto para que o valor indenizatório calculado em abstrato não gerasse um *windfall*, ou seja, um lucro inesperado ou, em nossa terminologia jurídica, um enriquecimento sem causa do contratante prejudicado.¹⁷⁴ Não obstante, como o próprio jurista reconhece, esse posicionamento não encontra eco nos julgados sobre a matéria: como regra, uma vez afastada a regra concreta do cálculo indenizatório por qualquer dos motivos já expostos, o aplicador da norma desconsidera por completo os dados fáticos disponíveis e transforma o

praticado e honrar a revenda. Não obstante, em caso em que se discutiu a mora na entrega da mercadoria por parte do vendedor (*Wertheim v. Chicoutimi Pulp Co.*), a decisão foi distinta. Porque a mora não acarretou prejuízo à posterior revenda que havia sido negociada pelo comprador, o *Privy Council* entendeu que as vendas realizadas sem prejuízo deveriam ser levadas em consideração para se evitar um excesso de indenização. Essa decisão foi, por anos, muito criticada por ser inconsistente com os demais precedentes ingleses, porém reflete algum apoio ao método concreto de apuração dos danos e, de fato, tem sido vista como em linha com um recente precedente de 2007, conhecido como *The Golden Victory* (*Golden Strait Corporation v. Nippon Yusen Kubishika Kaisha*), em que se admitiu que fatos ocorridos após o inadimplemento podem ser levados em consideração para a apuração da indenização. Desse dilema, McGregor propõe que a regra talvez seja: “Seja qual for o inadimplemento, se constituído pela não entrega, pela entrega com atraso ou pela entrega defeituosa, a presunção deve ser que o comprador tem direito a ter a sua revenda a preço mais elevado ignorada, mas o vendedor também tem direito a reverter essa presunção se ele puder demonstrar positivamente que o comprador nem teve que comprar bens em substituição depois do inadimplemento, nem se sujeitou a uma demanda por perdas e danos perante o seu sub-comprador.” (tradução nossa). No original: “Whatever the breach, whether it be by non-delivery, delayed delivery or defective delivery, the presumption should be that the buyer is entitled to have his sub-sale at the higher price ignored but the seller is also entitled to rebut this presumption if he can show positively that the buyer neither has bought substitute goods after the breach nor is subject to a damages claim from his sub-buyer.” (MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 343-6). Esse debate demonstra o quão problemático pode ser o tema da indenização em excesso ou insuficiente, mesmo em ordenamentos que histórica e deliberadamente optaram pela fórmula abstrata de cálculo da indenização.

¹⁷³ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 195.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 195-6.

cálculo da indenização meramente na aplicação de uma fórmula matemática.¹⁷⁵

Não se pode olvidar, contudo, que a aplicação da regra concreta de cálculo indenizatório também pode trazer seus dilemas. Dentre eles, talvez o principal seja a hipótese de o contratante prejudicado, através da mitigação de danos, simplesmente eliminar seus prejuízos por completo. A eliminação dos prejuízos pode se dar pela celebração de um contrato substitutivo em condições mais vantajosas, seja pelo preço, seja pela qualidade dos produtos adquiridos.¹⁷⁶

A pergunta normalmente feita nessa hipótese é: pode o contratante inadimplente se “beneficiar” da absoluta eficiência de sua contraparte na mitigação do dano decorrente do inadimplemento? Se sim, isso não se traduziria num incentivo ao inadimplemento contratual?

Nessa hipótese, até por coerência com relação às características até então enaltecidas da regra da apuração em concreto, a resposta deve ser que sim, o contratante inadimplente pode se isentar do pagamento da indenização se simplesmente não houver perdas e danos a ser indenizados.¹⁷⁷ Esse não pode ser considerado, contudo, um incentivo ao inadimplemento contratual, já que o contratante inadimplente assumiu o risco de indenizar o contratante inocente pelas perdas e danos que não pudessem ser evitados e é bastante provável que, no momento do inadimplemento, ele não pudesse assegurar a inexistência de dano algum.

Ainda assim, e exatamente para se evitar que o contratante inadimplente seja beneficiado indevidamente, recomenda-se a diferenciação entre, de um lado, os benefícios auferidos pelo contratante inocente em decorrência do inadimplemento e das medidas mitigatórias e, de outro, aqueles benefícios que, embora posteriores ao

¹⁷⁵ Por exemplo, a Justiça Suíça, em caso de não entrega de produtos de PVC que haviam sido adquiridos por um comprador suíço de um vendedor alemão, aplicou automaticamente a regra abstrata do cálculo indenizatório, porque o comprador não havia realizado a operação substitutiva. Aplicou, assim, a letra do artigo 76 da CISG, sem perquirir, por exemplo, se o comprador efetivamente havia sofrido algum tipo de prejuízo real. Desse modo, pode-se concluir que a decisão foi absolutamente conforme a lei, mas não se pode verificar, ao certo, se a decisão gerou uma superindenização em prol da parte inocente, o que, exatamente, a crítica de Saidov. (SUÍÇA. Corte Distrital do Cantão de Zug. Processo nº A3 1997 61 – *PVC and other synthetic materials*, j. em 21 out. 1999. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021s1.html>>. Acesso em: 2 mar. 2013.)

¹⁷⁶ Vale o exemplo já citado do *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd.*, debatido na Seção 2.2.

¹⁷⁷ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 145-6. É importante rememorar que os instrumentos permitem para a parte inocente também a recuperação das despesas associadas à realização da medida mitigatória e, portanto, para que a exclusão da indenização fosse completa, também seria necessário que o contratante prejudicado não tivesse incorrido em nenhuma despesa relacionada à mitigação de seus danos, o que torna essa hipótese ainda mais restrita.

inadimplemento, não guardam relação com a mitigação dos danos.¹⁷⁸ Obviamente, apenas os primeiros podem ser considerados para proporcional abatimento das perdas e danos. Os benefícios dissociados das medidas mitigatórias devem ser desconsiderados.

2.4.2.6 Mitigação de Danos v. Culpa Concorrente nos Instrumentos de Direito Internacional

Para o escopo deste trabalho e em vista da comum identificação feita entre a regra de mitigação de danos e a responsabilidade concorrente ou exclusiva da vítima pelo mesmo dano por alguns autores,¹⁷⁹ mereceu avaliação o modo como os principais instrumentos de Direito Internacional abordavam – se fosse o caso – essa possível distinção. Reforçando suas principais identificações com os sistemas de *Civil Law*,¹⁸⁰ verifica-se que tanto os Princípios UNIDROIT 2010 quanto os PECL previram regras próprias, distintas dos dispositivos sobre mitigação de danos, para endereçar o tema da responsabilidade da parte prejudicada pelos danos sofridos, total ou parcialmente, por sua própria responsabilidade. Observe-se:

Princípios UNIDROIT 2010

ARTIGO 7.4.7

(Danos parcialmente causados pela parte prejudicada)

Nos casos em que o dano se deve em parte a uma ação ou omissão da parte prejudicada ou a outro evento pelo qual aquela parte suporte o risco, o valor da indenização deverá ser reduzido na medida em que esses fatores tenham contribuído para o dano, levando-se em consideração a conduta de cada uma das partes.

Princípios sobre Direito Contratual Europeu

Artigo 9:504 – Danos atribuíveis à parte prejudicada (novo, anteriormente parte do art. 4:504)

A parte inadimplente não é responsável pelos danos sofridos pela parte prejudicada na medida em que a parte prejudicada tiver contribuído para o

¹⁷⁸ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 195-6. No mesmo sentido, McGregor cita a regra enunciada no caso *Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.*, que pode ser traduzida: “a transação subsequente, se para ser considerada, deve ter sido ocasionada como consequência do inadimplemento do contrato’ e mais, que ela ‘seja parte de como se lidou com essa situação ... e não como uma transação independente ou não relacionada’.”. No original: “the subsequent transaction, if to be taken into account, must be one arising out of the consequences of the breach’ and, further, that it ‘formed part of a continuous dealing with the situation ... and was not an independent or disconnected transaction’.” (MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 338).

¹⁷⁹ Conforme já abordado na parte final da Seção 2.1.

¹⁸⁰ FARNSWORTH, E. Allan. Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws, p. 63.

inadimplemento ou para os seus efeitos. (tradução nossa).¹⁸¹

A CISG, diferentemente, prevê a regra expressa de mitigação de danos, bem como de corresponsabilidade de um dos contratantes pelo inadimplemento do outro,¹⁸² mas não trouxe dispositivo específico sobre a corresponsabilidade da parte prejudicada pelos danos autoimpingidos. Ainda assim, a doutrina entende que a mesma distinção é possível através do confronto com a regra de causalidade, prevista no artigo 74 da Convenção de Viena, que deixa claro que só são indenizáveis os danos sofridos em consequência do descumprimento contratual.¹⁸³ Reforça-se, assim, o vínculo entre a questão da responsabilidade concorrente ou exclusiva da vítima pelos danos como tema atinente ao nexo causal, o que não se confundiria com a regra de mitigação dos danos, como um dever de conduta subsequente.

Essa primeira análise já permite concluir a existência de uma distinção conceitual entre, de um lado, a mitigação de danos, e, de outro, a responsabilidade concorrente ou exclusiva da vítima para o dano. Todos os documentos, de maneira mais ou menos expressa, identificam a figura da responsabilidade concorrente com a situação em que a vítima contribui para o próprio inadimplemento do contrato¹⁸⁴ ou para a configuração do dano inicial, envolvendo sua conduta nesse momento prévio.¹⁸⁵ Diferentemente, a avaliação da mitigação de danos costuma estar associada à conduta da parte prejudicada após o inadimplemento contratual ter ocorrido, como uma omissão (deixar de agravar o dano) ou ação (reduzir ou eliminar o dano) *a posteriori*.

Não bastasse a diferença conceitual, os juristas também apontam diferenciações entre a mitigação de danos e a culpa concorrente, com importantes consequências práticas. Em primeiro lugar, dada a já apontada diferença, a mitigação de

¹⁸¹ No original: “Article 9:504 – Loss Attributable to Aggrieved Party (new; previously part of 4.504)

The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party contributed to the non-performance or its effects.”

¹⁸² Segundo Komarov, a regra do artigo 80 da CISG incorpora o tema da culpa ou responsabilidade concorrente pelo inadimplemento contratual, porém especificamente a concorrência de culpas ou responsabilidade pelo dano decorrente do inadimplemento contratual. (KOMAROV, Alexander. *Op. cit.*, p. 261).

¹⁸³ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁸⁴ A questão da contribuição da parte prejudicada para o próprio inadimplemento do contrato encontra-se expressa nos PECL (“na medida em que a parte prejudicada tiver contribuído para o inadimplemento”). Embora não tenha sido prevista de maneira tão literal no artigo 7.4.7, os comentários aos Princípios UNIDROIT 2010 permitem a ilação de que esse dispositivo está vinculado à regra prevista no artigo 7.1.2 (interferência da contraparte), segundo a qual uma parte não pode valer-se do inadimplemento da parte contrária se tal inadimplemento tiver sido provocado por sua própria ação ou omissão ou por outro evento pelo qual tenha assumido o risco.

¹⁸⁵ Conforme comentários oficiais aos Princípios UNIDROIT 2010, artigo 7.4.7, item 4.

danos seria uma forma de “limitação” do valor da indenização e não propriamente um elemento caracterizador da responsabilidade civil contratual. Distinguir-se-ia, assim, da culpa concorrente enquanto aspecto da análise do nexo causal na apuração do dever de indenizar.

Em segundo lugar, e mesmo em decorrência dessa primeira distinção, a mitigação de danos e a culpa concorrente teriam distinções quanto ao ônus da prova. Como regra geral, a prova da causalidade entre descumprimento contratual e dano incumbe à parte inocente, que pleiteia a respectiva reparação por perdas e danos, incluindo, por exemplo, que o dano não seria remoto ou indireto.¹⁸⁶ Ao buscar a reparação, a parte prejudicada pelo inadimplemento não teria que comprovar, *ab initio*, ter adotado as medidas de mitigação necessárias. Caberia, portanto, ao contratante inadimplente o ônus de provar que a extensão do dano poderia ter sido reduzida caso a parte autora tivesse, de modo razoável e no momento oportuno, adotado as medidas mitigatórias possíveis.¹⁸⁷

Não obstante essas distinções nos pareçam absolutamente acertadas, certamente existiriam exemplos de situações em que a indenização poderia ser recusada quer por falha no dever de mitigação de danos, quer por responsabilidade concorrente da própria vítima do dano. Um exemplo seria a situação em que a parte contratante, após o inadimplemento, adota medidas não razoáveis e majora o dano causado: v.g., o comprador de um maquinário que, ciente de um defeito apresentado pelo equipamento, inicia sua utilização e produz mercadorias defeituosas.¹⁸⁸ Sob a perspectiva do dever de mitigar danos, pode-se concluir que o comprador deixou de adotar medidas mitigatórias ou, se imaginava que a produção não seria diretamente afetada pelo defeito do equipamento, deixou de agir razoavelmente ao iniciar a produção sem realização prévia dos testes necessários. A indenização pelo dano causado à produção poderia, portanto, ser excluída. Outra abordagem diferente que permitiria a mesma conclusão seria entender a conduta do comprador como concorrente para o dano causado – ao menos no que tange à produção defeituosa – e afastar a indenização pela ausência de causalidade entre o inadimplemento do contrato e o dano.

Do mesmo modo, como se comentou em nota sobre o caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*,¹⁸⁹ a situação da parte contratante que, após o descumprimento

¹⁸⁶ MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 331.

¹⁸⁷ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 130.

¹⁸⁸ Exemplo extraído de: SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁸⁹ Cf. Seção 2.3.1.1.

contratual da outra, continua a executar o contrato e majora, desse modo, os seus prejuízos, também pode ser citada como exemplo que receberia igual solução quer sob a ótica da mitigação, quer sob a ótica da concorrência de responsabilidades. Mesmo depois de cientificada de que a cidade de *Rockingham* não tinha mais interesse nos serviços e deixaria de pagar o preço contratado, a *Luten Bridge* continuou a executar a construção da ponte, incorrendo em despesas adicionais que poderiam ter sido evitadas. Assim, quer por falha no dever de mitigação, quer por responsabilidade concorrente da construtora pelos prejuízos, o fato é que a indenização deveria ser limitada.

Portanto, verifica-se que os instrumentos de Direito Internacional apontam e reconhecem a distinção conceitual entre mitigação de danos e responsabilidade concorrente, que são tratadas como figuras diversas e regulamentadas em dispositivos próprios. Em alguns cenários específicos – especialmente naqueles casos em que o contratante inocente acaba por majorar seus danos, por continuar a executar o contrato ou pela adoção de medidas mitigatórias inadequadas que acabam por ter o efeito oposto¹⁹⁰ – é bastante provável que ambos os fundamentos sirvam de suporte para uma mesma decisão de não indenizar a vítima ou de indenizá-la apenas parcialmente.

O fato de terem os mesmos efeitos práticos em situações específicas não significa, contudo, que as figuras possam ser confundidas ou, pior, que a regra de mitigação de danos possa ser tida por desnecessária se adotada a regra que afasta ou reduz a indenização dos danos causados, total ou parcialmente, pela própria parte prejudicada, por inexistência de nexo causal. Se sob exame situação em que a parte prejudicada poderia reduzir o dano decorrente do inadimplemento através da adoção de medidas razoáveis, concluir-se-á que a omissão ou recusa em adotar essas medidas só poderia ter consequências jurídicas se reconhecido o dever de mitigação de danos.

2.5 A Resistência do Direito Francês ao Dever de Mitigação de Danos

O Direito Francês, não diferente de tantos outros ordenamentos jurídicos, também aborda com preocupação a questão do adequado grau de reparação dos danos contratuais e extracontratuais. Indenizar a vítima é, sem qualquer dúvida, uma função

¹⁹⁰ Essa distinção será abordada com maior profundidade na Seção 3.2.2.

primordial, fundamental e indiscutível da responsabilidade civil.¹⁹¹ O princípio da reparação integral do prejuízo, ou da equivalência entre indenização e dano, é amplamente reconhecido no ordenamento jurídico francês, tendo sido reafirmado milhares de vezes pelos tribunais, conforme ensina André Tunc.¹⁹² Nem por isso o tema é de fácil resolução, quer porque nem todos os tipos de dano são facilmente reparáveis, recebendo, quando muito, uma compensação aproximada, como é o caso dos danos físicos e danos morais, quer porque a definição da compensação adequada pode ser afetada por questões de concausas, situações em que, como regra, o pretense ofensor acaba tendo que suportar uma maior responsabilidade em prol dos interesses da vítima.¹⁹³

Sem prejuízo a essa regra geral, a doutrina reconhece que, embora o contratante inadimplente deva indenizar as perdas e danos causados ao seu credor, isso não significa que *todas* as perdas e danos decorrentes do não cumprimento da obrigação devam ser compensados.¹⁹⁴ As limitações tradicionalmente impostas à caracterização do dever de indenizar e à determinação do *quantum* indenizatório costumam decorrer de fatores que interfiram no estabelecimento do nexo causal entre o inadimplemento contratual e o dano concretizado, especialmente o afastamento da indenização (i) pelo dano indireto ou remoto; e (ii) pelo dano causado por responsabilidade da própria vítima.

Sobre o primeiro tema, como já mencionado neste trabalho, Pothier ensina que devem ser excluídos do cômputo da indenização “aqueles danos que são uma consequência distante [do inadimplemento], e que não são uma consequência necessária [desse], porque podem ter outras causas”.¹⁹⁵ Desse modo, conclui-se que deve haver um nexo causal direto entre o inadimplemento do contrato e o dano causado, sob pena de, rompida a causalidade, afastar-se total ou parcialmente o dever de indenizar.

Do mesmo modo, o ordenamento francês também reconhece o corolário de que ninguém deve ser compensado pelos danos sofridos em decorrência de sua própria culpa.¹⁹⁶ Afastar a indenização dos danos que tenham sido causados integral ou parcialmente pela própria vítima nada mais é do que uma consequência lógica do reconhecimento de que inexistente nexo causal entre a conduta da outra parte e o dano

¹⁹¹ TUNC, André. *Op. cit.*, p. 142.

¹⁹² *Idem*, p. 143.

¹⁹³ *Idem*, p. 143-5.

¹⁹⁴ POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 139.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 148.

¹⁹⁶ TUNC, André. *Op. cit.*, p. 106. O próprio autor admite, porém, que essa regra geral de responsabilidade civil não é aplicável a situações especiais, como o regime de acidente de trabalho e seguridade social, e que a responsabilidade da própria vítima pode ser exatamente o risco segurado através de um seguro privado.

alegado ou mesmo de que mais de uma causa contribuiu para a concretização do dano, devendo a indenização refletir a contribuição apenas daquele agente contra o qual ela é pleiteada.

A questão da mitigação de danos pela vítima sempre foi tratada apenas de maneira indireta, vacilante e sem o rigor técnico necessário para que florescesse como instituto. Pothier, por exemplo, abordou o tema indiretamente em algumas passagens de seu Tratado das Obrigações. Quando explicando que, por vezes, o contratante pode assumir o risco por danos aparentemente extrínsecos ao contrato, o jurista afirmou:

Por exemplo, eu vendi meu cavalo a uma pessoa [...] com cláusula expressa no contrato pela qual me obrigava a entregar-lhe tal cavalo para que chegasse a tempo ao lugar onde recebe seus abundantes benefícios. Nesse caso, se por minha culpa, mesmo que sem dolo falto em cumprir minha obrigação **e essa pessoa não pode encontrar facilmente outro cavalo nem uma carruagem**, eu estarei obrigado ao pagamento de danos extrínsecos, resultantes da perda que ele sofrer em seus benefícios, pois, pela cláusula do contrato, o risco do prejuízo estava previsto e expresso, considerando-se, portanto, que eu me encarreguei desse risco. (grifos nossos).¹⁹⁷

Do mesmo modo, no exemplo já debatido da venda da vaca contaminada, o próprio Pothier relaciona algumas medidas mitigatórias que poderiam ter sido adotadas pelo comprador, ainda que as avaliando, conforme já mencionado, sob a ótica do dano indireto e das concausas.¹⁹⁸

Contudo, desse seu raciocínio casuístico não se pode extrair uma regra geral abstrata que suporte um possível dever de mitigar danos no Direito Francês. Muito pelo contrário. Ao tratar da responsabilidade do contratante em atraso com sua obrigação e do requisito legal de interpelação judicial para a constituição em mora, o autor sugere de maneira veemente que a vítima do dano não pode ver reduzido seu pleito indenizatório por ter agido de maneira colaborativa com o devedor:

¹⁹⁷ POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 141.

¹⁹⁸ Segundo o autor: “A perda que sofri, por falta do cultivo de minhas terras, parece ser uma consequência mais distante do dolo do negociante. Entretanto, penso que por ela não deveria ser reputado responsável, ou, ao menos, que não há de indenizá-la por inteiro. Essa falta de cultivo não é uma consequência absolutamente necessária da perda do meu gado, causada pelo dolo desse negociante; **eu poderia, apesar disso, evitar essa falta de cultivo comprando outros animais para cultivar minhas terras, ou, caso não dispusesse deste meio, alugando ou mesmo subarrendando minhas terras, se não tivesse meios de fazê-las produzir por mim mesmo. Contudo, como por mais que eu tenha recorrido a tais expedientes, não pude retirar de minhas terras tanto proveito como se eu mesmo as tivesse cultivado com os bois que perdi por causa do dolo do negociante**, isso pode, de algum modo, fazer parte das perdas e danos que me são devidos.” (grifos nossos). (*Idem*, p. 149). Note-se que, embora o autor não enfoque medidas mitigatórias relacionadas ao dano mais elementar relacionado ao inadimplemento do contrato – a contaminação do rebanho – está presente aqui uma lógica de que seria necessária uma conduta diligente por parte da parte prejudicada pelo inadimplemento, mesmo que sob o enfoque a responsabilidade da vítima pelo dano.

Quando um credor, por consideração ao seu devedor, não recorre à via da demanda judicial porque poderia arruinar-lhe o crédito, isso é uma boa ação que ele faz ao devedor, e o credor não deve ser penalizado por ter agido com consideração para com ele [...]. É um absurdo querer que o credor que trata com consideração a seu devedor, tenha, por tratá-lo assim, uma pior condição do que se tivesse agido pela vias de rigor.¹⁹⁹

Embora questionável até que ponto o ajuizamento imediato de uma ação judicial de cobrança pode ser considerado uma medida mitigatória para fins do instituto ora em estudo,²⁰⁰⁻²⁰¹ o fato é que os trechos destacados acima demonstram como mesmo para um grande jurista francês o tema da mitigação de danos não possuía uma sistematização consistente.

Essa abordagem desconexa dada ao tema pelo ordenamento jurídico da França justifica, em grande parte, o porquê de o dever de mitigação de danos não ter se desenvolvido como uma figura autônoma e, conseqüentemente, não ter sido positivado expressamente no Código Civil Francês.²⁰² Apesar de aplicações bastante pontuais, conforme se mencionará a seguir, Geneviève Viney e Patrice Jourdain chegam a afirmar que o Direito Francês soberbamente ignorava o instituto.²⁰³ Solène Le Pautremat igualmente afirma que nunca teria havido no Direito Francês uma real tentativa de sistematizar o que seria a conduta esperada da parte prejudicada pelo inadimplemento, nem tampouco de estabelecer parâmetros de razoabilidade a serem apurados nessa conduta, como feito no direito anglo-saxão.²⁰⁴

Com o tempo, a dita ignorância transformou-se em real rejeição à regra de mitigação de danos, como indica a síntese do pensamento por Leon Mazeaud: “*la victime est dans son droit en attendant que le responsable exécute son obligation*”.²⁰⁵ De modo geral, passou a ser amplamente aceito que a vítima, após sofrer o dano, teria o direito de

¹⁹⁹ POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 154.

²⁰⁰ E sem se desconsiderar que a conclusão de Pothier nesse exemplo pode ter sido influenciada pela sua linha argumentativa de que, a depender do “foro exterior” e do “foro de consciência”, o cálculo indenizatório poderia sofrer alterações. *Idem*, p. 152-4.

²⁰¹ Sob a perspectiva do Direito Brasileiro sobre o tema da demora no ajuizamento de ação como violação ao dever de mitigação de danos, o tema será tratado com mais detalhes no Capítulo 4.2.3.

²⁰² LE PAUTREMAT, Solène. *Op. cit.*, p. 206.

²⁰³ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Conditions de la Responsabilité*. 3. ed. Paris, França: LGDJ, 2006, p. 338.

²⁰⁴ LE PAUTREMAT, Solène. *Op. cit.*, p. 207.

²⁰⁵ Ou seja, a vítima está em seu direito até que o responsável execute a sua obrigação. (tradução nossa). Cf. MATET, Patrick. *Minimisation du dommage et temporalité*. Disponível em: <www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/cycle_assurance_2007/25-01-2007/25-01-2007_matet-1.pdf>. Acesso em 17 mai. 2013.

permanecer inerte e, ainda assim, seria compensada por quaisquer danos decorrentes.²⁰⁶

A forma mais próxima de mitigação de danos propriamente dita, fundada no princípio de boa-fé, aparece no Direito Francês apenas nos casos em que a parte, por sua inércia, claramente permitiu que seu dano fosse majorado. Solène Le Pautremat cita precedente da Corte de Apelações de Paris, que examinou a situação de um contratante que, a despeito da vultosa dívida de sua contraparte, deixou de notificar seu interesse em resolver o contrato por inadimplemento. O Tribunal entendeu que, a partir de determinado momento, o aumento da dívida deveria ser interrompido, porque o credor teria agido de má-fé para majorar seus próprios prejuízos.²⁰⁷

Do mesmo modo, Véra Fradera cita outras decisões do Direito Francês que recorreram à boa-fé, notadamente sob a perspectiva do *venire contra factum proprium*, ou à vedação ao abuso do direito para solucionar casos relacionados ao dever de mitigar danos. Como exemplo desse primeiro fundamento, a autora cita o caso *Bailleux v. Jarety*, em que a Corte de Cassação entendeu que o proprietário do imóvel não poderia resolver o contrato de locação após ter permanecido por onze anos sem cobrar o aluguel do inquilino. Já para ilustrar o segundo tipo de fundamentação, a autora menciona o caso *Époux D. v. Époux G.*, que também envolvia a limitação da possibilidade de cobrança de aluguéis e rescisão do contrato após longo período de inatividade dos credores.²⁰⁸

O cenário para a aceitação do dever de mitigar danos na França tornou-se ainda mais desfavorável em razão de duas decisões prolatadas em 19 de junho de 2003 pela Segunda Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa.

No primeiro caso,²⁰⁹ a Corte apreciou pedido de indenização por acidente de trânsito envolvendo a dona de uma padaria que, por conta das lesões sofridas, teve que ficar afastada de seu negócio por quase seis anos. A autora pleiteava a indenização tanto pelos danos ao seu comércio, já que havia perdido toda a clientela e os equipamentos haviam se tornado obsoletos, quanto pela perda da chance de continuar a explorá-lo como vinha fazendo. A Corte de Apelação de Amiens havia afastado o pleito indenizatório ao fundamento que a autora poderia ter nomeado um terceiro para administrar o negócio durante sua ausência – o que seria uma medida de mitigação dos danos – e que, em última

²⁰⁶ LE PAUTREMAT, Solène. *Op. cit.*, p. 209.

²⁰⁷ Note-se que a decisão do tribunal é exatamente oposta ao que defendeu Pothier no exemplo das perdas e danos decorrentes da mora de um dos contratantes.

²⁰⁸ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, p. 115.

²⁰⁹ FRANÇA. Corte de Cassação. Decisão nº 930 da Segunda Câmara Cível, j. em 19 de jun. 2003. Disponível em: <www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/arret_n_705.html>. Acesso em 17 mai. 2013.

análise, a perda de valor do seu comércio não decorria diretamente do acidente – ou seja, inexistiria nexo causal entre o acidente e o dano alegado. No entanto, a Corte de Cassação entendeu que “o responsável pelo acidente deve reparar todas as consequências danosas; a vítima não tem que reduzir os seus danos no interesse do responsável”, cassando a decisão da Corte de Apelação.

No segundo caso,²¹⁰ também envolvendo um acidente de trânsito, a vítima sofreu graves lesões, que lhe causaram incapacidade parcial permanente. Houve debate sobre o fato de a vítima ter se recusado a seguir o tratamento médico recomendado pelos especialistas, o que poderia ter contribuído para a extensão do dano final. Usando a mesma linguagem do caso anterior, a Corte declarou que “o responsável pelo acidente deve reparar todas as consequências danosas; a vítima não tem que reduzir os seus danos no interesse do responsável”, tendo ela direito à indenização integral.

É interessante notar que, em ambas as decisões, outros fundamentos poderiam ter sido invocados pela *Cour de Cassation* para justificar a responsabilização dos réus: no primeiro caso, o Tribunal poderia simplesmente declarar a existência de nexo causal direto entre a conduta do ofensor e os danos econômicos alegados pela vítima, e, no segundo caso, bastaria afirmar que a vítima não havia concorrido para a concretização do seu dano físico. Aliás, presume-se que o entendimento implícito da Corte tenha sido de que ambos esses elementos estavam presentes em cada um dos casos ou então estaria descaracterizado o dever de indenizar. No entanto, a Corte de Cassação deliberadamente foi além, enunciando com clareza a inexistência de um dever de mitigar os próprios danos na responsabilidade civil, até mesmo para que essas decisões pudessem ser seguidas com coerência pelas instâncias inferiores.

Além de a parte dispositiva das duas decisões ser idêntica, a Corte de Cassação usou como fundamento, nos dois casos, o preceito do artigo 1.382 do Código Civil Francês, que dispõe que: “todo e qualquer ato do homem que cause dano a outrem obriga aquele por cuja culpa o dano ocorreu a repará-lo.” (tradução nossa).²¹¹ A menção a esse artigo, que é a regra fundamental da responsabilidade civil no Direito Francês, permitiria inferir, apesar da sintética fundamentação apresentada pela Corte, que a decisão se baseou na ideia de que a aceitação do dever de mitigação de danos equivaleria a uma

²¹⁰ FRANÇA. Corte de Cassação. Decisão nº 931 da Segunda Câmara Cível, j. em 19 de jun. 2003. Disponível em: <www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/arret_n_706.html>. Acesso em 17 mai. 2013.

²¹¹ No original: “Article 1.382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.”

violação ao princípio da reparação integral, evitando que as vítimas fossem *subindenizadas* pelos danos efetivamente sofridos.²¹²

Embora os dois casos em análise tratassem de responsabilidade civil aquiliana, a doutrina francesa entende que a decisão da Corte de Cassação poderá impactar, também, a responsabilidade civil em geral, incluindo, pois, a responsabilidade contratual.²¹³ Muito embora as regras de perdas e danos decorrentes do inadimplemento do contrato estejam previstas nos artigos 1.146 a 1.155 do Código Civil Francês, “as regras indenizatórias aquiliana e contratual no Direito Francês guardam várias similitudes, e o princípio da ‘reparação integral’ domina o Direito Francês de perdas e danos contratuais tanto quanto o seu equivalente extracontratual”.²¹⁴ Portanto, existe grande possibilidade de que a Corte de Cassação venha a se pronunciar da mesma maneira também em matéria de responsabilidade contratual quando a oportunidade surgir.

Viney e Jourdain criticam o posicionamento da *Cour de Cassation* por seu excessivo rigor. Segundos os juristas, o sistema do *Common Law* imporia um sacrifício exacerbado à vítima do dano contratual ou extracontratual em prol dos interesses econômicos do ofensor, o que não seria adequado.²¹⁵ Por outro lado, entendem que a conduta culposa da vítima não poderia ser ignorada, especificamente naqueles casos em que dela decorre uma majoração do dano. Propõem, portanto, que o juiz avalie caso a caso a culpa concorrente da vítima para que, se necessário, decida-se pela exoneração parcial da responsabilidade do ofensor. Essa seria a única forma, segundo os autores, de se balancear o princípio da reparação integral do dano com a necessidade de se sancionar uma conduta culposa da vítima.²¹⁶

Solène Le Pautremat adota posicionamento ainda mais arrojado. A autora defende não apenas a inexistência de impedimento legal para que o dever de mitigar danos fosse reconhecido no Direito Francês – porque essa regra não violaria o princípio da reparação integral do dano²¹⁷ –, como também a conveniência de que essa regra fosse assimilada por seu ordenamento. Assim, diferente de Viney e Jourdain, que permanecem

²¹² LE PAUTREMAT, Solène. *Op. cit.*, p. 207.

²¹³ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Op. cit.*, p. 338.

²¹⁴ LE PAUTREMAT, Solène. *Op. cit.*, p. 211.

²¹⁵ Note-se que os autores nada mencionam sobre o teste da razoabilidade da conduta mitigatória esperada da vítima usado no sistema anglo-saxão, nem tampouco justificam por que razão entenderiam que a *Common Law* imporia esse dito sacrifício injustificável aos interesses da vítima.

²¹⁶ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Op. cit.*, p. 339.

²¹⁷ Princípio esse que, aliás, conforme própria observação da autora, tem diversas exceções admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, dentre elas os casos de culpa ou responsabilidade concorrente da vítima e as cláusulas de limitação ou exoneração de danos.

fiéis à abordagem da concorrência de responsabilidades entre ofensor e vítima, o que limitaria a aplicação do instituto aos casos de agravamento do dano causa pelo ato do ofensor, Le Pautremat defende efetivamente a noção de uma mitigação dos danos. A autora aponta pelo menos seis razões para tanto.

Primeiramente, a jurista reconhece a necessidade de se incentivar um comportamento razoável e colaborativo entre as partes. Um sistema que, sob o corolário da reparação integral, permite que as partes ajam de maneira irracional promoveria, na verdade, uma “desresponsabilização” da vítima do dano. Uma segunda razão, e como consequência do primeiro ponto, esse mesmo sistema estaria impondo uma responsabilização exacerbada ao causador do dano, responsabilidade quase com natureza punitiva, na medida em que não poderia esperar um comportamento razoável da parte prejudicada. Em seguida, considerando as críticas de que o dever de mitigar danos limitaria a liberdade de agir da parte prejudicada, impondo a ela um ônus indevido, a autora contrargumenta com a noção de razoabilidade admitida jurisprudencialmente ou expressamente prevista em norma nos diversos ordenamentos em que essa regra é adotada. O *standard* de razoabilidade é o mecanismo para que se dose o que seria uma conduta esperada da vítima do dano, não se exigindo dela a adoção de todas as medidas possíveis para redução do seu prejuízo, mas apenas daquelas razoáveis. Como quarta razão, Solène Le Pautremat menciona a importância econômica da regra de mitigação de danos, desestimulando condutas que pudessem levar ao desperdício de recursos econômicos. Na sequência, a autora destaca a importância de haver uma coerência entre regras contratuais adotadas pelos diversos países europeus e, mais do que isso, a importância de que os contratos domésticos sigam regras semelhantes às aplicáveis aos contratos internacionais. Por fim, e retornando ao ponto inicial da reparação integral do dano, conclui que os interesses de uma parte não podem ser isolados dos interesses da sociedade. Segundo ela, a proteção jurídica a condutas não razoáveis poderia, até mesmo, impactar os valores dos seguros, gerando um prejuízo à sociedade em prol de uma vantagem pontual a alguns poucos.²¹⁸

Por todas essas razões, Solène Le Pautremat conclui que o dever de mitigar danos poderia ser uma evolução adequada para as regras de responsabilidade civil na França e antecipa que uma potencial porta de entrada poderia ser o princípio da boa-fé. O dever de cooperação entre os contratantes como reflexo da boa-fé tem alcançado significativo desenvolvimento no Direito Francês, o que poderia servir de fundamento

²¹⁸ LE PAUTREMAT, Solène. *Op. cit.*, p. 212-5.

teórico. Alternativa ainda mais segura seria a positivação desse dever no Código Civil, o que já consta do Anteprojeto de Reforma do Direito das Obrigações, preparado por um comitê de juristas em 2005.²¹⁹⁻²²⁰

²¹⁹ LE PAUTREMAT, Solène. *Op. cit.*, p. 215-6.

²²⁰ Conforme artigo 1.373 do Anteprojeto. Disponível em: <www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORT_CATALASEPTEMBRE2005.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2013.

3 A LEITURA DA MITIGAÇÃO DE DANOS SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO

3.1 A Estrutura

Como visto no Capítulo anterior, o dever de mitigar danos é um tema bastante desenvolvido em outros ordenamentos jurídicos, que apresenta fundamentos e propósitos sólidos. Vale retomar, portanto, as lições que puderam ser apreendidas do estudo do direito estrangeiro e que ajudam a compreensão estrutural do instituto e o modo como o tema é, ou deveria ser, compreendido no Direito Brasileiro.

O dever de mitigar danos impõe à parte prejudicada pelo inadimplemento contratual, e que pretende pleitear perdas e danos decorrentes desse fato, um dever de conduzir-se de modo razoável para (i) evitar que o dano causado pelo descumprimento da obrigação seja majorado, ou mesmo para que (ii) se possível, tal dano seja reduzido ou eliminado. Caso opte por não adotar as medidas mitigatórias, a indenização pleiteada do contratante inadimplente deve ser reduzida na proporção dos danos que poderiam ter sido evitados e não o foram.

Diz-se “conduzir-se de modo razoável” por duas razões. Em primeiro lugar, nem sempre o dever de mitigar danos impõe à parte prejudicada necessariamente um dever de ação. Como demonstrado, a inação da parte vitimada pelo inadimplemento também pode ser uma maneira de minimizar os prejuízos decorrentes do descumprimento do contrato, como, v.g., quando a parte inocente interrompe imediatamente o cumprimento de sua parte da avença, resolvendo o contrato, quando deixa de adquirir de seu próprio fornecedor o objeto que seria posteriormente prestado no contrato inadimplido ou quando, após a descoberta do defeito, interrompe a utilização do equipamento em seu processo produtivo, se sua continuidade poderia afetar a qualidade do produto final. Em segundo lugar, porque, como regra, exige-se da parte prejudicada apenas uma conduta razoável. Não é preciso que o contratante inocente adote toda e qualquer medida possível para a redução do dano, mas apenas aquelas que, sem lhe causar prejuízo maior ou ônus exacerbado, possam adequadamente contribuir para reduzir a extensão do dano. É certo que o conceito ou postulado de razoabilidade é aberto e indeterminado, como de fato deve ser. A concretização desse princípio deve ser feita à luz do caso concreto, como já

mencionado.²²¹

Apesar de não a única, a principal medida de mitigação de danos costuma ser a realização da operação substitutiva pelo contratante prejudicado. A operação substitutiva é o negócio jurídico realizado posteriormente ao inadimplemento, para colocar o contratante prejudicado na condição que ele estaria se o contrato original tivesse sido cumprido. A realização da operação substitutiva pressupõe, por óbvio, a existência de um mercado relevante em que o produto ou serviço contratado poderia ser disponibilizado ou encontrado – conforme a perspectiva do fornecedor ou do comprador. As condições dessa operação substitutiva deverão ser, como regra, similares às condições do contrato original. Salvo o preço, que varia mais ou menos drasticamente de acordo com o objeto em questão e com as condições de mercado, a qualidade e especificações do objeto contratado, bem como o prazo de entrega que atenda aos interesses do comprador, são exemplos de condições que deveriam sofrer pouca ou nenhuma modificação, salvo se mediante uma justificativa adequada.

Considerando que a operação substitutiva deve efetivamente colocar-se no lugar do contrato original, sua apuração pode ser mais complexa caso a parte esteja envolvida em grandes volumes de negócios da mesma natureza. Se o objeto é limitado em número, mas há dúvidas sobre qual teria sido a operação substitutiva – v.g., dez lotes de quarenta cabeças de gado, cinco deles revendidos após o inadimplemento do contrato que tinha por objeto a aquisição de um dos lotes – essa situação poderá refletir na dificuldade, mas não na impossibilidade de apuração do valor indenizatório. Quando muito, se a operação substitutiva for indeterminável, poder-se-ia recorrer a uma estimativa média do preço de revenda após o inadimplemento para apuração do valor do prejuízo. Situação diferente ocorre quando há disponibilidade virtualmente ilimitada do objeto, ou seja, se a nova operação realizada teria sido concluída mesmo que o contrato original tivesse sido

²²¹ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Os Princípios Informadores do Contrato de Compra e Venda Internacional da Convenção de Viena, p. 46. Aliás, segundo Humberto Ávila na sua “Teoria dos Princípios”, uma das acepções do postulado da razoabilidade é justamente atuar como equidade, permitindo a individualização de normas gerais ao caso concreto. Transcreve-se a lição: “A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente regras. [...] Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. [...] Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para a sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve enquadrar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio de justiça (‘preâmbulo’ e art. 3º da CF).” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 151-5).

adimplido. Quando um fornecedor tem estoque suficiente para o atendimento da demanda do mercado, de modo que a realização de um negócio jurídico não exclui a do outro, então essa operação subsequente perde a característica de operação substitutiva. Consequentemente, a perda de volume decorrente do inadimplemento do contrato original deve ser interpretada como um dano real, e o contratante inadimplente não poderá se beneficiar da revenda feita para reduzir o valor da indenização, porque ela teria ocorrido de qualquer modo.

Além da realização da operação substitutiva, inúmeras outras condutas da parte inocente podem se enquadrar como medidas mitigatórias.²²² Além das hipóteses já citadas em que a inação da parte prejudicada é a melhor medida mitigatória, diversas outras foram enumeradas ao longo deste trabalho: (i) inspecionar a qualidade do produto entregue, quando seu grau de pureza e especificação são importantes, antes de iniciar sua utilização; (ii) consertar, por conta própria ou por terceiro, o produto defeituoso ao invés de deixá-lo sem utilização e suportando crescentes lucros cessantes; (iii) renegociar as condições de outros negócios que dependiam do cumprimento da primeira avença para serem executados ou concluídos; (iv) renegociar as condições do contrato com a própria parte inadimplente quando, independente de novação, ela propõe uma alternativa mais vantajosa do que as disponíveis no mercado; e mesmo (v) contratar fornecedor temporário durante o período de mora do contratante principal. É a razoabilidade que deve ser utilizada para que se determine a medida que, ao menor custo e esforço, poderá promover a maior redução dos prejuízos. E é a razoabilidade que indicará se uma das medidas mitigatórias acima citadas seria preferível em relação à celebração de uma contratação substitutiva.

Qualquer que seja a medida mitigatória eleita, as despesas incorridas pela parte prejudicada para a redução do seu dano devem integrar o cálculo da indenização,²²³ ainda que, em última análise, a tentativa seja malsucedida e o dano não tenha sido reduzido.²²⁴ Entende-se que devem ser excluídas da indenização apenas as despesas relacionadas a medidas que não eram razoáveis ou que, por si só, eram excessivamente elevadas, desproporcionais em relação ao próprio dano que se procura evitar.²²⁵

Por fim, o entendimento pacífico nas diversas jurisdições em que o princípio

²²² As medidas de mitigação “dependem do tipo de contrato e do teor da violação perpetrada pelo devedor”. (FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, p. 117.)

²²³ *Idem*, p. 117.

²²⁴ PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Op. cit.*, p. 33.

²²⁵ *Idem*, p. 33.

é aceito, e que também passa a ser reconhecido no Brasil,²²⁶ é de que cabe à parte inadimplente o ônus de provar que a parte prejudicada deixou de adotar medidas mitigatórias razoáveis e ao seu alcance, exatamente porque a mitigação não é um elemento caracterizador da responsabilidade civil, mas sim uma causa de redução da indenização ou, por assim dizer, de exclusão parcial do dever de indenizar. Mais do que especular sobre medidas possíveis, o contratante inadimplente deve ser objetivo em demonstrar que as medidas mitigatórias existiam e poderiam ter sido adotadas pela parte inocente sem qualquer ônus ou prejuízo exacerbado em seu desfavor, mas não o foram.

Com base nessa descrição do dever de mitigar danos, com a contribuição recebida dos demais ordenamentos em que ele é aplicado, e de sua leitura inicial pela doutrina pátria, buscar-se-á neste Capítulo entender qual seria uma possível leitura dessa figura pelo Direito Brasileiro. O objetivo é, antes de adentrar no tema da recepção propriamente dita, explícita ou implícita, do *duty to mitigate* no Brasil, entender quais as possíveis objeções e restrições que existiriam contra esse instituto e, como contraponto, quais os possíveis suportes que o respaldariam. Parte das críticas aqui apontadas assemelham-se, não por coincidência, mas por identidade entre sistemas, às críticas recebidas pelo instituto no Direito Francês. Não obstante, procurar-se-á avaliá-las, tanto quanto possível, com base no entendimento pátrio sobre cada um dos temas. Assim, ao final deste Capítulo, demonstrar-se-á a existência de uma conjuntura favorável, ou não, ao dever de mitigar danos e à sua evolução no Brasil.

3.2 As Objeções

3.2.1 Não Haveria um “Dever” de Mitigar o seu Próprio Prejuízo – O Problema da Natureza Jurídica

Talvez a mais elementar e óbvia objeção à figura do dever de mitigar danos pela parte prejudicada pelo inadimplemento contratual – e exatamente por isso a mais

²²⁶ Esta é, por exemplo, a posição de Daniel Dias ao acertadamente criticar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, por referência ao artigo 77 da CISG, afastou a indenização pleiteada pelo comprador de um maquinário industrial defeituoso por lucros cessantes, porque esse não teria comprovado a adoção das medidas necessárias para a mitigação do seu dano. (DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 103.)

debatida – seja a de que ela não tem, ou não deveria ter, a natureza de um dever jurídico.

Esse debate foi apresentado preliminarmente na Seção 2.1, mostrando que esse questionamento não é uma exclusividade dos países de *Civil Law*, já que também no Direito Inglês e no Norte-Americano convive-se com essa perplexidade. McGregor,²²⁷ Goetz e Scott²²⁸ e Farnsworth,²²⁹ assim como Komarov,²³⁰ ao debater o tema sob a perspectiva dos contratos internacionais, adotam consistentemente o entendimento de que o *duty to mitigate*, de fato, não é um dever jurídico, porque não gera uma obrigação da parte prejudicada pelo inadimplemento para com a parte inadimplente. O teste a confirmar essa conclusão é o de que não há um respectivo direito subjetivo alheio correspondente a esse dever.²³¹ o contratante inadimplente, mesmo que assim desejasse, não poderia ajuizar uma ação de *specific performance* – a execução de uma obrigação de fazer – para que a parte inocente efetivamente adotasse, dessa ou daquela maneira, uma conduta de mitigação dos danos.²³² Não obstante, a força retórica da expressão *duty to mitigate* é reconhecida e difundida, razão pela qual é tão preservada na *Common Law*.

Além da conclusão de que o dever de mitigar danos não é, de fato, um dever, o sistema da *Common Law* não nos fornece quase nenhuma direção na avaliação sobre a natureza jurídica dessa figura. Isso se explica muito provavelmente pelo modo como a responsabilidade contratual é estruturada nos Estados Unidos. Um primeiro ponto particular é o de que, no Direito Norte-Americano, a indenização por perdas e danos recebe preferência sobre a execução específica da obrigação, que só é admitida em hipóteses pontuais.²³³

Dentro das regras indenizatórias, o cálculo poderá variar de acordo com o interesse para o qual a parte prejudicada pleiteia proteção: (i) pelo *expectation interest*, a indenização deve ser calculada de modo a deixar a parte na posição em que ela estaria se o contrato tivesse sido cumprido – sendo essa a forma mais comum de indenização concedida; (ii) pelo *reliance interest*, a indenização deve ser calculada de modo a retornar a parte à posição em que estava antes de o contrato ter sido firmado – sendo um retorno ao *status quo ante*; e por fim (iii) o *restitution interest*, que promove o cálculo indenizatório

²²⁷ MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 331.

²²⁸ GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. *Op. cit.* p. 967.

²²⁹ FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 629-30.

²³⁰ KOMAROV, Alexander. *Op. cit.*, p. 256.

²³¹ MCGREGOR, Harvey. *Op. cit.*, p. 331.

²³² GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. *Op. cit.* p. 967.

²³³ FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 583. Cf. também: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 119.

de modo a não permitir o enriquecimento sem causa de nenhuma das partes.²³⁴ Nesse contexto, a mitigação, juntamente com a previsibilidade e a certeza, ingressa como um dos fatores de limitação do valor da indenização, especialmente do *expectation damages*.²³⁵ Não se debate, porém, qual a natureza jurídica desses fatores de redução.

Outros ordenamentos jurídicos igualmente discutem se esse princípio de mitigação poderia ser caracterizado como um efetivo dever jurídico. Como já mencionado, Véra Fradera afirma que, no Direito Alemão, o dever de mitigar o próprio prejuízo não caracterizaria nem uma obrigação *stricto sensu*, nem uma obrigação natural. Não seria uma obrigação, porque de sua violação não decorreria responsabilidade civil de maneira autônoma e, conseqüentemente, seu cumprimento não poderia ser exigido por meio de ação específica.²³⁶ Não seria uma obrigação natural, porque há previsão expressa sobre a mitigação, ainda sob o título da culpa concorrente, no § 254 (2) do BGB, e porque de seu descumprimento decorrem conseqüências jurídicas efetivas.²³⁷ A caracterização ali dada, seria a de uma *obliegenheit*, ou seja, um “dever de menor intensidade”, cuja “obediência está no interesse desta pessoa”.²³⁸ Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, esse tipo de dever de menor grau no Direito Alemão não seriam obrigações perfeitas, mas sim uma “obrigatoriedade”, segundo a teoria de Reimer Schmidt.²³⁹

Christian Sahb Batista Lopes também concorda. O autor informa que a noção de *obliegenheit* teria surgido no Direito Alemão sobre seguros, para tratar da

²³⁴ Conforme seção 344 do *Restatement of Contracts – Second*. No original:

“§344. PURPOSES OF REMEDIES

Judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promisee:

(a) his “expectation interest,” which is his interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed,
 (b) his “reliance interest,” which is his interest in being reimbursed for loss caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been in had the contract not been made, or
 (c) his “restitution interest,” which is his interest in having restored to him any benefit that he has conferred on the other party.”

²³⁵ FARNSWORTH, E. Allan, *et al. Contracts*, p. 629.

²³⁶ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, p. 113.

²³⁷ O fato de termos afirmado que a mitigação de danos não constituiria um dever porque não poderia ser juridicamente exigida pelo contratante inadimplente através de uma ação própria não deve ser interpretada, incorretamente, como uma sugestão de ausência de conseqüências jurídicas do descumprimento da regra de mitigar danos. Diferentemente de uma obrigação natural ou juridicamente inexigível, em que apenas o cumprimento espontâneo recebe tutela jurídica (LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 100-2), não é somente o cumprimento espontâneo da mitigação de danos que recebe proteção do direito. Pelo contrário, contratante inadimplido pode arguir o descumprimento da mitigação de danos em sua defesa e o descumprimento acarretará, então, como conseqüência jurídica, a perda da vantagem à qual o contratante credor teoricamente teria direito, através, sim, da tutela jurisdicional.

²³⁸ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, p. 114.

²³⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Op. cit.*, p. 92.

imposição feita ao segurado de declarar fatores de risco para a conclusão do contrato, comunicar prontamente a ocorrência do sinistro e atuar para minimizar os danos sofridos. Do descumprimento dessas obrigatoriedades não decorreria o dever de indenizar o segurador por perdas e danos, mas sim a perda de uma vantagem que poderia ser auferida pelo próprio segurado, qual seja, o recebimento integral da indenização.²⁴⁰

A noção de *obliegenheit* no Direito Alemão corresponderia à *incombance* do Direito Suíço, com o sentido de ônus, ou seja, uma conduta necessária para evitar-se a perda de uma vantagem própria.²⁴¹ Do mesmo modo que o Direito Alemão, a regra de mitigação de danos acaba sendo tratada em conjunto com o tema da corresponsabilidade da vítima pelos danos sofridos, no artigo 44 do Código de Obrigações Suíço, mas sempre sob a ótica de uma conduta imperiosa em benefício próprio e não alheio.

A distinção apontada, assim como sua fundamentação, são absolutamente adequadas.

Antunes Varela ensina que o dever jurídico, diferentemente dos deveres morais, sociais ou religiosos, “é a necessidade imposta pelo direito (objectivo) a uma pessoa de observar um determinado comportamento”.²⁴² Mais do que uma recomendação ou conselho, é uma imposição, cujo descumprimento, embora possível no campo dos fatos, é normalmente acompanhado de sanções, “meios coercitivos [...] próprios da disciplina jurídica” que variam de intensidade conforme a relevância da natureza da conduta.²⁴³

O dever jurídico, que pode trazer uma imposição de conteúdo *específico* – como o dever de prestar nas obrigações – ou *genérico* – como o dever de abstenção de violar a propriedade alheia –,²⁴⁴ necessariamente estabelece uma relação jurídica entre dois polos: a pessoa sobre a qual recai o dever e o titular do direito subjetivo respectivo. Portanto, é característica distintiva do dever jurídico ser ele estabelecido em prol de outrem, seja uma pessoa determinada, um grupo de pessoas, uma coletividade ou mesmo em favor do Estado.²⁴⁵

Figura distinta, segundo o mesmo autor, é a do ônus jurídico. Antunes

²⁴⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. *A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197-8.

²⁴¹ Cf. FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, p. 114. E também: LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 198.

²⁴² VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011, p. 52.

²⁴³ *Idem*, p. 52.

²⁴⁴ *Idem*, p. 54.

²⁴⁵ *Idem*, p. 52.

Varela, com precisão, assim o define:

A ordem jurídica limita-se a atribuir certa vantagem à prática do acto, a considerar este como requisito indispensável para a obtenção daquela, mas deixando à inteira discricção do interessado a opção pela conduta que mais lhe convenha. O ônus consiste, assim, na necessidade de observância de um certo comportamento, não por imposição da lei, mas como meio de obtenção ou de manutenção de uma vantagem para o próprio onerado.²⁴⁶

A primeira característica do ônus seria, portanto, a de ele não ser “imposto” pela lei, como um dever. Segundo menciona o autor, diversas expressões são utilizadas para enfatizar essa característica: “dever livre”, “obrigação potestativa”, “encargo” e “incumbência”,²⁴⁷ as duas últimas vinculadas ao Direito Alemão e Suíço como já visto. Dizer que o ônus não é imposto pela lei significa que a ele não corresponde uma sanção,²⁴⁸ medida coercitiva que possa ser invocada e exercida por outro. Isso não significa, contudo, que o ônus não exista como um requisito legal para a obtenção de uma determinada vantagem.

A segunda característica é de que o ônus não é criado no interesse de terceiros, mas sim no interesse do onerado: “o ônus é um meio de se alcançar [pelo próprio onerado] uma vantagem ou, pelo menos, de se evitar uma desvantagem”.²⁴⁹ Portanto, aquele que cumpre um ônus criado pela lei e necessário para determinado fim o faz para a proteção de interesse próprio e não para a satisfação de um direito subjetivo alheio. É ilustrativa a expressão “dever para consigo mesmo”, embora equivocada e, por isso mesmo, criticada por Clóvis do Couto e Silva.²⁵⁰

Pontes de Miranda, debruçado sobre um dos ônus mais comuns, o ônus da prova, aborda a diferenciação entre dever e ônus de maneira muito semelhante. Destaca que o dever pressupõe necessariamente a relação entre dois sujeitos, sendo a satisfação do dever no interesse de seu credor, enquanto que no ônus inexistente essa relação, e sua satisfação se dá em interesse próprio.²⁵¹

Interessante observar que tanto Antunes Varela quanto Pontes de Miranda

²⁴⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. I, p. 57-8.

²⁴⁷ *Idem*, p. 58.

²⁴⁸ *Idem, ibidem*.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*.

²⁵⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Op. cit.*, p. 98. Vale destacar que o jurista, no entanto, adota uma posição restritiva quanto ao papel do ônus: “Os ‘deveres para consigo mesmo’, aos quais já nos referimos, não constituem deveres na sua verdadeira acepção. Somente podem ser considerados ônus, algo que não pertence ao mundo jurídico, mas ao mundo dos fatos.” (*Idem, ibidem*).

²⁵¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. São Paulo: RT, 2012, p. 530.

são uníssonos em afirmar que o ônus não gera uma sujeição, ou seja, o onerado não está obrigado a observar e suportar a conduta prevista como requisito legal para a obtenção da vantagem relacionada. Pelo contrário, o onerado mantém integralmente sua liberdade de determinar seu próprio comportamento, podendo simplesmente deixar de se conduzir de acordo com o que propõe o ônus. Não será tecnicamente sancionado por isso, não responderá perante terceiros por sua decisão, mas deixará de obter um benefício ou suportará um prejuízo decorrente.²⁵²

A manutenção da liberdade do onerado relaciona-se com um tema brevemente debatido na Seção 2.1 e que também poderia ser levantado como uma oposição à figura de um “dever” de mitigação de danos: a inexistência de proibição à autolesão em matéria patrimonial. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a liberdade, enquanto livre-arbítrio, envolve a possibilidade de uma escolha, seja ela para o bem ou para o mal.²⁵³ Em matéria civil, embora o princípio da liberdade individual esteja assumindo um significado também existencial à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, ele não deixa de ter também um conteúdo patrimonial, que inclui o poder da pessoa de livremente dispor de seus bens.²⁵⁴ A menos que envolva certos direitos indisponíveis,²⁵⁵ hipótese em que pode haver um balanceamento diverso, o sujeito tem liberdade de escolha para diminuir seu patrimônio, sendo deles se desfazendo de maneira gratuita,²⁵⁶ assumindo riscos²⁵⁷ e mesmo consentindo com determinados tipos de dano.²⁵⁸ Essa liberdade, porém, é absolutamente

²⁵² Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III, p. 530. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. I, p. 55-6; 60.

²⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin. Liberdade Individual, Acrasia e Proteção da Saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona. (coord.). *Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O Paradigma do Tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 321-23.

²⁵⁴ *Idem*, p. 330-3.

²⁵⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Op. cit.*, p. 589-90.

²⁵⁶ Segundo Aguiar Dias, ao definir o conceito de dano: “Assim, a lesão que o indivíduo irroga a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito. [...] No direito privado, prevalece a mesma orientação, pois que não há nenhuma regra que proíba o sujeito de direitos de diminuir seu patrimônio. Cabe observar, entretanto, que se, realmente, não há disposição de direito privado que proíba o sujeito de direitos a diminuição do seu patrimônio, isso só é indiscutível quanto ao dano encarado como fonte de reparação, pela ausência de interesse em se proceder à *restitutio* ao estado anterior à lesão, e sem interesse não há ação. Porque, fora disso, o dano infligido ao patrimônio é vedado, se não expressamente, pelo menos implicitamente, quando a lei declara que o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores, quando estabelece que o autor da herança não pode dispor da porção legitimária, etc.” (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 705-6).

²⁵⁷ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Op. cit.*, p. 584-88.

²⁵⁸ Segundo Geneviève Viney e Patrice Jourdain: “Em relação a violações a bens materiais, a doutrina e a jurisprudência concordam em admitir que elas podem, em princípio, ser ‘justificadas’ pelo consentimento da vítima. Tendo cada um em efeito a livre disposição de seus bens, exceto derrogações excepcionais, pode autorizar um terceiro a aproveitá-los ou mesmo a destruí-los ou danificá-los. O controle jurisdicional é exercido apenas quando sobre a realidade de que o consentimento deve ser livre e emanado de uma pessoa

compatível com a noção de ônus.²⁵⁹

Portanto, com fundamento nessas características peculiares, parece-nos que o “dever” de mitigação tenha, em realidade, a natureza jurídica de um ônus. Todas as especificidades do ônus podem ser encontradas na figura da mitigação de danos pelo próprio prejudicado:

- (i) A mitigação de danos não pode ser exigida juridicamente pelo contratante inadimplente: Não é cabível uma ação específica contra o ofendido para obrigá-lo a adotar as medidas mitigatórias, nem tampouco a lei – nos países onde o instituto é expressamente reconhecido – prescreve uma sanção autônoma para aquele que falha com o dever de mitigar danos. A falha na mitigação de danos não gera, por exemplo, responsabilidade contratual *per se* perante o contratante inadimplente.
- (ii) A mitigação de danos reverte em prol do próprio contratante inocente: Quando o credor de uma obrigação contratual inadimplida mitiga seus prejuízos, ele o faz para preservar o seu direito ao recebimento da indenização; exatamente como o autor de uma demanda judicial que suporta o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito²⁶⁰ o faz para se beneficiar da obtenção da tutela jurisdicional pleiteada. Não há dúvida de que a adoção das medidas mitigatórias reverte, em última análise, também em prol do contratante inadimplente, o que não significa, porém que esse seja titular do direito subjetivo respectivo de exigir o cumprimento de um dever de mitigar danos pelo seu credor.
- (iii) A mitigação de danos mantém a liberdade do contratante inocente: Conforme lhe garante a noção de liberdade jurídica, em especial sob o enfoque da autonomia privada, se o contratante assim o desejar, ele poderá

capaz.” (tradução nossa). No original: “S’agissant d’atteintes à des biens matériels, doctrine et jurisprudence s’accordent pour admettre qu’elles peuvent, en principe être ‘justifiées’ par le consentement de la victime. Chacun ayant en effet la libre disposition de ses biens, sauf dérogations exceptionnelles, peut autoriser un tiers à s’en emparer ou même à les détruire ou à les détériorer. Le contrôle des tribunaux s’exerce alors seulement sur la réalité de ce consentement qui doit être libre et émaner d’une personne capable.” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Op. cit.*, p. 589).

²⁵⁹ Esse nos parece um contraponto importante à afirmação de Daniel Dias de que: “as soluções a que tem chegado a doutrina de imputar à vítima as perdas que ela poderia ter evitado sofrer são incompatíveis com a premissa de que a vítima juridicamente não tem de evitar o próprio dano”. (DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 113.) De fato, se compreendido como um dever, a mitigação de danos restringiria a liberdade da vítima ao lhe impor uma sanção exigível por terceiros pelo descumprimento do dever. No entanto, se compreendida como o ônus que é, conclui-se que a mitigação não restringe a liberdade da vítima de eventualmente reduzir seu próprio patrimônio, superando-se a contradição apontada.

²⁶⁰ Conforme artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

decidir suportar os maiores danos possíveis decorrentes do inadimplemento contratual, seja pela sua inércia em evitar a majoração deles, seja por não se conduzir de modo a evitá-los. O ônus é absolutamente compatível com essas características da mitigação de danos, porque não atribui ao contratante inadimplente um direito potestativo para interferir diretamente na esfera de direitos do contratante prejudicado, sujeitando-o à redução obrigatória dos danos;²⁶¹ ao contrário, o contratante prejudicado mantém integral a liberdade de optar pela mitigação ou não de seus prejuízos. O fato de a conduta não ser imposta, ou seja, não ser juridicamente exigível através de demanda própria, não significa, contudo, que a lei não a estabeleça como um requisito para a manutenção de um benefício ou para evitar a perda de um prejuízo e que, por conseguinte, a perda dessa vantagem não venha a ser tutelada jurisdicionalmente, ainda que de maneira incidental. Isso significa que, se preferir se conduzir de maneira a majorar ou a não reduzir o seu dano, o credor perderá a vantagem de receber o valor integral da indenização respectiva.

Embora essa conclusão esteja robustamente respaldada, é bastante difícil verificar sua aceitação pela doutrina brasileira, especialmente porque o tema é pouco explorado aqui. Alguns artigos sobre o tema não abordam essa questão diretamente, simplesmente assumindo a caracterização da boa-fé como um dever jurídico, como Flávio Tartuce²⁶² e Fredie Didier Jr.²⁶³ Outros autores chegam a abordar o debate sobre a natureza jurídica do *duty to mitigate*, enfocando as avaliações dos sistemas estrangeiros, porém sem se posicionar sobre qual seria a melhor compreensão do tema no Direito Brasileiro.²⁶⁴ A própria Véra Fradera afirma que a natureza do dever de mitigação de danos pelo credor varia conforme o ordenamento, mas, ao examinar o tema sob a ótica do Direito Brasileiro,

²⁶¹ Segundo Antunes Varela, “ter de suportar na sua própria esfera jurídica a modificação a que tende o exercício do poder [direito potestativo] conferido a outra pessoa” é o que caracteriza o estado de sujeição. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. I, p. 56.

²⁶² TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>. Acesso em 7 jul. 2012.

²⁶³ DIDIER JR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, 2009, p. 46-47. Note-se que Didier chega a caracterizar o descumprimento do dever de mitigar o seu próprio dano como um “ato ilícito caducificante” (*Idem*, p. 48), o que nos parece um exagero, uma vez que, como demonstrado no início deste Capítulo, não há, como regra, ilicitude na autolesão patrimonial.

²⁶⁴ PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. *Op. cit.*, p. 32-33.

faz referência aos termos “obrigação” e “incumbência”, sem esclarecer o conteúdo preciso dessas expressões.²⁶⁵

Christian Lopes talvez tenha sido o único até o momento a se posicionar firmemente pela interpretação da mitigação de danos como um ônus. Segundo o autor, a mitigação teria a natureza de um ônus porque seu descumprimento cria situação desfavorável para o próprio contratante prejudicado.²⁶⁶ Segundo o autor, a inobservância do ônus pelo contratante prejudicado impediria o “surgimento do próprio direito de ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado”, significando que os danos evitáveis não seriam indenizáveis. O ônus seria tão evidente, que interferiria na própria criação do direito subjetivo do credor à reparação de danos.²⁶⁷ Nesses aspectos, concorda-se integralmente com o jurista.

Já Daniel Dias adota posição parcialmente distinta. O autor concorda que a mitigação de danos não imporia um dever²⁶⁸ e ressalta que, no sistema do *Common Law*, essa regra é aplicada em razão de uma norma de limitação de indenização, que, como já visto, pouco ou nada esclarece a respeito de sua natureza jurídica na acepção tradicional dada pelos ordenamentos civilistas.²⁶⁹ No entanto, não afirma que a mitigação de danos seria tampouco um ônus puro e simples.²⁷⁰

O autor prefere recorrer a um “regime particular” que melhor traduziria, em seu entender, a figura já debatida da *obliegenheit*. Para tanto, ele usa como sinônimas as expressões “ônus real” e “encargo” e afirma que a figura da *obliegenheit* seria a que melhor se compatibilizaria com a “situação jurídica do credor inadimplido [...] em face da produção ou agravamento do próprio prejuízo”.²⁷¹ Embora não aborde diretamente a diferenciação entre o ônus propriamente dito e o ônus real²⁷² ou encargo, é possível se identificar ao menos uma distinção entre as figuras, a de que o dever de conduta imposto pelo ônus real seria estabelecido não apenas no interesse do onerado, mas também no

²⁶⁵ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, p. 117.

²⁶⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 201-2.

²⁶⁷ *Idem*, p. 202.

²⁶⁸ DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 98.

²⁶⁹ *Idem*, p. 99.

²⁷⁰ Em realidade, Daniel Dias não descarta expressamente a figura do ônus, preferindo simplesmente adotar a noção de *obliegenheit* do Direito Alemão, conforme se verá a seguir.

²⁷¹ DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 122-4.

²⁷² Note-se que, no Direito Português, ônus real não é simplesmente um sinônimo de um ônus de direito material, referindo-se, na realidade, aos gravames típicos impostos ao proprietário de determinada coisa por força de lei. (MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 419-20).

interesse de terceiros.²⁷³ Equivaleria, para fins de esclarecimento, a atribuir a esses terceiros beneficiários direitos subjetivos correlacionados ao encargo, porém juridicamente inexigíveis, salvo por via reflexa.

Embora Daniel Dias critique em seu artigo a importação de institutos de direito estrangeiro sem a devida compreensão dos contornos dogmáticos relacionados,²⁷⁴ parece-nos que ele fez o mesmo ao apontar o encargo como natureza jurídica da mitigação de danos para fins do Direito Brasileiro. Essa categoria jurídica tem pouco ou nenhum reconhecimento no Direito Brasileiro. Pelo contrário, ao encargo (ou modo), no Brasil, corresponde instituto jurídico absolutamente distinto, o da prestação acessória ou determinação anexa aposta a determinadas manifestações de vontade, em especial os negócios jurídicos gratuitos.

Segundo Pontes de Miranda, o encargo é a figura típica da “determinação anexa”, uma cláusula acessória que impõe uma medida, um limite, uma quantidade ou uma maneira.²⁷⁵ Embora possa haver divergência sobre se o encargo impõe um ônus²⁷⁶ ou um dever àquele por ele encarregado,²⁷⁷ não há dúvidas sobre sua natureza acessória – “o vínculo externo que o prende ao acto de liberalidade”,²⁷⁸ que pode eventualmente ter eficácia resolutiva do negócio jurídico. O seu escopo, portanto, é absolutamente distinto do tema aqui em análise.

Ousa-se ir um passo além. Não parece necessária a incorporação pelo Direito Brasileiro dessa categoria jurídica distinta, que mescla os conceitos de dever e ônus, ao menos para fins de avaliação do dever de mitigar danos. Classificar a natureza jurídica da mitigação de danos como um ônus é adequado, preciso e suficiente para que os juristas e aplicadores do direito tenham a correta dimensão das características desse instituto. Como já dito, não se nega que mitigação de danos tem como reflexo também um benefício para o contratante inadimplente, que, ao final, pagará uma indenização menor se o dano for efetivamente reduzido ou se pudesse tê-lo sido. No entanto, é indispensável que se compreenda que esse mesmo contratante inadimplente não terá nenhuma medida

²⁷³ DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 122.

²⁷⁴ *Idem*, p. 99.

²⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. São Paulo: RT, 2013, p. 273.

²⁷⁶ Como defende Pontes de Miranda (*Idem*, p. 274).

²⁷⁷ Antunes Varela diferencia o ônus do encargo exatamente pelo fato de que o último constituiria, como regra, um verdadeiro dever jurídico, salvo pelas hipóteses em que não é exigido pelo beneficiário direto, titular do direito subjetivo, mas sim pelos “órgãos de execução da vontade do testador ou do interesse público visado pelo encargo”. (VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. I, p. 56-7).

²⁷⁸ *Idem*, p. 57.

coercitiva para obrigar o contratante prejudicado a evitar a majoração ou promover a redução do seu prejuízo; não é titular de um direito subjetivo que possa ocasionar uma sanção autônoma ao contratante inocente. A única consequência jurídica da falha em mitigar danos é a perda pelo contratante prejudicado de seu direito à reparação de danos na integralidade, o que, reforça-se, é absolutamente compatível com a figura do ônus de direito material.

3.2.2 A Regra de Mitigação de Danos Seria Dispensável em Vista da Norma que Permite a Redução da Indenização em Caso de Concorrência de Responsabilidade da Vítima

Outra crítica comumente feita à mitigação de danos, ao se avaliar sua recepção pelo Direito Brasileiro, diz respeito à pretensa desnecessidade dessa nova figura em vista da existência de outras previsões legais que suficientemente resolveriam o problema da vítima de um dano não dever ser indenizada pelos prejuízos que poderia ter evitado. Parte da doutrina sugere que o dano evitável representaria, na verdade, um dano causado diretamente pela vítima ou para o qual ela teria contribuído. Consequentemente, pela aplicação do artigo 945 do Código Civil,²⁷⁹ que prevê a possibilidade de redução da indenização em casos de concorrência de responsabilidades entre autor e vítima do dano, o tema da mitigação de danos ficaria superado, porque já haveria regra própria a esse respeito.

Daniel Dias é um dos que se posicionam pela desnecessidade, ao menos em parte, da regra de mitigação de danos. Segundo o autor, o entendimento doutrinário anterior à vigência do Código Civil de 2002, no qual a noção de responsabilidade subjetiva ainda estava arraigada, era o de que a não adoção de medidas pela vítima para evitar o dano equivaleria a ter a própria vítima dado causa a ele por sua conduta culposa.²⁸⁰

²⁷⁹ “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.” O tema da redução da indenização vis-à-vis o princípio da reparação integral será abordado com maior detalhamento na Seção imediatamente seguinte.

²⁸⁰ Essa premissa não é de todo pacífica. De fato, há uma passagem em Aguiar Dias, especificamente voltada à responsabilidade aquiliana, no sentido de que deveria ser acolhida a teoria da causa próxima, no sentido de que “a parte que teve por último a oportunidade de evitar o dano, não obstante a negligência ou imprudência da outra, é responsável pelo evento.” (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 679.) Não obstante, o próprio autor prossegue afirmando que o que se deve verdadeiramente indagar é qual dos fatos foi efetivamente decisivo para o evento danoso, o que levaria à conclusão de que “a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpas”. (*Idem*, p. 679-80). Se aplicada essa

Admite, contudo, que esse posicionamento doutrinário não teria encontrado eco na jurisprudência.²⁸¹

Sob a égide do novo diploma, Daniel Dias aponta uma mudança de posicionamento, especialmente em razão da inovação trazida pelo artigo 945: não se entenderia mais que o dano evitável seria atribuível exclusivamente à vítima, até porque, na maior parte das vezes, a conduta dela não interromperia o nexo causal por completo; mas caracterizaria, na verdade, culpa concorrente capaz de justificar a redução da indenização. A partir dessa premissa e lendo a expressão “evento danoso” não apenas como o fato causador do dano, mas genericamente como o dano em si, o que incluiria o dano sofrido e o seu *agravamento*, o autor conclui que o artigo 945 do Código Civil já regularia o tema do não agravamento de danos, de modo que “a recepção de uma regulação estrangeira como *duty to mitigate the loss*, ou mesmo qualquer outra, resulta desnecessária”.²⁸²

O questionamento parece válido. O tema de concorrência da responsabilidade da vítima para a concretização do dano diz respeito ao nexo causal²⁸³ e este, como elemento da responsabilidade civil que é, permite, como regra, o afastamento do dever de indenizar naqueles casos em que não se fizer plenamente presente. Assim, de fato, se deixar de evitar o próprio prejuízo pudesse ser interpretado simplesmente como dar causa ao dano, então talvez o reconhecimento da regra de mitigação de danos fosse dispensável e irrelevante ao Direito Brasileiro. No entanto, parece-nos que esse aparente silogismo talvez seja um sofisma.

O problema do nexo causal é muito debatido pela doutrina e pela jurisprudência. A causalidade, definida tradicionalmente como “a relação entre certa infração, cometida por alguém, e o dano, que daí se originou”²⁸⁴ e, em matéria contratual, como a “relação de causa e efeito entre a inexecução da obrigação e o prejuízo”,²⁸⁵ tem

segunda parte do raciocínio do jurista ao tema da evitabilidade do dano pela vítima, talvez a resposta fosse de que não haveria concorrência de responsabilidade dessa, na medida em que a conduta do contratante inadimplente, na maioria das vezes, é necessária e suficiente para o dano causado, refletindo a subteoria da *necessariedade*.

²⁸¹ DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 108-10.

²⁸² *Idem*, p. 110-3. Após essa conclusão, no entanto, o autor mostra-se cioso de que o “fundamento jurídico para a atividade de contenção do próprio dano pelo próprio dano” não é bem estabelecido e, por essa razão, prossegue com a investigação da fundamentação respectiva: se um dever acessório, se decorrência da vedação ao abuso do direito ou se uma figura autônoma.

²⁸³ Especificamente sobre o problema da concausalidade.

²⁸⁴ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 340.

²⁸⁵ *Idem, ibidem*.

merecido cada vez mais atenção, especialmente em razão da tendência de objetivação da responsabilidade civil,²⁸⁶ por ter a culpa deixado de atuar, muitas das vezes, como um filtro natural para a determinação do dever de reparação.²⁸⁷ Em princípio, poder-se-ia acreditar que, com a retirada da culpa de cena em muitos casos, maior rigor seria dado aos demais elementos da responsabilidade. O efeito, no entanto, não tem sido esse. Há uma forte tendência de flexibilização da aplicação das teorias do nexo causal, sendo comum que os julgadores se valham de uma “miríade de teorias do nexo causal para justificar um juízo antecedente de responsabilização, cuja finalidade consiste, quase sempre, em assegurar à vítima alguma compensação”,²⁸⁸ sem rigor técnico adequado e, por vezes, produzindo resultado injusto.²⁸⁹

Assim, embora a doutrina continue a investigar e debater qual das três teorias clássicas – teoria da equivalência de condições ou antecedentes,²⁹⁰ teoria da causalidade adequada²⁹¹ e teoria do dano direto e imediato²⁹² – teria sido recepcionada pelo

²⁸⁶ Como a responsabilidade objetiva passa a considerar responsável pelo dever de indenizar aquele que pratica uma conduta qualificada pela lei ou desempenha uma atividade de risco, sendo irrelevante a conduta ter sido culposa, ou não, o afastamento do nexo de causalidade passa a ser uma das poucas alternativas que o agente tem para se isentar de responsabilidade. Cf. TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011, p. 81-2. No mesmo sentido: ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 342.

²⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 51-2.

²⁸⁸ *Idem*, p. 61.

²⁸⁹ Cf. *Idem*, p. 61-2. Essa ausência de rigor, reconhecida também por Patrícia Faga Iglecias Lemos, não significa, contudo, que a flexibilização seja, por si só, negativa. Pelo contrário, a jurista defende, com propriedade, que talvez realmente não haja um meio de se eleger uma única teoria do nexo causal aplicável sempre e em todos os casos. De um lado, a autora ressalta a importância das “soluções intermediárias” ou “de conciliação”, permitindo a combinação de diferentes teorias de modo a promover a resolução mais adequada de cada caso; de outro, defende a superioridade da teoria do escopo jurídico da norma violada, que remete exatamente à avaliação do interesse jurídico protegido pela norma violada em cada caso. Num ou noutro caso, a avaliação pontual do nexo causal deve guiar-se pela equidade, sob pena de promover o resultado contrário, como alerta Schreiber. (LEMO, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-Consumo*. São Paulo: RT, 2011, p. 173-80.)

²⁹⁰ “De acordo com essa teoria, seria indiferente falar em causas ou em condições do dano. Um acontecimento deveria ser considerado causa de um dano sempre que se pudesse afirmar que este não teria acontecido se aquele não tivesse ocorrido: todas as *condiciones sine quibus non* (‘as condições sem as quais não’) do resultado seriam causas deste. Toda e qualquer condição indispensável para o evento seria causa; mesmo uma qualquer causa da causa seria sempre causa do resultado”. (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 590.)

²⁹¹ “A teoria da causalidade adequada parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (*id quod plerumque accidit*) e afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo. Essa condição seria a causa adequada do dano (e daí o nome da teoria); as demais condições seriam circunstâncias não causais.” (*Idem*, p. 603.)

²⁹² Sobre a teoria do dano direto e imediato, especificamente sobre a subteoria da causalidade necessária, Fernando Noronha ensina que, segundo ela, “o nexo de causalidade consistiria numa ‘relação necessária’ entre o fato gerador e o evento danoso. [...] Nos termos em que A. Alvim formulou a teoria da causalidade necessária, seria possível dizer que a causa do dano é a condição necessária e suficiente dele: é a condição necessária, porque sem ela não teria havido dano (‘ele a ela se filia’, nas palavras de Alvim); é condição suficiente, porque sozinha era idônea para produzir o resultado (‘por não existir outra que explique o mesmo

Código Civil de 2002; assume-se, para fins deste estudo, que o consenso inexistente e a aplicação delas jamais será absolutamente uniforme.²⁹³ Por isso, mais do que examinar as teorias de causalidade, focou-se o estudo nos temas que interessam diretamente a esta dissertação, o das concausas, em especial a conduta da vítima como causa do dano por ela sofrido, e o da exclusão do nexo de causalidade. De fato, como observa Flávio Tartuce, é possível que haja um maior ou menor grau de identificação entre cada uma dessas teorias e os temas em debate, até sendo essa a razão pela qual o autor espousa a teoria da causalidade adequada:

Pode ser notada uma diferença sutil entre as duas teorias. A teoria do dano direto e imediato trabalha mais com as exclusões totais da responsabilidade, ou seja, com a obstrução do nexo causal. Por outra via, a teoria da causalidade adequada lida melhor com a concausalidade, isto é, com as contribuições de fatos para o evento danoso. Tal constatação justifica plenamente a adoção à segunda tese.²⁹⁴

Não obstante, essa realmente parece ser uma sutileza, conforme mencionado pelo autor, talvez provocada pela já demonstrada abordagem errática do nexo causal não só no Direito Brasileiro, mas no de muitos outros países. De certo modo, as duas principais teorias individualizadoras²⁹⁵ do nexo causal debatidas no Brasil permitem o reconhecimento das concausas e das excludentes do nexo causal e viabilizam a investigação de se a mitigação de danos já estaria contemplada, ainda que implicitamente, no Direito Brasileiro.

As concausas ou causalidades múltiplas envolvem o problema de que um dano pode ser causado pelas condutas de mais de uma pessoa, inclusive o próprio lesado, ou mesmo pela conjunção entre uma conduta humana e um acontecimento que, isoladamente, caracterize caso fortuito ou força maior. Essas pessoas e acontecimentos podem agir em conjunto, contribuindo para um único fato causador do dano – hipótese em

dano', com 'exclusividade', no dizer do Mestre)" (*Idem*, p. 598-600). Nas palavras do próprio Agostinho Alvim: "é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano." (ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 356.)

²⁹³ Cf. ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 340. No mesmo sentido: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Op. cit.*, p. 156-8.

²⁹⁴ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente*, p. 86.

²⁹⁵ Contrapondo as teorias generalizadoras do nexo causal, em especial a teoria da equivalência dos antecedentes, às teorias individualizadoras, dentre elas as duas aqui referidas, a da causalidade adequada e a do dano direto e imediato, Patrícia Faga Iglecias esclarece que: "as segundas tentam decifrar, no âmbito da cadeia causal, uma ou algumas condições que mais contribuíram para o resultado, bem como qual critério melhor define esse juízo de valor, até mesmo permitindo-se, em certos casos, traçar verdadeiras presunções." (LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Op. cit.*, p. 159).

que há apenas coautoria, ou seja, uma pluralidade de autores do mesmo fato causador do dano – ou, diferentemente, podem desencadear fatos autônomos e independentes, que venham a contribuir, em iguais ou diferentes proporções, para o dano. Essa última hipótese é a que caracteriza a efetiva multiplicidade de causas, concausalidade ou causalidade concorrente.²⁹⁶

O concurso entre as ações do responsável e do próprio lesado é, portanto, um dos exemplos de concausas, conforme reconhece expressamente a doutrina: “pode ser culposo ou não o fato do lesado que concorreu com o do indigitado responsável. E também pode ser culposo ou não o fato do responsável. Em qualquer das hipóteses, o dano não teria acontecido sem os atos do indigitado responsável e do lesado”.²⁹⁷ Muitas vezes referido como “concorrência de culpas”, o tema refere-se, na verdade, a um ato ou fato da vítima que atenua a responsabilidade do agente²⁹⁸ ou, conforme Sergio Cavalieri Filho, uma verdadeira hipótese de “concorrência de causas”.²⁹⁹

Nos casos de concausalidade entre a conduta do ofensor e da vítima, a doutrina concorda que a indenização não deve ser integral, porque, de fato, a vítima do dano também contribuiu para sua concretização. Há, entretanto, divergência sobre os parâmetros a ser utilizados para a fixação do *quantum* devido. A regra prevista no artigo 945, que será debatida em mais detalhes no Capítulo seguinte, afirma que a indenização deve ser fixada tendo em vista o grau de culpa do ofensor e do ofendido, refletindo, assim, as debatidas funções preventiva e sancionatória da responsabilidade civil.³⁰⁰

Não obstante, Aguiar Dias³⁰¹ e Fernando Noronha,³⁰² seguindo os ensinamentos do tradicional jurista, sugerem que a melhor forma de definição do montante da indenização seria a partir da “repartição conforme a causalidade”, sendo menos ou nada relevante o grau de culpa e mais relevante a contribuição efetiva de cada um para o caso. Apesar de ser uma solução aparentemente *de lege ferenda*, parece-nos que é ela a considerar, propriamente, o papel do nexos causal na caracterização da responsabilidade civil, afastando-se da confusão comum decorrente da expressão “culpa concorrente da

²⁹⁶ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 643-5.

²⁹⁷ *Idem*, p. 648.

²⁹⁸ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 678.

²⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 76.

³⁰⁰ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 649.

³⁰¹ O autor fala, sim, em apuração da indenização com base na “proporção em que as respectivas culpas intervieram no evento danoso”, mas só depois de esclarecer que a expressão culpa é utilizada para aludir, na verdade, ao ato ou fato da vítima. (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 678-9.)

³⁰² NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 649.

vítima”, já que não se trata aqui de um problema de culpabilidade, mas sim de causalidade.

Fernando Noronha também aponta para uma hipótese específica de concausalidade, embora apenas aparente, a qual denomina de “causalidade cumulativa”, que pode igualmente envolver as condutas do agente e do próprio lesado. Essa espécie de causalidade ocorre quando vários responsáveis agem independentemente e causam, cada qual, uma parte delimitada do dano total,³⁰³ quer as causas tenham ocorrido concomitantemente, quer sucessivamente.³⁰⁴ Nessa hipótese, há uma aparente concorrência de causas se considerado o dano total, porém o que existe, na verdade, é uma causalidade singular se considerada cada parte do dano individualmente. Embora exija uma prova cautelosa, a conclusão só pode ser que cada agente apenas pode responder pelo dano que tiver causado,³⁰⁵ não se aplicando, portanto, a parte final do artigo 942 do Código Civil,³⁰⁶ salvo naqueles casos em que a delimitação das partes do dano for impossível.

Paralelamente, a doutrina reconhece que existem situações em que a conduta do lesado, mais do que concorrer com a do ofensor para o dano, obsta por completo o nexo causal entre as duas,³⁰⁷ excluindo a responsabilidade do agente aparentemente causador do dano.³⁰⁸ A conduta do lesado surge, nessa hipótese, como uma causa nova, independente do fato atribuível ao pretense lesante e cuja concretização esse último não poderia evitar, de modo que “esse fato independente há de ter causado por si só o resultado”.³⁰⁹ Nesse cenário, a conduta do lesado torna-se mais do que simples fator redutor do *quantum* indenizatório, passando a ser uma efetiva “excludente da

³⁰³ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 655.

³⁰⁴ Hipótese em que o dano final, ou parte dele, só se explica pelos seus antecedentes. (ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 340). A causa superveniente, como regra, não beneficia o agente que desencadeou o início do nexo causal, porque não seria, sozinha, suficiente para a produção do dano, salvo “quando, rompendo o nexo causal anterior, erige-se em causa direta e imediata do novo dano; vale dizer, dá origem a novo nexo causal.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 80).

³⁰⁵ “Compreende-se que nas situações de causalidade cumulativa a regra seja a da responsabilidade de cada pessoa restrita à parte do dano efetivamente causado por ela. Quando for possível separar, do dano total, a parte efetivamente causada por cada um dos responsáveis, a solução terá de ser paralela à do concurso entre fato do responsável e caso fortuito ou força maior. Se cada um dos responsáveis tiver atuado sem ligação com o fato dos outros, e assim tiver causado somente uma parcela delimitada do dano, não se justificaria que respondesse pelos danos causados pelos outros.” (NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 656).

³⁰⁶ “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

³⁰⁷ “Tais elementos obstem o nexo de causalidade, representando uma rolha dentro do cano virtual, um bloqueio na ponte imaginária ou um corte no fio dos plugs [em alusão às metáforas do autor sobre o nexo causal]. São eles a culpa ou fato exclusivo da vítima, a culpa ou fato exclusivo de terceiro, o caso fortuito e a força maior”. (TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente*, p. 82).

³⁰⁸ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 678.

³⁰⁹ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 624.

causalidade”,³¹⁰ porque sua conduta foi a violadora do direito.³¹¹

Assim, a chamada “culpa exclusiva da vítima”, ao interromper o nexo causal, transforma o aparente causador do dano em mero instrumento ou veículo do prejuízo e não mais em sua verdadeira causa.³¹² Assim como debatido no tema da concorrência de causas ou de responsabilidades, aqui também não se debate um tema de culpabilidade, mas de exclusão total do nexo causal por um fato imputável exclusivamente à vítima, uma situação em que o comportamento da vítima tem relevância para a determinação do nexo de causalidade.³¹³

Concluído esse breve introito, cumpre verificar então se a mitigação de danos guarda relação com os temas da responsabilidade concorrente ou exclusiva da vítima pelo dano causado. Tudo indica haver, sim, uma relação entre ambas, mas apenas parcial. Explica-se.

Como mencionado na Seção 3.1 sobre a estrutura da mitigação de danos numa leitura à luz do Direito Brasileiro, essa regra imporia ao credor de perdas e danos por inadimplemento do contrato o dever de conduzir-se de modo razoável para (i) evitar a majoração do dano causado pelo descumprimento da obrigação; e, se possível, (ii) para efetivamente reduzir ou eliminar o dano. Para tanto e dependendo das circunstâncias do caso concreto, esperar-se-ia da parte prejudicada pelo inadimplemento uma conduta comissiva ou mesmo omissiva que, com os menores esforços e custos, promovesse a mais eficiente redução do dano.

Consequentemente, é inegável que haja uma relação entre, de um lado, a mitigação de danos, e, de outro, os temas da concausalidade entre conduta do contratante inadimplente e do inadimplido, ou mesmo responsabilidade exclusiva desse último, quando ele, por um ato comissivo, tiver contribuído para o dano ou especialmente causado seu agravamento. Alguns exemplos já debatidos poderiam ser rememorados neste novo contexto: (i) a parte que, ciente do inadimplemento do outro contratante, prossegue com a execução de suas obrigações majorando seu próprio prejuízo; (ii) o contratante que, após o inadimplemento do contrato, age com desídia e majora seus danos (v.g., comprador que continua a usar maquinário defeituoso no processo produtivo, afetando a qualidade dos

³¹⁰ *Idem, ibidem.*

³¹¹ Agostinho Alvim, citando Polacco, afirma que “em matéria de nexo causal, ninguém duvida que o mesmo se rompe quando há um fato imputável ao credor. [...] Nestes casos, aparece um novo coeficiente imputável e o devedor só responde pelo primeiro dano.” (ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 348).

³¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 82.

³¹³ *Idem*, p. 83.

produtos finais); ou mesmo (iii) a parte que toma medidas não razoáveis pós-inadimplemento, que acabam por lhe ocasionar um dano maior que o que normalmente teria decorrido do descumprimento do contrato original (v.g., a parte que realiza uma operação substitutiva em termos distintos da contratação original, muitas vezes negociando um objeto de qualidade superior à necessária, incorrendo em despesas mais elevadas).

Considerando que as concausas “são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal”,³¹⁴ conclui-se que os exemplos citados acima provavelmente encontrariam uma mesma solução – a redução proporcional da indenização – fosse pelo fundamento da mitigação de danos, fosse pela avaliação da culpa concorrente da vítima. Ademais, sempre que fosse possível segregar o dano original decorrente do inadimplemento do contrato do agravamento sucessivo decorrente da conduta comissiva da vítima, poder-se-ia aplicar a teoria da causalidade cumulativa já debatida, apontando-se o contratante inadimplente como o causador do dano original e deduzindo-se a responsabilidade exclusiva da vítima pelo agravamento do dano. Aqui, do mesmo modo, as duas abordagens distintas – mitigação de danos e excludentes do nexo causal sob a ótica da causalidade cumulativa sucessiva – levariam a um mesmo resultado equânime de responsabilizar apenas o credor pelo agravamento do seu próprio prejuízo.

Não nos parece, contudo, que esse mesmo paralelo possa ser traçado nos dois outros cenários protegidos pela mitigação dos danos, quais sejam: (i) o do agravamento do próprio dano por uma conduta omissiva da vítima; e (ii) o da efetiva redução ou eliminação dos prejuízos por uma conduta comissiva ou omissiva razoável do contratante inadimplido.

Para que o primeiro cenário pudesse ser plena e adequadamente solucionado sob a perspectiva pura e simples do nexo da causalidade por conduta concorrente ou exclusiva da vítima, seria indispensável que houvesse, previamente, o reconhecimento de um dever *lato sensu* ou, como aqui se convencionou, um ônus de que o contratante prejudicado pelo inadimplemento agisse para não agravar seu prejuízo, tirando-o de sua inércia natural. Conforme explica Sergio Cavalieri Filho, “a omissão é ausência de comportamento, um não fazer, um nada. Assim, como, do nada, nada surge, em si mesma, a omissão não teria relevância causal”.³¹⁵ Consequentemente, a omissão só seria considerada causa parcial do dano decorrente do inadimplemento do contrato ou causa

³¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 79.

³¹⁵ *Idem*, p. 81.

total do seu agravamento se houvesse o reconhecimento jurídico de que sua ação seria esperada, ainda que como um requisito para a manutenção do seu direito à indenização integral. Portanto, sem o reconhecimento de uma regra de mitigação de danos no Direito Brasileiro, esse tipo de caso não poderia ser simplesmente solucionado sob a perspectiva do nexo causal.

Sobre o segundo cenário, entende-se, de maneira semelhante, que sem o reconhecimento de uma proteção jurídica à mitigação de danos, não se poderia simplesmente elevar a decisão da vítima – consciente ou não – de deixar de reduzir ou eliminar o dano decorrente do inadimplemento contratual ao patamar de contribuição causal ou causa exclusiva desse mesmo dano.

Conforme já mencionado, o pensamento de Aguiar Dias,³¹⁶ endossado por Sergio Cavalieri Filho,³¹⁷ demonstra que não é qualquer conduta comissiva ou omissiva do ofendido que pode ser interpretada como causa concorrente: ela tem que ser decisiva para a produção do dano. Se a conduta do infrator é, por si só, “necessária e determinante do evento”, esse reconhecimento seria suficiente para a exclusão da concorrência de causas. Ora, sem a atribuição de um ônus ao contratante inadimplido de, apesar do descumprimento do contrato, ainda assim mitigar seu próprio prejuízo, não haveria como deixar de se reconhecer que o dano decorrente do inadimplemento, ainda que evitável, decorreu necessária e determinantemente da conduta do contratante inadimplente, reduzindo-se consequentemente a relevância jurídica, para fins de causalidade, da conduta do credor.

Portanto, equiparar a conduta de não evitar um dano a causá-lo seria mais uma flexibilização excessiva do nexo causal, já tão “elasticizado” no nosso direito. Como visto na Seção 2.4.2.6, os principais diplomas de Direito Internacional sobre contratos abordam a mitigação de danos e a concorrência de responsabilidade do credor para a ocorrência do dano ou para seu agravamento como figuras distintas, embora complementares, demonstrando que não se trata simplesmente de duas soluções diversas para um mesmo problema.

Não obstante, há, sem dúvida, um certo paralelo, uma identificação e até

³¹⁶ Para fins de reforço: “O que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria consequências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer a inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa. Noutras palavras: a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpas.” (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 679-80.)

³¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 77-8.

mesmo uma lógica comum de equidade entre a abordagem da mitigação e a abordagem de causalidade, em especial para algumas situações fáticas específicas – quando o dano é agravado por uma conduta comissiva da sua vítima – mas essa sobreposição não se mantém em outras tantas situações, em que o reconhecimento da mitigação de danos pelo credor como uma regra em nosso ordenamento traria efetivamente uma vantagem, quiçá uma inovação. Equiparar a mitigação de danos à contribuição concorrente ou exclusiva da vítima para o dano continua parecendo, pois, uma excessiva simplificação de um tema certamente mais complexo e multifacetado.

3.2.3 A Regra de Mitigação de Danos Viola o Princípio da Reparação Integral e a Regra de que a Indenização se Mede pela Extensão do Dano

Nos dizeres de Aguiar Dias, “toda a reparação de dano apresenta o caráter de sucedâneo”, ou seja, ocorrida a ofensa a um interesse legítimo protegido pelo direito, o dever de indenizar surge com o objetivo de adaptar a “nova realidade” pós-ofensa à “situação imaginária” do que teria sido se a ofensa não tivesse ocorrido.³¹⁸ Embora a reparação natural seja possível – por exemplo, com a entrega de objeto da mesma espécie e qualidade daquele destruído culposamente pelo vendedor – a reparação do dano comumente se dá através do pagamento da indenização. Aguiar Dias destaca os dilemas ocasionados quando não se proporciona compensação suficiente ao ofendido, bem como, no sentido contrário, quando a reparação excede o efetivo dano.³¹⁹ Encontra-se aí a justificativa mais básica do princípio da reparação integral, também denominado princípio da equivalência entre prejuízo e indenização.

O princípio da reparação integral impõe, em linhas gerais, o dever de reparação, da maneira mais completa possível, dos danos causados à vítima quando o direito atribui responsabilidade, contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva, ao responsável. Para tanto, demanda-se, de maneira primordial, a avaliação dos danos sofridos pela vítima para que eles possam ser, senão reparados, ao menos compensados na totalidade de sua extensão.³²⁰ Embora não seja uma regra absoluta – considerando-se, de

³¹⁸ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 717.

³¹⁹ *Idem*, p. 718.

³²⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 49.

um lado, algumas exceções que serão exploradas a seguir e, de outro, os constantes debates sobre a função preventiva³²¹ e mesmo punitiva³²² da indenização – consenso continua a existir de que o cálculo indenizatório na responsabilidade civil deve primar pela extensão do dano e que desse princípio, salvo em hipóteses excepcionais, não se deve desviar.³²³ É o que consta expressamente do *caput* do artigo 944 do Código Civil,³²⁴ que reafirma o direito fundamental à indenização assegurado constitucionalmente no artigo 5º, incisos V e X.³²⁵

Especificamente sobre a responsabilidade contratual, a regra do artigo 944 é complementada³²⁶ pelo artigo 389 do Código Civil, que especifica, sem prejuízo de outras,³²⁷ as verbas indenizatórias que normalmente decorrem do inadimplemento das obrigações:

³²¹ “A responsabilidade civil, que tem como primeira função a reparação de danos, também deve exercer seu papel preventivo. Cada vez que é determinada uma indenização ao réu, essa sanção deveria servir não só para ressarcir os prejuízos da vítima mas também para ameaçar com a aplicação dessas penas o culpado e o resto da sociedade. Essa é uma função automática da responsabilidade civil.” (LOPEZ, Teresa Ancona. *O Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 78.)

³²² Embora o tema seja altamente controvertido, cita-se a lição de Fernando Noronha: “Quando se fala na função sancionatória da responsabilidade civil, pretende-se realçar que ela, impondo sempre um sacrifício, maior ou menor, ao lesante, acaba também punindo este. Todavia, em rigor, na responsabilidade civil uma finalidade punitiva não é facilmente justificável. [...] Não há dúvida de que a maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável tem alguns reflexos na obrigação de reparar os danos causados, aproximando algumas vezes a ‘indenização’ de uma pena privada. [...] Todavia não se deve enxergar na ideia de punição através da responsabilidade civil: a função dissuasora desta tem sempre um papel acessório; em princípio, a responsabilidade civil visa apenas reparar danos. Um sancionamento do ofensor só terá justificação quando haja dolo ou culpa; unicamente nestes casos a reparação civil do dano pode passar a ser também uma pena privada. Mas mesmo nessas situações, parece que o agravamento da indenização só se justifica na medida em que a ideia de punição do responsável (através da imposição de uma obrigação de pagar uma quantia constitua ainda uma forma de satisfação proporcionada aos lesados, para de certo modo lhes ‘apaciar’ a ira.” (NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 437-8.)

³²³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 49. Sobre a reparação ou compensação de danos como função principal da responsabilidade civil, cf. também: LOPEZ, Teresa Ancona. *O Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 76.

³²⁴ “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, equitativamente, a indenização.”

³²⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

³²⁶ Complementada, sim, porque as regras indenizatórias previstas no artigo 944 e seguintes do Código Civil aplicam-se tanto à responsabilidade extracontratual, quanto à contratual. Nesse sentido, cf. TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente*, p. 228.

³²⁷ A exemplo de outros possíveis danos extrapatrimoniais que também podem decorrer do inadimplemento do contrato.

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.

O inadimplemento contratual, contudo, possui algumas outras peculiaridades relevantes, que impactam a compreensão do que seria uma reparação integral de danos em matéria contratual. Sobre esse tema, Agostinho Alvim propõe interessante debate em sua obra clássica “Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências”. O jurista defende que o prejuízo é requisito indispensável do dano indenizável e, por conseguinte, da indenização também em matéria contratual.³²⁸ A conclusão estaria embasada no *caput* do artigo 1.059 do Código Civil de 1916,³²⁹ atual artigo 402 do Código Civil de 2002,³³⁰ e no subsequente artigo 1.060,³³¹ atual artigo 403.³³²

Não obstante, ressalta que o próprio Código Civil admite duas exceções em que a verba indenizatória por inadimplemento contratual está dissociada da existência do dano: os juros moratórios e a cláusula penal. Nesses casos, segundo Agostinho Alvim, a lei teria criado a presunção absoluta de dano decorrente da mora ou do inadimplemento da obrigação, dispensando-se, assim, a própria alegação do prejuízo, conforme artigos 927³³³ e 1.064³³⁴ do Código Civil de 1916, atuais artigos 407³³⁵ e 416³³⁶ do Código Civil de 2002. Essas hipóteses não seriam necessariamente de indenização sem dano, mas poderiam, em

³²⁸ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 180.

³²⁹ “Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.”

³³⁰ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

³³¹ “Art. 1.060. 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.”

³³² “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.”

³³³ “Art. 927. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. O devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva.”

³³⁴ “Art. 1.064. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora, que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.”

³³⁵ “Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.”

³³⁶ “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

termos práticos, acarretar tal situação.³³⁷

Os apontamentos são absolutamente acertados. No caso dos juros moratórios, a lei presume *juris et de jure* que o credor de uma obrigação pecuniária ou de outra natureza, após fixação de seu valor pecuniário, sofre dano quando é privado da utilização desses recursos financeiros pela mora no pagamento. Por sua própria natureza, os juros constituem o rendimento de uma obrigação de capital.³³⁸ A doutrina afirma, inclusive, que a imposição do pagamento de juros moratórios poderia ser compreendida como uma apuração abstrata do dano,³³⁹ sendo uma exceção à regra da apuração dos danos *in concreto*, equivalendo a uma indenização prefixada, à *forfait*, pela mora.³⁴⁰

Já a cláusula penal, quando estipulada pelas partes, tem a natureza de pena convencional com o objetivo de incentivar, de modo especial, o cumprimento da obrigação.³⁴¹ Sua ocorrência decorre, pois, da manifestação expressa da vontade das partes, constituindo um dos mais importantes casos de promessa condicional, segundo Orosimbo Nonato.³⁴² Basicamente, a única limitação legal a que as partes estão adstritas é a de não poder a cláusula ser superior ao valor da obrigação principal, conforme artigo 412 do Código Civil de 2002.

É pela sua natureza de pena civil, de sanção ao contratante inadimplente –

³³⁷ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 180.

³³⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. I, p. 870.

³³⁹ “Na doutrina italiana clássica, Polacco definia o dano, na perspectiva da responsabilidade negocial, como ‘a efetiva diminuição do patrimônio, que consiste na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação não fora exatamente cumprida’. [...] Na doutrina portuguesa, Pessoa Jorge qualifica essa teoria como a do dano abstrato ou dano de cálculo, pois o prejuízo seria a diferença entre uma situação real (valor atual do patrimônio do lesado) e uma situação hipotética (valor provável do patrimônio se não tivesse ocorrido o fato danoso). [...] Essas objeções não afastam a utilidade prática que a teoria da diferença tem ainda hoje para concretização da indenização correspondente a uma parcela significativa de prejuízos patrimoniais sofridos pelo lesado. Efetivamente, apresenta-se essa teoria como um excelente instrumento para a reparação dos prejuízos de natureza estritamente econômica ou patrimonial, constituindo critério seguro para a quantificação da indenização pecuniária correspondente.” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 140-2).

³⁴⁰ “O que há de realmente característico no regime da mora das obrigações pecuniárias é a circunstância de o credor ter direito a indemnização, independentemente da prova da existência dos danos e do nexo causal entre os danos indenizáveis e o facto ilícito da mora, e ainda o facto de a lei fixar indiretamente o montante dos danos indemnizáveis. [...] O mais que pode dizer-se é que a lei procede, na falta de cláusula penal adequada, a uma avaliação abstracta do dano e não, como é de regra, a uma avaliação concreta”. (VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 121-2).

³⁴¹ Cf. ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 180. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. II, p. 139. Por sua característica de induzir ao cumprimento da obrigação e, a *contrario sensu*, de desestimular a prática do evento danoso, Rogério Donnini chega a mencionar que a cláusula penal seria uma medida de prevenção de danos na seara contratual. (DONNINI, Rogério. Prevenção de Danos e a Extensão do Princípio “Neminem Laedere”. NERY, Rosa Maria de Andrade. DONNINI, Rogério. (coord.). *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009, p. 499).

³⁴² NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 303.

mais do que de ressarcimento propriamente dito, segundo Agostinho Alvim³⁴³ – que sua cobrança independe da comprovação e mesmo da efetiva ocorrência do dano. Segundo Antunes Varela, “a cláusula penal extravasa, quando assim seja, do prosaico pensamento da reparação ou retribuição que anima o instituto da responsabilidade civil, para se aproximar da zona cominatória, repressiva ou punitiva”.³⁴⁴ Não surpreende o fato de seu montante, como regra, ser fixado em valor superior ao dano que efetivamente poderia ser comprovado, exatamente por conta desse objetivo intrínseco de incentivar o cumprimento da obrigação.³⁴⁵ Em havendo o inadimplemento total, o credor a terá como uma alternativa com relação à exigência do cumprimento da obrigação.³⁴⁶

A despeito desse caráter primordial de incentivo ao cumprimento da indenização – sanção civil pelo descumprimento dela –, não se nega que a cláusula penal também tem a finalidade se não de prefixar, ao menos de facilitar o cálculo indenizatório.³⁴⁷ Se visando ao ressarcimento de prejuízos, as partes podem convencioná-la porque entendem que o dano decorrente do inadimplemento é de difícil ou morosa apuração, ou mesmo porque danos não patrimoniais significativos também podem decorrer do descumprimento. Por isso, Orosimbo Nonato lhe atribui uma tríplice utilidade: além de estímulo ao devedor e prefixação de perdas e danos, considera sua importância como mecanismo para “patrimonializar interesse que, sem ela, se mostraria insuscetível de avaliação econômica”, quase que como retomando a sua função original no direito romano, em que conferia efetividade aos *pacta*.³⁴⁸

O fato de a cláusula penal, apesar de sua natureza de sanção civil, não perder seu caráter indenizatório é comprovado por outras duas regras expressas no Código Civil: (i) a possibilidade que as partes têm de convencionar que a cláusula penal não

³⁴³ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 180-1.

³⁴⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. II, p. 140.

³⁴⁵ Conforme discorre Orosimbo Nonato: “[...] a prévia fixação do valor do dano, a sua avaliação *a priori*, em geral mais elevada do que a comum e sempre mais rápida e eficaz evitando as delongas do processo e dificuldades de prova, guarda também, nesse aspecto, natureza de pena e, pois, constitui, como reconhece Lafaille, um incentivo ao cumprimento da obrigação” (NONATO, Orosimbo. *Op. cit.*, p. 316).

³⁴⁶ Conforme artigo 410 do Código Civil de 2002: “Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”.

³⁴⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. II, p. 140. Diferente de Agostinho Alvim, que enfatiza o caráter da cláusula penal como incentivo ao cumprimento da obrigação, Orosimbo Nonato parece privilegiar a natureza da pena convencional como promessa condicional de indenizar a outra parte em caso de mora ou inadimplemento. Critica, inclusive, a expressão romana *stipulatio penae* – a cláusula surgiu no direito romano como a sanção única dos pactos, originalmente garantindo-lhe a execução, pela punição do ilícito do devedor, e posteriormente servindo como prefixação da indenização – por ser uma simplificação demasiada do real conceito da cláusula. Isso não significa, contudo, que ignore suas demais utilidades. (Cf. NONATO, Orosimbo. *Op. cit.*, p. 303-11).

³⁴⁸ *Idem*, p. 314-7.

afastará o dever de pagamento de “indenização suplementar”, desde que comprovado o “prejuízo excedente”, hipótese em que o montante da pena civil valerá apenas como “mínimo da indenização”;³⁴⁹ e (ii) o poder-dever atribuído ao juiz de reduzir equitativamente o valor da multa por inadimplemento “se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.³⁵⁰ Embora o segundo fundamento para redução equitativa da cláusula penal esteja vinculado à abusividade da cláusula, o primeiro certamente demonstra o seu viés indenizatório, na medida em que pressupõe que o adimplemento parcial, desde que útil ao credor,³⁵¹ tende a gerar prejuízo inferior ao normalmente decorrente do inadimplemento total da obrigação, ceifando o fundamento que justificaria o pagamento do valor integral da cláusula penal estipulada pelas partes.³⁵²

Portanto, um primeiro ponto que nos parece absolutamente relevante para a compreensão do princípio da reparação integral em matéria de responsabilidade contratual é o de que, sim, a indenização por inadimplemento da obrigação de prestar objeto do contrato deve ser medida como regra pela extensão do dano decorrente, englobando, em especial, as perdas efetivamente experimentadas (dano emergente) e o que razoavelmente deixou-se de lucrar (lucros cessantes), sendo irrelevante se o descumprimento decorreu de uma intenção deliberada do devedor.³⁵³ Não obstante, não se pode desconsiderar que certas parcelas indenizatórias decorrentes do descumprimento do contrato têm natureza peculiar, que não conflitam com o princípio da reparação integral, mas que, de algum modo, podem prevalecer sobre a natureza meramente compensatória da indenização, quer porque independem da comprovação de qualquer prejuízo (juros de mora e cláusula penal), quer

³⁴⁹ Conforme parágrafo único do já transcrito artigo 416 do Código Civil.

³⁵⁰ Conforme artigo 413 do Código Civil: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

³⁵¹ NONATO, Orosimbo. *Op. cit.*, p. 326-7.

³⁵² Não parece que o caráter indenizatório da cláusula penal possa ser infirmado mesmo pelo que acabou constado do Enunciado nº 359 da IV Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “Art. 413: A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”. Segundo a leitura de Flávio Tartuce, o enunciado reforça que a redução deve ser equitativa, fundada mais na razoabilidade do que na proporcionalidade em relação ao cumprimento da obrigação. (TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente*, p. 244). Contudo, ainda que sejam a equidade e a razoabilidade a parametrizar a fixação do valor da multa, o propósito da redução continua sendo o de evitar que a cláusula penal *in totum* compense exageradamente o credor, indenizando-o por mais que os prejuízos potenciais, ainda que esses não tenham que ser demonstrados.

³⁵³ A sempre dita e reafirmada irrelevância do grau de culpa para a fixação do valor da indenização vem estabelecida desde a *Lex Aquilia*: “*Lex Aquilia et levissima culpa venit*”.

porque possuem um primordial caráter de pena civil (especificamente a cláusula penal).³⁵⁴

Feitas essas considerações iniciais, torna-se possível avaliar se a mitigação de danos, imposta como um ônus para o contratante que pleiteia perdas e danos decorrentes do descumprimento do contrato, caracterizaria uma violação ao princípio da reparação integral. Para fins desta análise, serão analisadas duas situações: (i) a hipótese em que a parte prejudicada efetivamente adota as medidas de mitigação de danos, incorrendo em despesas para tanto, tendo sucesso em sua iniciativa; e (ii) a hipótese em que a parte prejudicada não adota as medidas de mitigação de danos, mas poderia tê-lo feito de maneira razoável.

Na primeira situação, parece-nos relativamente simples demonstrar que a situação da parte pós-mitigação de danos deve ser considerada para fins do cálculo indenizatório. Em primeiro lugar, porque se dano não houve, a responsabilidade civil perde um de seus elementos caracterizadores e, assim, o dever de indenizar não existirá. Ou, diferentemente, se houve dano numa proporção menor do que a potencial, a indenização deve ser reduzida para refletir apenas o dano real ocorrido.

A regra do artigo 402 do Código Civil indica claramente que a apuração dos danos deve ser feita em concreto: o que “ele efetivamente perdeu” e “o que razoavelmente deixou de lucrar”. Não deve haver dúvida quanto à existência ou à realidade do dano, não se indenizando prejuízos meramente hipotéticos, que poderiam ter ocorrido, mas que não se concretizaram.³⁵⁵ Essa regra é reflexo das funções indenitória e concretizadora do princípio da reparação integral, que determinam respectivamente que (i) a indenização não deve superar o valor do prejuízo; e que (ii) há a necessidade de se individualizar adequadamente os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais a ser indenizados.³⁵⁶ Se a indenização supera a efetiva extensão do dano, ela deixa de exercer seu papel, passando a funcionar como fonte de enriquecimento sem causa.³⁵⁷

Em segundo lugar, ainda levando em consideração a função indenitória do

³⁵⁴ Nas palavras de Aguiar Dias: “Em matéria extracontratual, não se levanta nenhuma dúvida sobre a necessidade do prejuízo. Isso já suscita dificuldade, contudo, no campo da responsabilidade contratual, o que é determinado pela suposição comum de que o simples inadimplemento do contrato já constitui dano. Ora, isso não é verdadeiro e, então, o credor, para responsabilizar o devedor, deve provar o dano sofrido. Só não ocorre o mesmo no caso da cláusula penal, da reparação à forfait ou da indenização mínima, que são devidas independentemente de qualquer prova por parte do credor”. (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 708).

³⁵⁵ Cf. AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 710-1. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 164-6.

³⁵⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 59-60 e p.76-7.

³⁵⁷ *Idem*, p. 57.

princípio da reparação integral, a aplicação da regra da compensação de vantagens ou *compensatio lucri cum damno* também aponta para a necessidade de que as vantagens obtidas pelo contratante credor decorrentes de suas medidas mitigatórias sejam consideradas para o fim da apuração da indenização devida em decorrência do inadimplemento contratual. Na visão de Pontes de Miranda, a compensação de lucros assegura o respeito ao princípio de que o ofendido não poderia ser colocado em uma situação mais favorável do que a que estava antes do ilícito, o que promoveria o seu enriquecimento injustificado.³⁵⁸ Segundo Sanseverino:

A primeira limitação ensejada pela função de teto indenizatório do princípio da reparação integral está na determinação de que eventuais lucros ou benefícios obtidos pela vítima em decorrência do evento danoso devem ser compensados com a indenização dele decorrente. Denominada *compensatio lucri cum damno*, consiste na diminuição proporcional do montante da indenização na hipótese de obtenção pelo lesado de vantagens derivadas do mesmo fato.³⁵⁹

Diferentemente de uma compensação tradicional, em que se verificam e compensam créditos e débitos recíprocos, a regra da compensação de vantagens impõe a avaliação apenas do patrimônio da vítima de um dano, determinando que as perdas decorrentes do “fato produtivo” sejam compensadas com as vantagens decorrentes desse mesmo fato ou por ele viabilizadas.³⁶⁰ A identidade entre a causa dos prejuízos e a das vantagens é, portanto, um requisito indispensável para a compensação e enseja alguma dificuldade prática de aplicação da regra. O tema dos seguros é um exemplo. Se o dano era o risco segurado pela própria vítima perante uma seguradora, entende-se que a vantagem (indenização securitária) não pode ser compensada com a indenização devida pelo ofensor pelo mesmo dano, porque não haveria identidade entre a causa do prejuízo (conduta antijurídica causadora do dano) e a causa da vantagem (contrato de seguro prévio). Não obstante, se o risco foi segurado pelo próprio ofensor (como o seguro DPVAT), a jurisprudência entende que a conduta antijurídica causadora do dano passaria a ser causa comum do prejuízo e da vantagem, permitindo a compensação de valores para fins da determinação do valor da indenização suplementar devida.³⁶¹

³⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. São Paulo: RT, 2012, p. 134.

³⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 63.

³⁶⁰ *Idem*, p. 64. Cf. também: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI, p. 134.

³⁶¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 66. Nesse sentido, a Súmula 246 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que: “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”.

A regra não pode ser levada, porém, ao extremo de só se admitir a compensação entre prejuízos e vantagens quando o benefício decorrer direta e automaticamente do próprio fato causador do dano. O exemplo de Karl Larenz, emprestado por Sanseverino, esclarece melhor a conformação da regra: se dano foi causado ao meu veículo e a indenização *in natura* consiste na entrega de um carro novo, o preço eventualmente obtido com a venda do carro danificado deve ser entregue em favor do responsável pela indenização.³⁶² A revenda do carro danificado certamente não é consequência automática do dano causado a ele, mas só foi possível em razão desse evento danoso, o que justifica uma identidade de causa entre perdas e vantagens e, por conseguinte, determina a compensação.

Exatamente sobre essa impossibilidade de limitação exacerbada do que se entende por identidade de causa, Pontes de Miranda afirma que o lucro ou vantagem deve ser abatido do valor da indenização se, de modo geral, decorrer do dano causado a um bem ou da violação do contrato. Para maior clareza, o jurista esclarece que seriam, portanto, englobadas tanto as vantagens proporcionadas diretamente pelo fato gerador da responsabilidade civil, como aquelas que guardem “relação causal adequada” com esse fato.³⁶³ Estariam, portanto, abrangidas as vantagens não diretamente decorrentes do, mas vinculadas ao ilícito pelo conceito de “adequância” – v.g., despesas domiciliares não incorridas durante o período de internação hospitalar pelo dano físico sofrido – mas afastadas as vantagens absolutamente independentes – v.g., seguro contratado pela própria vítima ou benefícios recebidos por liberalidade de terceiros.

Por fim, ensina a doutrina que a compensação de vantagens é possível até a redução da indenização a zero, o que ocorre quando as vantagens que só foram possíveis em decorrência do fato causador do dano compensaram integralmente ou superaram os prejuízos respectivos.³⁶⁴

Percebe-se, assim, a completa coerência e adequação dessa subespécie da função indenitária do princípio da reparação integral com a regra da mitigação de danos decorrentes do inadimplemento contratual. Agindo o contratante de modo a reduzir seus próprios prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual e obtendo sucesso no seu intento, será indenizado pelos danos eventualmente remanescentes e nada mais. Se, no limite, for capaz de mitigar todos os danos – v.g., vendedor que, após inadimplemento do

³⁶² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 64.

³⁶³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI, p. 134-6.

³⁶⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 65.

comprador, revende seu produto no mercado em alta, obtendo lucratividade maior que a esperada e capaz de compensar todos os seus demais prejuízos – permanecerá com seu ganho, mas sem poder reclamar compensação adicional.

Portanto, se mitigação efetivamente houve e se a indenização corresponde aos prejuízos remanescentes após a mitigação, incluindo as despesas relacionadas, não se discutirá indenização nem superior nem inferior ao dano. A indenização nessa hipótese é simultaneamente piso e teto,³⁶⁵ em absoluta harmonia com o que determina o princípio da reparação integral.

Superada essa primeira parte da avaliação, deve-se examinar, agora, se haveria violação ao mesmo princípio se o contratante vitimado pelo inadimplemento, a despeito de ter medidas mitigatórias razoáveis ao seu alcance, deixasse de adotá-las e, ato contínuo, a indenização fosse proporcionalmente reduzida para se descontar os danos que poderiam ter sido evitados, mas não o foram.³⁶⁶ 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.³⁶⁷ Aliás, uma das críticas que pode ser feita ao princípio da reparação integral é exatamente a de que, ao focar unicamente a extensão do dano, o princípio deixa à margem outros fatores que, se considerados, poderiam contribuir para uma decisão mais justa e equânime.³⁶⁸

O próprio Código Civil de 2002 prevê expressamente ao menos três

³⁶⁵ Utilizando-se a expressão de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 59.)

³⁶⁶ Como o foco desse Capítulo é apenas o de avaliar a procedência, ou não, de uma possível objeção de que a regra de mitigação de danos violaria o princípio da reparação integral, assume-se que a regra de fato exista e que, mesmo que as medidas mitigatórias não fossem adotadas, a indenização seria reduzida. A recepção ou não da regra será examinada ulteriormente neste trabalho, mas é presumida aqui apenas para proporcionar a avaliação em pauta.

³⁶⁷ Segundo Canaris, uma das características principais dos princípios é exatamente a de que eles não valem sem exceções e que constantemente entram em contradição entre si. Os princípios limitam e completam uns aos outros, de modo que o jurista sintetiza que: “o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o dos seus limites” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 88-90; p. 92-95). Esse processo dialético de autoconformação e autolimitação entre os princípios, especialmente na solução do caso concreto, é o que se denomina de juízo de ponderação.

³⁶⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 78.

hipóteses em que o princípio da reparação integral é excepcionado, permitindo, como regra, a redução do valor da indenização. São as hipóteses (i) do incapaz que responde por seus atos com seu patrimônio próprio quando seus responsáveis não forem obrigados a ou não tiverem meios de fazê-lo;³⁶⁹ (ii) da excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano;³⁷⁰ e (iii) da concorrência de culpas ou de “causas” entre ofensor e vítima para o resultado danoso, já debatida sob a perspectiva da causalidade na seção imediatamente anterior.³⁷¹ Todas essas hipóteses, embora absolutamente distintas entre si, guardam uma mesma justificativa primordial, uma orientação comum, e, de algum modo, podem contribuir para a avaliação do tema da mitigação de danos.

A primeira exceção ao princípio da reparação do dano é a hipótese de responsabilidade do incapaz. A regra é subsidiária à responsabilidade civil objetiva dos pais, tutores e curadores pelos atos dos seus filhos, tutelados e curatelados, na forma do artigo 932, incisos I e II, do Código Civil. José Fernando Simão afirma que a regra reflete a influência dos princípios constitucionais sobre o Direito Civil,³⁷² notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo o direito da vítima à indenização mesmo quando afastada a responsabilidade dos responsáveis pelo incapaz. O contrapeso dessa proteção, contudo, é o de que a indenização garantida à vítima não cause a ruína do ofensor, nesse caso, o incapaz, a quem a lei confere proteção especial. Essa seria a busca da “modelação para a conciliação do princípio da dignidade humana da vítima e do incapaz”.³⁷³

A ferramenta na busca dessa conciliação de interesses é a utilização da equidade como fator de fixação do *quantum* indenizatório.³⁷⁴ Segundo Simão, a equidade, entendida como o critério da aferição de justiça no caso concreto – um de seus possíveis significados –, “funciona como um controle preventivo deste eventual resultado do litígio devido à sua função norteadora para se obter uma decisão justa”,³⁷⁵ evitando um

³⁶⁹ “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”

³⁷⁰ Conforme já transcrito parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002.

³⁷¹ Conforme já transcrito artigo 945 do Código Civil de 2002.

³⁷² SIMÃO, José Fernando. Fundamentos da Responsabilidade Civil. A Responsabilidade do Incapaz. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. DONNINI, Rogério. (coord.). *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009, p. 294-5.

³⁷³ SIMÃO, José Fernando. *Op. cit.*, p. 295.

³⁷⁴ *Idem, ibidem*.

³⁷⁵ *Idem*, p. 297.

[...] erro de qualificação resultante de uma interpretação isolada e literal da norma que se supõe em princípio aplicável, em claro desacordo com os princípios gerais que regem o instituto jurídico que corresponde à relação jurídica controvertida.³⁷⁶

Também se extrai do parágrafo único do artigo 944 importante lição sobre o papel da equidade como um possível limitador ao princípio da reparação integral. Segundo esse dispositivo, em havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa do ofensor e a extensão do dano, a indenização deve ser fixada equitativamente.³⁷⁷ O dispositivo faz transparecer que seria uma solução injusta impor a condenação ao causador de um dano de grande monta, com base na sua integral extensão, tendo ele agido apenas com uma mínima culpa. Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, o recurso à equidade neste caso seria mais uma expressão do princípio da eticidade que marca o novo diploma civil e ao imperativo de solidarismo, previsto constitucionalmente, conferindo ao causador do dano o efetivo direito subjetivo à redução da indenização com que deverá arcar.³⁷⁸

Mesmo aqueles que criticam a norma não deixam de reconhecer a equidade como elemento axiológico para a determinação do valor da indenização. Em seu estudo destinado a apurar o papel da culpa da responsabilidade civil contemporânea, Marcelo Junqueira Calixto posiciona-se de maneira fortemente contrária à regra, pugnando pela irrelevância do “estudo dos graus de culpa para fins de cálculo do montante da reparação civil”³⁷⁹ e concluindo mesmo que a regra “viola flagrantemente cada uma das características doutrinária ou jurisprudencialmente reconhecidas à responsabilidade civil [...] violando, assim, o princípio da reparação integral do dano sofrido pela vítima”.³⁸⁰ Critica, em especial, a parcela da doutrina que tenta, com base no parágrafo único do artigo 944, inserir outros critérios para fixação da indenização, tais como as condições econômicas do ofensor, as circunstâncias em que se deu o fato danoso, especialmente quando o fazem com o objetivo de aumentar o valor da indenização, o que causaria enriquecimento sem causa.³⁸¹ Não obstante, o mesmo autor reconhece que o princípio da

³⁷⁶ *Idem, ibidem.*

³⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 43.

³⁷⁸ PELUSO, Cezar. (coord.). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007, p. 789-90.

³⁷⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil: Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 312.

³⁸⁰ *Idem*, p. 318.

³⁸¹ *Idem*, p. 312-6. No mesmo sentido, cf. também: SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 43.

reparação integral pode ser abrandado, excepcionalmente, por questões de equidade.³⁸²

Por fim, de maneira similar, também é possível extrair lições relevantes do já debatido artigo 945 do Código Civil, que autoriza a redução da indenização com base na causalidade, mais especificamente na concausalidade entre ato da vítima e ato do ofensor para a concretização do dano. Embora o nexso causal como elemento essencial da responsabilidade civil sirva como sustentação principal para esta hipótese de redução da indenização, novamente há um recurso implícito à noção de equidade,³⁸³ ao senso fundamental de que seria injusto a vítima ser indenizada se ela própria tiver contribuído para o dano.

Tanto a noção de equidade se faz presente também nessa hipótese redutora, que abalizada doutrina nacional reconhece que não é simplesmente porque a lei permitiu que a concorrência de culpas fosse considerada na determinação do *quantum* indenizatório que a repartição dos prejuízos deve ser igualitária. A indenização deverá, da melhor maneira possível, refletir a participação da conduta individual de cada uma das partes para o dano, ainda que isso signifique uma repartição desigual entre atribuição e assunção de responsabilidade, de acordo com os respectivos percentuais de culpa.³⁸⁴ A aplicação da regra de solidariedade só seria possível quando não se pudesse precisar melhor em que medida cada uma das partes concorreu para o dano.³⁸⁵

Vale destacar que essa regra de redução proporcional da indenização por concorrência de responsabilidade da vítima aplica-se não apenas à responsabilidade civil aquiliana, mas também à responsabilidade contratual, em que se pode deparar, igualmente, com situações em que a conduta do credor inadimplido concorre, juntamente com o inadimplemento do contrato, para o dano.³⁸⁶ Esta é uma prova de que a doutrina, desde

³⁸² “Em conclusão a este ponto, pode ser dito que se admite a redução da reparação prevista no dispositivo (art. 944, § único), com fundamento na equidade, – não no grau de culpa –, podendo esta redução, que será sempre excepcional, ocorrer tanto em casos de responsabilidade civil objetiva, quanto em hipóteses de responsabilidade subjetiva. É indiferente, igualmente, que o dano a ser reparado seja exclusivamente moral ou material, ou que estejam presentes as duas espécies” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op. cit.*, p. 326).

³⁸³ Esse apego à equidade é novamente defendido por Claudio Luiz Bueno de Godoy (PELUSO, Cezar. *Op. cit.*, p. 791).

³⁸⁴ Segundo Flávio Tartuce: “A coordenação [de condutas], por óbvio, pode ou não ser proposital. Em casos tais, pela ideia de distribuição do ônus de acordo com as condutas, deve-se, em regra, verificar qual o peso de cada conduta para o prejuízo causado. Obviamente, também a própria vítima pode ter um peso de contribuição. [...] Em suma, pode-se dizer que a razoabilidade serve como parâmetro, sem que necessariamente a divisão das culpas seja proporcional e idêntica.” (TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente*, p. 228). Também é a opinião de Claudio Luiz Bueno de Godoy (PELUSO, Cezar. *Op. cit.*, p. 791).

³⁸⁵ Cf. TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente*, p. 228. Em linha com o posicionamento já citado de Fernando Noronha: NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 656.

³⁸⁶ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente*, p. 228.

Agostinho Alvim,³⁸⁷ continua apontado para a necessidade de superação da dicotomia clássica, embora injustificável frente à absoluta identidade de regramentos, entre responsabilidade extracontratual e contratual.

Assim, verifica-se que existem pelo menos três hipóteses em que o Código Civil expressamente excepcionou o princípio da reparação integral. E mais, essas três hipóteses, embora absolutamente distintas entre si – balanceamento entre os interesses da vítima e do incapaz que tenha causado o dano; desproporcionalidade entre a gravidade da culpa do ofensor e o dano; e concorrência da vítima para o dano – comungam (i) de um fundamento comum, a noção de equidade enquanto justiça; e especialmente (ii) de um mecanismo de solução comum, a noção de equidade enquanto verificação de justiça no caso concreto e, conseqüentemente, como critério da fixação da indenização.

Sobre a equidade como critério para verificação da justiça no caso concreto, Miguel Reale afirma que:

Há certos casos em que a aplicação rigorosa do Direito redunde em ato profundamente injusto. *Summum jus, summa injuria*. Esta afirmação, para nós, é uma das mais belas e profundas da Jurisprudência romana, porque ela nos põe em evidência a noção fundamental de que o Direito não é apenas sistema lógico-formal, mas, sobretudo, a apreciação estimativa, ou axiológica da conduta.³⁸⁸

A equidade é concretização da justiça aplicada adequadamente às peculiaridades do caso. É por meio dos juízos de equidade que “se amenizam as conclusões esquemáticas da regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustá-la às particularidades que cercam certas hipóteses da vida social”.³⁸⁹ A equidade na aplicação e integração do direito é que permite que a regra geral não acarrete um resultado injusto, que obviamente a lei não pretendia produzir.

Renan Lotufo argumenta que a possibilidade de decidir com base na equidade em matéria de responsabilidade civil é um dos exemplos que demonstram que o direito civil elevou o papel dos juízes a um novo patamar, mais compatível com o mundo contemporâneo, exatamente pela necessidade de se promover a concretização de princípios e valores constitucionais. Afirma que o juiz deve funcionar “como participante da integração dos valores expressos nos princípios gerais, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e nas formulações das cláusulas gerais, como da boa-fé objetiva,

³⁸⁷ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 177.

³⁸⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 125.

³⁸⁹ *Idem*, p. 300-1.

que ensejam a atualização e oxigenação permanente do ordenamento”.³⁹⁰

Todavia, não se pode, nem se pretende afirmar que a equidade possa e deva sempre ser um fundamento para decisões judiciais, especialmente se a lei prever regra clara à qual os fatos possam se subsumir. Pelo contrário, reconhece-se, pelo disposto expressamente no artigo 127 do Código de Processo Civil, que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Seria possível, portanto, harmonizar a necessidade que certos casos concretos fazem aflorar por uma decisão menos rigorosa e mais equânime e o risco decorrente da generalização absoluta, de que a decisão por equidade sempre seria recomendável, leve a um oposto igualmente nefasto? Talvez a saída venha das observações de Antonio Junqueira de Azevedo.

O recurso ao juiz para concretização de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, embora típico do Código Civil de 2002, não deve significar que o magistrado possa decidir o caso a seu modo, promovendo, como efeito colateral, a insegurança jurídica.³⁹¹ O chamado “paradigma do juiz”, em contraposição ao “paradigma da lei” típico do século XIX e início do século XX, já se encontra superado, segundo defende o jurista.³⁹² No entanto, o recurso ao juiz – ou genericamente ao aplicador do direito, seja ele um órgão arbitral ou uma entidade de classe – ainda é possível e compatível com o panorama da pós-modernidade se significar que as diretrizes materiais oferecidas pela lei para cada conceito aberto sejam utilizadas adequadamente para uma rápida solução do caso concreto, solução essa que considere e enderece suas peculiaridades. Esse seria o paradigma do caso ou a “centralidade do caso”.³⁹³

Tendo essas premissas em consideração, apreende-se que a invocação da equidade, enquanto conceito aberto que é, como fundamento da decisão, depende do prévio entendimento de se a lei oferece um mínimo de diretrizes materiais a que Junqueira se refere, suficiente para que a decisão não seja apenas a aplicação de um simples conceito

³⁹⁰ LOTUFO, Renan. A Responsabilidade Civil e o Papel do Juiz. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. DONNINI, Rogério. (coord.). *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009, p. 458.

³⁹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. In: _____. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60.

³⁹² *Idem*, p. 57-60. Do mesmo modo, enfatizando a tendência da “fuga do juiz”: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: _____. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151-2.

³⁹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a Codificação, p. 60-1. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, p. 156-7.

“vazio do ponto de vista axiológico”.³⁹⁴ A resposta, por sua vez, não pode ignorar que a equidade, como visto, é efetivamente o ponto de contato comum entre todas as hipóteses de redução de indenização, entre todas as exceções expressamente consagradas ao princípio da reparação integral. A partir daí, a conclusão lógica é de que, sim, o Código Civil de 2002 oferece diretrizes materiais claras para que a equidade seja utilizada como fundamento para redução de indenização naquelas hipóteses em que a aplicação fria do princípio da reparação integral puder gerar consequências tortuosas.

Sendo assim, é possível estabelecer que a reparação integral de danos, embora seja um princípio amplamente reconhecido e apreciado por sua relevância, não é, obviamente, absoluto, podendo, como todos os princípios, ser submetido a um juízo de ponderação à luz do caso concreto. Ainda que se vá além e afirme que a reparação integral foi concretizada no ordenamento jurídico na forma da regra segundo a qual a indenização deve ser medida pela extensão do dano – o que não admitiria exceções imprevistas no ordenamento, sob pena de invalidade da própria regra –, a resposta será de que também essa regra pode ter o seu conteúdo superado por razões contrárias “mediante um processo de ponderação de razões”.³⁹⁵

E mais, se consideradas as exceções expressamente previstas na própria legislação à regra de que a indenização será medida pela extensão do dano, verificar-se-á que a equidade é a noção comum a permeá-las todas, em maior ou menor grau. Portanto, para fins do cálculo indenizatório, a equidade aponta uma diretriz clara de que deve ser tida como um caminho para evitar as injustiças que o cálculo indenizatório com base exclusivamente na extensão do dano poderia trazer.

Por consequência, talvez ainda não seja possível responder integralmente à

³⁹⁴ *Idem*, p. 156.

³⁹⁵ Ao criticar a generalização de que as regras só podem ser aplicadas na base do tudo ou nada e que, em caso de conflito, a solução necessariamente passaria pela declaração de invalidade da ou pela criação de uma exceção a uma das regras, Humberto Ávila ensina que a aplicação das regras também está sujeita ao sopesamento “de circunstâncias e de argumentos”, ou seja, à “ponderação de razões”. Quer as exceções à regra estejam previstas no próprio ordenamento através de outras regras, quer não, a aplicação da regra sempre deve ponderar as razões em favor do seu cumprimento ou não. Segundo o autor: “O que importa é que a questão crucial, ao invés de ser a definição dos elementos descritos pela hipótese normativa, é saber quais os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra (*rule’s purpose*), de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para a decisão a ser tomada, e quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão, independentemente da existência de razões contrárias. Ora, essa decisão depende da ponderação entre as razões que justificam a obediência incondicional à regra, como razões ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do Direito, e as razões que justificam seu abandono em favor da investigação dos fundamentos mais ou menos distantes da própria regra. Essa decisão – eis a questão – depende de uma ponderação. Somente mediante a ponderação de razões pode-se decidir se o aplicador deve abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca do seu fundamento, nos casos em que existe uma discrepância entre eles”. (ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 54-8).

segunda pergunta aqui formulada, de se haveria violação ao princípio da reparação integral do dano e à regra de que a indenização se mede pela extensão do dano no caso em que o credor, mesmo tendo possibilidade razoável de reduzir o dano, não o faz. Mas a resposta ainda é parcial somente porque falta verificar se o ônus de mitigar o próprio prejuízo foi recepcionado ou está, expressa ou implicitamente, previsto no diploma civil brasileiro.³⁹⁶ No entanto, presumindo que ele o tenha sido para fins desta análise, então parece possível concluir que o princípio e regra em questão não poderiam, por si só, obstar o reconhecimento da mitigação de dano. A redução proporcional da indenização não deveria ser interpretada como uma violação ao princípio da reparação integral, mas como mais uma exceção à regra de que a indenização se mede pela extensão do dano, porque comunga de todos os fundamentos que levaram o legislador a admitir as outras situações excepcionais em que a indenização será apenas proporcional: a consideração à concausalidade³⁹⁷ e, essencialmente, a noção de equidade.

Como nota final, entretanto, cabe uma ressalva para que a conclusão acima não seja mal interpretada. O nosso entendimento de que a mitigação de danos poderia, em princípio, ser oposta como uma exceção ao princípio da reparação integral do dano sem violação deste não significa que a regra mitigatória possa ser invocada como fundamento para a redução de toda e qualquer parcela indenizatória decorrente do inadimplemento contratual. Naqueles casos propositalmente destacados no início desta Seção, em que o cálculo da verba indenizatória goza de presunção absoluta (especialmente os juros), ou em que as funções indenitória e compensatória traduzem apenas parcialmente a natureza da verba (cláusula penal, cuja natureza prevalente é de sanção civil), a mitigação de danos não teria aplicação, sob pena de subverter a lógica legal dos artigos 407 e 416 do Código Civil.³⁹⁸ Ademais, a cláusula penal possui regra própria para sua redução por equidade,

³⁹⁶ Em outras palavras, retomada a lição de Humberto Ávila, nem todas as razões para ponderação de uma exceção à regra já foram examinadas.

³⁹⁷ Especialmente em razão do paralelo traçado anteriormente entre a culpa concorrente ou exclusiva da vítima e as situações de agravamento do próprio prejuízo, que, deve-se reconhecer, só abrange parte do que impõe a regra de mitigação de danos.

³⁹⁸ Não se ignora que semelhante discussão poderia ser travada com relação às arras. De fato, assim como a cláusula penal, as arras podem assumir a função de mínimo indenizatório pelo inadimplemento, quando confirmatórias, na forma dos artigos 418 e 419 do Código Civil, ou mesmo de liquidação prévia da indenização na hipótese de exercício do direito contratualmente previsto ao arrependimento, quando são penitenciais, na forma do artigo 420. Pareceu-nos, contudo, que o fato de o sinal não ser apenas convencionado, mas efetivamente prestado pelo devedor em favor do credor desfavoreceria ainda mais qualquer debate sobre a redução de seu valor em razão de uma possível alegação de que os danos deveriam ser mitigação. Ainda assim, se tal discussão houvesse, por as arras terem como finalidade precípua incentivar o cumprimento do contrato ou estabelecer as condições para o arrependimento e por seu pagamento já ter sido efetuado, independente de qualquer prova de perdas e danos, concluímos que a mitigação de danos

fundada especificamente na abusividade e no adimplemento parcial da obrigação, conforme artigo 413 do diploma civil, e admitir novas flexibilizações poderia acabar por ceifar a cláusula do seu propósito principal, que é o de incentivar o cumprimento da obrigação contratual.³⁹⁹

3.2.4 A Regra de Mitigação de Danos Limitaria a Escolha da Alternativa a ser Adotada pela Parte Prejudicada em razão do Inadimplemento à Mera Reparação de Danos

Por fim, uma última crítica poderia, ainda, ser feita à regra de mitigação de danos na responsabilidade contratual, a de que ela restringiria as alternativas à disposição do credor após o inadimplemento do contrato. Ao se exigir da parte credora que ela adotasse prontamente as medidas para a mitigação de seus danos, poder-se-ia imaginar que a parte estaria adstrita a pleitear perdas e danos como único recurso na defesa de seus interesses. Essa crítica parece-nos, porém, infundada, já que, como as anteriores, estaria baseada numa compreensão distorcida do instituto.

O adimplemento das obrigações é a regra, o seu efeito direto e principal. Já afirmava Agostinho Alvim que o Código Civil de 1916, diferentemente do Direito Alemão e Italiano, não havia previsto expressamente que uma das alternativas em razão do inadimplemento das obrigações seria exatamente a possibilidade de o credor exigir seu cumprimento. Não obstante, o jurista afirmava, com precisão, que o fato de o artigo 1.056

igualmente não se aplicaria, sob o prejuízo de subversão do propósito último desse pacto acessório. Por isso mesmo, Antunes Varela afirma que as arras penitenciais não representam a penalidade por um ato ilícito, até porque o direito ao arrependimento foi previsto pelos próprios contratantes, mas simplesmente reflete o “custo convencional do direito que exerceu”. (VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. II, p. 141).

³⁹⁹ Desde o diploma anterior, o Direito Brasileiro sempre adotou uma mescla entre a posição de irredutibilidade da cláusula penal (liberdade de estipulação) e a teoria revisionista (NONATO, Orosimbo. *Op. cit.*, p. 328). Ainda assim, o enfraquecimento demasiado da cláusula penal por uma ampla possibilidade de sua revisão judicial nunca foi regra. Mesmo não cogitando do tema da mitigação de danos, mas abordando em abstrato a questão da equidade na avaliação da cláusula penal, Orosimbo Nonato reforça a importância de que a multa contratual não seja modificada indiscriminadamente pelo juiz, sob pena de se retirar a utilidade do instituto: “Aplica-se a multa como foi estipulada na convenção – lei entre as partes – sendo ao juiz defeso (falando pela via ordinária) mitigar ou grandear a pena, sob cor de equidade. [...] Pudessem o magistrado alterar a pena (assim por imodesta, como por inferior ao prejuízo), e teria tirado à cláusula penal a sua utilidade, maior e mais conspícua, de prefixação das perdas e danos. A imutabilidade da cláusula penal, no conceito de Lafaille, constitui uma das suas características”. (*Idem*, p. 320). Embora sua valorização ao princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais pudesse ser questionada sob o panorama da atual teoria contratual, e apesar de a atual legislação já prever expressamente a possibilidade de redução da cláusula penal manifestamente excessiva, o que já era defendido à época pelo próprio Orosimbo Nonato (*Idem*, p. 325-6), a recomendação de cautela e restrição na revisão judicial da cláusula penal deve, ainda, pautar o tema.

do Código Civil de 1916⁴⁰⁰ consignar apenas que o credor teria o direito de exigir perdas e danos decorrentes do inadimplemento “não excluiu, nem podia excluir, o direito que lhe assiste de exigir, antes de tudo, que a obrigação se cumpra, tal como se convencionou”.⁴⁰¹

O adimplemento da obrigação refere-se ao seu cumprimento voluntário pelo devedor, extinguindo-se o vínculo obrigacional.⁴⁰² Embora seja comum afirmar que o terceiro, interessado ou não, que assume a dívida a adimple, Antunes Varela critica essa formulação porque, em rigor, o terceiro não estava vinculado à realização da prestação.⁴⁰³ A impossibilidade de cumprimento da obrigação por causa não imputável ao devedor o desonera, resolvendo-se a obrigação, mas não se considera tecnicamente adimplida a obrigação, até porque o devedor perde seu direito à contraprestação.⁴⁰⁴ Exatamente do mesmo modo, a exigência da prestação por via judicial não é genuinamente uma forma de adimplemento, porque forçada e não voluntária,⁴⁰⁵ mas sim um efeito indireto da obrigação, o direito que lhe é dado pela lei de se valer do aparelho judiciário para obter a execução precisa da obrigação.⁴⁰⁶ Por isso, Antunes Varela a denomina de “realização coactiva da prestação”.⁴⁰⁷

O direito dado ao credor de recorrer ao Poder Judiciário para obter a satisfação da prestação decorre da proibição de sua autotutela. Assim, independentemente do rito processual escolhido, ele poderá prosseguir, tanto quanto possível, na tentativa de obtenção forçada do objeto da obrigação. Mesmo optando por esse caminho, os fatos podem caminhar para uma eventual impossibilidade de obter a prestação, momento em que a realização forçada da obrigação transforma-se em direito à indenização, ou seja, o recebimento ao equivalente pecuniário da prestação inadimplida, acrescido de perdas e danos suplementares.⁴⁰⁸

⁴⁰⁰ “Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.”

⁴⁰¹ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 6.

⁴⁰² LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 169.

⁴⁰³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. II, p. 8.

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 9.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 8.

⁴⁰⁶ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 6.

⁴⁰⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. II, p. 149.

⁴⁰⁸ Sobre o momento em que a prestação principal torna-se impossível por qualquer razão, discorre Antunes Varela “Já não há realização coativa da prestação (inicial) devida; já não há cumprimento (coercitivo, forçado) da obrigação. O que houve, sob o prisma do direito substantivo, foi a substituição, na moldura envolvente da relação creditória (do direito de obrigação, *lato sensu*), do direito (inicial) à prestação principal pelo direito à indemnização. Direito à indemnização a que corresponde ainda um verdadeiro dever de prestar (não um mero dever acessório de conduta), que é, porém, um dever secundário de prestação, inteiramente

O Código Civil em vigor, embora não tenha sistematizado todos os direitos do credor em decorrência do inadimplemento da obrigação, ainda assim procurou, de maneira senão mais completa, pelo menos mais enfática, disciplinar as alternativas dadas àquele. Nesse sentido, o artigo 475 previu expressamente que a parte lesada pelo inadimplemento poderá pedir a resolução do contrato,⁴⁰⁹ “se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.” (grifos nossos).

O Código Civil previu, ainda, alternativas adicionais para o credor prejudicado pelo inadimplemento contratual, ainda que de maneira dispersa. A possibilidade de realização de uma operação substitutiva, tão debatida como alternativa principal para o credor sob a ótica do Direito Norte-Americano e Internacional, também encontra abrigo no Direito Civil brasileiro. Embora não tenha sido prevista como regra geral, opção para o descumprimento de qualquer tipo de obrigação não personalíssima, como acontece no Direito Alemão,⁴¹⁰ o Código Civil de 2002 expressamente regulamentou essa alternativa nas obrigações de fazer e não fazer, conforme os artigos 249 e 251, respectivamente:

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido. (grifos nossos).

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

distinto do direito à prestação principal, mas que se enxerta na mesma relação de crédito, no mesmo direito (complexo) de obrigação”. (*Idem*, p. 151.)

⁴⁰⁹ “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

⁴¹⁰ “§ 267. Execução por Terceiros

(1) Se o devedor não tiver que executar a obrigação em pessoa, então um terceiro também poderá fazê-lo. O consentimento do devedor não é necessário.

(2) O credor pode recusar a entrega se o devedor contestar.” (tradução nossa a partir da versão em inglês disponível em: <www.gesetze-iminternet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html# p0749>. Acesso em: 16 jun. 2012).

No original: “§ 267 Leistung durch Dritte

(1) Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich.

(2) Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.”

Parágrafo único. **Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.** (grifos nossos).

Portanto, o direito à reparação de danos decorrentes do descumprimento do contrato é apenas uma das alternativas dadas ao credor. Na verdade, de modo mais preciso, o correto é afirmar que o credor sempre terá direito a pleitear a indenização decorrente dos prejuízos sofridos pelo inadimplemento, mas, ainda assim, poderá priorizar o cumprimento da prestação originalmente convencionada, seja através da contratação de uma obrigação substitutiva, seja promovendo as medidas judiciais cabíveis contra o devedor original.

Nesse contexto, reconhecer que o credor teria o ônus de mitigar seu próprio prejuízo não implica restringir as alternativas oferecidas ao credor. Esse ônus não priva o credor de optar, por exemplo, por buscar o cumprimento forçado da obrigação. No entanto, em qualquer dos cenários possíveis, sempre que o credor buscar – apenas ou também – a reparação por perdas e danos, seu pedido estará restringido àqueles danos que não foram, nem poderiam ter sido razoavelmente evitados.

3.3 As Possibilidades

Superadas as objeções que poderiam ser levantadas à leitura da mitigação de danos sob a ótica do Direito Brasileiro, cabe avaliar a conjuntura atual do nosso ordenamento para verificar sua maior ou menor receptividade a um instituto, em princípio, relativamente controvertido.

Muito se fala hoje sobre a nova realidade do contrato, a nova teoria contratual. Essa evolução crescente reflete um fato incontroverso, reconhecido por Enzo Roppo, entre tantos, de que o contrato, mais do que um fato e conceito jurídico, é essencialmente uma operação econômica, que, como tanto, sofre profundas transformações afetadas pela realidade econômico-social.⁴¹¹ A construção jurídica do conceito de contrato

⁴¹¹ De fato, o direito em si preocupa-se sempre com fatos sociais, refletindo uma realidade exterior a ele, tendo uma função instrumental. No entanto, os contratos talvez sejam um dos institutos em que a realidade externa seja mais manifesta. (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-8.) Segundo Judith Martins-Costa, o próprio conceito de contrato une Direito e Economia, embora o direito contratual mantenha a seu campo próprio, por traduzir uma ordem juridicamente orientada. Afirma: “Pode-se, assim, finalmente, conceituar o contrato por seu genótipo, como o resultado de uma atividade comunicativa voluntária e lícita entre sujeitos qualificados como suas ‘partes’, atividade essa, expressada em um acordo, determinado ou determinável temporalmente, voltado, teleológica e vinculativamente, para a produção de efeitos jurídicos primordialmente entre as partes, e cuja função é a de

e sua regulamentação, embora distintas dessa realidade econômica,⁴¹² não podem ser vistas como um fim em si mesmas, mas sim em função da operação econômica contrato, ou seja “com vistas e em função do arranjo que se quer dar às operações económicas, dos interesses que no âmbito das operações económicas se querem tutelar e prosseguir”.⁴¹³ Como consequência, se o contrato – operação econômica vem se transformando ao longo dos anos, o direito dos contratos – conceito jurídico não poderia estar imune a essa transformação.⁴¹⁴

Renan Lotufo, a partir das lições de Claus-Wilhelm Canaris, ensina que a Teoria Geral dos Contratos busca, enquanto ciência do direito, o desenvolvimento de um estudo sistemático focado no direito positivo, com o objetivo de classificar dogmaticamente as soluções de certos problemas jurídicos, esclarecer seu conteúdo material de justiça e, assim, apontar para soluções compatíveis a outros problemas não expressamente solucionados.⁴¹⁵ Para atender a esses objetivos, a Teoria Geral foca o exame

fazer circular riqueza entre patrimônios, transformando a situação jurídico-patrimonial dos envolvidos e gerando-lhes uma expectativa ao cumprimento garantida pelo Ordenamento, segundo os critérios técnicos e valorativos. Esses traços apontam, paradoxalmente, ao que une ao que desune Direito e Economia. Esta chama de “contrato” a um acordo determinativo de ações a serem efetuadas pelas duas partes (‘performances’ ou atuações a realizar, quantidades a trocar, transferências a pagar, etc.) durante um determinado período de tempo, em função de sinais verificáveis e de mensagens transmitidas. As ideias de atividade comunicativa e de acordo dotado da expectativa de confiança estão, como se vê, no centro dos dois campos, o econômico e o jurídico. A diferença está no Direito, que normatiza e garante em acordo aos seus critérios técnicos e valorativos.” (MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e Evolução. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60.)

⁴¹² “Esta formalização jurídica [do contrato] dá vida a um fenômeno que está indiscutivelmente dotado, no plano lógico, de uma autonomia própria, porque as normas, as sentenças, as doutrinas que acabamos de referir, constituem mesmo uma realidade governada pelas suas próprias regras, dotada dos seus próprios estatutos lógicos, cognoscível, portanto, segundo o seu universo próprio de conceitos e de categorias, possuindo uma própria linguagem técnica: a não ser assim, não faria sentido pensar a própria existência de uma ciência do direito.” (ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 9.)

⁴¹³ *Idem*, p. 9.

⁴¹⁴ “Ilustrando a gênese da moderna teoria do contrato e do direito dos contratos (*supra*, sobretudo cap. I, 3.2.), individualizámos uma fórmula capaz de sintetizar o seu conteúdo e os seus valores essenciais: ‘liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contraentes’. Assim devia ser o contrato, segundo as mais acreditadas proposições dos ideólogos oitocentistas, e assim era efetivamente em muitos aspectos, na concreta praxe do capitalismo de concorrência. Mas desde os tempos do ‘*laissez-faire*’ – desde a época clássica do liberalismo econômico e político – as sociedades ocidentais sofreram transformações profundíssimas de ordem econômica, social e política que, por sua vez, incidiram sobre o instituto contractual, transformando-o profundamente. Nas sociedades contemporâneas, o contrato e o direito dos contratos apresentam-se-nos, assim, muito diferentes de como se apresentavam no século passado”. (ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 295). Do mesmo modo, Teresa Negreiros afirma que resistência do direito civil – tão defendido por sua estabilidade, como um ramo quase perene – “aos efeitos do condicionalismo histórico dos seus princípios e das suas categorias jurídicas” é, na verdade inócua. Afirma que “o Direito não está recluso em si mesmo, e que, por isso, tanto quanto outros ramos, o direito civil responde às demandas sociais, e estas, uma vez alteradas, resultam em correspondentes alterações nos institutos jurídicos” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 4-6.)

⁴¹⁵ LOTUFO, Renan. *Teoria Geral dos Contratos*, p. 8-9.

dos princípios que norteiam o instituto do contrato e sua interpretação, que, como seria esperado, também têm sido relidos e complementados ao longo dos anos.⁴¹⁶

Assim, para a compreensão dessa nova teoria do direito contratual, é indispensável conhecer os princípios informadores, em geral, do direito civil brasileiro e, em especial, dos contratos. Sobre os primeiros, Miguel Reale, que presidiu a comissão elaboradora do Código Civil de 2002, enfatiza três noções fundamentais que orientam o novo diploma: a eticidade, a solidariedade e operabilidade. Sob o princípio da eticidade, o jurista aponta a relativização do rigor e do formalismo jurídico em prol do reconhecimento do importante papel dos valores éticos no ordenamento jurídico. Através de técnicas legislativas mais generalizantes, com a constante referência a cláusulas gerais e conceitos abertos como “probidade”, “boa-fé” e “correção”, seria possível a atualização dos institutos jurídicos *pari passu* com os desenvolvimentos sociais. Sob o princípio do solidarismo, Miguel Reale destaca a importância de superação⁴¹⁷ do caráter individualista do direito privado, promovendo-se o predomínio do social. Por fim, sob a operabilidade, destaca que o Código buscou abordar com a maior clareza possível as regras de direito intertemporal, a precisão da linguagem, o recurso às cláusulas gerais – que, como já mencionado, influenciam na busca constante pela eticidade – na busca de conferir maior concretude ao direito, ou seja, sua aplicação “em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma”.⁴¹⁸

Esses princípios ou diretrizes gerais do novo Código Civil também se refletem em matéria contratual. Isso significa que os princípios clássicos do direito contratual – a liberdade contratual, a obrigatoriedade dos efeitos contratuais e a relatividade dos efeitos contratuais – embora não tenham sido abandonados, devem ser relidos em razão dos novos princípios contratuais. Pela força desse ensinamento, transcreve-se:

São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da autonomia da vontade e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *latu sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês), *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*

⁴¹⁶ *Idem*, p. 9.

⁴¹⁷ Embora bastante forte, o verbo “superar” foi empregado pelo próprio Miguel Reale. Cf. REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista da EMERJ – Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil*, Parte I, Rio de Janeiro, Número Especial, 2003, p. 40.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 40-3.

– princípio da relatividade dos efeitos contratuais. [...]

Hoje, diante do toque de recolher do estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três primeiros princípios que gravitam em torno da autonomia da vontade em se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.⁴¹⁹

Teresa Negreiros aborda em sua obra, com precisão, essa mudança pela qual a teoria dos contratos vem passando: “especialmente no campo do direito contratual, a coerência interna da lógica individualista é incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas postos pelas tão manifestas quanto profundas desigualdades sociais”.⁴²⁰ Mais do que uma mudança pontual, trata-se de uma mudança do sentido global do direito privado, inclusive do direito contratual, donde decorre a importância “da identificação de um sentido axiológico comum às múltiplas mudanças ocorridas”.⁴²¹ Esse sentido axiológico, essa linha mestra a guiar as principais modificações do direito civil contemporâneo é a substituição do “indivíduo” pela “pessoa”, da “liberdade individual” pela “solidariedade social”.⁴²² Essas mudanças são os reflexos no direito civil do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, expressos respectivamente no artigo 1º, inciso III e IV,⁴²³ e no artigo 3º, inciso I,⁴²⁴ da Constituição Federal.

Embora não se apregoe a necessidade de se recorrer aos princípios constitucionais para a solução de todo e qualquer problema típico do direito contratual, dentre eles os problemas próprios da responsabilidade contratual e, nela, a regra da mitigação de danos, não há como se negar que o direito civil atual rumo a uma concepção

⁴¹⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os Princípios do Atual Direito Contratual e a Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. In: _____. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 140.

⁴²⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, p. 5.

⁴²¹ *Idem*, p. 8.

⁴²² *Idem*, p. 11.

⁴²³ “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; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

⁴²⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

mais social do contrato.⁴²⁵ O próprio Código Civil, no artigo 421, prevê expressamente que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, atribuindo-lhe um novo papel de satisfação de propósitos maiores, de interesse comum de todos.⁴²⁶

O contrato não pode mais ser compreendido, portanto, como um instrumento para preservação apenas de interesses individuais a qualquer custo. Conforme Karl Larenz, o contrato cria entre as partes uma especial vinculação jurídica, vinculação essa que deve ser pautada pela salvaguarda da boa-fé e pela manutenção da confiança.⁴²⁷ O contrato demanda dos contratantes mais do que um mínimo decorrente dos bons costumes nas relações sociais em geral, impõe deveres superlativados de uma conduta correta e proba, baseados na confiança mútua depositada no momento da celebração do contrato.⁴²⁸

É exatamente neste novo contexto que a regra de mitigação de danos deve ser inserida e estudada. De fato, ela talvez não se identifique tanto com os princípios clássicos como o da autonomia da vontade – muito embora, numa situação pré-inadimplemento e desconhecido o desfecho do contrato, fosse de se presumir que ambas as partes concordariam que as perdas e danos decorrentes do descumprimento por qualquer uma delas deveriam idealmente ser reduzidos ao mínimo, sempre que possível e razoável. No entanto, a regra parece guardar um vínculo mais forte com a nova principiologia do direito contratual. A conjuntura contemporânea do direito contratual parece, ao menos, abrir as portas para a aceitação de institutos como este, exata razão pela qual se prossegue com o estudo da mitigação de danos à luz do princípio da boa-fé.

⁴²⁵ Essa é também a posição de Claudio Luiz Bueno de Godoy, ao reconhecer que a vontade das partes deixa de ser a única e principal fonte da relação contratual: “Dito em outras palavras, o contrato deixa de ser somente a auto-regulamentação dos interesses das partes, a que subjacente determinada operação econômica que tencionam encetar, fazendo-as dotadas de uma liberdade intocável, porque exercida em pé de igualdade formal de iniciativa. Sobressaem, em novo paradigma, valores impostos pela concepção do Estado Social, de privilégio à igualdade real, ao equilíbrio das partes, tidas em verdadeira posição de cooperação, corolário do solidarismo, em que sua autonomia da vontade se vê, na afirmação de Roppo, relançada em novas bases e para desempenho de um novo papel. (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.)

⁴²⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 122.

⁴²⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid, Espanha: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 144.

⁴²⁸ *Idem*, p. 145.

4 A RECEPÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DANOS PELO DIREITO BRASILEIRO

Ultrapassado o que seria uma leitura da regra de mitigação de danos à luz do Direito Brasileiro, superadas suas principais objeções e compreendida a conjuntura atual da responsabilidade civil e do direito contratual no Brasil, que poderiam abrir um leque de possibilidades para este instituto, passa-se a avaliar se a mitigação danos pelo credor da indenização teria sido recepcionada pelo Direito Brasileiro.

Já num primeiro momento, cabe justificar o uso da expressão “recepção”, que pode englobar múltiplos significados. Daniel Dias critica a utilização do termo em questão porque entende que ele traria, em si, a noção de que o Direito Brasileiro teria que apreender e incorporar dados técnicos e conceitos subjacentes ao instituto, o que, dadas as diferenças entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*, não seria possível.⁴²⁹ De fato, de um lado, se essa for a significação atribuída à expressão, seu emprego poderia não ser adequado, porque o desenvolvimento do direito dos contratos no sistema anglo-saxão foi e é significativamente distinto do sistema continental. Por outro lado, o tratamento dado ao tema no Direito Internacional talvez seja uma indicação de que os fundamentos econômicos e axiológicos a sustentar a regra de mitigação de danos não sejam absolutamente estranhos ao Direito Brasileiro e, então, mesmo uma acepção mais restritiva do termo “recepção” não seria empregada de forma totalmente equivocada.

Ademais, o uso da expressão “recepção” parece conveniente para enfatizar o fato, evidenciado especialmente no Capítulo 5, de que o desenvolvimento da mitigação de danos no Brasil deu-se antes e em maior extensão pela jurisprudência do que pela sistemática abordagem doutrinária. O fato de o tema ter recebido tanta atenção dos Tribunais pátrios, mais que da doutrina, ao menos até o momento, demonstra que a aplicação da regra de mitigação no Brasil – certa ou equivocada, conforme preocupação válida de alguns juristas⁴³⁰ – reflete uma tentativa de incorporar no País soluções adequadas dadas a casos problemáticos pelos ordenamentos estrangeiros.

De qualquer forma, para que se evitem dúvidas, esclarece-se que o termo “recepção” está sendo utilizado neste trabalho no sentido amplo de reconhecimento de um instituto até pouco quase desconhecido do nosso ordenamento, embora longa e

⁴²⁹ DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 99.

⁴³⁰ Cf.: *Idem*, p. 100. E também: LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 260.

amplamente debatido no direito estrangeiro. O que se procurou neste Capítulo foi buscar uma solução ao questionamento bem formulado por Christian Lopes de se “a regra de mitigação está presente no ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita, podendo ser deduzida a partir de outras normas ou princípios”.⁴³¹ Esse é o questionamento que vem sendo posto desde 2004 por Véra Fradera⁴³² e que, ainda hoje, continua suscitando debates.

Frise-se que o desafio posto decorre de a pergunta em questão ser feita de forma ampla e abstrata, independente da modalidade contratual em debate. Isso porque não há dúvida de que o Direito Brasileiro positivou e reconheceu expressamente a regra de mitigação de danos em ao menos duas situações.

Em primeiro lugar, o artigo 771 do Código Civil, inovando em relação ao diploma anterior, previu que o segurado tem o ônus de não apenas comunicar a ocorrência do sinistro ao segurador,⁴³³ mas também de adotar as providências necessárias para reduzir suas consequências. Observe-se:

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

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

Em segundo lugar, porque, como já mencionado, o Brasil ratificou a CISG, com a promulgação pelo Congresso Nacional, em 18 de outubro de 2012, do Decreto Legislativo nº 538, que aprovou o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Assim, a partir de 1º de abril de 2014, quando a Convenção entrará em vigor no Brasil, ao menos em matéria de contratos internacionais de compra e venda internacional de mercadorias, o País deverá aplicar a regra de mitigação de danos pela parte credora. Inexistindo uma regra geral de mitigação de danos aplicável também aos contratos domésticos, seria forçoso concluir que o ordenamento brasileiro teria passado a reconhecer a existência de duas regras distintas de responsabilidade contratual, uma para contratos internacionais envolvendo uma parte brasileira e outra para contratos domésticos, ao menos no que tange ao ônus de redução do próprio prejuízo.

Busca-se, portanto, entender se, além dessas regras pontuais que ainda

⁴³¹ LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 138.

⁴³² FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, p. 109-10.

⁴³³ O que já constava da redação anterior do artigo 1.457 do Código Civil.

delimitam demasiadamente o escopo da mitigação de danos no Brasil, existiria uma regra geral que pudesse impor ao credor o ônus de não agravar e, especialmente, de reduzir seus prejuízos decorrentes do descumprimento contratual, sob pena de se lhe ceifar o direito a uma indenização calculada com base na extensão total de seu dano. Essa pergunta ainda permanece sem resposta unânime.

4.1 A Mitigação de Danos sob a Ótica da Boa-Fé Objetiva

O estudo da boa-fé como ponto de partida para compreensão da mitigação de danos no Direito Brasileiro não é aleatório. Como já visto na Seção 2.4.2.1, a noção de boa-fé e comportamento probo são fundamentos axiológicos normalmente identificados com a regra de mitigação de danos.⁴³⁴ De fato, essa aproximação, que vem sendo defendida desde o artigo original de Vera Fradera, acabou culminando na aprovação do Enunciado nº 169 na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, sobre o artigo 422 do Código Civil, segundo o qual “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do seu próprio prejuízo”.⁴³⁵

Em que pese o Enunciado em questão ser reputado como importante progresso rumo ao reconhecimento de uma regra geral de mitigação de danos pelo credor,⁴³⁶ a verdade é que “evitar o agravamento do seu próprio prejuízo” é apenas um dos aspectos da mitigação de danos. O ponto fulcral do instituto – que talvez seja a efetiva redução, quando razoavelmente possível, dos prejuízos decorrentes do inadimplemento do contrato – não foi mencionado no Enunciado. As justificativas de aprovação do Enunciado⁴³⁷ nada esclarecem sobre o motivo pelo qual se optou pela expressão “evitar o agravamento” em vez de “reduzir” o próprio prejuízo. A dúvida que ainda persiste é a de se teria havido uma falha de redação, uma opção consciente por um texto que promoveria uma aprovação mais simplificada do Enunciado, sem maiores debates, ou, no pior cenário, se o ônus de redução do próprio dano seria uma medida tão extremada que não poderia ser

⁴³⁴ Cf. SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 128. MARTINS-COSTA, Judith. Os Princípios Informadores do Contrato de Compra e Venda Internacional da Convenção de Viena, p. 42-6.

⁴³⁵ Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>.

⁴³⁶ Cf. LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 139. TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem.*

⁴³⁷ Expostas por Flávio Tartuce em seu artigo sobre o tema. (TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem.*).

uma leitura adequada do princípio da boa-fé objetiva na fase pós-contratual.

Portanto, a avaliação aqui desenvolvida não é redundante ou simples retrospectiva de um tema já suficientemente debatido e pacificado, mas, sim, uma investigação sobre um ponto ainda controvertido, não unanimemente aceito⁴³⁸ e, portanto, capaz de trazer alguma modesta contribuição.

4.1.1 A Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Direito Brasileiro, a cláusula geral de boa-fé objetiva está positivada no artigo 422 do Código Civil, segundo o qual:

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

A dicção, aparentemente simples do artigo, envolve, já de início, dois importantes pormenores merecedores de avaliação. Em primeiro lugar, o dispositivo em questão invoca os “princípios de probidade e boa-fé”, sendo indispensável que se entenda qual o real significado e quais as implicações de essa cláusula geral do Código recorrer a um princípio geral de direito. Em segundo lugar, é preciso avaliar o que caracteriza a boa-fé objetiva em contraposição ao conceito subjetivista tradicional que vinha sendo, quase que com exclusividade, abarcado e protegido pelo direito anterior.

O primeiro ponto, por si só, enseja amplíssima discussão, especialmente porque não há um conceito unívoco de princípio que pudesse facilmente apontar para a significância da menção ao princípio da boa-fé no artigo 422 do Código Civil. Muitos são os juristas a apontar as mais diversas formas de caracterização dos princípios e sua distinção com relação às regras.

Canaris afirma que os princípios gerais do direito – garantidores da “unidade da ordem jurídica”, da “conexão orgânica” capazes de caracterizar a ciência do direito como uma ordem teleológica ou axiológica⁴³⁹ – teriam quatro características

⁴³⁸ Daniel Dias, por exemplo, considera que a mitigação de danos não poderia ser tida como uma consequência do princípio da boa-fé objetiva em material contratual porque ela não seria tecnicamente um dever acessório de conduta, na medida em que não teria a natureza de uma obrigação jurídica. Como será melhor detalhado na Seção 4.3, Daniel Dias entende a regra de mitigação de danos como um encargo que ainda dependeria de positivação no Direito Brasileiro. (DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 99).

⁴³⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 76-7.

principais.⁴⁴⁰ Uma, os princípios admitem exceções, especialmente decorrentes de princípios contrapostos. Outra, mais de um princípio pode, conjuntamente, justificar uma mesma determinada consequência jurídica (“não têm pretensão de exclusividade”). Em seguida está a noção de que o conteúdo de um princípio é definido, complementado, moldado e limitado – as já mencionadas exceções – pelos demais, através de um processo dialético. Por fim, aponta que os princípios deveriam ser “normativamente consolidados ou normatizados” para que pudessem ser aplicados.⁴⁴¹

Das lições do próprio Canaris, além de Esser, Larenz, Dworkin e Alexy, Humberto Ávila sintetiza o que possivelmente sejam os principais critérios apontados para distinção entre princípios e regras: (i) o caráter hipotético-condicional, que significa que os princípios indicariam um fundamento para identificação de uma regra de solução ao caso concreto, enquanto a regra, por sua vez, teria a formulação de uma hipótese e de uma consequência (“se, então”); (ii) o modo final de aplicação, segundo o qual os princípios permitiriam uma aplicação gradual (“mais ou menos”), enquanto as regras imporiam soluções absolutas (“tudo ou nada”); (iii) o relacionamento normativo, muito enfatizado no sentido de que o conflito entre princípios seria solucionado por um juízo de ponderação, diversamente das regras, cuja antinomia é solucionada pela declaração de invalidade de uma delas ou pela abertura de uma exceção; e (iv) o fundamento axiológico, segundo o qual os princípios são fundamentos axiológicos das decisões a ser tomadas, dependendo de regras para sua concretização.⁴⁴²

De modo semelhante, procurando sintetizar esses principais fatores distintivos que a doutrina aponta, Paulo Nalin propõe o seguinte conceito:

Podemos afirmar, assim, que os princípios (sejam dos contratos ou não) encerram valores importantes na sociedade e no ordenamento, exigindo-se, em razão de sua estrutura, indeterminadas medidas para sua observância. Admitem a restrição de sua aplicação em um caso concreto, podendo entrar em oposição ou em contradição entre si, sem que isso prejudique suas validades recíprocas. Não possuem pretensão de exclusividade, o que significa que uma medida de cumprimento pode ser utilizada para a concretização de mais de um princípio, o que já permite afastar, *a priori*, o menor peso dos princípios clássicos dos contratos diante dos (agora) positivados pelo Código Civil de 2002. Ostentam sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrições recíprocas. Sua aplicação se dá por ponderação, enquanto que a das regras opera-

⁴⁴⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 88.

⁴⁴¹ *Idem*, p. 88-99.

⁴⁴² ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 39. Note-se que o autor afirma, porém, conforme já discutido, que todos esses critérios podem ser objeto de uma análise crítica, merecendo maior ou menor grau de relativização, não sendo verdades absolutas.

se por subsunção.⁴⁴³

Essa conceituação, embora solidamente respaldada no pensamento de ilustres juristas, não é pacífica. Aproximando muito mais os conceitos de princípios e regra e derrubando as generalizações categóricas a respeito do tema, Humberto Ávila propõe visão alternativa. Segundo o autor, as regras são normas imediatamente descritivas, enquanto os princípios são normas imediatamente finalísticas, estabelecendo um fim a ser atingido. Ambos os tipos de normas contribuem para o processo decisório, embora em medidas diferentes: as regras seriam normas “preliminarmente decisivas e abarcantes”, no sentido de pretenderem abarcar todos os aspectos relevantes para decisão, gerando uma solução específica, enquanto os princípios são normas “primariamente complementares e preliminarmente parciais”, o que significa abrangerem apenas em parte os aspectos relevantes da tomada de decisão, não tendo a pretensão de gerar uma solução específica, mas apenas de promover um estado ideal de coisas (função diretiva).⁴⁴⁴

Com essa contextualização, é possível melhor compreender a extensão e complexidade do que se denomina o princípio da boa-fé.

Embora contrário à mitificação da boa-fé e ao seu uso como simples remissão à moral, o que, em seu entender, além de equivocado do ponto de vista histórico, abriria as portas ao sentimento e à arbitrariedade,⁴⁴⁵ Menezes Cordeiro identifica positivamente a boa-fé com duas noções principais, numa duplicidade intrínseca: o princípio da confiança e o princípio da materialidade da regulação jurídica.

Ao afirmar que o princípio da confiança seria parte do conteúdo substantivo da boa-fé, o jurista português indica, com base em sua aplicação concreta ao longo dos séculos, que boa-fé tutela aquelas situações jurídicas em que “uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”.⁴⁴⁶ Segundo o autor, a aproximação entre a confiança e a boa-fé teria vindo do estudo de Eichler,⁴⁴⁷ demonstrando que o Direito, embora muitas vezes indiferente à crença fundada na confiança, em outras tantas situações passa a indagá-la e a

⁴⁴³ NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 72.

⁴⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 71-79.

⁴⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.169-75.

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 1.234.

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 1.240.

conferir-lhe efeitos, quando isso seja necessário a retomar a estabilidade, a segurança e a previsibilidade protegidas pelo Direito.⁴⁴⁸ Essas situações em que a crença fundada na confiança é tutelada podem estar expressas no ordenamento, embora tenham um caráter excepcional – onde normalmente há a referência à boa-fé subjetiva, como, v.g., na proteção a terceiro de boa-fé⁴⁴⁹ –, mas também podem provir de “institutos gerais, informados por conceitos indeterminados”, assumindo uma conformação mais genérica – por meio de aplicações da boa-fé objetiva,⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹ distinção essa que se abordará em breve. Sobre esse segundo aspecto, mais genérico, Menezes Cordeiro conclui que: “a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de actuar de boa-fé ou se concretize um ‘abuso de direito’”,⁴⁵² o que significa que a boa-fé dá base de sustentação à confiança na ausência de previsão específica a protegê-la.

Ao se referir, por sua vez, ao princípio da materialidade da regulação jurídica, Menezes Cordeiro identifica a boa-fé com uma noção geral de combate ao formalismo, tutelando situações materiais efetivamente protegidas pelo direito como um sistema, mais que a mera aplicação literal de certas regras pontuais. Sobre o tema, discorre o autor:

Na base do recurso à materialidade dos problemas está um papel primordial da boa-fé, historicamente assumido, desde o (sic) seus inícios, no Direito romano: o do combate ao formalismo, então entendido como a submissão rígida dos casos a decidir às proposições legais tidas por aplicáveis. Desinseridas de um ordenamento geral, tais proposições poderiam ignorar quer os objetivos particulares prosseguidos, na ocasião, pelo Direito, quer as particularidades do caso concreto. Hoje, embora não falem desvios desse tipo, corolários lógicos dos conceptualismo, com o método da inversão a ele inerente, o espectro do formalismo põe-se noutra latitude: na dos desenvolvimentos e soluções linguísticas. Partindo de uma laboração sobre palavras e não sobre as realidades que elas visem comunicar, pode atingir-se uma decisão que traduza não a realização do modelo pretendido pelo Direito, mas tão só, uma qualquer conexão vocabular em que tal modelo se atinja, em termos verbais. Exemplo deste

⁴⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 1.243.

⁴⁴⁹ Nessas hipóteses excepcionais em que a confiança é abarcada pela boa-fé subjetiva, Menezes Cordeiro aponta a presença, como regra, de três elementos basilares: (i) a confiança traduzida em boa-fé subjetiva, consistente na ignorância da violação a posições alheias, sem que tenha descumprido ela própria seus deveres de cuidado; (ii) uma justificativa para a confiança, ou seja, a existência de elementos objetivos que confirmem a razoabilidade dessa confiança; e (iii) um investimento de confiança, atividades jurídicas do confiante que consolidem a sua crença, o que seria desaconselhável preterir. (*Idem*, p. 1.248).

⁴⁵⁰ Como regra, a tutela da confiança com base na boa-fé objetiva parte dos mesmos elementos basilares presentes na sua configuração em dispositivos expressos da lei, embora se acrescente um quarto, que visa a superar a ausência de um dispositivo legal específico a prevê-la: a imputação da situação de confiança à ação ou omissão do próprio prejudicado pela tutela (*Idem*, p. 1.248-9).

⁴⁵¹ *Idem*, p. 1.243-8.

⁴⁵² *Idem*, p. 1.247-8.

fenómeno é o cumprimento que integre a letra da prestação devida mas que, em substância, desampare o interesse do credor, assegurado pela obrigação e, logo, pelo Direito. A boa fé, enquanto veículo do princípio da materialidade, intenta pôr cobro a tudo isso.⁴⁵³

Esse segundo aspecto da boa-fé atribui a ela uma primordial função instrumental, de atuar para reforçar ou complementar, através dos deveres de cuidado e lealdade, normas materiais conferidas por outras disposições, ou ainda de corporizar normas que não tenham sido formuladas de modo expresse.⁴⁵⁴ Mas não é só. Segundo o autor, a boa-fé também atua de modo ainda mais geral como (i) um mecanismo de integração das diversas regras e situações num todo único,⁴⁵⁵ e mesmo como (ii) um veículo “para informações atinentes a níveis profundos do sistema jurídico”, seja integrando lacunas, seja contribuindo para a correta aplicação de outros princípios, seja ainda contrapondo “exigências globais do sistema” contra outros princípios válidos de direito.⁴⁵⁶ Em todas essas hipóteses em que a boa-fé é vista como mecanismo de materialidade da regulação jurídica, ela está, pois, a atuar na solução de complexos problemas concretos ou para os quais não haja uma regulação cabal, garantindo a conformidade não apenas formal, mas material e substancial do sistema.⁴⁵⁷ A solução imposta pela boa-fé só pode ser verificada à luz do caso concreto.⁴⁵⁸

A avaliação de Menezes Cordeiro traz a enorme dimensão do que se denomina simplesmente como princípio da boa-fé, desdobrada em duplo princípio da confiança e da materialidade da regulação jurídica. Mas há outras formas de abordar o mesmo tema, com algumas identificações e diferenças. Não se pode deixar de identificar, por exemplo, o princípio da confiança com a noção de cooperação, assim como o conceito de materialidade da regulação jurídica, com a noção de equidade: cooperação e equidade que, por sua vez, também são constantemente associadas pela doutrina ao princípio da boa-fé.

Para Darcy Bessone, o princípio da boa-fé cria para os contratantes a

⁴⁵³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 1.252.

⁴⁵⁴ *Idem*, p. 1.253-4.

⁴⁵⁵ No mesmo sentido, Larenz defende que todas as demais normas devem ser medidas pelo princípio da boa-fé e, quando se opuserem a ele, devem, em princípio, ser apartadas. (LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 146).

⁴⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 1.252-3.

⁴⁵⁷ Nas palavras do autor: “Compreende-se, assim, a vocação marcada que a boa-fé, desde as origens até hoje, com insistência nos períodos históricos de mudança, tem apresentado, para facultar soluções novas nas áreas de crescimento que, carecidas de regras específicas, devam, não obstante, ter solução dogmática e, ainda, nos pontos em que se verifique uma inadequação das regras existentes, as quais, por modificações ambientais ou sistemáticas, mais não provoquem do que saídas assentes em justificações formais” (*Idem*, p. 1.255-6).

⁴⁵⁸ *Idem*, p. 1.257.

obrigação de executar o contrato lealmente, com o intuito de colaboração recíproca e cooperação para o atingimento dos fins da avença.⁴⁵⁹ Do mesmo modo, diferenciando a boa-fé subjetiva como um estado anímico da boa-fé objetiva, a que atribui efetivamente a natureza de um princípio, Claudio Godoy identifica essa última com “um padrão de comportamento reto, leal, veraz, de colaboração mesmo”,⁴⁶⁰ impondo às partes a observância de uma conduta de lealdade e cooperação como reflexo da eticidade nas relações jurídicas em geral, mas, em especial, na seara contratual.⁴⁶¹ Segundo o autor, o princípio da boa-fé objetiva faz do contrato uma relação de maior cooperação entre os envolvidos, promovendo o valor constitucional do solidarismo.⁴⁶²

Já a boa-fé como equidade⁴⁶³ remete à sua raiz romana, segundo a qual o juiz teria, em determinadas situações, poderes decisórios mais amplos para decidir o caso de acordo com suas circunstâncias concretas, considerando especialmente o comportamento ético das partes.⁴⁶⁴ Teresa Negreiros reconhece que, no Direito Brasileiro, a decisão por equidade só é possível quando há expressa previsão legal autorizante, porém alerta que, em muitos casos, decisões por equidade são proferidas sem tal autorização ou usando-se, de maneira talvez demasiadamente flexível, a noção de “fins sociais”.⁴⁶⁵ Segundo a autora, seria não só possível, mas preferível, em matéria contratual, a invocação do princípio da boa-fé como fundamento de decisões em casos cujas circunstâncias demandassem o justo abrandamento do rigor da regra positiva em vista da “finalidade social da lei”, principalmente em casos que envolvessem a necessidade de interpretação e integração do contrato. A boa-fé, por traduzir a necessidade de o contrato manter sua finalidade econômico-social, seria o fundamento imediato de certas decisões por equidade

⁴⁵⁹ BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 184-5.

⁴⁶⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 72-3.

⁴⁶¹ *Idem*, p. 74.

⁴⁶² *Idem*, p. 75.

⁴⁶³ Sobre a noção de equidade enquanto justiça do caso concreto, ver também os comentários anteriores na Seção 3.2.3.

⁴⁶⁴ Segundo Clóvis do Couto e Silva: “A influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar. Basta contemplar o direito romano para avaliar a sua importância. A atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentium*, e posteriormente estendida às relações entre os *cives*, através do *ius honorarium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes quando da celebração do negócio jurídico.” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Op. cit.*, p. 32). Cf. também: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 122.

⁴⁶⁵ Cf. artigo 5º da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

– v.g., a redução do valor da cláusula penal⁴⁶⁶ – enquanto os fins sociais da lei seriam apenas um fundamento remoto ou mediato.⁴⁶⁷

O reconhecimento da boa-fé como princípio geral do direito e, em especial, como princípio do direito privado, especialmente em matéria contratual,⁴⁶⁸ leva, então, à necessidade de se apurar o significado da afirmação comum de que a boa-fé seja uma cláusula geral.

Explicando sua origem no Direito Alemão, no já discutido § 242 do BGB,⁴⁶⁹ Judith Martins-Costa afirma que cláusula geral é a denominação normalmente dada tanto a uma técnica legislativa quanto a um determinado tipo de norma jurídica, ou seja, as normas jurídicas que contém ou então são produzidas a partir de uma cláusula geral.⁴⁷⁰ O § 242 do BGB teria permitido aos juízes alemães o recurso aos bons costumes e à boa-fé, ideias éticas que estariam, em princípio, fora da legislação civil.⁴⁷¹ A cláusula geral seria reconhecida, por essa razão, como forma de aproximação dos sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*,⁴⁷² exatamente por ampliar o papel da jurisprudência na construção do Direito.⁴⁷³

A cláusula geral afasta-se do modelo de regulamentação por *fattispecie*, ou seja, da regulamentação através da casuística e tipificação de condutas individualizadas, aplicadas através do processo de subsunção, estabelecendo-se, ao contrário, como um modelo de não casuística, através da utilização de conceitos abertos ou vagos, capaz,

⁴⁶⁶ A autora aborda, em especial, a possibilidade de redução da cláusula penal equidade, mesmo quando não adimplida parcialmente a obrigação – ou seja, fora da hipótese prevista pelo artigo 924 do Código Civil de 1916 – já vinha sendo, ainda assim, reconhecida pela jurisprudência mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002.

⁴⁶⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, p. 135-7.

⁴⁶⁸ Teresa Negreiros afirma que, ao menos desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a boa-fé é um princípio fundante do regime geral de todos os contratos, impondo que as relações contratuais sejam pautadas pela lealdade e confiança. Cf. NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-Fé Contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 222-3.

⁴⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 287.

⁴⁷⁰ *Idem*, p. 286.

⁴⁷¹ Assim também entende Menezes Cordeiro, que caracteriza o § 242 do BGB como efetiva cláusula geral, porque dele se retira no Direito Alemão, em toda a sua extensão, os efeitos da boa-fé. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 1.192).

⁴⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 292.

⁴⁷³ Note-se que, segundo a autora, a ampliação do papel dos juízes na construção das respostas legais aos casos concretos não pode nem deve ser interpretada como um mandato para o agir discricionário. A finalidade última é a de ensinar “a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.” (*Idem*, p. 292). Do mesmo modo, Menezes Cordeiro afirma que embora a cláusula geral possa perturbar, em certa medida, a repartição dos poderes, ela também facilita a atividade legislativa, permitindo “uma aplicação cuidada do Direito, com limites, apenas, no nível juscultural dominante no espaço jurídico e expresso pelo julgador” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 1.184).

assim, de minimizar a rigidez dos dispositivos e promover-lhes maior mobilidade.⁴⁷⁴ A cláusula geral objetiva à regulação de comportamentos⁴⁷⁵ de modo que Judith Martins-Costa assim a conceitua:

Considerada do ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema;^[476] estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.⁴⁷⁷

Prossegue a autora, por fim, esclarecendo que, embora a cláusula geral seja uma técnica legislativa de abertura da norma a valores éticos, não se confundindo, pois, com o conceito de princípios jurídicos, o que ela permite é exatamente a abertura a eles, contendo princípios expressamente em seu enunciado – como é o caso do § 242 do BGB e, a seu exemplo, do artigo 422 do Código Civil – ou permitindo sua formulação – como o artigo 187 do Código Civil, que prevê a vedação ao abuso do direito, o que se discutirá na Seção 4.2.1.⁴⁷⁸ A comum confusão entre os conceitos de princípios e cláusulas gerais deve-se, portanto, ao fato de que a cláusula geral é uma norma que “reenvia” o aplicador a um valor expresso por um princípio, de modo que essa determinada norma pode ser “ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral”.⁴⁷⁹

Isso não significa, conforme bem aponta Claudio Godoy, que a cláusula geral possa ser utilizada para a subjetivação absoluta da decisão judicial, ou seja, para a invocação de valores éticos e morais extrajurídicos convenientemente escolhidos apenas para a fundamentação de um critério de justiça pessoal do julgador. Assim, concordando com o posicionamento de Menezes Cordeiro, o autor reforça que o reenvio pela cláusula geral aos princípios só pode se dar nos limites em que tais princípios forem reconhecidos e

⁴⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 296-8.

⁴⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 1.183.

⁴⁷⁶ Anote-se que Menezes Cordeiro discorda categoricamente que a cláusula geral seja um mecanismo de remissão a conceitos de outras ordens ou sistemas que não o Direito, os “vectores extra-jurídicos”. (*Idem*, p. 1.182-3.

⁴⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 315

⁴⁷⁸ *Idem*, p. 315-7.

⁴⁷⁹ *Idem*, p. 323.

conformados pelo próprio ordenamento jurídico.⁴⁸⁰

Portanto, quando da leitura do artigo 422 do Código Civil, deve-se compreender que o dispositivo caracteriza uma cláusula geral de boa-fé objetiva, uma norma aberta que reenvia o aplicador do direito ao princípio da boa-fé, com toda a complexidade dele decorrente.⁴⁸¹ A cláusula desempenha uma dupla função individualizadora, permitindo que se alcance a melhor solução possível no caso concreto, e institucional, promovendo a flexibilidade necessária para a solução de casos novos,⁴⁸² o que é absolutamente compatível com a caracterização do princípio da boa-fé como mecanismo para conferir materialidade às relações jurídicas, conforme a lição já citada de Menezes Cordeiro.⁴⁸³

Compreendida a acepção da boa-fé como princípio e cláusula geral, deve-se avaliar agora a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva.

Sobre esse aspecto, Paulo Nalin explica que a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, embora existente no Direito Alemão e possível de percepção da própria interpretação semântica e literal do BGB, acabou ficando oculta no Direito Brasileiro, ao menos na codificação anterior.⁴⁸⁴ A expressão “*Treu und Glauben*”, usada nos §§ 157 e 242 do BGB ao tratar da interpretação do contrato e da sua execução conforme a boa-fé, referir-se-ia à noção de “lealdade e confiança” segundo Pontes de Miranda,⁴⁸⁵ ou seja, a um *comportamento* de boa-fé, o que remete à noção objetiva do conceito. Já a expressão “*guten Glauben*”, utilizada pelo código germânico especialmente no âmbito dos direitos reais, teria acepção distinta, a de *crença* de boa-fé, ressaltando o seu aspecto subjetivo. Em parte por essa distinção semântica não ter sido apreendida em nosso vernáculo, em parte pela influência paralela do Direito Francês, Paulo Nalin conclui que, durante praticamente

⁴⁸⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 110.

⁴⁸¹ Segundo Claudio Godoy: “Em diversos termos, as cláusulas gerais não são mais que um mecanismo, conferido ao juiz, para procura da norma de decisão do caso concreto, que se pode conter num princípio, este, porém, diversamente daquela, caracterizado, já, como uma autônoma normativa.” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 111).

⁴⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 342-3.

⁴⁸³ De fato, como admite Judith Martins-Costa, essas mesmas funções poderiam ser desempenhadas pelo princípio da boa-fé, mesmo que inexistisse uma cláusula geral da boa-fé, porém a ausência de um elemento de conexão tornaria a aplicação desses valores ao caso concreto muito mais penosa e complexa. (*Idem*, p. 343).

⁴⁸⁴ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 122. Cf. também Menezes Cordeiro, segundo o qual a diferença linguística dificultaria mesmo a aproximação entre os conceitos de boa-fé subjetiva e objetiva. (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 1.238).

⁴⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. São Paulo: RT, 2013, p. 108.

todo o século XX, o Direito Brasileiro abrigou em especial a noção subjetiva da boa-fé.⁴⁸⁶

De modo parcialmente divergente, Clóvis do Couto e Silva defende que, apesar do silêncio do Código Civil anterior, que de fato não havia expressamente previsto a boa-fé objetiva,⁴⁸⁷ isso não impedia o reconhecimento do princípio no Direito Brasileiro, especialmente em matéria de obrigações. A boa-fé objetiva estabeleceria um elo de cooperação entre todos os que participam do vínculo obrigacional, na consecução do seu fim almejado, fixando também os limites da prestação, ou seja, o seu “o que e o como”.⁴⁸⁸ Embora respeitável o posicionamento, talvez marcado mesmo por uma visão à frente de seu tempo sobre o vínculo obrigacional, não se pode negar, contudo, que a boa-fé objetiva, sob a égide do Código Civil anterior, não recebia o mesmo tratamento de destaque que a ela hoje é dado.⁴⁸⁹

Essa distinção entre a acepção subjetiva e objetiva da boa-fé, por longo tempo latente no Direito Brasileiro, estaria, portanto, fundada na distinção entre boa-fé enquanto crença interior – “estado de ignorância, intenção e estado psicológico do declarante”, que agiria de modo a “acreditar e intuir que os seus atos são orientados pela lei ou em respeito ao direito alheio”⁴⁹⁰ – e a boa-fé enquanto comportamento exterior – “sobressaindo-se os atos e manifestações, em conformidade com os padrões ético-jurídicos vigentes, correspondentes à lealdade, ao comportamento das pessoas honestas [...] e em

⁴⁸⁶ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 122.

⁴⁸⁷ Havia, apenas, no campo das obrigações, a referência à boa-fé na Primeira Parte do Código Comercial, revogada pelo Código Civil de 2002, especificamente no artigo 131, inciso I, segundo o qual: “Art. 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”. Ainda antes da vigência do Código Civil de 2002, novos passos rumo à positivação da boa-fé objetiva em matéria contratual vieram com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que a previu como princípio das relações de consumo no artigo 4º, inciso III (“Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”); e ainda como fundamento de nulidade de cláusulas contratuais, se violada, conforme artigo 51, inciso IV (“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”).

⁴⁸⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Op. cit.*, p. 33-4.

⁴⁸⁹ Segundo Teresa Negreiros, a boa-fé objetiva tem sido celebrada como um “fator de renovação do direito brasileiro contemporâneo”. (NEGREIROS, Teresa. *O Princípio da Boa-Fé Contratual*, p. 226).

⁴⁹⁰ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 122.

respeito aos interesses legítimos e às expectativas razoáveis dos parceiros contratuais”.⁴⁹¹ É a distinção entre o estar de boa-fé e o agir de boa-fé.⁴⁹²

Do mesmo modo, discorrendo sobre as noções de boa-fé objetiva e subjetiva, Teresa Negreiros expõe com clareza que a boa-fé objetiva diferencia-se da boa-fé subjetiva por não se referir ao estado psicológico do contratante. Ao contrário, são irrelevantes para a boa-fé objetiva as crenças internas do contratante, importando essencialmente a avaliação da conduta dos contratantes em cotejo a um padrão objetivo de conduta ativa “no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro”.⁴⁹³ Assim, nas palavras de Fernando Augusto Cunha de Sá, o conteúdo da boa-fé objetiva no âmbito dos negócios jurídicos impõe ao contratante uma especial “consideração pelos interesses legítimos da contraparte”.⁴⁹⁴

A despeito da diferença entre as noções e da ênfase que a atual doutrina costuma dar à boa-fé objetiva, isso não significa que o direito civil tenha passado a desconsiderar, por completo, o papel da boa-fé subjetiva, mesmo em matéria obrigacional. O artigo 113 do Código Civil,⁴⁹⁵ que trata da interpretação dos negócios jurídicos “conforme a boa-fé”, refere-se genericamente ao princípio de boa-fé, sem especificar se sob a modalidade subjetiva ou objetiva e, provavelmente, referindo-se a ambas. Do mesmo modo, o artigo 157 do Código Civil,⁴⁹⁶ ao definir o conceito de lesão, recorre à noção de inexperiência do contratante, o que, segundo Paulo Nalin, reflete o aspecto subjetivo da boa-fé. Não obstante, não há mais dúvida de que o atual *codex* destaca-se pela relevância atribuída à boa-fé objetiva, especialmente em matéria contratual.

Boa-fé objetiva, portanto, consistiria numa regra de conduta a ser observada pelas partes de uma determinada relação jurídica, um arquétipo ou *standard* de

⁴⁹¹ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 122.

⁴⁹² NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-Fé Contratual, p. 224. Ou entre o “atuar em boa-fé” e “atuar segundo a boa-fé”. Cf.: SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 171.

⁴⁹³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, p. 122-3.

⁴⁹⁴ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Op. cit.*, p. 172.

⁴⁹⁵ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

⁴⁹⁶ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

comportamento probo, honesto e solidário a ser verificado no caso concreto,⁴⁹⁷ e não simplesmente decorrente do estado de consciência das partes envolvidas.⁴⁹⁸ Com inspiração nas interpretações que lhe foram dadas pelo Direito Alemão e pela *Common Law*, a boa-fé objetiva, segundo Judith Martins-Costa, deve considerar as peculiaridades do caso em análise, inclusive quanto ao “*status* pessoal e cultural dos envolvidos”.⁴⁹⁹

4.1.2 Funções da Boa-Fé Objetiva

A doutrina costuma atribuir três funções primordiais à boa-fé objetiva em matéria contratual: (i) interpretação e integração dos contratos, de modo que a função hermenêutica deve abandonar o plano psicológico, para extrair a intenção das partes do plano concreto de seu comportamento; (ii) a criação de deveres de conduta, função normativa donde decorrem os deveres de conduta leal, confiável e especialmente colaborativa; e (iii) a definição de limites para o exercício de certos direitos subjetivos, que devem ser realizados de acordo com os fins sistemáticos do ordenamento jurídico.⁵⁰⁰

Sobre a função hermenêutica-integrativa, na doutrina italiana, em que a boa-fé também consta como um dos critérios para interpretação dos contratos, Emilio Betti já discorria sobre a insuficiência da boa-fé subjetiva como critério de interpretação dos contratos. Segundo o jurista, havendo discrepância entre a formulação do contrato e a ideia que se pretendia exprimir, subjacente a ela é provável a existência de um conflito de interesses, atual ou virtual, que potencialmente levaria as partes a arguir posições contrárias.⁵⁰¹ O recurso ao aspecto psicológico da boa-fé não teria efetividade, não tendo sentido a busca pela vontade presumível das partes contratantes. Os critérios dos artigos 1.365 (razão), 1.366 (boa-fé) e 1.369 (sentido mais conveniente à natureza e objeto do

⁴⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 411.

⁴⁹⁸ Também nesse sentido a lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy, segundo o qual a boa-fé subjetiva seria um estado, enquanto a boa-fé objetiva corresponderia efetivamente a um princípio. Transcreve-se: “Ou seja, a boa-fé subjetiva e objetiva são conceitos diversos, o primeiro encerrando mesmo um estado e o segundo, um princípio, de especial incidência no campo contratual. Em diversos termos, alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto obrando de boa-fé (subjetiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido de boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva).” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 73).

⁴⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 411.

⁵⁰⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 341-54.

⁵⁰¹ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo II. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 215-217.

contrato) do Código Civil Italiano “induzem o intérprete a discutir, de novo, o problema prático resolvido pelas partes com o preceito contratual, esclarecendo a solução, com caráter objetivo, na orientação da interpretação técnica”.⁵⁰²

Clóvis do Couto e Silva, por sua vez, apontava para manifestação da função hermenêutica-integrativa mesmo nos ordenamentos em que o princípio da boa-fé não era expressamente consagrado.⁵⁰³ No Brasil, apesar de sua consagração como um princípio geral do direito, sua utilização como meio de interpretação dos negócios jurídicos deu-se normalmente de forma “não conscientizada”, através da construção jurisprudencial, não apenas para “conferir justa medida à vontade [formada pela fusão da oferta e da aceitação, ou seja, pela fusão da vontade individual de cada um dos contratantes] que se interpreta”,⁵⁰⁴ mas também para integrar o conteúdo do negócio jurídico. A integração, em sentido estrito, representaria, em teoria, apenas um resgate da manifestação volitiva das partes, interpretada segundo a boa-fé, mas, com a aplicação do princípio, acabaria ganhando contornos maiores, quando a manifestação das partes fosse, por exemplo, contrária à boa-fé.⁵⁰⁵ Assim, ainda que os contratantes tenham agido de má-fé quando da celebração do contrato, o intérprete deverá compreender as disposições contratuais em conformidade com o que exige a boa-fé.⁵⁰⁶

Judith Martins-Costa afirma que a utilização da boa-fé como técnica hermenêutica deve partir necessariamente do “conjunto significativo” do contrato, assim compreendidas não apenas as regras contratuais postas pelas partes, mas também as posteriores disposições que venham a integrar o “complexo contratual” e mesmo as circunstâncias que envolvem a execução do contrato.⁵⁰⁷ Do mesmo modo, Claudio Godoy, com base nas lições de Franco Carresi e no Direito Italiano, afirma que a interpretação do contrato deve considerar não apenas os elementos do próprio contrato, mas também os elementos extracontratuais, dentre eles o comportamento dos contratantes.⁵⁰⁸ Tomado, então, o sentido total do contrato, o juiz deverá interpretá-lo de acordo com a boa-fé, evitando que o contrato “atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à

⁵⁰² BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 216.

⁵⁰³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Op. cit.*, p. 35.

⁵⁰⁴ *Idem, ibidem.*

⁵⁰⁵ *Idem*, p. 36.

⁵⁰⁶ BESSONE, Darcy. *Op. cit.*, p. 175.

⁵⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 430. Cf. também: LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 143.

⁵⁰⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 76.

vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar”.⁵⁰⁹

A função hermenêutica da boa-fé consta positivada no já citado artigo 113 do Código Civil de 2002, que, embora não se refira expressamente à boa-fé objetiva, premente entende-la ou como um corolário de ambos os conceitos,⁵¹⁰ ou especialmente como uma manifestação da boa-fé objetiva.⁵¹¹

A segunda função apontada para a boa-fé objetiva, a “função supletiva”,⁵¹² ou seja, ser fonte de criação de deveres jurídicos, talvez seja um dos desdobramentos mais típicos de seu conceito objetivo, porque diretamente correlacionada com a boa-fé enquanto norma de conduta.⁵¹³ Isso implica dizer que, à parte dos direitos e obrigações expressamente previstos pela parte, determinados, portanto, pela autonomia da vontade, outros deveres podem surgir desvinculados da vontade das partes, exatamente por força da boa-fé objetiva.⁵¹⁴ Esses deveres podem estar parcialmente vinculados à prestação principal, mas também existir de maneira absolutamente autônoma, o que justifica sua sobrevivência mesmo depois do adimplemento da prestação principal,⁵¹⁵ fortalecendo a noção da obrigação como um processo ou um organismo.⁵¹⁶

Antunes Varela divide os deveres em decorrência da obrigação entre (i) deveres principais ou típicos, assim entendidos aqueles que “definem o tipo ou módulo da relação”; (ii) deveres secundários ou acidentais, que seriam os deveres acessórios da prestação – no sentido de preparação para o cumprimento da prestação – além dos deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares; e (iii) deveres acessórios de conduta,⁵¹⁷ que não interessam propriamente à prestação, mas são “essenciais ao correcto

⁵⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 432.

⁵¹⁰ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 125.

⁵¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 430-1. Cf. também: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 77. Para o autor, a menção à boa-fé no artigo 113 do Código Civil significa que “o contrato deve ser interpretado de forma a preservar a confiança, a justa expectativa dos contratantes. Destarte, as cláusulas contratuais devem ser entendidas de acordo com o seu sentido objetivo e aparente, interpretando-se-as sempre em função de um significado que o *standard* de conduta leal aponte ser o mais razoável”.

⁵¹² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 78.

⁵¹³ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 128.

⁵¹⁴ Segundo a lição de Clóvis do Couto e Silva: “A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses.” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Op. cit.*, p. 38).

⁵¹⁵ *Idem*, p. 38. Mais detalhes sobre o tema serão apresentados na Seção seguinte, 4.1.3.

⁵¹⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 586-8.

⁵¹⁷ Também chamados deveres anexos, instrumentais ou laterais.

processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra”.⁵¹⁸ Esses últimos, embora possam também estar dispersos na legislação, não deixam decorrer do dever geral de agir de boa-fé.⁵¹⁹

Ao justificar a razão de origem dos deveres anexos de conduta e sua independência em relação à prestação principal, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada ensina que:

Mas reportemo-nos ao núcleo inicial da regra da boa fé. O estudo dos seus pressupostos e implicações conduziu ao reconhecimento, hoje pacífico, de que o contrato “convoca” uma ordem normativa que, situada num plano distinto com respeito às estipulações das partes (e, em geral, às próprias disposições supletivamente fixadas pelo ordenamento), o envolve, sujeitando os contratantes aos ditames daquela regra por todo o seu período de vida. Por isso, ao lado dos deveres de prestar – sejam eles principais de prestação ou acessórios de prestação principal –, floresce, compreendido na relação obrigacional complexa, um leque mais ou menos amplo de deveres que disciplinam o desenrolar da relação contratual, que podem designar-se deveres laterais ou simples deveres de conduta. Eles não se apresentam estritamente funcionalizados ao adequado cumprimento dos deveres de prestar. Outros interesses que hajam de ser razoavelmente tidos em conta pelos contraentes durante a relação são susceptíveis de ser (através deles) contemplados. Por isso, a sua sorte não tem de permanecer idêntica à dos deveres de prestar: o que se manifesta nomeadamente na possibilidade de sobreviverem à invalidade ou ineficácia do contrato, e no facto de serem susceptíveis de surgir ainda antes da sua celebração e perdurar também para além mesmo da extinção dos deveres de prestar.⁵²⁰

Menezes Cordeiro aponta três espécies – ainda assim bastante abrangentes – de deveres acessórios de conduta: os deveres de proteção, os deveres de esclarecimento e os deveres de lealdade.⁵²¹ Pelo dever de proteção, o jurista português ensina que “as partes, enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenómeno, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios”.⁵²² A violação do dever anexo de proteção normalmente é exemplificada por situações em que um dos contratantes, na execução do contrato, causa dano físico⁵²³ ou patrimonial⁵²⁴ ao

⁵¹⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. I, p. 121-4.

⁵¹⁹ *Idem*, p. 125. Do mesmo modo, Judith Martins-Costa esclarece, com base na lição de Mario Julio de Almeida Costa, que os deveres instrumentais podem ter origem, além de na boa-fé objetiva, também por previsão contratual expressa ou mesmo da lei. MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 438.

⁵²⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 432-433.

⁵²¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 604.

⁵²² *Idem, ibidem*.

⁵²³ No exemplo do próprio Menezes Cordeiro, seria a hipótese do contratante do serviço que deixa de promover um ambiente seguro para a sua prestação, sofrendo o contratado dano à sua integridade física.

⁵²⁴ Adaptando-se o exemplo anterior, seria a hipótese do prestador de serviços que, ao adentrar na residência do contratante para realização de determinado reparo, acaba por lhe danificar outras partes da residência.

outro, porém sem relação direta com a prestação principal do contrato. Pelo dever de esclarecimento, as partes teriam a obrigação de informar-se reciprocamente sobre os aspectos relevantes ao seu vínculo contratual, inclusive sobre os efeitos da execução do contrato, destacando, por exemplo, a importância desse dever nas relações contratuais médico-paciente.⁵²⁵ Por fim, pelo dever de lealdade, as partes deveriam, por vezes, abster-se de comportamentos que afetassem negativamente o vínculo contratual, por exemplo desequilibrando as prestações (não concorrência, não conflito de interesses e sigilo); por vezes, agindo de modo a preservá-lo.⁵²⁶

Essas três principais espécies dos deveres acessórios de conduta, segundo Menezes Cordeiro, partilham de uma mesma abstração com relação ao contrato em si, “eles radicam em níveis diversos da ordem jurídica, profundos sem dúvidas, mas alheios à autonomia privada”.⁵²⁷ Conclui o autor que esses deveres funcionam como mecanismos para que se promovam judicialmente determinados conteúdos contratuais, para que se repartam riscos entre os contratantes ou mesmo para que contornem dificuldades probatórias.⁵²⁸

Judith Martins-Costa prefere enumerar de maneira mais pormenorizada, mas ainda a título exemplificativo, os deveres laterais que visam à satisfação dos interesses globais envolvidos no contrato, a saber: (i) os deveres de cuidado; (ii) os deveres de aviso e esclarecimento; (iii) os deveres de informação; (iv) o dever de prestar contas; (v) os deveres de colaboração e cooperação; (vi) os deveres de prestação e cuidado com a pessoa e com o patrimônio da contraparte; (vii) os deveres de omissão e segredo.⁵²⁹ Em última análise, esses deveres específicos poderiam ser avocados pelas categorias mais amplas propostas por Menezes Cordeiro, sem perda de significado. De qualquer modo, conforme observa Teresa Negreiros, ambos os róis têm natureza não taxativa, quer porque o princípio da boa-fé se materializa por meio de exigências que não poderiam, aprioristicamente, ser definidas; quer porque as condutas englobadas por cada um desses deveres instrumentais variam enormemente conforme o caso.⁵³⁰

De modo geral, a violação dos deveres acessórios de conduta identifica-se, em parte, com a denominada violação positiva do contrato. O tema, desenvolvido no início

⁵²⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 605-6.

⁵²⁶ *Idem*, p. 606-7.

⁵²⁷ *Idem*, p. 615.

⁵²⁸ *Idem*, p. 616.

⁵²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 439-40.

⁵³⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, p. 153.

do século XX na Alemanha por Hermann Staub, para abordar aquelas violações contratuais que extrapolavam o eixo da mora – inadimplemento da prestação principal,⁵³¹⁻⁵³² e aprimorado posteriormente por Henrich Stroll, que o criticou por sua falta de unidade e por integrar os deveres de proteção ao conteúdo das obrigações, o que retiraria sua autonomia,⁵³³ é modernamente reconhecido por abranger os casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, o descumprimento ou impossibilitação das prestações secundárias ou, ainda, pela violação dos deveres acessórios de conduta.⁵³⁴ A boa-fé objetiva é, portanto, relevante para a figura da violação positiva, seja porque, através da função interpretativa-integrativa, determina o conteúdo adequado das prestações principal e secundárias, seja porque, através da função supletiva, dá origem aos deveres contratuais anexos, permitindo que a parte prejudicada invoque em seu favor a exceção do contrato não cumprido ou mesmo pleiteie a respectiva indenização por perdas e danos.⁵³⁵

Resta, por fim, a terceira função, quando a boa-fé atua como limite ao exercício de direitos subjetivos. Larenz afirma que o princípio da boa-fé, embora diretamente relacionado à noção de que o devedor deve cumprir sua obrigação do melhor modo possível, conforme o sentido que as partes quiseram dar ao contrato, também se dirige ao credor, para que exercite adequadamente seus direitos correspondentes, bem como a todos os demais participantes da relação jurídica.⁵³⁶ O credor sempre deve exercitar seus direitos conforme a boa-fé, de modo que exigências demasiadamente formalistas, condutas contraditórias e a defraudação da confiança devem ser afastadas exatamente por serem contrárias à boa-fé.⁵³⁷

Essa terceira função abarca uma enorme variedade de figuras jurídicas que, ao longo dos tempos, foram tratadas apenas de maneira isolada e com um viés puramente subjetivista. A boa-fé objetiva seria um elo entre todas essas figuras, conferindo a elas justificação técnica, sem a necessidade de recurso a conceitos demasiadamente vagos, como Judith Martins-Costa entende ser, por exemplo, o juízo de equidade.⁵³⁸

Paulo Nalin identifica essa terceira função, por exemplo, com a figura das

⁵³¹ Que estariam, portanto, fora do escopo dos §§ 280 e 286 do BGB.

⁵³² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 595.

⁵³³ *Idem*, p. 598.

⁵³⁴ *Idem*, p. 602.

⁵³⁵ *Idem, ibidem*.

⁵³⁶ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 148.

⁵³⁷ *Idem*, p. 150-2.

⁵³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 456.

cláusulas contratuais abusivas, que, no Código Civil de 2002, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, não receberam uma sistematização, mas encontram, ao menos, uma previsão específica no que tange aos contratos de adesão.⁵³⁹ Do mesmo modo, identifica-a, em matéria de resolução contratual, com a teoria do adimplemento substancial, segundo a qual o credor de uma prestação adimplida em sua quase integralidade não poderia exercer seu direito à resolução do contrato, tendo ele próprio que cumprir, ainda que proporcionalmente, sua obrigação⁵⁴⁰ e, se aplicável, buscar o ressarcimento de suas perdas e danos. A teoria do adimplemento substancial seria, portanto, uma exceção imposta pela boa-fé ao exercício do direito subjetivo a invocar a exceção do contrato não cumprimento como causa resolutória.⁵⁴¹

A teoria dos atos próprios traz outra gama de exemplos de como a boa-fé objetiva limita o exercício de direitos subjetivos,⁵⁴² como na vedação ao abuso do direito,⁵⁴³ na proibição do *venire contra factum proprium*,⁵⁴⁴ na *suppressio*⁵⁴⁵ e na regra do *tu quoque*,⁵⁴⁶ sobre as quais se discutirá mais na Seção 4.2.2. O princípio da boa-fé e a teoria do abuso do direito, em sentido lato, complementam-se, de modo que a boa-fé passa a ser um dos parâmetros para valorar a potencial abusividade da conduta do contratante.⁵⁴⁷ Portanto, a conexão entre esses diversos conceitos e a boa-fé objetiva substancializaria a

⁵³⁹ “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

⁵⁴⁰ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 128.

⁵⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 459-60.

⁵⁴² *Idem*, p. 460-1.

⁵⁴³ “O abuso do direito traduz-se, pois, num acto ilegítimo, consistindo a sua ilegitimidade precisamente num excesso de exercício de um certo e determinado direito subjetivo: hão-de ultrapassar-se os limites que ao mesmo direito são impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo próprio fim social ou económico do direito exercido”. (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Op. cit.*, 103).

⁵⁴⁴ “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 742).

⁵⁴⁵ “Outra figura decorrente do tema [abuso do direito] é a *suppressio*, que se materializa quando uma posição jurídica, não tendo sido exercida durante certo tempo, não mais possa sê-lo por, de outra forma, se atentar contra a boa-fé, pois ocorreria uma supressão de certas faculdades jurídicas, pela conjugação do tempo com a boa-fé”. (NANNI, Giovanni Ettore. *Abuso do Direito*. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 765).

⁵⁴⁶ “A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Está em jogo um vector axiológico instituído, expresso em brocardos como *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*. A sua aplicação requer a maior cautela. Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento. Não é líquido, contudo e sempre *a priori*, que um sujeito venha eximir-se aos seus deveres jurídicos alegando violações perpetradas por outra pessoa.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 837).

⁵⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. *O Princípio da Boa-Fé Contratual*, p. 233.

busca por um direito mais justo em matéria contratual,⁵⁴⁸ promovendo uma conduta mais proba das partes.

Deve-se destacar, por fim, conforme bem observa Teresa Negreiros, que essa tripartição das funções da boa-fé reflete apenas tipos ideais classificatórios. Suas atuações não são estanques, complementando-se entre si, sendo, por vezes, difícil apontar se concretizam a boa-fé objetiva ou subjetiva, se desempenham uma ou mais das funções aqui apontadas ou, ainda, se se encontram em posição limítrofe entre elas.⁵⁴⁹

4.1.3 A Boa-Fé Objetiva na Fase Pós-Contratual e Especialmente em Vista do Inadimplemento do Contrato

Como já mencionado anteriormente, não há mais dúvida de que, embora o artigo 422 do Código Civil estabeleça que os contratantes devam observar os princípios de probidade e boa-fé “assim na conclusão do contrato, como em sua execução”, o que foi, inclusive, objeto de severas críticas pela insuficiência da redação escolhida,⁵⁵⁰ sua abrangência é muito maior, iniciando-se na fase preliminar de negociação e prosseguindo mesmo depois do adimplemento da prestação principal, na fase pós-contratual.

O entendimento hoje é absolutamente pacífico, havendo consenso de que a boa-fé desempenha importante papel tanto na fase de tratativas, quanto na fase posterior à extinção do contrato. Teresa Negreiros afirma sua convicção de que, para garantir a solidariedade contratual, o princípio da boa-fé deve ser entendido como fonte de direitos e deveres para as partes contratantes, com aplicação desde a fase negocial até a fase posterior à sua execução.⁵⁵¹ A pacificação desse entendimento acerca da extensão do artigo 422 do Código Civil também para as fases pré e pós-contratual é reforçada também pela

⁵⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 459-60.

⁵⁴⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, p. 140.

⁵⁵⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, p. 150-2. No mesmo sentido: “No artigo 422, finalmente consagra-se a incidência da boa-fé objetiva no campo contratual. O dispositivo é insuficiente, pois se refere apenas aos momentos da conclusão e execução do contrato, embora o princípio igualmente incida nas fases pré e pós-contratual. Padece, ainda, dos defeitos de não ter explicitado as diversas funções exercidas pela boa-fé objetiva, que pode suprir e corrigir os termos do contrato. Exige-se, destarte, que o operador transcenda o texto legal para apreender a verdadeira extensão da boa-fé objetiva, visto que a falta de precisão do dispositivo não impede o inteiro aproveitamento das potencialidades dos princípios [...]” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito Contratual Contemporâneo: A liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008, p. 196).

⁵⁵¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, p. 118.

aprovação dos enunciados 25 e 170 durante a I e a III Jornadas de Direito Civil, organizadas pelo Conselho da Justiça Federal, respectivamente:

25 - Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

170 – Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.⁵⁵²

O exemplo clássico da atuação da boa-fé na fase negocial é o da chamada responsabilidade pré-contratual ou *culpa in contrahendo*. É Judith Martins-Costa quem esclarece que essa espécie de responsabilidade ocorre quando as partes ainda não estão vinculadas contratualmente,⁵⁵³ mas, apesar disso, já estabeleceram entre si um vínculo obrigacional.⁵⁵⁴ Segundo a jurista, é durante a fase formativa do contrato, em que a oferta e a aceitação ainda não consolidaram na formação do vínculo contratual, que a responsabilidade pré-contratual surge, não de maneira simples, mas de um equilíbrio delicado entre, de um lado, o “interesse da liberdade negocial”, ou seja, do interesse em se preservar a autonomia da vontade das partes até a efetiva formação do contrato, e, de outro, o “interesse do fomento da boa-fé e da proteção da confiança”, pelo qual se preservam as justas expectativas originadas na confiança estabelecida na fase negocial.⁵⁵⁵ Esse equilíbrio é alcançado justamente quando há uma ruptura injustificada das negociações, capaz de violar a confiança legítima do outro negociante.⁵⁵⁶

Embora ainda não tão bem estabelecida quanto a responsabilidade pré-contratual, a chamada responsabilidade pós-contratual ou *culpa post pactum finitum* também vem sendo reconhecida pelo Direito Brasileiro. A ideia de responsabilidade após o próprio adimplemento da prestação principal poderia, em princípio, causar estranheza,⁵⁵⁷

⁵⁵² Disponíveis em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>.

⁵⁵³ Não se confunde, sequer, com a situação em que as partes já firmaram um pré-contrato, cujo descumprimento – ou seja, normalmente a recusa da assinatura do contrato definitivo – gera responsabilidade contratual clássica.

⁵⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 481-2. Essa é também a lição de Karl Larenz, segundo o qual a especial vinculação jurídica obrigacional se estabelece entre as partes desde os primeiros momentos das tratativas. (LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 155).

⁵⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 483.

⁵⁵⁶ *Idem, ibidem*.

⁵⁵⁷ Menezes Cordeiro igualmente aborda esse aparente paradoxo: “Como foi frisado, a base mínima da pós-eficácia, em sentido amplo, implica a associação de efeitos a algo já desaparecido; no caso das obrigações, requer-se, previamente, a extinção destas, seguida da sobrevivência de deveres que, a qualquer título, ainda se lhe possam ligar. Esta afirmação, entendida linearmente, é paradoxal: se houve extinção, não há efeitos; se

mas ela parte da noção, já abordada, de que certos deveres decorrentes da relação contratual possuem origem própria na boa-fé e autonomia com relação à própria prestação principal do contrato, o que, por conseguinte, pode assegurar sua sobrevivência, conforme as circunstâncias, mesmo após o adimplemento da prestação principal.⁵⁵⁸

Seguindo as lições da doutrina portuguesa, Diogo Leonardo Machado de Melo enfatiza o prolongamento dos efeitos desses deveres acessórios de conduta. Segundo o autor, a noção da obrigação como um processo dinâmico não mais deixa espaço para que essa seja vista simploriamente como a mera realização da prestação principal ou mesmo de outras prestações secundárias estipuladas voluntariamente pelas partes. Segundo ele, “a boa-fé impõe a observância também de muitos outros deveres de conduta, o que pode gerar, mesmo diante da extinção da prestação principal, uma responsabilização pelo descumprimento desses deveres”.⁵⁵⁹

Portanto, o posicionamento doutrinário de que a boa-fé objetiva pode se operar também na fase posterior ao encerramento do contrato ganha corpo ao se avaliar a função supletiva ou normativa da boa-fé, a função de criação de deveres jurídicos para as partes contratantes. Ao se pensar em boa-fé na fase pós-contratual, remete-se, portanto, aos deveres instrumentais, laterais ou acessórios daquele negócio jurídico, cujos efeitos são sentidos mesmo depois da extinção do contrato pelo seu adimplemento, e cujo descumprimento, de modo autônomo, gera responsabilidade.⁵⁶⁰ Certamente, alguns desses deveres têm importância ainda mais marcante na fase pós-contratual, tais como os deveres de informação, sigilo, proteção (quanto à pessoa e aos bens da outra parte) e cooperação.⁵⁶¹ É dos efeitos da violação desses deveres que se cogita ao se debater a responsabilidade pós-contratual.

há efeitos, não houve extinção. Tal quadro indica a plurivalência em torno das fórmulas ‘obrigação’, ‘extinção’ e ‘conexão de efeitos’; a clarificação requer a consideração analítica dos conceitos em jogo.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Estudos de Direito Civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1994, p. 176).

⁵⁵⁸ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 156.

⁵⁵⁹ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Notas sobre a Responsabilidade Pós-Contratual. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 431.

⁵⁶⁰ Daí porque a doutrina diferencia aqueles casos em que a própria lei atribui alguma forma de pós-eficácia às obrigações (v.g., a manutenção do dever de confidencialidade e a devolução dos documentos pelo advogado ao seu cliente após o término do mandato ou a obrigação do fornecedor de manter as peças de reposição pelo prazo de vida útil dos produtos colocados no mercado) dos casos de pós-eficácia obrigacional em sentido estrito, quando, a despeito de previsão legal específica ou mesmo de previsão contratual, os deveres acessórios de conduta são violados. (DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil Pós-Contratual: no Direito Civil, no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho, no Direito Ambiental e no Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176-82).

⁵⁶¹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 231.

Embora não se pretenda discutir detalhadamente cada uma dessas situações em que a boa-fé tem seus efeitos sentidos na fase pré e pós-contratual, pode-se afirmar que se encontra bem estabelecida a noção de que os efeitos da boa-fé transcendem a própria duração do contrato, demonstrando que a ligação obrigacional das partes inicia-se antes da formalização do negócio jurídico propriamente dito e prorroga-se para depois de seu adimplemento. Nesse contexto, a questão essencial para se prosseguir com o exame da mitigação de danos à luz da boa-fé passa a ser se essa conclusão pode ser modificada pelo inadimplemento de um dos contratantes. Ou seja, admitindo-se que os deveres anexos decorrentes da boa-fé devem ser observados pelas partes mesmo depois do adimplemento do contrato, poder-se-ia cogitar que o inadimplemento de uma delas desobrigasse a outra dos seus deveres decorrentes da boa-fé?

O tema é pouco abordado expressamente pela doutrina, talvez pelo fato de estar bem consolidada a conclusão de que a boa-fé deve ser resguardada mesmo na fase pós-contratual. Christian Lopes, porém, não foge ao problema e conclui que, mesmo em vista do descumprimento do contrato, ao contratante prejudicado pelo inadimplemento caberá, ainda assim, pautar-se pela boa-fé e continuar a observar uma conduta cooperativa. Portanto, quer sob a perspectiva axiológica, quer se enfoque suas justificativas econômicas, a cooperação para mitigação de danos deve ser o mote do relacionamento dos contratantes, mesmo frente ao inadimplemento:

Portanto, se as pessoas resolveram desenvolver um projeto conjuntamente, usando a via contratual, a cooperação norteará não apenas a identificação das partes, suas tratativas, o cumprimento do contrato e a fase pós-contratual – conforme identificado anteriormente – como também o inadimplemento. Se aquele projeto conjunto não deu certo, por qualquer motivo, fazendo com que uma das contratantes descumpra suas obrigações, a outra deverá, não obstante, cooperar para que a frustração do projeto cause o menor prejuízo possível. [...] Poder-se-ia objetar que a cooperação entre as partes não deve chegar a tanto. Que é socialmente esperado que as partes colaborem entre si em um contexto de normalidade contratual, mas que, diante do inadimplemento, volta a ter lugar o antagonismo e a subordinação entre os polos da obrigação, ficando o credor legitimado a não agir e a exigir indenização por todos os prejuízos sofridos. Essa, entretanto, não parece ser a posição mais consentânea com a boa-fé e os valores que informam o direito privado contemporâneo. Esse não é o padrão de conduta esperado no atual contexto social e histórico, em que o direito contratual está axiologicamente contaminado pela cooperação.⁵⁶²

De fato, a conclusão não pode ser outra. Como visto na Seção 3.3, o Código Civil de 2002 é marcado pelas noções fundamentais de eticidade e solidariedade, que

⁵⁶² LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 161.

funcionam como diretrizes informadoras do Direito Civil como um todo. Dispensar o credor de continuar agindo conforme a boa-fé, mesmo após o inadimplemento de sua contraparte, além de contrário a esses princípios informadores fundamentais, parte quase da presunção de que o inadimplemento é sempre um ato de má-fé, o que não necessariamente é verdade. E, ainda que o fosse, a conduta ilegal ou mesmo de má-fé de um dos contratantes não pode jamais ser tida como uma autorização para que a outra parte passe a agir do mesmo modo, num crescente círculo vicioso que contraria a própria noção de Direito. Essa conclusão é evidenciada, inclusive, na medida em que o próprio artigo 403 do Código Civil estabelece que a extensão da responsabilidade contratual não é afetada sequer pelo dolo do devedor inadimplente.

Ademais, deve-se lembrar que os deveres anexos, inclusive os de proteção e lealdade, decorrem de imposição legal do agir conforme a boa-fé e não necessariamente da vontade das partes, embora se pudesse cogitar de as partes preverem contratualmente o efetivo dever de mitigação de danos para a possibilidade de inadimplemento por qualquer delas. Exatamente por decorrer da imposição legal do agir de boa-fé, não seria razoável atribuir ao credor a possibilidade de invocar em seu benefício a exceção do contrato não cumprido⁵⁶³ para se recusar o cumprimento não apenas dos seus respectivos deveres contratuais típicos, decorrentes do sinalagma contratual,⁵⁶⁴ mas também de seus deveres anexos decorrentes da boa-fé. Do mesmo modo, a resolução do contrato por seu inadimplemento não acarreta a extinção dos deveres decorrentes, não da vontade declarada pelas partes no instrumento contratual, mas da própria lei. Portanto, embora o inadimplemento de um dos contratantes seja causa para que o outro deixe de cumprir as suas obrigações contratuais principais, não parece haver fundamento para que o contratante inadimplido possa, similarmente, se desincumbir do dever de agir conforme a boa-fé.

⁵⁶³ Cf. artigo 476 do Código Civil: “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

⁵⁶⁴ A possibilidade de o credor invocar a exceção do contrato não cumprido decorre exatamente da regra dos correlativos, segundo Darcy Bessone: “Nos contratos bilaterais, as prestações são recíprocas e interdependentes (*donnant, donnant*, como dizem os francês ou, *Zug um Zug*, como se exprimem os alemães). Obedecem, pois, à chamada regra dos correlativos, o que significa que elas se servem reciprocamente de causa. Então, se um dos contratantes não cumpre a obrigação assumida, rompe-se a equivalência calculada ao celebrar-se a convenção, com repercussões fatais no jogo normal do contrato e nos próprios pressupostos do consentimento. Sempre se reconheceu que, verificada a anomalia, o contrato pode ser dissolvido. Mas a essa solução radical pode o contratante prejudicado preferir outra mais branda: recusar-se a cumprir o contrato até que o inadimplente cumpra o prometido. Assim, por meio de uma opção, salvará o vínculo, evitando o pior. [...] Tal exceção não visa a afetar o contrato, que, ao contrário, se salva, evitando-se resolvê-lo. Tem por fim suspender temporariamente a sua execução, que se realizará logo que se sane a inadimplência. Mais exatamente, pode-se dizer que, já suspensa ilegitimamente a execução por uma das partes, a outra legitimamente a suspende também, à procura da restauração do equilíbrio, tornando bilateral a inadimplência, antes unilateral. (BESSONE, Darcy. *Op. cit.*, p. 199-200).

4.1.4 A Mitigação de Danos vis-à-vis a Boa-Fé Objetiva

Portanto, compreendido que o artigo 422 do Código Civil impõe aos contratantes o dever de agir em conformidade com a boa-fé, implicando não apenas a observância de certos deveres de conduta, dentre eles os de cooperação e de proteção ao outro contratante, mas mesmo a limitação no exercício de seus direitos individuais, bem como que esses deveres anexos de conduta produzem efeitos mesmo após o encerramento do contrato, seja pelo seu adimplemento, seja pela resolução decorrente de inadimplemento, passa a ser possível examinar se a mitigação de danos, enquanto um ônus imposto ao credor da indenização decorrente do inadimplemento do contrato, seria uma leitura possível do princípio da boa-fé objetiva.

A resposta, acredita-se, é positiva: a mitigação de danos é em tudo compatível com o princípio da boa-fé.

Se tomada a boa-fé como cooperação entre os contratantes, como um dever de conduta proba e leal, concluir-se-á que a regra é absolutamente voltada a esse fim. A mitigação de danos promove a colaboração entre os contratantes, trazendo em si a noção fundamental de que a boa-fé deve ser observada como um padrão de conduta mesmo em vista (e a despeito do) inadimplemento do outro contratante. Como demonstrado do estudo do direito estrangeiro, a mitigação de danos visa a atingir a melhor utilização de recursos econômicos, evitando o desperdício e, em última análise, promovendo o bem comum dos contratantes e da sociedade, o que não pode ser ignorado.

E ainda que a mitigação de danos não seja, em si, um dever pelas razões já expostas na Seção 3.2.1, é, sem dúvida, em decorrência do dever de cooperação e do dever de proteção ao patrimônio do outro contratante que se justifica a imposição ao credor do ônus de mitigar seu próprio prejuízo. A mitigação é um ônus no sentido de que seu não cumprimento afeta o direito à indenização do próprio credor inadimplido, sem gerar responsabilidade autônoma, nem poder ser especificamente exigida pelo contratante inadimplente, mas a justificativa desse ônus decorre dos deveres de proteção e cooperação mútua impostos pela boa-fé. Ou seja, embora a mitigação em si não tenha propriamente a natureza jurídica de um dever, nem por isso se rompe sua relação com o dever de proteção e cooperação e, conseqüentemente, com a boa-fé.

Se tomada a boa-fé como conferidora de materialidade da regulação jurídica, concretizando a noção de equidade, verificar-se-á que a mitigação de danos

igualmente está associada a esse conteúdo substancial da boa-fé. Ao excluir do escopo da responsabilidade contratual os danos que, embora causados pelo inadimplemento, poderiam ter sido evitados ou reduzidos pela conduta colaborativa do contratante inadimplido, a mitigação de danos dá sentido às regras dos artigos 402 e 944 do Código Civil, evitando o puro formalismo em sua aplicação. A regra de mitigação de danos torna-se assim um exemplo de como a boa-fé, nas palavras de Menezes Cordeiro, é capaz de promover “em situações reguladas de forma explícita, uma ponderação mais fina das realidades em jogo, sublinhando os seus aspectos materiais”.⁵⁶⁵

Segundo Larenz, a boa-fé é mesmo um princípio supremo do direito das obrigações e, por essa razão, todas as demais normas devem ser medidas e sopesadas no caso concreto em cotejo com o princípio da boa-fé.⁵⁶⁶ A boa-fé pode, portanto, limitar outros dispositivos legais quando a aplicação literal desses puder conduzir a um resultado incompatível com a boa-fé.⁵⁶⁷ A mitigação de danos é o resultado desse cotejo entre as regras de responsabilidade contratual e o princípio da boa-fé, garantindo a unidade da ordem jurídica e a substancialidade do sistema.

Assim, embora a regra de mitigação de danos não esteja expressamente prevista na legislação civil, concorda-se com Christian Lopes que sua aplicação é de rigor, de *lege data*, como reflexo direto da cláusula geral de boa-fé prevista no artigo 422 do Código Civil.⁵⁶⁸

Poder-se-ia questionar, no entanto, se a regra de que a indenização se mede pela extensão do dano na responsabilidade contratual, sem nenhuma ressalva quanto à conduta esperada da vítima para evitar ou reduzir aquele dano, poderia ser superada no caso concreto pelo princípio da boa-fé, ainda que a abertura a esse princípio esteja expressa em cláusula geral que regula a conduta dos contratantes. Para responder a esse questionamento, recorre-se novamente às lições de Humberto Ávila, que avalia exatamente o tema da superação de regras expressas por princípios, mesmo em situações em que a correlação não esteja tão diretamente estabelecida através de uma cláusula geral.

Ávila reconhece que inúmeras são as razões para que as regras sejam obedecidas, dentre elas a necessidade de garantir a certeza e previsibilidade, afastar as controvérsias, garantir maior coordenação no relacionamento interpessoal, evitando custos

⁵⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 1.255.

⁵⁶⁶ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 145-6.

⁵⁶⁷ É a chamada função corretiva da boa-fé, que visa exatamente ao desenvolvimento paulatino do direito civil. (*Idem*, p. 146).

⁵⁶⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 164.

excessivos que surgiriam com a solução particular de cada caso individual, e eliminar ou reduzir as arbitrariedades.⁵⁶⁹ No entanto, por entender que as regras também envolvem valores e que devem ser ponderadas em sua aplicação, o autor propõe critérios materiais e procedimentais para que as regras possam ser superadas em prol dos princípios.

Dois são os requisitos materiais apontados por Ávila para a superação das regras pelos princípios, dependentes do por ele denominado “grau de resistência da regra à sua superabilidade pelos princípios”.⁵⁷⁰ O primeiro deles é verificar em que medida a superação da regra no caso concreto promove, em realidade, um valor jurídico subjacente a essa própria regra específica.⁵⁷¹ Cogitando-se, pois, de uma superação da regra de que a indenização se mede pela extensão do dano, sem nenhuma qualificação quanto ao comportamento da vítima após o inadimplemento do contrato, deve-se perquirir se a superação dessa regra no caso concreto pela não mitigação dos danos evitáveis atende ao valor substancial da própria regra indenizatória: a proteção do valor de *neminem laedere* ou *alterum non laedere*,⁵⁷² sem prejuízo a uma conduta leal e cooperativa entre os contratantes. Acredita-se que a resposta é positiva e que o afastamento da regra pela recusa de qualificar como indenizáveis as perdas e danos que poderiam ter sido evitados é compatível com a “finalidade de tutelar o interesse jurídico de cada pessoa na preservação de sua esfera jurídica, através da reparação dos danos causados por outrem”,⁵⁷³ o que não pode ser deturpado para autorizar a vítima a permanecer absolutamente passiva frente a seu dano.

O segundo requisito material para determinar a superabilidade das regras é avaliar em que medida sua superação coloca em risco o valor subjacente formal a todas as regras jurídicas, qual seja, a segurança jurídica. Segundo Humberto Ávila, o princípio da segurança jurídica exerce papel determinante para certos setores do ordenamento jurídico, como o Direito Penal e o Direito Tributário, de modo que quanto maior for a relevância do valor segurança jurídica para o tema em discussão, maior será a dificuldade de superação da regra. Ademais, de modo geral, o risco de grande recorrência de uma determinada espécie de caso pode influenciar na mensuração do impacto da superabilidade da regra frente ao valor formal da segurança jurídica.⁵⁷⁴ Nessa medida, embora a segurança jurídica

⁵⁶⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 113-4.

⁵⁷⁰ *Idem*, p. 115.

⁵⁷¹ *Idem*, p. 118.

⁵⁷² NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 429.

⁵⁷³ *Idem*, p. 429.

⁵⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 118.

também seja um valor caro ao Direito Civil, não se pode deixar de reconhecer que a abertura do sistema ao princípio da boa-fé, especialmente em matéria contratual, é uma indicação do próprio legislador de que a operabilidade do sistema em vista das circunstâncias concretas deve ser privilegiada. A falta de positividade específica sobre a mitigação de danos como uma conduta esperada do credor da indenização e a superação da regra indenizatória clássica frente ao caso concreto não parecem, nesse contexto, impor um risco exacerbado à segurança jurídica, porque concretizam também, e principalmente, o valor da boa-fé nas relações contratuais.

Considerando-se, portanto, que as regras dos artigos 402 e 944 do Código Civil podem ser superadas materialmente para concretizar o princípio da boa-fé, resta considerar os alertas feitos pelo próprio Humberto Ávila quanto aos requisitos procedimentais para que a boa-fé, como qualquer outro princípio, possa exercer um papel tão fundamental no processo decisório, mesmo sem positividade da regra de mitigação de danos evitáveis pelo credor. Para isso, o jurista recomenda a *clara justificação dos requisitos materiais* mencionados, de modo a demonstrar que a “justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral”.⁵⁷⁵ As justificativas para a superação da regra de que a extensão se mede simplesmente pela extensão do dano e para a aplicação do princípio da boa-fé como criador do ônus de mitigação dos próprios prejuízos devem ser *fundamentadas de maneira condizente e transparente*,⁵⁷⁶ para garantir a compreensão racional das razões que levaram ao afastamento de parte da indenização que, em teoria, poder-se-ia cogitar como devida. Por fim, deve-se *comprovar efetivamente que os efeitos negativos da superação da regra foram sopesados*,⁵⁷⁷ demonstrando que a decisão não acarreta uma maior insegurança jurídica – ao menos não em grau incompatível com o que o próprio legislador admitiu ao introduzir a cláusula geral de boa-fé nas relações contratuais – mas, pelo contrário, promove maior eticidade no relacionamento entre os contratantes.

⁵⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 118.

⁵⁷⁶ *Idem, ibidem.*

⁵⁷⁷ *Idem, ibidem.*

4.2 A Mitigação de Danos sob a Ótica do Abuso do Direito

Embora já se tenha constatado que o ônus de mitigação de danos pelo próprio credor pode e deve ser interpretado como um reflexo dos deveres de proteção e cooperação na relação contratual, em vista da abertura ao princípio da boa-fé por meio da cláusula geral do artigo 422 do Código Civil, não se pode esquecer que, na mesma medida em que a boa-fé cria para as partes deveres anexos de conduta, ela também funciona como limitadora ao exercício de certos direitos subjetivos. Como já mencionado, essas duas funções típicas da boa-fé não são estanques e podem, muitas das vezes, relacionar-se,⁵⁷⁸ funcionando a criação dos deveres e a limitação de direitos com duas faces de uma mesma questão.

Destarte, uma questão a ser colocada é se a mitigação de danos poderia ser percebida no ordenamento brasileiro como uma forma – típica ou não – de abuso do direito, mais especificamente como o exercício abusivo do direito à indenização, sendo esse um segundo fundamento para sua adoção no Direito Brasileiro.

4.2.1 O Abuso do Direito

O abuso do direito foi positivado no Código Civil Brasileiro e equiparado ao ato ilícito por meio do artigo 187 do Código Civil, segundo o qual “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”.

A redação do artigo 187 do Código Civil reflete um longo processo de evolução pelo qual o tema do abuso do direito passou desde sua origem ainda tópica e assistemática no direito romano,⁵⁷⁹ por meio de soluções casuísticas que não constituíram uma teoria geral,⁵⁸⁰ e o desenvolvimento da figura da emulação em especial durante o

⁵⁷⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, p. 140.

⁵⁷⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: RT, 1960, p. 221.

⁵⁸⁰ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1992, p. 98. No mesmo sentido: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 672-7. Giovanni Ettore Nanni destaca, em especial, o reconhecimento da *aemulatio* e da *exceptio doli* pelo direito romano (NANNI, Giovanni Ettore. *Abuso do Direito*, p. 739-40).

período medieval pelos pós-glosadores.⁵⁸¹ Segundo Alvino Lima, pela teoria da *aemulatio*, “o ato praticado com a intenção maligna de lesar e sem uma utilidade própria, ou com mínima utilidade, acarretava responsabilidade do agente”.⁵⁸² Foi também no direito medieval que a teoria do ato emulativo passou a relacionar-se tanto aos direitos reais – em que se discutiam especialmente os limites do direito do proprietário em questões de direito de vizinhança⁵⁸³ – passando a ser aplicada também no âmbito das obrigações, bem como foi flexibilizada pela admissão de presunções que dispensavam a efetiva comprovação do *animus aemulandi*.⁵⁸⁴

Carlos Sessarego também destaca que, na época medieval, paralelamente à teoria dos atos emulativos, desenvolveu-se a teoria das imissões, essa menos focada na intenção do agente, porém mais no resultado de suas ações. Com o início do desenvolvimento industrial, a teoria das imissões enfatizava o uso e aproveitamento da propriedade que pudesse causar prejuízo aos vizinhos, de modo que o proprietário deveria responder pelas imissões – v.g., os odores, os ruídos ou o calor – sempre que elas fossem superiores à tolerabilidade normal. Embora possa ser compreendida como um primeiro critério para a objetivação do exercício abusivo do direito de propriedade, a teoria das imissões não se confundiria com a teoria pura do abuso do direito, porque bastante mais restrita e limitada apenas ao direito de vizinhança.⁵⁸⁵

Na França, embora a proibição dos atos emulativos fosse reconhecida e protegida pelo direito antes do Código Civil de 1804, a edição do código napoleônico fez com que o princípio proibitivo do ato emulativo passasse por um assim chamado “eclipse”, dado o impacto da máxima de igualdade perante a lei, com a criação de um sistema de direitos absolutos, que poderiam ser exercidos por seus respectivos titulares em toda a sua amplitude.⁵⁸⁶ A proibição de atos emulativos pontuais era reconhecida apenas por determinados dispositivos específicos, de modo que coube à jurisprudência francesa o papel de tornar a desenvolver mecanismos de limitação ao exercício anormal ou malicioso de determinados direitos subjetivos.⁵⁸⁷

⁵⁸¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 673.

⁵⁸² LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 222.

⁵⁸³ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 101.

⁵⁸⁴ Cf.: LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 224. E também: SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 100-1.

⁵⁸⁵ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 103-4.

⁵⁸⁶ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 226-7.

⁵⁸⁷ *Idem, ibidem*. Por essa razão, a doutrina defende que uma teoria geral do abuso do direito surgiu apenas modernamente (NANNI, Giovanni Ettore. *Abuso do Direito*, p. 739). Segundo Carlos Sessarego, foi numa decisão de 1855, pelo Tribunal de Colmar que se estabeleceu um dos principais fundamentos do abuso do

Assim, o abuso do direito começou a ser examinado pela doutrina e jurisprudência francesas como um aspecto da responsabilidade civil por culpa, de modo que, conforme defendiam os irmãos Mazeaud, “a questão do abuso de direito deve ser resolvida exclusivamente pela aplicação da definição de culpa; o que exerce um direito, com o desejo de prejudicar outrem, comete culpa delitual”.⁵⁸⁸ E exatamente por depender do elemento dolo ou culpa para a sua caracterização, a chamada posição subjetivista só reconhecia como abuso do direito o exercício de um direito subjetivo quando seu titular: (i) tivesse a intenção deliberada de prejudicar o outro sujeito; (ii) agisse culposamente causando prejuízo a outrem; ou (iii) provocasse o dano alheio sem um interesse sério e legítimo ou, de qualquer forma, sem benefício ao próprio titular.⁵⁸⁹ Em especial nas duas primeiras tendências da apreciação subjetiva do abuso do direito, o ato abusivo não seria mais que um ato ilícito genérico⁵⁹⁰ e, embora a terceira tendência dispensasse, em princípio, a comprovação de dolo ou culpa, ela ainda assim não teria deixado o plano subjetivo, porque dependeria da difícil caracterização do que seria a ausência de interesse do ou efetivo benefício ao titular do direito.⁵⁹¹

O conceito de culpa, porém, foi sendo alargado, expandido, até o desenvolvimento do tema por Josserand, para quem, conforme retoma Alvino Lima, o abuso do direito relacionar-se-ia não com o conceito clássico de culpa, mas sim com o conceito de “culpa social”, vinculado a um desvio da missão ou fim social do direito. Assim, o ato ilícito puro constituiria a violação dos limites objetivos dos preceitos legais, enquanto o exercício abusivo do direito representaria o ato praticado em desconformidade com a destinação, espírito ou finalidade desse direito.⁵⁹² O desvio de sua função social – critério objetivo para a apuração do abuso do direito – não excluiria, contudo, a combinação com os outros critérios subjetivos já mencionados. Dessa feita, embora o desvio da finalidade social do direito seja o critério determinante para a avaliação do ato abusivo, ainda seria necessário apurar a existência, ou não, de um motivo legítimo para o

direito no moderno Direito Francês, ao decidir, no caso da construção de uma chaminé diante da janela do vizinho, que o direito de propriedade, embora “de algum modo absoluto”, deveria ser limitado pela satisfação de um interesse sério e legítimo. (SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 108-10).

⁵⁸⁸ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 228.

⁵⁸⁹ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 125.

⁵⁹⁰ *Idem*, p. 127.

⁵⁹¹ *Idem, ibidem*.

⁵⁹² LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 229-30.

exercício daquele direito, sendo exatamente dessa conjugação entre função e motivo⁵⁹³ que se desenvolveu a corrente funcional ou finalista do abuso do direito.⁵⁹⁴

Desse modo, a concepção subjetiva clássica do ato emulativo, fundada na efetiva intenção de causar prejuízo à pessoa ou ao bem de outrem, evoluiu para um conceito finalista e funcional de abuso do direito, que ampliou os critérios que serviam à caracterização da responsabilidade civil e modificou a própria concepção dos direitos subjetivos, demonstrando que não poderiam mais ser tidos como absolutos, devendo ser reconhecida sua relatividade.⁵⁹⁵ Nesse sentido, Alvino Lima sintetiza:

Além dos limites objetivos fixados em lei, possui o direito limites de ordem teológica ou social, que antepõe aos poderes objetivamente conferidos ao titular do direito, preceitos que vão além da legalidade expressa, que orientam o comércio jurídico entre os homens, sob a influência da equidade, da boa-fé, e do bem da coletividade.

A teoria do abuso do direito ou da relatividade dos direitos é a manifestação concreta destas idéias; é a reação contra a amoralidade e certos resultados anti-sociais que decorrem da doutrina clássica dos direitos absolutos. Ao invés de direito-poder, como prerrogativa soberana concedida ao indivíduo, o direito-função, como prerrogativa concedida ao homem, para auferir todos os proventos que a lei lhe confere, sem ofensa aos interesses da comunhão social, não para transferir à coletividade o “monopólio da consagração jurídica, que a teoria clássica reservou ciosamente ao indivíduo”, mas para “despojar o indivíduo deste monopólio e conferir a consagração do direito, igualmente, a estas realidades que se chamam – a sociedade e o indivíduo”.⁵⁹⁶

Do Direito Francês, o abuso do direito estendeu-se para o Direito Alemão, porém com feições distintas.⁵⁹⁷ O esforço doutrinário e dos tribunais acabou por conduzir à inclusão no BGB do § 226, segundo o qual o exercício de um direito deve ser considerado inadmissível quando esse só puder ter como escopo infligir dano a outrem, proibindo-se, assim, a chicana.⁵⁹⁸ A doutrina aponta que a redação dada ao § 226 do BGB não somente deu amplitude ao tema, na medida em que, inserido na parte geral do Código, o desvencilhou de sua aplicação apenas ao direito de propriedade e de vizinhança, mas também viabilizou a aplicação meramente objetiva do abuso do direito, prescindindo da

⁵⁹³ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 25.

⁵⁹⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 131-3. Por essas razões, Sessarego a denomina de solução mista para a avaliação do abuso do direito.

⁵⁹⁵ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 231.

⁵⁹⁶ *Idem*, p. 233.

⁵⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 685-6.

⁵⁹⁸ *Idem*, p. 687-9.

avaliação de culpa do atuante.⁵⁹⁹ A despeito da superação do elemento subjetivo para a aplicação da teoria, o que, em si, poderia facilitar o desenvolvimento do tema, o § 226 acabou enfrentando outro problema em razão do uso da expressão “só possa ter como escopo infringir dano a outrem”, o que funcionou como outra limitação grave ao abuso do direito, que acabou não sendo superada nem mesmo por construção doutrinária ou jurisprudencial sobre o dispositivo.⁶⁰⁰

A insuficiência do § 226 do BGB para tratar do tema da chicana levou o Direito Alemão a buscar fundamentação alternativa na chamada cláusula dos bons costumes, do § 826, que prevê que aquele que atente contra os bons costumes e inflija dolosamente dano a outrem fica obrigado a indenizar. Não obstante, o retorno ao elemento subjetivo e a indicação da indenização como única alternativa para remediação do abuso do direito sob a ótica dessa regra levou a doutrina e a jurisprudência, após o aprofundamento do estudo do tema, a ir, novamente, um passo além. Partiu-se, então, a buscar no § 242 do BGB e na noção de boa-fé o fundamento faltante para a proibição do abuso do direito.⁶⁰¹

Foi, portanto, com inspiração no Direito Alemão, que procurou a construção de um “conceito científico”⁶⁰² do abuso do direito, que o artigo 334º do Código Civil Português⁶⁰³ e o artigo 187 do Código Civil Brasileiro foram construídos. Suas respectivas incorporações aos diplomas civis em questão foram muito mais o resultado de um esforço doutrinário, atento às tendências do direito estrangeiro, que um legítimo desenvolvimento jurisprudencial pátrio.⁶⁰⁴

Demonstra-se. No Brasil, ainda sob a égide do Código Civil anterior, que não previa expressamente a teoria do abuso do direito, a doutrina já se inclinava pela adoção da teoria finalista, fazendo a leitura, a *contrario sensu*, do artigo 160, inciso I, segundo o qual não constituiria ato ilícito o praticado “no exercício regular de um direito reconhecido”. Assim, os fins sociais do direito deveriam ser levados em consideração para a determinação do abuso do direito. Não obstante, o tema não era pacífico na

⁵⁹⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 689.

⁶⁰⁰ *Idem*, p. 690-2.

⁶⁰¹ *Idem*, p. 693-4.

⁶⁰² *Idem*, p. 695.

⁶⁰³ “Artigo 334º (Abuso do direito). É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

⁶⁰⁴ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*, p. 115. Giovanni Ettore Nanni afirma que, sob a ótica do Código Civil de 1916, o desenvolvimento do abuso do direito como um ilícito autônomo não tinha grande destaque (NANNI, Giovanni Ettore. *Abuso do Direito*, p. 742).

jurisprudência, que por muito tendeu a reconhecer como abuso do direito apenas o ato praticado com a intenção de lesar ou sem utilidade real para o seu próprio titular.⁶⁰⁵ A discussão, no entanto, ficou superada com a edição do Código Civil de 2002, em vista do já citado artigo 187, que adotou a posição objetiva ou finalista do abuso do direito, dispensando a aferição de culpa na conduta do agente.⁶⁰⁶

Considerando como abusivos os atos que excedam manifestamente⁶⁰⁷ os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo seu fim econômico e social, quer-se dizer que o direito deve ser exercido não apenas dentro dos limites impostos pela sua estrutura formal, mas também pelos fundamentos axiológicos desse mesmo direito.⁶⁰⁸ Portanto, aquele que atua fora dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo seu fim econômico e social só aparentemente exerce um direito, quando, em realidade, o ultrapassa e viola seu fundamento.⁶⁰⁹

Especificamente sobre o abuso do direito enquanto exercício manifestamente contrário à boa-fé, Giovanni Ettore Nanni ensina que essa é a forma de caracterização mais ampla e relevante da figura do abuso do direito, exatamente por remeter ao padrão de conduta universal de respeito e confiança, impondo proporcionalidade entre benefícios e vantagens.⁶¹⁰

A equiparação feita pelo Código entre o ato abusivo e o ato ilícito é objeto de críticas,⁶¹¹ mas, a despeito delas, a doutrina se posiciona no sentido de que o artigo 187

⁶⁰⁵ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 271.

⁶⁰⁶ FERREIRA, Keila Pacheco. *Op. cit.*, p. 142. NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do Direito, p. 751. Para este último: “não é necessária a intenção ou a consciência, por parte do agente, de se excederem com o exercício do direito as raias delimitadas pela boa-fé e pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito, sendo bastante que, objetivamente, se ultrapassem tais limites”.

⁶⁰⁷ O que, conforme ensina Cunha de Sá, é relacionado mais à qualidade do exercício do aparente direito do que efetivamente ao seu grau ou quantidade (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Op. cit.*, p. 104).

⁶⁰⁸ *Idem*, p. 454.

⁶⁰⁹ *Idem*, p. 455.

⁶¹⁰ NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do Direito, p. 754-6.

⁶¹¹ Cf.: FERREIRA, Keila Pacheco. *Op. cit.*, p. 144. E também: NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do Direito, p. 747. Para Sessarego, o abuso do direito é um ilícito *sui generis*, porque: (i) se reconhece em sua origem não um ato ilícito propriamente, mas um específico direito subjetivo; (ii) implica a violação por vezes não de um outro direito subjetivo, mas apenas de um interesse patrimonial, em princípio não juridicamente tutelado; (iii) o ato abusivo deve ser avaliado sob a ótica distinta que a mera avaliação de dolo ou culpa típica da responsabilidade civil; e, por fim, em vista (iv) da própria caracterização do abuso do direito como uma figura autônoma (SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*, p. 159-64). Cunha de Sá, embora reconheça que tanto o ato ilícito quanto o abuso do direito sejam hipóteses de atuação “fora do direito” diferencia os dois tipos de antijuridicidade, porque, num caso, ela é relativa à forma ou aos limites estruturais do direito e, no outro, ela diz respeito ao fundamento, ao sentido valorativo ou ao seu limite material. (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Op. cit.*, p. 468). Cavalieri se refere ao ato ilícito em sentido estrito e amplo, para distinguir o artigo 186 do artigo 187 do Código Civil. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 32-3). Do mesmo modo, Giovanni Ettore Nanni afirma que os artigos 186 e 187 do Código Civil contemplam ilicitude em patamares

permite que o abuso do direito funcione também como uma cláusula geral, por possuir as características descritas na Seção 4.1.1: o abuso do direito invoca o princípio da boa-fé, caracteriza um ilícito objetivo, que independe de culpabilidade, e mais, produz efeitos que ultrapassam a indenização de danos, incluindo, por exemplo, a imposição de nulidade do ato abusivo, a despeito da ausência de previsão legal específica.⁶¹² Assim, por ser uma norma aberta, sem determinação de sanção específica, a cláusula geral do abuso do direito permite que o instituto se configure e se amolde às necessidades do caso concreto.⁶¹³

Nesse contexto, muito embora a mitigação de danos não guarde relação direta com a concepção subjetiva da teoria do abuso do direito – ao menos não como regra, porque não se perquire se o credor da indenização permitiu o agravamento ou deixou de reduzir o dano apenas para prejudicar o contratante inadimplente⁶¹⁴ – já se pode notar uma possível correlação inicial entre a noção de abuso do direito à indenização e a regra de mitigação de danos, se ambas fossem compreendidas como exercícios de direitos de forma contrária à boa-fé.

4.2.2 A Distinção entre a Mitigação de Danos e Certas Formas Típicas de Abuso do Direito, Especificamente o *Venire Contra Factum Proprium* e a *Suppressio*

Se, por um lado, há uma identificação inicial entre a regra de mitigação de

diversos, sendo o abuso do direito uma forma de ilicitude *lato sensu* (NANNI, Giovanni Ettore. *Abuso do Direito*, p. 748).

⁶¹² FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*, p. 144. Avaliando o tema no direito português, em que o artigo 344º é bastante semelhante ao artigo 187 do Código Civil Brasileiro, Cunha de Sá afirma que: “A identidade de tratamento sancionatório entre o acto abusivo e o acto ilícito, fundamentada pelo comum aspecto de ultrapassagem dos limites normativos da prerrogativa jurídica individual exercida e que não é preclusiva da autonomia dogmática de um e de outro dentro da categoria mais geral da antijuridicidade, leva-nos, assim, a verificar que a recusa de tutela em que tal sanção genericamente consite se há-de especificar em correspondência com a concreta forma de actuação do titular. O que vale dizer que a sanção do acto abusivo é variável e deve ser determinada, consequentemente, caso a caso. [...] Mas, para além da responsabilidade civil ou até a ele cumulada, poderá descobrir-se toda uma infinda gama de sanções que, essas sim, impedirão que o titular do direito abusivamente exercido obtenha ou conserve as vantagens que obteve com a prática do acto abusivo e o farão reentrar, em última análise, no exercício legítimo do direito: desde a nulidade, a anulabilidade, a inoponibilidade, ou a rescindibilidade do acto ou negócio jurídico quando seja na sua prática que o abuso se verifique, até o restabelecimento da verdade ou da realidade dos actos com ele conexiados, aceitando, por exemplo, a sua validade não obstante a falta da forma exigida, concedendo a *excpetio dolis generalis* ou *specialis*, recusando a acção de anulação ou mantendo em vigor a relação”. (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Op. cit.*, p. 647-8).

⁶¹³ NANNI, Giovanni Ettore. *Abuso do Direito*, p. 746.

⁶¹⁴ Nesse sentido, Christian Lopes também defende que o fundamento da mitigação de danos não pode ser encontrado na concepção subjetiva do abuso do direito, salvo se em situações excepcionais. (LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 168).

danos a concepção objetiva atual do abuso do direito, é igualmente cabível, desde logo, uma diferenciação entre a mitigação de danos e duas figuras típicas de abuso do direito, no contexto das quais ela poderia, em teoria, estar inserida: o *venire contra factum proprium* e a *suppressio*.

O *venire contra factum proprium*, enquanto figura típica do abuso do direito, traz em si a noção de inadmissibilidade do “exercício tardio de uma posição em contradição com o comportamento assumido anteriormente”.⁶¹⁵ Isso implica dizer que há duas posições ou condutas diferidas no tempo de uma mesma pessoa, lícitas em si. A primeira delas, por não ser vinculativa,⁶¹⁶ não obriga efetivamente o atuante, mas indica a intenção da prática, ou não, de um determinado ato, seja ele decorrente de um direito potestativo, de um direito subjetivo comum ou de uma permissão genérica de atuação.⁶¹⁷ Essa primeira conduta, vem, no entanto, a se contradizer com a posição adotada no segundo momento.⁶¹⁸ Por isso, Carneiro da Frada afirma que o juízo do *venire* só pode ser formulado *ex post*.⁶¹⁹

A regra é, no entanto, qualificada: a simples contradição ou mudança do posicionamento do indivíduo não é, por si só, inadmissível.⁶²⁰ Para tanto, o *venire contra factum proprium* só pode ser tido como exercício inadmissível de determinada posição jurídica quando ele implicar violação à boa-fé, mais especificamente, como lembra Menezes Cordeiro, à confiança criada. Assim, a confiança funciona como critério para a aplicação do *venire contra factum proprium*, sem, contudo, descaracterizar a noção fundamental de que a contraditoriedade das posições deve ser, em regra, admitida.⁶²¹ Portanto, “não é aquela oposição que em si mesma (na sua formalidade) o justifica – sublinhe-se –, mas a confiança depositada num determinado proceder futuro do agente tendo em conta uma conduta sua precedente”,⁶²² de modo que a proibição do *venire*

⁶¹⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 742.

⁶¹⁶ Carneiro da Frada afirma que o *factum proprium* não tem, em si próprio, eficácia jurídica suficiente. (CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 419).

⁶¹⁷ Menezes Cordeiro dá como exemplos a autonomia privada e a liberdade de deslocação. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 748.

⁶¹⁸ *Idem*, p. 745-8.

⁶¹⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 410.

⁶²⁰ “[...] O vincular uma pessoa às suas atitudes faz sentido, em particular, quando tenham um beneficiário; este, por seu turno, não poderia recusar as necessárias contrapartidas. As permissões normativas esgotar-se-iam no primeiro exercício e todo o relacionamento social converter-se-ia num edifício rígido de deveres irrecusáveis. A essência do jurídico contradiz, por si, tal possibilidade [...]” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 751).

⁶²¹ *Idem*, p. 755-6.

⁶²² CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 413.

justifica-se menos pela expectativa de uma coerência de conduta do agente e mais como proteção à confiança.⁶²³

Com a inclusão do critério confiança no *venire*, sua aplicação se completa. Assim, embora a noção fundamental acima mencionada não seja absolutamente incorreta, conclui-se que a responsabilidade fundada no *venire contra factum proprium* só ocorrerá a partir da demonstração efetiva de seus requisitos: (i) a contradição entre as 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.⁶²⁴

Nota-se, portanto, que é requisito da aplicação do *venire contra factum proprium* a presença de um elemento subjetivo, qual seja, a efetiva adesão do confiante à posição da outra parte, ainda sem conhecimento da modificabilidade a que ela está sujeita. Para tanto, Menezes Cordeiro registra que essa adesão não pode decorrer simplesmente da violação dos deveres de indagação que cabiam ao próprio confiante, porque, em sendo esperada a sua conduta questionadora e não o fazendo, a adesão ao *factum proprium* da outra parte não decorrerá de uma legítima confiança, mas sim da violação ao próprio dever de diligência.⁶²⁵ Por conseguinte, a doutrina reconhece que o *venire* não se confunde com a responsabilidade decorrente da violação de deveres anexos impostos pela boa-fé, constituindo uma hipótese de “genuína responsabilidade pela confiança”.⁶²⁶

De maneira similar, a *suppressio* também tem por objetivo a proteção da confiança alheia gerada por uma posição do atuante, que, nessa figura, consiste no “prolongado não exercício de certa situação jurídica”.⁶²⁷ Após esse lapso de tempo, o exercício tardio desse direito não mais seria possível sem desrespeitar a boa-fé.⁶²⁸

Em sua origem no Direito Alemão, a figura da *suppressio*, como decorrência da boa-fé, visou inicialmente à atuação no âmbito do direito comercial, quando a lei não especificava prazo para o exercício de determinados direitos ou faculdades.

⁶²³ Exatamente por não ser uma violação a um dever de conduta esperado do atuante, o *venire* não deve ser reconduzido à boa-fé enquanto regra de conduta, mas sim à boa-fé no sentido de confiança. (CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 421).

⁶²⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 758. Note-se, porém, que o mesmo autor considera que a presença de um desses requisitos poderia ser dispensada se compensada pela especial importância dos demais. (*Idem*, p. 759).

⁶²⁵ *Idem*, p. 758.

⁶²⁶ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 419-22.

⁶²⁷ *Idem*, p. 426.

⁶²⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 798.

Porém, com o seu desenvolvimento, o debate sobre o efeito do tempo no exercício de certos direitos se ampliou, tendo passado a *suppressio* a “concorrer com formas clássicas de repercussão do tempo nas situações jurídicas, como a caducidade e a prescrição”.⁶²⁹

Embora parte da doutrina tenda a situar a *suppressio* como subespécie do *venire*, dada a existência, aqui também, de uma contradição entre posições,⁶³⁰ existem diferenças significativas entre essas figuras – o fato de o *venire* não envolver necessariamente o exercício de direitos, a controvérsia sobre se a mera inatividade poderia constituir *factum proprium* e a exigência típica do transcurso do tempo para a *suppressio*.⁶³¹ Apesar de os dois primeiros aspectos poderem ser, de algum modo, compatibilizados, a importância do tempo como critério-chave da *suppressio* faz com que essa acabe sendo vista como uma hipótese típica de exercício inadmissível de direito ou do abuso do direito.⁶³²

Interessante também o debate a respeito de qual a finalidade precípua da *suppressio*, se a vedação do comportamento do exercente ou se a proteção da situação da contraparte.⁶³³ O enfoque normalmente dado à avaliação do decurso do tempo, examinando-o sobre a ótica do exercente, das razões subjetivas e objetivas que o levaram ao não exercício do direito por prolongado período, poderia indicar que o propósito fundamental seria a vedação da “quebra súbita de um não exercício estável”. A *suppressio* seria, nessa medida, uma forma geral de complementação, com base na boa-fé das demais regras especiais quanto aos prazos, inclusive o prescricional.⁶³⁴ Menezes Cordeiro discorda, entretanto, afirmando não ser possível extrair da *suppressio* uma regra geral, valores que pudessem ser aplicados numa generalidade de casos. Para o autor, a regra é que a permissão jurídica de um determinado direito subjetivo visa a mantê-lo, a despeito do seu não exercício imediato. Desse modo, a aplicação da *suppressio* deve ser não apenas parcimoniosa e extraordinária, especialmente quando impondo limitações complementares aos prazos legais, como também estar focada menos na conduta do exercente e mais na confiança criada na contraparte.⁶³⁵⁻⁶³⁶

⁶²⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 802.

⁶³⁰ *Idem*, p. 813-4.

⁶³¹ *Idem*, p. 809-10.

⁶³² *Idem*, p. 813-4.

⁶³³ *Idem*, p. 815.

⁶³⁴ *Idem*, p. 815-7.

⁶³⁵ *Idem*, p. 817-20.

⁶³⁶ No mesmo sentido, Carneiro da Frada divisa na confiança o elemento essencial da *suppressio* ou neutralização, ainda que originado pelo prolongado não exercício do direito. Afirma: “Claro que não pode

A mitigação de danos, porém, não se confunde nem com uma, nem com outra figura típica do abuso do direito.

Embora a mitigação de danos pudesse ser observada sob a ótica de uma aparente contradição entre a conduta inicial do contratante inadimplido que, inicialmente, adota a posição de passividade frente ao dano decorrente do inadimplemento e seu posterior pleito à respectiva indenização, os elementos caracterizadores do *venire* não se fazem presentes na regra de mitigação de danos. Como debatido na Seção 4.1.4, não é propriamente a confiança criada do contratante inadimplido que se protege pela mitigação de danos – na maior parte das vezes, quiçá, ela não se faz presente. A adesão a essa confiança através da realização de investimentos pelo aderente tampouco é averiguada na mitigação de danos, que foca, ao contrário, apenas os danos sofridos pelo próprio credor. O *venire* deve ser compreendido como hipótese de efetiva responsabilidade civil pela confiança criada,⁶³⁷ que, em realidade, não se confunde com a mitigação de danos, que não gera responsabilidade própria e limita, apenas, o próprio conceito de perdas e danos ressarcíveis em prol do contratante inadimplido.

Quanto à *suppressio*, o paralelo com a mitigação de danos poderia ser cogitado especificamente naquelas circunstâncias em que a inação do credor gera o agravamento do seu próprio prejuízo, criando no contratante inadimplente obrigado a indenizar a percepção de que o pleito indenizatório não mais seria exercido. Aqui, o cuidado deve ser redobrado. Ainda que essa fosse uma formulação válida da regra mitigatória à luz da *suppressio*, a distinção de requisitos continua existindo: o decurso do tempo e a criação da confiança são critérios próprios da *suppressio*, não perquiridos, porque não necessários, na mitigação de danos, que decorre não da responsabilidade pela confiança criada, mas da violação direta de deveres de conduta proba, cooperativa e leal dos contratantes.

Nas hipóteses em que a *suppressio* funciona como limitadora de prazos para exercícios de direitos materiais – por exemplo, a demora na resolução de um contrato de duração que vem sendo inadimplido por um dos contratantes – a mitigação de danos e a

alicerçar-se uma situação de confiança numa pura e simples ausência de conduta. Só ligada aos critérios da constância e da coerência a passividade do titular da posição jurídica se torna significativa, ‘constituindo’ a confiança de que essa posição não será mais feita valer.” (CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 426-7).

⁶³⁷ “Deste modo, aquilo que verdadeiramente se visa no *venire* é tão só a protecção da confiança criada, melhor, a tutela do investimento do sujeito feito na convicção da constância ou da coerência de um comportamento alheio”. (*Idem*, p. 420). Para o mesmo autor, a compensação dos danos decorrentes do *venire* deve ser a regra, de modo que, por sua excepcionalidade à regra de que o comportamento contraditório é admissível, a preclusão do *venire* somente pode caracterizar a *ultima ratio*. (*Idem*, p. 422-3).

suppressio talvez apontassem para a mesma solução a partir de critérios diversos: quer pela não observância do ônus de mitigar seu próprio prejuízo,⁶³⁸ quer pela confiança criada no contratante inadimplente de que a resolução não mais seria exercida e/ou que a cobrança de perdas e danos não mais seria pleiteada (essa, sem qualquer dúvida, de mais difícil comprovação), a decisão da controvérsia poderia ser pelo afastamento total ou parcial do direito à indenização respectiva.

Não obstante, não se deve cair na tentação fácil de entender a regra de mitigação de danos como uma simplificação de todas as hipóteses cobertas pela *suppressio*: os requisitos próprios dessa última figura têm sua razão de ser. Vale lembrar o alerta especial de Menezes Cordeiro de que a *suppressio*, como complementação às regras de prescrição e decadência, deve ser aplicada de maneira cautelosa e excepcional, focada essencialmente na proteção da confiança legítima do devedor. Da regra da mitigação de danos, conforme bem construída no direito estrangeiro, não se extrai que o credor deve promover a ação judicial em prazo inferior ao prescricional, até porque o ajuizamento da ação – diferentemente da resolução de um contrato que vem sendo inadimplido – não constitui, em si, uma medida mitigatória, porque não tem o condão de imediatamente interromper o agravamento do prejuízo.⁶³⁹ Assim, entende-se que se a demora da propositura da demanda é a questão em debate, sua avaliação deve ser feita apenas sob a ótica, mais restritiva, da *suppressio*, e não sob a perspectiva da regra de mitigação de danos.

Assim, discorda-se da generalização de Fredie Didier Jr. que basicamente equipara as consequências da violação à boa-fé processual, *suppressio* e mitigação de danos. Para o autor:

Como já se disse, o princípio da boa-fé processual é decorrência da expansão do princípio da boa-fé inicialmente pensado no direito privado. Esse princípio implica a proibição do abuso do direito e a possibilidade de ocorrência da *suppressio*, figura, aliás, que é corolário da vedação ao abuso. Se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, do direito processual brasileiro.⁶⁴⁰

⁶³⁸ Conforme a regra do já debatido caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, segundo o qual a interrupção da execução do contratante pelo contratante inadimplido talvez seja a mais fundamental forma de mitigação de danos.

⁶³⁹ A conclusão é óbvia. Mesmo depois do ajuizamento da demanda, a cessação do agravamento do dano só se dará com o efetivo pagamento da dívida / indenização pelo devedor. A cessação decorre, portanto, de conduta do próprio devedor e não de conduta exclusiva do credor.

⁶⁴⁰ DIDIER JR, Fredie. *Op. cit.*, p. 48.

As figuras da *suppressio* e da mitigação de danos não são, entre si, intercambiáveis, embora, em certas circunstâncias concretas, possam ser aplicadas diferentemente, cada uma com seus mecanismos próprios, para a solução de um mesmo tipo de problema. Do mesmo modo, nem toda violação da boa-fé com consequências patrimoniais é violação de mitigação de danos, especialmente quando se discute, como Didier em seu artigo, a limitação ao valor da *astreinte*, que é multa de natureza coercitiva, conforme reconhecido pelo próprio autor,⁶⁴¹ e não indenizatória. O seu abuso pode, portanto, estar vinculado à noção de boa-fé processual e quiçá à de *suppressio*, se com o intuito de proteger a legítima confiança criada, porém a imposição da redução do quantum total da *astreinte* não se relaciona, na leitura feita neste trabalho, com a regra de mitigação de danos.

4.2.3 A Mitigação de Danos como Figura Autônoma de Vedação ao Abuso do Direito

Por conseguinte, embora distinta das figuras típicas do *venire contra factum proprium* e da *suppressio*, ainda assim é possível que a mitigação de danos possa ser lida como exercício abusivo, porque contrário aos ditames da boa-fé, do direito à indenização. Assim, a mitigação de danos seria uma figura atípica, porém autônoma, de abuso do direito.

Também se posiciona nesse sentido Christian Lopes, que (i) afasta a mitigação do abuso do direito enquanto exercício do direito indenizatório fora dos limites do fim econômico e social do direito – porque, conforme reconhece, o dano se concretizou –; (ii) e mesmo do exercício do direito fora dos limites impostos pelos bons costumes – porque ligados à noção de moralidade e decoro social, o que não se aplica –, mas (iii) a aproxima do exercício abusivo do direito à indenização de maneira contrária à boa-fé. Para o autor, aquele que deixa de mitigar os seus próprios danos, apesar de evitáveis, deixa de agir de forma cooperativa conforme lhe imporia a boa-fé.⁶⁴²

Poder-se-ia questionar, porém, que o direito à indenização, por não ser um efetivo direito subjetivo, não estaria sujeito ao abuso do direito, ou que retiraria esse

⁶⁴¹ DIDIER JR, Fredie. *Op. cit.*, p. 45.

⁶⁴² LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 170-1.

segundo fundamento da mitigação. Fernando Augusto Cunha de Sá desconstrói esse entendimento. Ainda que o direito à indenização seja entendido não como um verdadeiro direito subjectivo, mas como uma prerrogativa ou como uma faculdade de seu titular, ele efetivamente representa uma vantagem, cujo uso deve ser avaliado em concreto em cotejo com a estrutura qualificativa da norma jurídica em questão. Portanto, o uso ou exercício dessa faculdade poderá se dar, ou não, em conformidade com o fundamento axiológico-normativo da norma jurídica, sendo esta distinção de pouca ou nenhuma relevância para a avaliação do abuso do direito.⁶⁴³ Se sua utilização violar frontalmente direitos ou liberdades ou garantias individuais de terceiros, estar-se-á no âmbito da ilicitude formal. Se, diferentemente, houver “uma violação tão somente do fundamento axiológico que as enforma, encoberto, não obstante, pelo preenchimento fáctico da estrutura normativa”, estar-se-á frente a um tema de abusividade.⁶⁴⁴

Por sua abordagem específica ao tema do exercício abusivo do direito à indenização, vale transcrever na integralidade as conclusões de Fernando Augusto Cunha de Sá:

[...] toda a situação jurídica é fundamentada por um valor, que vivifica a forma nos mesmos termos em que é o espírito que anima a matéria. Pouco importa que a tal situação jurídica caiba a qualificação de direito subjectivo, seja ele qual for, ou a de que qualquer outra prerrogativa jurídica do sujeito; trata-se aí, sobretudo, de uma conclusão retirada da estrutura qualificativa da norma jurídica, de que é resultado ou consequência tal situação jurídica. Para utilizar a terminologia devida a Stammler, toda norma jurídica se compõe de uma pressuposição seguida de um efeito jurídico, que corresponde ao comando ou imperativo da norma jurídica: assim, por exemplo, se o artigo 483º determina que aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação, tal norma cria estruturalmente para o lesado uma situação jurídica que consiste, no essencial, em ele poder desencadear em seu benefício a sanção ou consequência que a mesma norma faz impender sobre o lesante. É esta a situação jurídica em que se encontram implicados, ao mesmo tempo, o lesado e quem lesou, mas que para aquele

⁶⁴³ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Op. cit.*, p. 611-2. Interessante notar também que, pelas mesmas razões, o jurista entende que mesmo os direitos potestativos – aí incluído, em certos casos, o próprio direito à denúncia ou resolução do contrato podem ser exercidos abusivamente, de modo que mesmo aquele a quem se impõe a sujeição, situação passiva correspondente, não estará sujeito de maneira absoluta. Talvez haja aqui um paralelo entre a crítica feita à expressão “dever de mitigar danos” e o próprio “abuso do direito”, já que, conforme conclui o autor: “Não há que temer a barreira terminológica, segundo tradição de há muito formada. Fala-se de abuso *do direito* antes de mais porque o problema foi inicialmente colocado em relação ao direito subjectivo – mas com a mesma impropriedade com que a designação de direito subjectivo é corrente e indistintamente utilizada a propósito de prerrogativas subjectivas a que, em rigor, não caiba aquela qualificação. E, mesmo que assim não fosse, seria a expressão que deveria acomodar-se ao objeto significado e não a correcta compreensão deste a modificar-se até aos limites do terminologicamente abrangido”. (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Op. cit.*, p. 613-6. (grifos no original).) No mesmo sentido: NANNI, Giovanni Ettore. *Abuso do Direito*, p. 749.

⁶⁴⁴ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Op. cit.*, p. 618.

apresenta essencialmente sinal positivo e para este sinal negativo, que faz nascer para o lesado a *faculdade* de ser indemnizado pelos prejuízos que sofreu com a violação ilícita do seu direito e para o lesante a *obrigação* de o indemnizar. São tudo conclusões que se retiram da própria estrutura qualificativa do artigo 483º. Ora, para o problema que nos ocupa pouco importa que a forma qualificativa dessa faculdade do lesado seja a de um verdadeiro e próprio direito subjectivo ou apenas a de uma outra prerrogativa jurídica: trata-se de uma questão estrutural que o conceito de acto abusivo presume resolvida e que interessa para qualificação do comportamento que a realize como ilícito ou lícito; agora, o importante é, como disse, o comportamento aparentar a forma (seja do direito subjectivo à indemnização, seja de diversa prerrogativa do sujeito a ser indemnizado) sem que nele seja actuado o sentido axiológico-jurídico que é imanente a tal forma.

Assim, reconhecido que a todas as prerrogativas jurídicas individuais, quer sejam quer não sejam de considerar como direitos subjectivos, vai inerente um valor que as funda e orienta a respectiva forma, tem de admitir-se logicamente a possibilidade de discrepância entre o concreto comportamento material do sujeito, que se arroga a titularidade do poder, da faculdade, da função ou da liberdade que diz exercer, não só com a respectiva estrutura qualificativa da norma jurídica que consagra a precisa prerrogativa em causa – e o problema será então de licitude ou ilicitude (formal) – como também com aquele seu mesmo valor imanente – e agora o problema será já de acto abusivo.⁶⁴⁵

Pelo exposto, é possível concluir que, sim, o direito à indenização pode ser exercido de maneira abusiva, quando seu titular o exerce contrariamente ao valor que funda esse mesmo direito. Quando o contratante inadimplido exerce seu direito a pleitear perdas e danos que, apesar de decorrentes do inadimplemento do contrato, poderiam ter sido mitigados ou reduzidos pela conduta do próprio contratante prejudicado, verifica-se essa contrariedade entre o fundamento axiológico dessa mesma norma – a proteção do princípio de *neminem laedere*, mas sem necessariamente proteger uma postura de absoluta passividade da vítima frente ao dano – e a conduta concreta do agente, permitindo a conclusão de que há abuso do direito.

Dessa feita, entende-se equivocada a posição de Daniel Dias, que afasta a relação entre a mitigação de danos e o abuso do direito por dois fundamentos: em primeiro lugar, porque, se há um dever de mitigar danos, é o seu descumprimento que gera consequências, não havendo de se falar em abuso do direito à indenização se tal direito, na verdade, não existe; e, em segundo lugar, porque, se o abuso decorre da inexistência de um dever de mitigação de danos, mas sim da contradição entre a conduta de não mitigação e o posterior exercício do direito à indenização, essa contradição só poderia ser sancionada pela figura abusiva típica do *venire contra factum proprium*, que exigiria a presença de outros requisitos, que, como já se demonstrou, não são mandatórios na regra de mitigação

⁶⁴⁵ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Op. cit.*, p. 619-21.

de danos.⁶⁴⁶

A primeira justificativa é afastada porque, como já debatido, a mitigação de danos não tem a natureza de um dever, mas sim a de um ônus decorrente, aí sim, do dever de agir em conformidade com o *standard* da boa-fé. Como ônus que é, a mitigação de danos implica exatamente uma limitação para o exercício de um determinado direito. A não observância do ônus só gera consequências jurídicas na medida em que o direito a ele vinculado venha a ser exercido, hipótese em que estará, então, total ou parcialmente limitado. Assim, corrigida a compreensão da natureza jurídica da regra de mitigação de danos antes de cotejá-la com a figura do abuso do direito,⁶⁴⁷ conclui-se que não há incompatibilidade entre a noção de ônus de reduzir o próprio prejuízo e o exercício potencialmente abusivo do direito à indenização, como haveria entre a noção de dever jurídico *stricto sensu* de mitigar o próprio prejuízo e o exercício do direito indenizatório respectivo. Portanto, a primeira razão a afastar a correlação entre mitigação de danos e abuso do direito só se sustenta se a natureza jurídica da primeira foi incorretamente interpretada.

Na sequência, parece equivocado concluir que não se poderia caracterizar a mitigação de danos como uma figura típica de abuso do direito à indenização simplesmente porque a caracterização desse abuso dependeria da prévia constatação da contradição entre a negligência da vítima para com o próprio dano e sua pretensão de responsabilização do lesante, o que levaria ao *venire contra factum proprium* e aos seus requisitos específicos. Concorde-se, como já se afirmou, que o *venire* tem requisitos próprios que não se coadunam com a regra de mitigação de danos e que, por essa razão, tais figuras não devem ser confundidas. Não obstante, o exercício do direito indenizatório por danos que poderiam ter sido, mas não foram mitigados, independentemente da confiança criada, ou não, no outro contratante, irrelevante para a regra de mitigação, já denota que esse direito estaria sendo utilizado de maneira contrária ao fundamento axiológico da regra indenizatória e que, portanto, uma figura típica de abuso do direito já existiria. Em outras palavras, não é pelo simples fato de a mitigação de danos estar desvinculada da criação da confiança no outro contratante de que o pleito indenizatório não seria exercido que deixaria de haver abuso do direito. Se o abuso do direito for examinado

⁶⁴⁶ DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 120.

⁶⁴⁷ Como já mencionado neste trabalho, Daniel Dias posteriormente conclui que a natureza jurídica da mitigação de danos seria o que ele denomina um “encargo ou ônus material”, mas então não volta a avaliar a regra frente à figura do abuso do direito.

por sua perspectiva objetiva, de contradição entre a conduta concreta e os ditames da boa-fé ou de contradição entre a conduta concreta e o fundamento axiológico da norma que garante o direito indenizatório, concluir-se-á que a regra de mitigação de danos também pode ser lida como uma figura típica do abuso do direito.

Cabe, por fim, uma última questão: qual a utilidade de reconhecer o abuso do direito como um segundo fundamento para a mitigação de danos? Como mencionado no início deste Capítulo, a criação de deveres anexos de conduta e a limitação ao exercício do direito subjetivo são ambas funções consagradas da boa-fé, de modo que o reconhecimento do abuso do direito como fundamento da mitigação de danos seria redundante.

Carneiro da Frada avalia essa aparente intermutabilidade entre o abuso do direito enquanto exercício aquém dos limites valorativos da norma impostos pela boa-fé (sentido negativo), e a violação da regra de conduta segundo a boa-fé (sentido positivo).⁶⁴⁸ Para o jurista, enquanto a boa-fé representaria a prescrição de um comportamento esperado, o abuso do direito teria eficácia inibitória e balizadora, significando que, mesmo ante uma ausente regra de conduta clara, a boa-fé ainda indicaria a forma mais adequada para o exercício de uma posição. Consequentemente, essa caracterização indicaria uma precedência das regras de conduta conforme a boa-fé e a aplicação apenas subsidiária naquelas situações em que inexistirem regras de conduta claras conforme a boa-fé.⁶⁴⁹ Assim, “o exercício de um direito pode portanto ser abusivo por contrariar manifestamente a boa-fé (enquanto expressão da justa composição dos interesses entre os sujeitos), mesmo quando não haja [...] propriamente a violação de condutas por parte de seu titular”.⁶⁵⁰

Nesse sentido, admitida a possibilidade de que, para alguns, o ônus de mitigação do próprio prejuízo não pudesse ser uma implicação dos deveres de proteção e cooperação impostos pela boa-fé já pela cláusula geral do artigo 422 do Código Civil, poder-se-ia, ainda, buscar a mitigação como uma forma de limitação ao exercício abusivo do direito à indenização.

Mas há, ainda, outra vantagem prática, bem abordada por Christian Lopes. Considerando que o artigo 422 do Código Civil está inserido no Livro do Direito das Obrigações e no Título dos Contratos em Geral, poder-se-ia questionar, a despeito do valor da boa-fé como princípio fundante de todo o direito privado, se a mitigação de danos

⁶⁴⁸ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 850-1.

⁶⁴⁹ *Idem*, p. 853-5.

⁶⁵⁰ *Idem*, p. 861.

estaria limitada apenas ao âmbito da responsabilidade contratual. Embora não seja este o escopo do presente trabalho, até porque a regra de mitigação de danos é reconhecida internacionalmente por sua aplicação no direito dos contratos, concorda-se com Christian Lopes que o reconhecimento do abuso do direito, positivado no artigo 187 do Código, inserido na Parte Geral, no Título dos Atos Ilícitos, poderia servir também como uma porta para a aplicação da mitigação de danos também em matéria de responsabilidade civil aquiliana.⁶⁵¹

4.3 A Vantagem da Positivção da Mitigação de Danos como Regra Autônoma

Nas Seções 4.1 e 4.2 anteriores, demonstrou-se que a mitigação de danos no Direito Brasileiro parece encontrar não um, mas dois fundamentos autônomos para sua aplicação. Por um lado, o ônus de mitigação do próprio prejuízo, decorrente do inadimplemento contratual, pode ser, como se demonstrou, um desdobramento dos deveres de proteção e cooperação impostos pelo princípio da boa-fé aos contratantes, na forma do artigo 422 do Código Civil. Por outro, a mitigação de danos pode também ser uma limitação ao direito à indenização pelo inadimplemento do contrato, como consequência do exercício dessa faculdade em violação aos limites axiológicos impostos à norma pela boa-fé, na forma do artigo 187 do mesmo diploma.

Assim, discorda-se da posição de Daniel Dias de que haveria no Direito Civil brasileiro uma lacuna, decorrente da ausência do reconhecimento de “uma situação jurídica passiva titularizada pela parte lesada a prescrever-lhe o afastamento ou redução do próprio prejuízo a fim de adequar a solução de restrição do direito à indenização que é reiteradamente propugnada”, lacuna essa que deveria ser suprida pelo reconhecimento do que ele denomina encargo de evitar o próprio dano.⁶⁵² O ônus da mitigação de danos, conforme demonstrado, embora não tenha sido expressamente positivado no diploma civil brasileiro, é solução legal, quer porque decorrente do comportamento de boa-fé prescrito aos contratantes, quer porque resultado da eficácia inibitória do abuso do direito.

No entanto, o tema da necessidade de positivação da regra de mitigação de danos, porque comum em outros ordenamentos, não poderia deixar de ser abordado.

⁶⁵¹ LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 172.

⁶⁵² DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 123.

Portanto, cabe esta breve nota indicando o entendimento de que a positivação da regra de mitigação de danos poderia, sim, ter suas vantagens. Em primeiro lugar, a positivação superaria qualquer debate que haveria sobre a possível insegurança jurídica causada pelo afastamento da regra de que a indenização se mede pela extensão do dano, sem qualquer consideração quanto ao comportamento da vítima. Em segundo lugar, facilitaria o processo decisório, dispensando a atenção, hoje necessária, aos requisitos materiais e procedimentais para que as regras dos artigos 402 e 944 do Código Civil pudessem ser superadas pela aplicação direta do princípio da boa-fé. Em terceiro lugar, porque promoveria o conhecimento e, idealmente, a correta aplicação dos critérios da regra de mitigação de danos, dentre eles, por exemplo, a razoabilidade da conduta do credor da indenização e o ônus da prova de sua inobservância.

Contudo, não se pode igualmente deixar de reconhecer que a positivação da regra de mitigação de danos reforçaria apenas o modelo de regulamentação por *fattispecie*, através da casuística e tipificação de condutas individualizadas, aplicadas através do processo de subsunção. Como debatido na Seção 3.3, essa positivação afastar-se-ia do modelo de operabilidade idealizado por Miguel Reale para o Código Civil.

Acredita-se que, ao final, o balanceamento desses argumentos favoráveis e contrários à positivação dependerá, em grande medida, da maneira como, mais ou menos acertada, a jurisprudência brasileira for capaz de construir o instituto. Espera-se que a ausência de positivação não sirva, ao contrário do intento original do Código, para que a regra de mitigação de danos venha a ser distorcida, mas sim para garantir, como ansiado, maior concretude ao direito. É nesse contexto que, se passa, portanto, à avaliação das decisões judiciais brasileiras a respeito da regra de mitigação de danos.

5 A APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DANOS NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme exposto no Capítulo anterior, demonstrou-se que a mitigação de danos pelo próprio credor da indenização, do ponto de vista doutrinário, poderia ser admitida como um ônus decorrente do princípio da boa-fé objetiva, implicando a não indenização dos danos que, embora decorrentes diretamente do inadimplemento, poderiam ter sido razoavelmente evitados pela ação ou omissão do credor. Permitir que a indenização se medisse integralmente pela extensão do dano, ainda que esse fosse evitável, equivaleria a dar guarida ao exercício abusivo do direito à indenização.

Como se verificou, essa hipótese teórica, embora respaldada em sólidas lições sobre o princípio da boa-fé e o abuso do direito, ainda possui pouco respaldo doutrinário específico, em razão do reduzido número de estudos sobre o tema no Brasil. É indispensável, portanto, sua confirmação no posicionamento jurisprudencial, tanto para se compreender sua efetiva aceitação no Direito Brasileiro, quanto para se investigar seus fundamentos e sua extensão.

Aliás, sendo a boa-fé o fundamento da regra de mitigação de danos, como se concluiu, este trabalho jamais poderia ser finalizado sem o exame das decisões judiciais relacionadas ao tema. Como diversas vezes mencionado, o princípio da boa-fé, por possuir alto grau de abstração, só pode ser concretizado à luz do caso concreto, de modo que qualquer estudo sobre ele só faz sentido se observada sua aplicação para a solução de problemas reais complexos, em suas especiais circunstâncias e particularidades. Conforme alerta Larenz, a solução segundo a boa-fé, embora determinável em sentido objetivo, é uma resolução tomada segundo uma medida que necessita de concreção e, portanto, deve ter em conta o paradigma do caso concreto.⁶⁵³

5.1 A Aceitação e a Fundamentação

Partindo-se do exame do posicionamento dos Tribunais Superiores, não foi

⁶⁵³ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 143.

identificada nenhuma decisão a respeito do tema pelo Supremo Tribunal Federal,⁶⁵⁴ tendo sido localizada uma única decisão do Superior Tribunal de Justiça a abordar expressamente, em matéria contratual, o tema da mitigação de danos pós-inadimplemento. O acórdão foi prolatado em Recurso Especial julgado pela Terceira Turma, sob a relatoria do Ministro em exercício Vasco della Giustina, então atuando na qualidade de Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.⁶⁵⁵

O caso envolvia o inadimplemento, por parte do promitente comprador, do compromisso de compra e venda de imóvel. Em outubro de 2002, o promitente vendedor ingressou com ação de reintegração de posse, cumulada com pedido de indenização pelo período de privação da fruição do imóvel, entre a data do início do inadimplemento em 1994 e a data da efetiva reintegração de posse em 2003. Ocorre que, nesse intervalo, um fato marcante aconteceu: o imóvel foi abandonado pelo promitente comprador em setembro de 2001,⁶⁵⁶ sem que sua desocupação tenha sido formalmente comunicada ao promitente vendedor. Embora ambos os pedidos tenham sido providos, a propositura da demanda foi considerada tardia e a indenização foi reduzida, não para excluir do cálculo o longo período de sete anos em que o autor, a despeito do inadimplemento, não promoveu a ação de reintegração de posse, mas sim para fixar o termo final da indenização na data de abandono do imóvel e não na data da efetiva reintegração de posse.⁶⁵⁷

A decisão do Superior Tribunal de Justiça foi exclusivamente baseada na teoria do *duty to mitigate the loss*, como um efetivo “dever de mitigar o prejuízo sofrido”, decorrente exatamente do princípio da boa-fé objetiva. Segundo a decisão:

Assim, a boa-fé objetiva afigura-se como *standard* ético-jurídico a ser observado pelos contratantes em todas as fases contratuais. Ou seja, durante as diversas etapas do contrato, a conduta das partes deve ser pautada pela probidade, cooperação e lealdade.

Destarte, a boa-fé objetiva é fonte de obrigação que permeia a conduta das partes a influir na maneira em que exercitam os seus direitos, bem como no modo em que se relacionam entre si. Neste rumo, a relação obrigacional deve ser desenvolvida com o escopo de se preservarem os direitos dos contratantes na

⁶⁵⁴ O que, em teoria, seria possível em vista dos preceitos constitucionais que asseguram o direito à reparação de danos, insertos no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

⁶⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 758.518/PR da Terceira Turma, Brasília, DF, j. em 17 jun. 2010.

⁶⁵⁶ Havia discussão sobre o abandono ter ocorrido ainda antes, em dezembro de 1999, mas a data acolhida pelo Tribunal foi setembro de 2001.

⁶⁵⁷ Consta do acórdão recorrido: “Embora este [promitente comprador] não a procurasse [promitente vendedora] ou não a notificasse formalmente para restituir-lhe a posse do apartamento, ela estava adstrita a agir, ou ai menos justificar nos autos a sua inércia, a demora em verificar o imóvel e adotar uma posição de defesa eficiente dos seus interesses e, assim, evitar o agravamento do dano. [...] Como a demora deve ser debitada à apelante, é de se excluir do ressarcimento a privação do uso por um ano [...]”.

consecução dos fins avençados, sem que a atuação das partes infrinja os preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

Com esse entendimento, avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo, ou, no direito alienígena, *duty to mitigate the loss*: as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Desse modo, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade.

Se entendida a expressão “dever” em sentido lato, o acórdão em questão ilustraria que as conclusões apontadas neste trabalho quanto à aceitação e fundamentação da regra de mitigação de danos seriam acertadas. No entanto, as delimitações oportunamente feitas ao instituto não podem ser olvidadas. De um lado, o caso em questão talvez não seja o melhor exemplo de uma regra pura de mitigação de danos. De outro, a decisão não explora com clareza se a indenização foi reduzida pela tardia resolução do contrato, pela falta de diligência em acompanhar a situação do imóvel, ou se pela simples demora na propositura da ação judicial, sendo que, nessa última hipótese, a mitigação de danos poderia ser confundida com a figura da *suppressio*. Explicam-se ambas as conclusões.

Primeiramente, o caso envolve o agravamento de prejuízos decorrentes do inadimplemento do contrato, sob a modalidade do prolongamento da privação da fruição do imóvel pelo promitente vendedor por sua própria omissão. O agravamento do prejuízo por conduta da vítima, conforme mencionado na Seção 3.2.2, é sempre uma hipótese em que mitigação de danos e concausalidade tangenciam-se. A despeito de posicionamento aqui esposado de que a efetiva identidade entre as soluções propostas por ambos os fundamentos apenas existe quando o agravamento do dano é produzido por uma conduta comissiva da vítima – o que não seria o caso em questão, em que houve uma inação⁶⁵⁸ – esse definitivamente não é o exemplo mais emblemático de redução indenizatória por falha na mitigação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento, pois enfatiza a não majoração dos prejuízos ao invés de sua efetiva redução.

⁶⁵⁸ Note-se, porém, que a equivalência entre a mitigação de danos e a concorrência de responsabilidade da própria vítima havia sido ventilada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, prolator do acórdão confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Segundo a decisão recorrida: “Ao lado do fundamento da boa-fé objetiva, um dos requisitos da própria responsabilidade civil, o nexo de causa e efeito, bastaria para justificar a imputação do agravamento à própria vítima, ao menos nas relações de consumo: a mesma razão que preside a culpa concorrente ou exclusiva da vítima na definição do dever de indenizar está presente no agravamento do dano. Também aqui há um dever de abstenção ou de agir, conforme o caso, para que os danos não desbordem de um ordem natural atrelada à respectiva causa originária, imputável ao ofensor, mais ainda nas relações de consumo, em que a proteção do consumidor constitui um dos princípios fundamentais no Código do Consumidor e que, como desdobramento, não isente o fornecedor de responsabilidade ainda que o consumidor proceder (sic) com culpa.”

Além disso, a decisão não deixa claro se a redução da indenização se fundamentou na demora da resolução do contrato, após o inadimplemento do promitente comprador, no descaso do promitente vendedor em apurar a situação do imóvel – hipóteses em que a aplicação da regra de mitigação seria mais adequada – ou se, uma vez resolvido o contrato, na demora para o ajuizamento da ação de reintegração de posse – hipótese em que, como aqui defendido, a mitigação de danos deveria ceder lugar à aplicação de outra caracterização típica do abuso do direito, a figura qualificada da *suppressio*.

Como regra, tende-se a concordar com Daniel Dias que casos envolvendo o exercício tardio do pedido de indenização – dentre eles, o autor cita expressamente esse Recurso Especial – deveriam ser solucionados pela aplicação da teoria da *suppressio* e não pela regra de mitigação de danos. Segundo o autor, a inadequação da teoria da mitigação de danos a um caso de exercício tardio do direito à indenização decorre do fato de que “a concepção de que o credor deve exercer sua pretensão em determinado período de tempo inferior ao prazo prescricional contende com a própria noção de direito e com as normas de prescrição”.⁶⁵⁹ A mera razoabilidade de a demanda ser proposta em um intervalo de tempo mais curto parece-nos pouco para que se reduza ou afaste o pedido de indenização se esta demanda for proposta dentro do prazo prescricional. O transcurso do tempo entre inadimplemento e o exercício do pleito indenizatório, acrescido à demonstração da efetiva confiança criada no devedor não são requisitos para a aplicação da regra de mitigação de danos, mas o são – e, portanto, deveriam ser sido examinados – para a aplicação da teoria da *suppressio*.

Contudo, embora se concorde, em teoria, com o posicionamento de Daniel Dias pelas razões já expostas, o Recurso Especial em questão é de difícil enquadramento. Isso porque, embora o Tribunal tenha sopesado expressamente que o exercício pretensamente tardio do direito de ação vis-à-vis o fato de a ação ter sido proposta dentro do prazo prescricional, aparentemente relativizando o segundo, a redução da indenização não se deu simplesmente pela demora na propositura da demanda, mas pela “ausência de zelo [do credor] com o seu patrimônio”. Vale destacar que a indenização não foi excluída por todo esse período de aparente demora no ajuizamento da ação, mas apenas pelo período de aproximadamente um ano entre o abandono do imóvel e o ajuizamento da demanda. Assim, apesar das considerações quanto ao exercício tardio do direito de ação expressamente feitas, a decisão parece ter valorado mais o fato de o credor da indenização

⁶⁵⁹ DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 134.

não ter acompanhado a situação do imóvel, quase que como afirmando que a privação da fruição do imóvel não mais poderia ser imputada ao devedor após o abandono do imóvel.

Porque a medida mitigatória esperada da vítima do dano era mais do que simplesmente o exercício do direito de acionar o devedor para cobrança da indenização, acredita-se que faz sentido a distinção criada por Christian Lopes entre esse Recurso Especial e outros casos de simples exercício tardio do direito de ação. Para Christian Lopes, a regra também deve ser de que “o credor poderá exercer seu direito a obter indenização por perdas e danos [...] a qualquer tempo” dentro do prazo prescricional.⁶⁶⁰ Porém, neste caso específico, o cálculo indenizatório, baseado na dedução apenas de um ano do período total de privação da fruição do imóvel, indica que a violação à regra de mitigação de danos foi verificada, na verdade, na inércia do promitente vendedor em não acompanhar a situação do imóvel e não retomá-lo prontamente depois de seu abandono.⁶⁶¹

Fica evidenciado, portanto, que embora esta seja, sobremaneira, uma decisão relevante capaz de demonstrar a aceitação e a fundamentação da regra de mitigação de danos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sua aplicação a um caso de não agravamento do dano – o que o aproxima da responsabilidade concorrente da vítima – com forte debate sobre o ajuizamento tardio da demanda indenizatória – o que se relaciona à figura da *suppressio* – demonstra que talvez não seja esse o melhor exemplo da aplicação da regra da mitigação de danos no Brasil.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, a discussão de mitigação de danos também já surgiu incidentalmente, não como principal fundamento do recurso, e, do mesmo modo, sem tratar de um caso mitigatório típico, mas sim de um pretense exercício tardio de um direito, caso típico de *suppressio*. O argumento apresentado pela empresa reclamada foi, basicamente, o de que a propositura tardia de reclamação trabalhista requerendo estabilidade por doença ocupacional constituiria abuso do direito e violação ao dever de mitigar danos, porque o reclamante nada teria alegado quanto à permanência de suas condições médicas durante o período de afastamento ou logo após o seu fim. Embora sem se aprofundar sobre a regra de mitigação de danos, o Tribunal Superior do Trabalho, na mesma linha da decisão recorrida, simplesmente reafirmou o posicionamento de que “o ajuizamento da reclamação trabalhista, após o término do período estabilitário, desde que, por óbvio, não tenha transcorrido o prazo prescricional, não exclui o direito do trabalhador

⁶⁶⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 231.

⁶⁶¹ *Idem*, p. 229.

ao recebimento da indenização substitutiva”.⁶⁶² Absolutamente acertada, portanto, a decisão, desvinculando a mitigação de danos da *suppressio*. Embora não tenha adentrado nos requisitos típicos da *suppressio*, o Tribunal privilegiou a regra geral dos prazos prescricionais, não impondo à prescrição limitações em decorrência da boa-fé.

Assim, considerando esses parcos precedentes das mais altas instâncias do Judiciário Brasileiro, não se pode afirmar, pois, que os Tribunais Superiores já reconheçam a figura de mitigação de danos como regra de responsabilidade contratual cível em nosso ordenamento.

O posicionamento da Segunda Instância, no entanto, é bastante mais abrangente. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora se verifique uma forte tendência a identificar as figuras da *suppressio* e a regra de mitigação de danos,⁶⁶³ o que é equivocado como já demonstrado, e em outra situação tenha se oposto a teoria de mitigação de danos contra o próprio devedor inadimplente,⁶⁶⁴⁻⁶⁶⁵ recorrendo-se

⁶⁶² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1454-21.2011.5.06.0201 da Segunda Turma, Brasília, DF, j. em 6 nov. 2013.

⁶⁶³ Note-se que a mitigação de danos vem sendo utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como sinônimo da *suppressio* na apreciação de ações de resolução de contrato por inadimplemento de compromisso de compra e venda de imóvel, cumuladas com reintegração de posse, o que se entende equivocado. Em alguns casos, a sinonímia aparece mais como um recurso retórico, na medida em que o Tribunal foi efetivamente cauteloso a exigir de que a prolongada inação de uma das partes efetivamente tenha criado na outra parte a confiança de que determinado direito não seria mais exigido. Nesse sentido, caso em que a demora no ajuizamento de ação pelo credor gerou em terceiros a percepção de inexistência de dívidas e regularidade do imóvel: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0054722-45.2010.8.26.0224 da Primeira Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 14 ago. 2012 – “[...] porém, diante da peculiaridade do caso, devido à inércia da apelada em tomar providências para reaver o bem, fazendo supor a inexistência de qualquer débito pendente, o que atingiu valor astronômico, por sua culpa [...]”. Noutros casos, contudo, a confiança como requisito para aplicação da *suppressio* foi prescindida ou deixou de ser expressamente avaliada: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0273937-50.2009.8.26.0000 da Primeira Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 23 jul. 2013; e (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0000974-59.2004.8.26.0596 da Primeira Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 23 jul. 2013. Nesses dois casos, o exercício do direito de ação não foi considerado tardio, razão pela qual se concluiu que não teria havido violação ao “dever de mitigar o próprio prejuízo”. Porém, a avaliação por meio do mero filtro da razoabilidade, sem os demais critérios da *suppressio*, poderia levar a conclusões contrárias em outras circunstâncias.

⁶⁶⁴ O caso em questão envolvia o descumprimento da obrigação pela empresa de transporte em aceitar o embarque de dois passageiros que “momentaneamente” não teriam localizado seus respectivos bilhetes. Apesar de serem os passageiros os credores da indenização, segundo a decisão: “a ré poderia e dever agir no sentido de tentar mitigar a perda dos autores (*duty to mitigate the loss*) que, apesar de temporariamente desprovidos de suas passagens, portavam a todo tempo o respectivo comprovante de venda dos bilhetes (fls. 19), documento que poderia ter sido facilmente utilizado por um dos prepostos da transportadora para averiguar a efetiva existência do negócio jurídico entabulado entre partes”. A regra de mitigação de danos foi utilizada aqui como um sinônimo inadequado talvez de uma falha de dever de cooperação, com a qual genericamente não se confunde. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9233486-58.2008.8.26.0000 da Décima Primeira Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 30 ago. 2012).

⁶⁶⁵ O que não é uma exclusividade do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Cf. também: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação nº 0125055-12.2004.8.12.0001 da Terceira Câmara Cível, Campo Grande, MS, j. em 21 set. 2009.

desnecessariamente à regra para fundamentar a conclusão inócua de que o cumprimento da obrigação pelo devedor é sempre o melhor modo de evitar os prejuízos ao credor, outras decisões interessantes vêm sendo prolatadas.

Uma delas envolve um acidente causado pelo desnível entre a pista e o acostamento da Rodovia Raposo Tavares, o que causou o capotamento de um caminhão que pretendia parar no acostamento.⁶⁶⁶ Em razão do acidente, o motorista e proprietário do caminhão pleiteou indenização por danos materiais, correspondente ao valor necessário para conserto do veículo; indenização por lucros cessantes, correspondente ao período de cinco meses em que o veículo teria ficado indisponível para utilização; e indenização por danos morais. A discussão quanto à mitigação de danos cingiu-se à segunda verba indenizatória, porque, no entendimento do Tribunal, seria injustificável a demora de mais de cinco meses para que o caminhão fosse efetivamente submetido ao conserto.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a existência da regra de mitigação de danos decorrente do princípio da boa-fé objetiva. Embora não tenha chegado a afirmar que a mitigação de danos seria propriamente um ônus, o acórdão deixa claro que o credor não está obrigado a mitigar os seus prejuízos, mas não poderá recobrá-los de sua contraparte se optar por não agir diligentemente. O critério de razoabilidade para aferição da exigência da medida mitigatória também se encontra presente na decisão, critério que não foi confundido com a criação da confiança ou da justa expectativa no devedor de que o credor teria renunciado ao seu direito de indenização. Pela adequação desses conceitos, transcrevem-se os principais trechos do acórdão:

É de se convir que a morosidade no conserto do veículo não pode militar em favor do autor, pois, ainda que se tratasse de grandes avarias no caminhão a demora de mais de 5 (cinco) meses não pode beneficiar quem não demonstrou nenhum motivo razoável para este atraso exagerado.

Em outras palavras, o autor não poderá ser ressarcido pelos 5 (cinco) meses que esteve parado o caminhão, reputando-se como razoável que, tivesse ele adotado comportamento esperado de quem se encontra alijado de sua ferramenta de trabalho, certamente que em 1 (um) mês o reparo já teria se concluído, sendo, a partir daí, devidos os lucros cessantes apenas por este período que se reputa como suficiente para o conserto do veículo.

Aliás, inexplicável o fato do acidente ter ocorrido em junho de 2003, e as notas fiscais para aquisição das peças e reparos do veículo só ter ocorrido em novembro de 2003 (fls. 34), não podendo o autor se beneficiar de sua própria letargia, uma vez que competia a ele o dever de mitigar o seu próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), sem, com isso, conceder-lhe os lucros cessantes por todo o período, senão pelo atraso de 1 (um) mês. [...]

Não se olvide que a demora do autor no conserto do veículo não poderá militar

⁶⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0096029-40.2008.8.26.0000 da Nona Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 7 nov. 2012.

em seu favor, ainda mais quando nenhum motivo razoável se encontra apresentado nos autos para que o reparo do seu caminhão tenha permanecido por mais de 5 (cinco) meses parado e, o que é pior, quer que por todo este período sejam pagos lucros cessantes.

Tivesse o autor permanecido com seu veículo no conserto por 1, 2, 3 ou 4 anos, estaria o DER devedor obrigado a indenizá-lo pelo período que esteve parado, mais especificamente quanto aos lucros cessantes? Certamente que não. O que se quer fazer aclarar com este **realce exagerado e extravagante é o fato de que o devedor da indenização não poderá estar refém do credor, quanto ao pagamento de lucros cessantes, e indenizá-lo por todo período que o próprio credor ficou inerte quanto à imprescindível reparação de seu veículo pesado que é objeto de seu sustento, pois motorista profissional e supostamente dependente do rápido conserto para o retorno a suas atividades no transporte de bens.**

A ponderação que se faz neste aspecto é que o autor até poderia ter demorado 5 (cinco) meses ou 4 (quatro) anos para o conserto do seu veículo avariado, não é este o ponto fulcral a ser esclarecido. Contudo, em contrapartida, o que não se mostra minimamente razoável é que o DER tenha que pagar os lucros cessantes por todo este período que o próprio autor deu causa pela demora atribuída a seu próprio comportamento de não mitigar o mais rápido possível o prejuízo em questão.

Releva considerar o que dito pelos estudiosos do direito civil, reunidos nas Jornadas do Conselho da Justiça Federal e do Centro de Estudos Jurídicos do CJF, coordenado pelo ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que enunciaram o seguinte: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” (Enunciado 169). [...]

Destarte, feitas essas digressões acerca da aplicação deste dever anexo ao princípio da boa-fé objetiva, qual seja, a imposição ao credor da necessária mitigação do seu próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*) [...]. (grifos no original).

Cabem apenas dois breves apontamentos sobre o acórdão em questão. Embora tão adequado na aplicação da teoria de mitigação de danos, os Desembargadores enfatizaram, exatamente de modo a sustentá-la, que o comportamento segundo a probidade e a boa-fé seria esperado das partes “ainda que se trate [no caso] de responsabilidade civil extracontratual”. Deliberadamente excluiu-se do objeto deste trabalho a investigação sobre a existência do dever de mitigação de danos à luz da responsabilidade extracontratual, o que é controvertido,⁶⁶⁷ embora também possa encontrar uma alternativa à luz do abuso do direito. Contudo, cabe observar que a utilização da justificativa, no caso, era dispensável, porque a relação entre a concessionária do serviço público e seu usuário é de natureza contratual,⁶⁶⁸ muito embora (i) não se discuta propriamente o inadimplemento da prestação

⁶⁶⁷ Note-se que o próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestou no sentido de que a mitigação de danos seria uma regra aplicável apenas à responsabilidade contratual e não à extracontratual. Cf.: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0020863-12.2001.8.26.0577 da Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 29 ago. 2012.

⁶⁶⁸ Nesse sentido: “RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA 2. SEÇÃO. RISTJ, ART. 9º, § 2º, “III”.

principal, mas sim de dever anexo de segurança e proteção; e (ii) tal caracterização seja irrelevante em vista da aplicação da regra de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁶⁹

Ademais, embora corretamente aplicada a teoria da mitigação dos danos ao caso concreto, numa situação de fato adequada, não se pode deixar de reconhecer que idêntica solução poderia ter sido alcançada pela letra do artigo 402 do Código Civil, segundo o qual os lucros cessantes só devem abranger o que a vítima “razoavelmente deixou de lucrar”. Por conseguinte, entende-se que a regra de mitigação de danos funcionou aqui como um fundamento complementar à regra dos lucros cessantes, talvez trazendo mais clareza sobre uma hipótese em que os lucros cessantes devem ser afastados definitivamente por sua irrazoabilidade. Ainda assim, apesar dos seus inúmeros acertos, o caso em questão ainda não reflete uma aplicação pura da regra de mitigação de danos no Direito Brasileiro.

Talvez um dos julgados identificados que melhor esclareçam a aplicação da teoria da mitigação de danos na responsabilidade contratual seja o da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, prolatado em ação de indenização por danos materiais, promovida por supermercado em razão do inadimplemento do contrato de reforma de suas instalações elétricas firmado com empresa especializada.⁶⁷⁰ O autor alegou que teria contratado os serviços da empresa especializada na área de energia para realização de ajustes em suas instalações elétricas, visando a obter redução em suas contas de consumo de energia. Pelo contrato firmado, a prestadora de serviços contratada deveria proceder às alterações estruturais necessárias na rede elétrica do cliente e, então, comunicar a Light sobre a reforma realizada, para que o contratante pudesse passar a usufruir dos descontos. Ocorre que, durante seis meses, o cliente não recebeu os descontos e, somente então, entrou em contato com a prestadora de serviços

- A obrigação das empresas concessionárias de serviços públicos de indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, a despeito de ser governada pela teoria do risco administrativo, de modo a dispensar a comprovação da culpa, origina-se da responsabilidade civil contratual.

- O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ao definir as áreas de especialização dos seus órgãos judiciários, atribui à Segunda Seção competência para processar e julgar feitos relativos à responsabilidade civil (art. 9º, § 2º, III).

- Conflito conhecido. Competência da Segunda Seção.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 29388/RS da Corte Especial, Brasília, DF, j. em 7 nov. 2001).

⁶⁶⁹ “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.”

⁶⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 2008.001.45909 da Décima Sexta Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 16 set. 2008.

para comunicar a situação. Apesar de a prestadora de serviços garantir que já havia feito a comunicação necessária à Light, fato é que, no mês seguinte ao contato do supermercado, os descontos passaram a ser aplicados.

Os Julgadores entenderam que, embora estivesse caracterizado o dever de indenizar por descumprimento de obrigação contratual, a demora do autor em comunicar à prestadora de serviços que os descontos não estavam sendo aplicados deveria ser considerada para fins da apuração do valor da indenização. Note-se que, neste caso, o dano está diretamente relacionado ao descumprimento de uma obrigação específica prevista no contrato, havendo nexo causal direto entre o inadimplemento e o prejuízo, sem concorrência de responsabilidade da vítima. Ademais, por se tratar de dano emergente e não propriamente de lucros cessantes, a regra de razoabilidade prevista na parte final do artigo 402 do Código Civil – útil ao caso anterior – não socorreria aqui o contratante inadimplente.

Entendendo que a mitigação de danos seria um reflexo da boa-fé objetiva, a indenização foi reduzida para abranger apenas os primeiros três meses após a reforma, durante os quais os descontos não foram auferidos, prazo esse que seria razoável para que o contratante tomasse conhecimento do fato e o comunicasse à prestadora de serviços. Observe-se:

Passando ao mérito, que de certa forma já foi enfrentado acima, penso que seja inegável o dever de indenizar ante a clara falta do serviço, consistente no esquecimento de fazer à Light a comunicação de que promovidas as mudanças na rede elétrica, a partir do que seria subtraído o adicional pela energia reativa excedente.

Todavia, põe-se para a fixação do *quantum debeatur* uma questão nova e polêmica, que nasce do item 27 da contestação, onde brada a ré contra a falta de qualquer notícia, ao longo de seis meses, seja proveniente do autor quanto da Light, no sentido da inexistência da comunicação de conclusão dos trabalhos. E a questão que se coloca a partir daí é saber se tinha o supermercado autor o dever, após receber a primeira e a segunda cobranças de energia reativa, de avisar à prestadora de serviços, para que esta contactasse a Light e remediasse eventual falha de comunicação. Em outras palavras, poderia o autor aguardar indefinidamente o envio de novas e novas cobranças pela energia reativa para depois de muitos anos, respeitada a prescrição, cobrar da prestadora de serviços, que de nada sabia, o quanto despendeu ao longo deste período? [...]

Como entrevisto das ementas, por derivação do direito norte-americano e do direito europeu tem a moderna doutrina civilista procurado adaptar ao ordenamento jurídico nacional o dever de mitigar o prejuízo, tese consagrada no Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, que consagrou a idéia de que “o Princípio da Boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.” [...]

A aplicabilidade desta lógica ao direito brasileiro, como mencionado das ementas acima, está hoje autorizada pelo art. 422 do Código Civil, que impõe a interpretação do contrato segundo a boa-fé objetiva, em um dever recíproco de cooperação entre as partes, próprio da natureza do contrato

como relação processual, destacada por Clóvis do Couto e Silva e Judith Martins Costa.

Não obra eticamente, ou com boa-fé, o credor que vê aumentar o prejuízo do devedor, embora a limitação deste pudesse ser por ele controlada por ato seu, ainda mais quando este não dependa de nenhum esforço econômico ou acima de suas forças.

Penso ser este o caso dos autos. Embora tenha o autor recebido a primeira cobrança de energia reativa, bem como a segunda e a terceira, somente se comunicou com o réu seis meses após a prestação dos serviços, fazendo com que o prejuízo alcançasse período muito superior ao efetivamente necessário.

Bastaria ao demandante, quando da primeira ou da segunda cobrança, avisar à empresa ré, e assim lograria reduzir o tanto exigido pela empresa concessionária, porquanto detectada a falta de comunicação se esmeraria a ré em proceder da forma como procedeu, ou seja, renovando a comunicação de que prestado o serviço. (grifos nossos).

Por fim, apesar de os julgados anteriores demonstrarem uma tendência de aceitação da mitigação de danos pelo credor, mesmo em face do inadimplemento do outro contratante, ainda existem posições contrárias. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, afastou o dever de mitigação de danos numa ação em que o locador, em razão das más condições em que o imóvel foi devolvido pelo locatário, permaneceu por certo período impossibilitado de dele fruir ou de encontrar um novo inquilino, o que lhe daria direito à indenização pelos lucros cessantes.⁶⁷¹ O pedido foi acatado.⁶⁷² Ao argumento do antigo locatário de que o valor da indenização deveria ser reduzido à razão de 50% em razão da regra de mitigação de danos,⁶⁷³ o Tribunal optou por rejeitá-lo não por irrazoabilidade ou por entender que o locador havia agido diligentemente, mas sim porque seria “inviável o reconhecimento da boa-fé objetiva [do locador] diante da conduta do réu que em processo distinto consistente em ação de despejo por falta de pagamento não contestou a lide e abandonou o imóvel em estado precário”.

Em razão de todo o exposto na Seção 4.1.3, o fundamento da decisão parece inadequado: o inadimplemento por parte de um dos contratantes não deve ser compreendido como um salvo conduto ao credor para retaliação ou, ainda, para que ele deixe de observar os ditames da boa-fé objetiva. O levantamento realizado indica, porém, que essa seja uma decisão isolada, permanecendo a tendência de aceitação da regra, ainda que sua invocação como defesa pelo devedor da indenização seja, por vezes, afastada em vista das circunstâncias do caso concreto.

⁶⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0261839-25.2009.8.19.0001 Decisão Monocrática do Rel. Des. Guaraci de Campos Vianna da Décima Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 19 set. 2013.

⁶⁷² A decisão não é clara sobre o período de apuração dos lucros cessantes, afirmando que o valor seria apurado em liquidação de sentença.

⁶⁷³ Também não há clareza de como o percentual foi definido pelo réu locatário.

5.2 As Medidas Mitigatórias e sua Razoabilidade

A primeira surpresa vinda da avaliação da jurisprudência é a de que a realização de uma operação substitutiva – a principal medida mitigatória reconhecida no direito estrangeiro – não tem encontrado no Direito Brasileiro o mesmo desenvolvimento. De uma avaliação inicial, não se identificou um único acórdão que tenha examinado expressamente se e como a contratação de um novo fornecedor para suprir o inadimplemento do contratante original poderia funcionar como uma medida de mitigação de danos, o que causa estranheza mesmo pelo disposto nos artigos 249 e 251 do Código Civil.

Pela referência de Christian Lopes,⁶⁷⁴ verificou-se discussão travada perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo a aquisição de maquinário que se mostrou defeituoso.⁶⁷⁵ Após a tentativa frustrada de conserto do equipamento, as partes negociaram a venda de outro, de qualidade superior. Porém, entre a data do contrato de compra e venda original e a data de entrega efetiva do novo equipamento, passaram-se quatro meses sem que a compradora pudesse utilizar o maquinário, o que lhe causou grandes prejuízos. No bojo da discussão de lucros cessantes devidos pela vendedora durante esse período, o Tribunal entendeu que o pleito indenizatório não poderia ser aceito porque “caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação de serviço com outra empresa, no afã de substituir a máquina danificada”. Por não conseguir desincumbir-se do ônus da prova, a indenização foi afastada.

Christian Lopes critica a decisão porque, ao avaliar a regra de mitigação de danos, o Tribunal acabou impondo ao credor inadimplido o ônus de comprovar a adoção de todas as medidas mitigatórias, quando tal ônus, na verdade, caberia ao réu inadimplente.⁶⁷⁶ No entanto, a decisão apenas demonstra que a razoabilidade da apuração dos lucros cessantes, cujo ônus da prova cabe ao autor, assim como a razoabilidade da conduta mitigatória, cujo ônus da prova cabe ao réu, podem, por vezes, se confundir.

A despeito do pouco desenvolvimento da relação entre mitigação de danos e

⁶⁷⁴ LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 247.

⁶⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70025609579 da Quinta Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 20 mai. 2009.

⁶⁷⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 248.

a realização de operações substitutivas, a jurisprudência brasileira também vem reconhecendo outras medidas razoáveis para a mitigação de danos. Em contratos bancários, em especial o de manutenção de conta corrente, discute-se, por exemplo, se a própria comunicação entre as partes⁶⁷⁷ não seria uma medida mitigatória adequada, como nos casos em que há descumprimento da obrigação contratual do correntista de adotar as formalidades necessárias para o encerramento da conta (inadimplemento do correntista), gerando um acúmulo de cobrança de tarifas durante prolongado período de inatividade (dano sofrido pelo banco).

Em decisão a respeito,⁶⁷⁸ o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que, a despeito do inadimplemento de obrigação secundária do correntista, que comunicou apenas verbalmente, mas não por escrito, o encerramento da conta, o banco credor estaria adstrito a mitigar seus próprios prejuízos, o que poderia ter sido feito através do envio de comunicação formal ao correntista após um período reduzido de inatividade da conta.⁶⁷⁹ Assim, a despeito da falha do correntista, o banco pode, de maneira simples e ágil, tomar medidas para evitar o agravamento do seu dano.⁶⁸⁰

Vale destacar, no entanto, que casos puros de inadimplemento do dever de informar pelo banco, sem prévio inadimplemento de obrigação secundária pelo próprio correntista (v.g., quando há correta formalização do pedido de encerramento da conta), podem gerar responsabilidade pura do banco por falha na prestação de serviço, mas deixam de tratar da regra de mitigação de danos (inadimplemento do banco e dano sofrido por ele próprio).⁶⁸¹ Nesse sentido, equivocada a fundamentação na mitigação de danos, invocada

⁶⁷⁷ A exemplo do já citado caso de contratação de serviços para reforma de rede elétrica: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 2008.001.45909 da Décima Sexta Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 16 set. 2008.

⁶⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0017135-02.2011.8.26.0564 da Décima Nona Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 6 ago. 2012.

⁶⁷⁹ Transcreve-se: “Assim, se por um lado a correntista se descurou do cuidado de solicitar formalmente (leia-se: ‘por escrito’) o encerramento da conta, a instituição financeira agiu com abuso de direito, gerando um ilícito que trouxe prejuízos ao consumidor. Regem-se as relações de consumo pelo princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III, do CDC), pela qual o fornecedor tem obrigação de cooperar com o consumidor no adimplemento do contrato em observância à eticidade que deve reinar nas relações jurídicas. Trata-se do dever de mitigar a perda ou ‘*duty to mitigate the loss*’, consagrado no Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil [...], inspirado no art. 77 da Convenção de Viena [...]”.

⁶⁸⁰ No mesmo sentido: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0005939-18.2012.8.19.0007 da Décima Terceira Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 5 nov. 2012; e (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado Apelação nº 002304-67.2012.8.19.0066 da Décima Oitava Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 26 mar. 2013.

⁶⁸¹ “Nesses casos, não há propriamente um inadimplemento do correntista e, em seguida, o ônus de que a instituição financeira o avise de tal fato. [...] A questão se situa, portanto, no terreno da boa-fé objetiva, mas não é pertinente à norma de mitigação, pois diz respeito ao cumprimento das obrigações contratuais da instituição financeira, devedora da prestação de serviços.” (LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 253).

pela mesma Décima Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em acórdão prolatado poucos meses antes.⁶⁸² Nesse caso, a correntista formalizou adequadamente o pedido de encerramento da conta, mas a instituição financeira, além de não encerrá-la, permitiu o acúmulo do débito pela contínua cobrança tarifária, inscreveu a correntista como má pagadora perante os órgãos de proteção ao crédito e, somente depois, enviou carta fornecendo novas instruções sobre o encerramento da conta. Trata-se de exemplo típico de responsabilidade exclusiva do banco por seus próprios prejuízos, já que ele próprio descumpriu seus deveres contratuais, não se aplicando a regra de mitigação de danos simplesmente porque não houve inadimplemento da correntista.⁶⁸³

Do mesmo modo, se não há inadimplemento do fornecedor de serviços bancários, mas sim do próprio consumidor que vem a sofrer o dano, estar-se-á diante de uma hipótese de responsabilidade exclusiva da vítima pelos seus próprios prejuízos e não uma hipótese de mitigação de danos (inadimplemento do correntista e dano sofrido por ele próprio). Nessa medida, equivocada a utilização da teoria para rejeitar o pedido de indenização do consumidor que demora a comunicar o extravio ou furto de cartão de débito ou crédito, levando à realização de saques ou compras por terceiros, porque tais prejuízos foram causados por inadimplemento por parte da própria vítima do dano e não por inadimplemento da instituição financeira.⁶⁸⁴ Eventualmente, poder-se-ia cogitar da defesa dos interesses do correntista pela teoria do risco da atividade da instituição financeira, atribuindo-lhe os prejuízos causados pela conduta ilegal de terceiros, mas, de qualquer forma, a regra da mitigação de danos não seria aplicável.

Interessante observar que a comunicação clara e eficiente entre as partes como técnica de mitigação de danos nem sempre é imposta contra o fornecedor, sendo, por vezes, aplicada contra o próprio consumidor ou contribuinte. A regra de mitigação de

⁶⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9190362-88.2009.8.26.0000 da Décima Nona Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 8 nov. 2011.

⁶⁸³ Confundido do mesmo modo violação de deveres contratuais ou anexos da instituição financeira sem inadimplemento do correntista com a figura da mitigação de danos, os seguintes acórdãos: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado na Apelação nº 0004654-12.2003.8.190037 da Décima Oitava Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 26 fev. 2013; (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70053435400 da Décima Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 8 mai. 2013; e (iii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0036181-12.2011.8.19.0001 da Vigésima Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 4 set. 2013.

⁶⁸⁴ Cf.: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70029284296 da Décima Oitava Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 25 jun. 2009; (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70032014458 da Décima Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 12 nov. 2009; (iii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70046086575 da Décima Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 26 abr. 2012.

danos vem sendo imposta contra os indivíduos que pleiteiam indenização por danos morais especialmente em casos de inscrição em cadastros de proteção ao crédito, seja em casos de responsabilidade contratual, extracontratual ou mesmo responsabilidade do Estado. É interessante notar que essas decisões não questionam o fato de que a inscrição indevida no rol de devedores é geradora, em teoria, de dano moral, que se caracterizaria *in re ipsa*. No entanto, os acórdãos reconhecem que os consumidores poderiam evitar o dano, seja esclarecendo o engano ocorrido à outra parte,⁶⁸⁵ seja adotando as medidas que eram efetivamente necessárias para se evitar ou excluir o apontamento prontamente,⁶⁸⁶ seja ainda informando diretamente o pagamento e requerendo a baixa da inscrição, especialmente se já havia ação judicial em curso.⁶⁸⁷

Ainda no âmbito das relações de consumo, os Tribunais também reconhecem que medidas absolutamente simples e triviais podem ser utilizadas para a mitigação de danos, especialmente danos morais, exemplos que, exatamente por sua simplicidade, são extremamente eloquentes. É o caso da ação de indenização promovida por passageira que, em viagem do Rio de Janeiro para São Paulo, alegou que o ônibus

⁶⁸⁵ Cf.: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70049320922 da Décima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 29 nov. 2012 – inscrição no rol de devedores do Fisco Municipal em razão de homonímia; e (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0004022-62.2011.8.19.0212 da Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 5 mar. 2013 – consumidora que contrai empréstimo bancário e não procura o banco para compreender por que razão as parcelas mensais não estavam sendo debitadas, apenas ingressando com a ação depois da negativação.

⁶⁸⁶ Cf.: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação nº 0000260-84.2011.8.12.0001 da Quarta Câmara Cível, Campo Grande, MS, j. em 6 dez. 2011 – empresa que, mesmo após quitação da dívida, não tomou as providências para excluir sua inscrição perante os órgãos de proteção do crédito; (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Interno na Apelação nº 0013779-05.2009.8.19.0001 da Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 7 fev. 2012 – autor que, apesar de ter ciência da cobrança de tarifas indevidas, nada faz até sua inscrição perante os órgãos de proteção do crédito; (iii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0125289-83.2010.8.19.0002 da Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 22 jul. 2013 – consumidora que assina contrato de empréstimo por erro, que não procura nulificá-lo, mas posteriormente pleiteia indenização por danos morais; e (iv) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70055653323 da Décima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 29 ago. 2013 – negativação indevida por companhia telefônica que é do conhecimento do autor, que não adota as medidas para sua exclusão, mas ajuíza ação de indenização por danos morais após negativa de empréstimo bancário.

⁶⁸⁷ Cf.: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70029093150 da Sexta Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 17 set. 2009 – atraso do Fisco em requerer extinção e baixa de execução fiscal após o pagamento parcelado da dívida; (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Interno na Apelação nº 0333687-09.2008.8.19.0001 da Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 6 dez. 2011 – consumidora que, após obter êxito em ação para exclusão de apontamento de seu pretenso débito, não executa a sentença, mas ingressa com nova ação de danos morais pela manutenção da negativação; e (iii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70052305695. Decisão Monocrática do Rel. Des. Marcelo Cezar Müller da Décima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 19 jan. 2013 – descumprimento de ordem judicial por companhia telefônica, pleiteando a autora indenização por dano moral apesar de não ter perseguido judicialmente o cumprimento da decisão.

estava em péssimas condições, com uma goteira exatamente sobre seu assento.⁶⁸⁸ Por ter chovido durante toda a viagem, a consumidora pleiteava indenização por danos morais. No caso, a empresa de transporte comprovou que o ônibus fez a viagem em questão com apenas 28 passageiros, ou seja, que existiriam 17 poltronas livres, de modo que a autora poderia ter simplesmente mudado de lugar. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acolheu a argumentação: “a empresa ré não deveria colocar em circulação ônibus com vedação precária, que não impede a entrada de água”, mas, ainda assim, “a autora poderia ter minimizado o alegado dano se tivesse simplesmente trocado de poltrona, já que o coletivo não estava lotado”.

Outra interessante decisão aplicando a mitigação de danos como não agravamento do prejuízo decorrente do inadimplemento do contrato veio em ação de indenização por danos materiais e morais promovida por consumidor contra a construtora que atrasou a entrega de apartamento, cuja venda foi compromissada ainda na planta.⁶⁸⁹ No caso, a mora da construtora foi reconhecida e, por meio da ação, determinou-se o cumprimento da obrigação de fazer, consistente na entrega do imóvel, sob pena do pagamento de multa mensal de 0,5% sobre o preço de venda. Não obstante o reconhecimento do não cumprimento tempestivo da obrigação contratual, o pedido indenizatório consistente nos “juros de mora e a correção monetária incidentes sobre o valor pago pelos móveis planejados adquiridos pelo autor, do efetivo desembolso até a efetiva entrega do imóvel” foi afastado. Segundo o Tribunal, a aquisição antecipada dos móveis, a despeito da ciência do autor sobre o atraso na entrega do imóvel, representaria uma violação ao dever de reduzir os seus próprios prejuízos:

Com efeito, percebendo o autor que a obra estava bastante atrasada não podia ter se adiantado e adquirido móveis planejados. Adotando esse procedimento, correu o risco de ver o dinheiro empenhado ficar imobilizado. Trata-se de um ônus imputável apenas ao autor, não sendo razoável utilizar o argumento do “atraso da obra” para justificar uma decisão afoita e mal pensada. Chancelar um pedido desse tipo significaria legitimar o enriquecimento sem causa.

Esse pedido contempla típica situação de atos contraditórios, e a boa doutrina a respeito do “*venire contra factum proprium*” defende que o credor tem o dever de mitigar o prejuízo do devedor. A teoria do “*duty to mitigate de loss*” foi consagrada no art. 77 da Convenção de Viena (1980) [...]

A douta jurista Vera Fradera Jacob foi uma das primeiras a tratar do tema aqui no Brasil e, segundo ela, o instituto está contemplado no ordenamento jurídico pátrio, à luz do princípio da boa-fé objetiva, e significa que, sempre que possível,

⁶⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Interno na Apelação nº 0381012-43.2009.8.19.0001 da Décima Oitava Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 13 dez. 2012.

⁶⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0208219-57.2013.8.21.7000 da Décima Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 19 dez. 2013.

o titular de um direito tem o dever de atuar no sentido de reduzir a extensão do dano, abrandando assim a gravidade da situação experimentada pelo devedor. Aplicando tal entendimento ao caso concreto, chega-se à conclusão de que o promitente comprador não poderia ter se adiantado na compra de móveis planejados no instante que percebeu que a obrigação da construtora (de entregar a obra) não podia ser cumprida ante os embargos opostos pelo Poder Público.

Noutro caso digno de nota,⁶⁹⁰ a teoria da mitigação de danos foi referida e as medidas razoáveis para efetiva redução do dano foram aventadas, mas porque a ação pleiteava apenas danos morais e não danos materiais, seu registro não teve consequências efetivas no cálculo indenizatório. Pelos seus argumentos, contudo, ela vale ser examinada em detalhe.

O adquirente de um veículo usado ingressou com ação de indenização contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Departamento de Trânsito local (“DETRAN”), afirmando que teria havido falha na prestação do serviço de vistoria do veículo, na medida em que a gravação do número do motor,⁶⁹¹ executada pelo antigo proprietário com a anuência do DETRAN e posteriormente vistoriada e aprovada pelo órgão, na verdade tinha sido mal executada, estando o número ilegível. O autor alegava que, por conta dessa falha, teria adquirido o veículo sem ciência do problema e enfrentava, então, dificuldades para contratação de seguro, estando exposto, inclusive, ao risco de retenção do veículo em caso de inspeção pelas autoridades.

A omissão do DETRAN, que aprovou a gravação apesar de o número estar ilegível, foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Não obstante, afirmou-se expressamente que:

Poderia ter sido dada outra solução. O autor poderia solicitar novo procedimento de regravação, a fim de o resultado ficar satisfatório. Existiriam despesas, contudo, a situação poderia ser resolvida a contento. Em tese, esse prejuízo poderia ser cobrado dos responsáveis.

Não se deve esquecer, entretanto, que a parte deve agir de maneira a evitar o aumento do dano. A situação revela a necessidade de aplicação da teoria “Duty to Mitigate the Loss”.

Como o único pedido do autor foi a indenização por dano moral e a existência desse foi reconhecida, a regra de mitigação não foi aplicada – não há, pelo menos, qualquer indicação de que a não adoção das medidas razoáveis para redução de seus prejuízos tenha expressamente influenciado a determinação do valor da indenização

⁶⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70048590236 da Décima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 29 nov. 2012.

⁶⁹¹ Deduz-se que o antigo proprietário havia substituído o motor original do veículo por outro.

pelo dano extrapatrimonial. No entanto, a decisão indica uma abordagem adequada da regra da mitigação caso outros danos materiais tivessem sido alegados. Suponha-se, por exemplo, que o veículo do autor tivesse sido efetivamente retido pelas autoridades numa blitz ou então tivesse sido furtado no período em questão, enquanto o autor ainda não havia conseguido a contratação do seguro. Pela fundamentação da decisão, é de se inferir que a indenização por determinados tipos de danos materiais que poderiam ser associados à falha da prestação de serviços públicos⁶⁹² seria afastada pelo reconhecimento de que o próprio proprietário do veículo poderia tê-los reduzido ou evitado pela adoção de uma medida mitigatória simples, como o requerimento de remarcação do número no motor do veículo.

É de se observar, por fim, que a polêmica questão da renegociação da dívida como medida mitigatória, já discutida na Seção 2.4.2.3, foi expressamente afastada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em recentíssima decisão.⁶⁹³ O caso envolvia o descumprimento de contrato de empréstimo, alegando o mutuário não ter mínimas condições financeiras para com ele arcar em vista da frustração da safra. Pleiteou, portanto, que a renegociação da dívida fosse imposta à cooperativa credora, afirmando que essa seria uma medida mandatória em vista do dever do credor de mitigar seus próprios prejuízos. Embora tenha constado da decisão que o credor já não estaria cobrando a integralidade dos encargos financeiros a que teria direito – o que, em realidade, não guarda nenhuma relação com o dever de mitigar danos, por se tratar de liberalidade – constou da sentença de primeira instância, cujas razões foram emprestadas pelo Tribunal como razões de decidir, que, “tratando-se o parcelamento do débito de liberalidade da instituição financeira, incabível o acolhimento do pedido de renegociação do débito”. A decisão é absolutamente acertada, não podendo a renegociação da dívida ser imposta como medida mitigatória,⁶⁹⁴ salvo nas hipóteses excepcionais em que a renegociação, não constituindo

⁶⁹² Assumindo-se, para fins de debate, que a causalidade pudesse ser estabelecida.

⁶⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0429512-02-2013.8.21.7000 da Décima Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 19 dez. 2013.

⁶⁹⁴ Vale destacar que a existência de um dever de renegociar, especialmente nos contratos de longa duração, não se confunde com um dever de aceitar os novos termos dessa renegociação. Em artigo sobre o tema, Giovanni Ettore Nanni defende que o dever de renegociar existe tanto naquelas hipóteses em que as partes expressamente o preveem no contrato, decorrente, portanto, da autonomia privada das partes, mas também como reflexo do princípio da boa-fê, notadamente em razão do dever de cooperação entre as partes, em especial porque o fator tempo nos contratos de duração implica maior possibilidade de modificação do programa original do contrato, do seu sinalagma genético. Apoiado nas lições de Laborderie, o autor reconhece, contudo, que embora o início das tratativas seja, em si, uma obrigação de resultado, de cumprimento mandatório, que deve inclusive ser exercida de forma séria e diligente, conforme impõe a boa-fê, a obtenção de uma solução consensual entre as partes, embora desejável, não é obrigatória, não passando de uma obrigação de meio. (NANNI, Giovanni Ettore. A Obrigação de Renegociar no Direito Contratual Brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, vol. 32, n. 116, 2012, p. 88-97).

novação, fosse mais vantajosa para o credor do que a adoção de outras medidas de redução de seu prejuízo, o que não é o caso.

Não obstante, há decisões obrigando o credor de dívida pecuniária a aceitar o pagamento da dívida parcelada – o que não deixa de ser uma forma de renegociação –, porque essa seria uma medida de mitigação de danos. Nesse sentido, existem múltiplas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afirmando que a Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE seria obrigada a aceitar o parcelamento de dívidas em aberto de seus consumidores, entre outras razões porque essa seria uma medida de mitigação do seu próprio prejuízo:

O parcelamento da dívida da consumidora atende aos interesses das partes. Ele possibilitará a adimplência da autora-agravada, com o pagamento das contas objeto desta ação, e o recebimento do crédito pela concessionária. A boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do NCC, impõe, como dever anexo, que a diminuição dos prejuízos não é apenas ônus do devedor. O credor também deve minimizar as perdas (*Duty to mitigate the loss*).⁶⁹⁵

Dada a fundamentação da decisão, expressa na cláusula geral de boa-fé prevista no Código Civil, e o reconhecimento de que o serviço de fornecimento de água e esgoto seria regido pelas normas de direito privado, é de se questionar se sua aplicação continuará limitada à concessionária de serviço público ou se o entendimento seria aplicável a outras relações contratuais de natureza cível entre particulares.

5.3 A Mitigação de Danos em Ações de Cobrança – Debate sobre os Encargos Legais e Contratuais em Especial os Juros e a Cláusula Penal

Por fim, além dos equívocos apontados no curso deste Capítulo, deve-se reservar um momento final para abordar o uso da regra de mitigação de danos em ações de cobrança, independente do rito adotado, visando, portanto, a obter o cumprimento da obrigação de pagar objeto do próprio contrato, acrescida dos encargos legais e contratuais, inclusive juros e cláusula penal.

⁶⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado na Apelação nº 0038651-12.2008.8.19.0004 da Décima Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 6 nov. 2013. No mesmo sentido: (i) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado na Apelação nº 0109240-67.2010.8.19.0001 da Décima Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 20 jul. 2011; e (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado na Apelação nº 0097005-64.2007.8.19.0004 da Décima Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 4 abr. 2012.

Como debatido na Seção 3.2.3, tanto os juros nas obrigações quanto a cláusula penal têm natureza indenizatória, mas independem da efetiva comprovação do dano, quer por presunção de direito, quer por convenção das próprias partes. Por essa razão, naquela oportunidade, defendeu-se que a regra de mitigação que se aplica, em geral, às perdas e danos decorrentes do inadimplemento do contrato não poderia, do mesmo modo, ser aplicada à exclusão de juros devidos por mora ou à exclusão ou redução da cláusula penal fora das hipóteses expressas na lei, sob pena de subverter a natureza dessas parcelas indenizatórias típicas.

Esse entendimento não tem recebido, porém, apoio consistente na jurisprudência. Os Tribunais vêm aplicando, com alguma frequência, a regra de mitigação de danos para remir dívidas que, pelo decurso do tempo, acabaram se tornando excessivamente gravosas para os devedores, usando de uma força que a mitigação de danos, em princípio, não teria.

Como já defendido, afirmar que o credor pode mitigar seu prejuízo pelo pronto ajuizamento de uma ação de cobrança, que acaba tendo natureza indenizatória por englobar a parcela atinente aos juros, é uma inverdade. O credor mitiga seu prejuízo quando contrata um fornecedor alternativo para prestar-lhe o objeto da contratação original, quando deixa de utilizar um bem defeituoso que afetaria sua produção, ou mesmo quando, por sua conta, encaminha o bem para conserto, evitando os prejuízos decorrentes de seu mau funcionamento. Mitiga-o também quando resolve um contrato de duração após a indicação de que o inadimplemento do outro contratante não será sanado, agindo de boa-fé. Diferentemente, ajuizar a demanda de cobrança, uma vez que o débito esteja estabelecido, não mitiga o prejuízo do credor: é certamente um primeiro passo na tentativa de recuperação de seu crédito, mas o dano existe e continuará a se agravar até que o devedor pague da dívida e seus acréscimos legais. O ajuizamento da demanda não tem o condão de, por si só, interromper o agravamento do dano.

Ademais, como mencionado, a natureza típica dos juros e da cláusula penal enquanto parcelas indenizatórias devem ser levadas em conta. Seja por força da lei ou do contrato, essas parcelas têm formas fixas de serem calculadas, estando absolutamente expreso na legislação, inclusive, que suas cobranças independem de comprovação ou mesmo da existência de um dano real.

Portanto, assim como já se afirmou que o uso da regra de mitigação de danos para impor ao credor o pronto ajuizamento de ação indenizatória não seria adequado, porque, nesses casos, o tema deveria ser avaliado sob a ótica a *suppressio*, o mesmo vale

para as ações de cobrança de dívida pecuniária. Assim como nas ações indenizatórias puras, a aplicação da regra de mitigação de danos estaria excepcionando as regras objetivas sobre os prazos prescricionais, o que não pode ser afastado por mera razoabilidade. E além, quando se discutem as parcelas indenizatórias típicas, que sequer dependem da existência e comprovação de efetivo dano, há ainda mais razão para que a regra de mitigação de danos não possa ser aplicada diretamente, sem qualquer qualificação, sob pena de se violar também as regras dos artigos 407 e 416 do Código Civil. A única alternativa para a solução desses casos é, portanto, a figura da *suppressio*.

Reconhece-se que, em algumas decisões, a regra de mitigação de danos, apesar de invocada, acaba funcionando mais como um reforço retórico, porque os Tribunais, a complementam, adequadamente, com a figura da *suppressio*. Um exemplo é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em compromisso de compra e venda de posto de gasolina, descumprido pelo adquirente, afastou a cobrança da cláusula penal porque “a tolerância do credor ao invocá-la só após dois (02) anos, (sic) levou os devedores a entender que não mais seria ela aplicada”,⁶⁹⁶ o que evidencia que o afastamento da cobrança da cláusula penal deu-se pela proteção da confiança do contratante inadimplente e não propriamente por uma violação de um dever de conduta do credor inadimplido.

Noutros casos, porém, a própria dívida é prontamente desconstituída em vista do que seria, em tese, a aplicação da regra de mitigação de danos. Note-se, nesses casos, que a mitigação de danos vem confundida com questões de desequilíbrio contratual, equidade e justiça, retirando da teoria toda a sua técnica de aplicação. Cite-se, por exemplo, o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em embargos à execução que havia sido proposta pela Companhia de Habitação Popular Bandeirantes:

A r. sentença de fls. 97/113 dos autos, cujo relatório é aqui adotado, acolheu Embargos à Execução Hipotecária que foram manejados por Abílio Ferreira e Cleusa Aparecida Cabral, em face de Companhia de Habitação Popular Bandeirante.

Fê-lo o ilustre magistrado, Dr. Danilo Pinheiro Spessotto, reconhecendo, no caso concreto, a pertinência da aplicação do denominado *duty to mitigate the loss*, de modo a reduzir o débito dos embargantes para o montante de R\$ 1.997,77, valor este que já corrigido e acrescido de juros e multa moratória, até a data de 10/08/2011. [...]

⁶⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 967.851-1 da Décima Sexta Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 2 jun. 2009.

Postas tais considerações, no mérito, o recurso de Apelação interposto pela Cohab Bandeirante não comporta provimento, merecendo integral prestígio a justa solução apresentada à lide na origem. Assim o é, pois, não obstante afastada a prescrição, não se poderia olvidar que o comportamento inerte e contraditório da credora se mostrou decisivo, sobretudo, nocivo, afetando seus próprios interesses de recuperação de crédito.

O aludido comportamento, em última análise, se revelou nocivo também aos devedores, que se viram expostos ao crescimento da dívida, sem falar nas dúvidas e incertezas geradas por conta de cobranças parciais e referidos períodos de inércia da Cohab, tudo, de modo a violar o princípio da boa-fé objetiva, desprezando a apelante a inequívoca função social que a contratação ostentava. [...]

Neste contexto, atentando-se para o fato de que no caso concreto, o contrato em foco visava, como fim último, propiciar a aquisição de moradia popular, se **afigura evidente o desequilíbrio contratual gerado pela postura inerte da credora**, a qual inegavelmente falhou ao não colaborar para o atingimento do fim contratual, evitando o prolongamento e o agravamento de seus prejuízos.

Isto significa dizer, em outras palavras, que a conduta da ora recorrente terminou por violar o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual relevante e suficiente para justificar a penalidade imposta na origem.

Destarte, tenho como correta a **delimitação do período de inadimplemento**, tal qual fixado em primeiro grau, de modo a considerar como devidas pelos apelados, tão somente as prestações vencidas entre abril de 2005 e fevereiro de 2006, adotando-se, para tanto, o razoável critério dos vencimentos consecutivos, não havendo reparos a fazer em relação ao *quantum* apurado na r. sentença.

O aludido *quantum*, em verdade, **nos remete a uma decisão, frise-se novamente, antes de tudo justa, seja por recompor parcialmente o patrimônio da credora, seja por simultaneamente lhe impor sanção mais do que merecida**, por conta de sua inércia no decorrer da execução continuada do vínculo contratual. (grifos nossos).⁶⁹⁷

Por essa razão, concorda-se com Christian Lopes quando ele afirma que o rápido ajuizamento de ação contra o devedor não é uma medida exigível pela regra de mitigação de danos. No entanto, o autor parece ir muito longe ao afirmar que casos de demora no ajuizamento da demanda devem ser regidos e solucionados apenas “pelas regras pertinentes à prescrição”, sendo de se “negar aplicação da norma de mitigação de danos”.⁶⁹⁸ O objetivo deste trabalho não é o estudo da figura da *suppressio*, razão pela qual não cabe aqui afirmar se a única limitação ao exercício do direito de ação deve ser a prescrição, ou se sua complementação por outras figuras decorrentes da boa-fé objetiva seria possível também no Brasil. Basta-nos o reconhecimento de que a invocação da teoria da mitigação de danos, embora essa guarde certa afinidade com a teoria da *suppressio*, é inadequada para a solução de casos de demora no ajuizamento de ação para o exercício de direito indenizatório pelo credor, que exige qualificações distintas. Não é este o propósito material da regra de mitigação de danos e sua invocação genérica é, por conseguinte,

⁶⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0000357-42.2011.8.26.0568 da Décima Sexta Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 30 jul. 2013.

⁶⁹⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 232.

equivocada.

5.4 Considerações Gerais sobre a Aplicação da Mitigação de Danos pela Jurisprudência Brasileira

Este sintético apanhado sobre a jurisprudência brasileira certamente não esgota o tema da aplicação da mitigação de danos pelos Tribunais pátrios. Nem foi esse seu objetivo. A mitigação é, sem sombra de dúvida, um instituto em evolução tanto no direito estrangeiro – servindo como prova os inúmeros debates ainda hoje travados em matéria de contratos internacionais – e mais ainda no Brasil, onde o tema passou a ser estudado com maior intensidade há pouco.

No entanto, esta avaliação já permite algumas ilações importantes. A primeira talvez seja a de que há crescente tendência de se levar à apreciação dos Tribunais controvérsias envolvendo o debate da mitigação de danos em matéria contratual. O debate sobre a boa-fé em matéria contratual é intenso, as partes tendem a se valer de seus direitos que, senão resultantes da letra do contrato e da autonomia da vontade, decorrem da boa-fé objetiva. Tanto que a absoluta maioria das decisões referidas neste Capítulo foi prolatada entre 2011 e 2013, o que demonstra a enorme atualidade do tema.⁶⁹⁹

Além disso, pode-se verificar igual propensão dos Tribunais a admitir a regra de mitigação de danos como leitura correta do princípio da boa-fé objetiva e/ou da vedação ao abuso do direito. Como já mencionado, nos casos examinados em que a mitigação de danos foi expressamente alegada, em apenas uma decisão o Tribunal entendeu que o inadimplemento por um dos contratantes dispensaria o outro de uma conduta de boa-fé, no sentido da mitigação de seus próprios prejuízos. Afora essa decisão isolada, a regra de mitigação de danos pode ter sido afastada à luz do caso concreto, por suas particularidades, mas foi, ainda assim, reconhecida como um ônus advindo da boa-fé em matéria contratual.

Foram identificados inúmeros equívocos na aplicação da teoria da mitigação de danos em matéria contratual, ora confundindo-a com outras figuras afetas à boa-fé objetiva, como o *venire contra factum proprium* ou, em especial, *a suppressio*, ora

⁶⁹⁹ De fato, trinta e seis dos quarenta e quatro acórdãos examinados foram prolatados nos três últimos anos, representando, portanto, mais de 80% dos casos avaliados.

tomando-a por aplicável em casos de responsabilidade exclusiva da própria vítima pelo dano sofrido, em especial quando ela própria descumpre suas obrigações contratuais, ou ainda usando-a como recurso retórico para fundamentar decisões que em nada se relacionam com a mitigação de danos propriamente.⁷⁰⁰ Tais decisões, de fato, causam temor aos estudiosos do tema,⁷⁰¹ porque é legítimo o receio de que o uso extremamente abrangente, para situações indevidas, venha a desgastar o instituto valioso antes mesmo de sua efetiva consolidação, tornando-o “uma panaceia a justificar qualquer decisão por equidade em que o Juiz não queira, por qualquer motivo, inclusive hipossuficiência, condenar o devedor”.⁷⁰²

Não obstante, notam-se avanços importantes na aplicação da mitigação no direito contratual brasileiro. Já há decisões em que a mitigação de danos é bem aplicada, considerando situações em que a vítima do dano causado pelo inadimplemento do outro contratante tem efetivamente meios razoáveis para reduzir ou não agravar seu próprio prejuízo. Interessante também observar que a mitigação de danos não é apenas aplicada em contratos cíveis paritários, mas também em relações de consumo, inclusive em desfavor do próprio consumidor. A evolução da jurisprudência talvez permita identificar se a valoração da razoabilidade da medida mitigatória será diferente com relação aos consumidores – talvez menos rigorosa, em razão da vulnerabilidade desses – o que parece uma alternativa adequada, embora ainda não comprovável.

Por fim, apesar ainda esteja muito ligada a casos de não agravamento do próprio prejuízo, mais do que propriamente à redução do dano decorrente do inadimplemento contratual, a regra de mitigação de danos vem ganhando corpo no Brasil, tendo os Tribunais encontrado, na realidade nacional, exemplos próprios em que a teoria possa ser aplicada com grande valia.⁷⁰³ Espera-se que este trabalho insira-se exatamente nesse contexto de contínuo aprimoramento da teoria da *avoidability* à luz do Direito Brasileiro, permitindo o florescimento do instituto.

⁷⁰⁰ Talvez o exemplo mais eloquente sejam os variados acórdãos prolatados pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em matéria criminal, como fundamentação para denegação de *habeas corpus*.

⁷⁰¹ Cf. DIAS, Daniel Pires Novais. *Op. cit.*, p. 100. E também: LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 260.

⁷⁰² *Idem, ibidem*.

⁷⁰³ Como os casos citados em que a mitigação de danos poderia ser concretizada através da comunicação clara e adequada com o devedor, impedindo assim, a majoração dos danos do próprio credor, ou como critério para uma avaliação mais rigorosa da ressarcibilidade do dano moral.

6 CONCLUSÕES

O objetivo deste trabalho foi verificar, no Direito Brasileiro, qual o comportamento juridicamente esperado do contratante inadimplido frente às perdas e danos sofridos em decorrência do descumprimento do contrato. Mais especificamente, procurou-se examinar se evitar o agravamento do dano causado pelo inadimplemento contratual, ou reduzi-lo após sua concretização, seria uma conduta esperada do contratante prejudicado e, conseqüentemente, qual impacto da não adoção dessa conduta sobre o cálculo do valor da indenização. Esperava-se, assim, verificar se a teoria da *avoidability* ou o chamado “dever de mitigar danos” seria aplicável também no ordenamento jurídico pátrio.

Do desenvolvimento do tema no direito estrangeiro, verificou-se que a mitigação de danos tem como principais características a exigência de que a parte prejudicada pelo inadimplemento contratual procure, por meio da adoção das medidas razoáveis ao seu alcance, evitar que o dano causado pelo descumprimento seja agravado ou, ainda, reduzi-lo ou eliminá-lo. Se proceder de modo razoável, ainda que falhe no intento de efetivamente não agravar, reduzir ou eliminar o dano, o contratante terá direito ao recebimento integral da indenização, ou seja, as perdas e danos efetivamente sofridos, inclusive eventuais despesas incorridas para a mitigação dos prejuízos. Diferentemente, se o contratante prejudicado não procurar mitigar seus prejuízos, seja por uma conduta comissiva ou omissiva, ou se, a pretexto de fazê-lo, agir de modo não razoável, a indenização deverá ser proporcionalmente reduzida, apenas sendo indenizadas aquelas perdas e danos que não poderiam ter sido evitados.

Compreendeu-se, igualmente, que a regra de mitigação de danos tem fundamentos econômicos e axiológicos bem desenvolvidos. De um lado, aponta-se a noção de eficiências e de redução do desperdício de recursos econômicos, garantido que a indenização devida para proteção do legítimo interesse do contratante inadimplido seja a menor possível, o que se prova no melhor interesse da coletividade. De outro, a regra de mitigação de danos costuma ser identificada com as noções de boa-fé e de *fair dealing*, ou seja, de correção e honestidade no relacionamento das partes, que não poderiam ser afastadas sequer pelo inadimplemento do contrato.

A adoção da teoria da evitabilidade, embora pacífica no Direito Norte-

Americano e consagrada também no âmbito dos contratos internacionais, refletindo seu desenvolvimento não apenas nos países de *Common Law*, mas também nos de *Civil Law*, não é isenta de críticas. Muitas das objeções que levaram ao seu não reconhecimento no Direito Francês poderiam, igualmente, lhe ser opostas no Direito Brasileiro. Para tanto, e a partir de um primeiro passo fundamental – qual seja, a correta compreensão da natureza jurídica da mitigação de danos como um ônus imposto ao contratante inadimplido e não propriamente como um dever – foi possível afastar as oposições mais comuns à regra, que variam desde a sua desnecessidade até a sua efetiva inadmissibilidade, em vista de outras regras e princípios.

Assim, foi possível concluir o equívoco existente na afirmação genérica de que o dano a evitar seria equiparável àquele produzido exclusiva ou concorrentemente pela própria vítima, o que tornaria dispensável o reconhecimento da regra de mitigação de danos. De um lado, de fato, quando a vítima, por conduta comissiva, concorre para o agravamento do seu prejuízo originado pelo inadimplemento do contrato, ou quando se torna causadora única desse, talvez seja realmente possível chegar a uma idêntica solução – a redução proporcional ou a exclusão da indenização – seja pela avaliação do nexo causal, seja pela aplicação da regra de mitigação de danos. De outro, quando se avalia (i) o comportamento omissivo da vítima como concausa ou causa exclusiva do agravamento do dano; e quando se examina (ii) o comportamento comissivo ou omissivo da vítima que deixa de reduzir ou eliminar seus prejuízos, tais condutas só teriam impacto sob a ótica do nexo causal se reconhecido o ônus de mitigação de prejuízos, que não se encontra expresso no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, nesses cenários, apenas a regra de mitigação de danos poderia implicar como resultado a redução proporcional da indenização.

A afirmação de que o reconhecimento da regra de mitigação de danos no Direito Brasileiro violaria o princípio da reparação integral e a regra de que a indenização se mede pela extensão do dano, embora seja uma crítica razoável, do mesmo modo mostrou não ser um obstáculo intransponível. De um lado, se a parte prejudicada pelo inadimplemento do contrato adota voluntariamente as medidas para o não agravamento ou a redução do dano, a indenização não apenas pode, mas deve ser reduzida, quer porque o dano deve ser individualizado caso a caso, não podendo a indenização superar a extensão do dano, quer porque a regra de *compensatio lucri cum damno* impõe que as vantagens decorrentes do fato produtivo sejam compensadas com os prejuízos decorrentes desse mesmo fato. No entanto, ainda que o contratante inadimplido deixe de agir colaborativamente para a redução de seus próprios prejuízos, parece inevitável reconhecer

que o princípio da reparação integral e a regra de que a indenização se mede pela extensão do dano admitem exceções e, ao menos nas três hipóteses expressamente previstas pela legislação civil, tais exceções compartilham de um fundamento comum de equidade como mecanismo para aferição da justiça do caso.⁷⁰⁴ Assim, concluiu-se que a redução proporcional da indenização por não mitigação de prejuízos pela própria vítima dependeria muito mais do posicionamento favorável ou contrário ao reconhecimento desse ônus, não podendo a reparação integral ser oposta *de per se* como uma razão para rejeição de plano da regra.

Também se verificou que o reconhecimento da mitigação de danos não significa que o contratante prejudicado tenha limitados seus direitos decorrentes do inadimplemento do contrato. A opção pela simples resolução do contrato, pela execução específica da obrigação descumprida contra o próprio devedor ou pela contratação de um terceiro para suprir o inadimplemento, às expensas do contratante inadimplente, não afasta o direito do contratante inadimplido de pleitear a indenização pelas perdas e danos sofridos em qualquer dessas hipóteses. É apenas nessa hipótese de o contratante inadimplido pleitear o ressarcimento por perdas e danos que a regra de mitigação de danos será aplicada, com as consequências daí decorrentes.

Superadas essas objeções e avaliado o tema com a abstração necessária,⁷⁰⁵ seu estudo permitiu a conclusão de que a regra de mitigação de danos pode ser, sim, inferida da cláusula geral que impõe a observância da boa-fé objetiva aos contratantes, prevista no artigo 422 do Código Civil. A regra de mitigação é um reflexo direto dos deveres de proteção e cooperação entre os contratantes, deveres anexos decorrentes da boa-fé que não podem ser afastados sequer pelo inadimplemento contratual. O fato de a regra de mitigação não constituir, em si, um dever, mas sim um ônus, não rompe sua relação com os deveres de proteção e cooperação, até mesmo porque, como verificado, a limitação ao exercício de direitos subjetivos também é uma das funções da boa-fé objetiva, não sendo estanque a separação entre as emanações próprias desse princípio. Do mesmo modo, se tomada a boa-fé como conferidora de materialidade à regulação jurídica – um dos seus conteúdos substantivos, segundo Menezes Cordeiro – a relação entre mitigação de danos e

⁷⁰⁴ Ou, como posteriormente se viu, como veículo do princípio da materialidade da regulação jurídica, exatamente quando boa-fé e equidade são identificadas como conceitos afins.

⁷⁰⁵ Ou seja, além das duas hipóteses em que a regra de mitigação de danos já se encontra expressamente positivada: a mitigação de danos pelo segurado na forma do artigo 771 do Código Civil e a mitigação de danos nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, em razão da ratificação da Convenção de Viena pelo Decreto Legislativo nº 538/2012, a qual entrará em vigor em 1º de abril de 2014.

boa-fé estará igualmente preservada, demonstrando que a teoria da *avoidability*, na verdade, procura apenas balancear os interesses das partes envolvidas no debate indenizatório, evitando um culto exacerbado ao prejudicado pelo dano contratual.

Concluiu-se, igualmente, que ainda se confrontando o tema à luz da regra específica de que a indenização se mede pela extensão do dano, sem qualquer qualificação quanto ao comportamento esperado do contratante inadimplido pós-inadimplemento, sua aplicação pode ser afastada e superada pelo princípio da boa-fé. Pela teoria de Humberto Ávila, essa superação é possível quando conjugados os requisitos materiais – a promoção do valor jurídico subjacente à própria regra indenizatória sem um desproporcional risco para a segurança jurídica – e os requisitos procedimentais – a clara justificação dos requisitos materiais, a fundamentação condizente e transparente e a comprovação de que os efeitos potencialmente negativos da superação da regra foram sopesados – adequados. Embora os primeiros possam ser, como regra, verificados em abstrato e, pelas razões demonstradas, admitidos; os segundos dependem da correta aplicação da regra ao caso concreto, o que reforça o papel da jurisprudência na concretização da cláusula geral de boa-fé objetiva e notadamente na construção da regra de mitigação de danos.

Mas a boa-fé, enquanto regra de conduta aos contratantes, não parece ser o único fundamento para a recepção da regra de mitigação de danos. O abuso do direito, positivado como cláusula geral no artigo 187 do Código Civil, também pode ser entendido como fundamento legal adequado para a regra de mitigação de danos. Isso significa que a mitigação de danos, com a consequente redução proporcional da indenização, compreendidos seus requisitos próprios⁷⁰⁶ e que não devem ser confundidos com outras figuras abusivas típicas, notadamente o *venire contra factum proprium* e a *suppressio*, pode ser interpretada como sanção legal pelo exercício abusivo do direito à indenização. Essa fundamentação complementar, além de suprir uma eventual objeção que pudesse ser feita ao reconhecimento do ônus de mitigação dos próprios prejuízos como um reflexo da cláusula geral de boa-fé objetiva, também funcionaria para, eventualmente, viabilizar a regra não só na responsabilidade contratual, mas também na aquiliana.

Com isso, tornou-se possível afirmar que a positivação da regra de mitigação de danos no Direito Brasileiro, a despeito de respeitáveis posições em sentido

⁷⁰⁶ Deve-se lembrar que o objetivo da mitigação de danos não é a proteção da confiança alheia criada pela posição originalmente exercida pela contraparte e posteriormente contradita, agravada ou não pelo decurso do tempo, mas sim incentivar o comportamento colaborativo entre os contratantes, exigindo do credor inadimplido não mais do que o comportamento razoável para redução ou não agravamento dos seus prejuízos.

contrário, não é indispensável para o seu reconhecimento. As eventuais vantagens daí decorrentes, em especial uma facilitação do processo decisório e a explicitação de seus requisitos, apesar de relevantes, devem, no entanto, ser consideradas em vista do afastamento com relação ao modelo de operabilidade desenhado para o Código Civil.

Por fim, com base na análise jurisprudencial, verificou-se que o entendimento defendido do ponto de vista teórico – a boa-fé objetiva e a vedação ao abuso do direito como possíveis fundamentos para a regra de mitigação de danos – tem não apenas recebido acolhimento pelos Tribunais pátrios, como o debate a esse respeito tem sido crescente. Embora de maneira distinta do direito estrangeiro – como prova, o reduzido debate sobre a realização de operações substitutivas como medidas mitigatórias – o Poder Judiciário vem identificando cenários bastante peculiares à realidade nacional em que a regra de mitigação de danos tem cabimento e cuja aplicação é recomendável, inclusive no âmbito do direito do consumidor, seja em prol ou contra a parte vulnerável.

Esses avanços significativos, ainda que muito relacionados ao tema do não agravamento do próprio prejuízo, mais do que propriamente à redução ou eliminação do dano decorrente do inadimplemento contratual, podem vir a ser ofuscados, contudo, por uma tendência à utilização meramente retórica do “dever de mitigar danos”. Essa expressão possui força intrínseca, tendo sido essa, aliás, a razão proposita da escolha do título deste trabalho. Contudo, a referência à expressão não é escusa para a incorreta aplicação das regras do instituto, cabendo à doutrina e à jurisprudência a busca constante pela compreensão adequada e melhor técnica na aplicação da regra com vistas ao seu desenvolvimento, não permitindo sua confusão com figuras análogas ou sua utilização para fundamentar uma concepção pessoal enviesada de equidade.

REFERÊNCIAS

Referências Bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. Vols. I e II.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *A Nova Ordem Constitucional: Aspectos Polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos: curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil: Direito de Obrigações e Direito Negocial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2010, p. 415-23.

_____. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. In: _____. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55-63.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: _____. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 148-58.

_____. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Os Princípios do Atual Direito Contratual e a Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. In: _____. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137-47.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil: Direito de Obrigações e Direito Negocial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2010, p. 425-50.

BARON, Gesa. *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new “lex mercatoria”?*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html#b15>>.

- BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo II. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *Direitos dos contratos e atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- _____. *Responsabilidade Civil - teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Towards a New Lex Mercatoria? *Revue de Droit des Affaires Internationales – International Business Law Journal*, Paris, França, n. 2, 1997, p. 145-163.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil: Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Temas atuais de direito e de processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- CRUCELAEGUI, Javier San Juan. La Aplicación e Interpretación de la Convención de Viena de Las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, Espanha, v. 51, n. 2., 2003, p. 195-231.
- DIAS, Daniel Pires Novais. O Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil Brasileiro e o Encargo de Evitar o Próprio Dano. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, n. 45, jan-mar. 2011, p. 89-145.
- DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, 2009, p. 35-48.
- DONNINI, Rogério. Prevenção de Danos e a Extensão do Princípio “Neminem Laedere”. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. DONNINI, Rogério. (coord.). *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009, p. 483-503.

_____. *Responsabilidade Civil Pós-Contratual: no Direito Civil, no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho, no Direito Ambiental e no Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARNSWORTH, E. Allan. Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws". *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Nova Orleans, EUA, v. 3, 1995, p. 47-63.

_____. Good Faith in Contract Performance. In: BEATSON, Jack; FRIEDMAN, Daniel. (coord.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford, Inglaterra: Clarendon Press, 1997.

_____. Legal Remedies for Breach of Contract. *Columbia Law Review*. Nova Iorque, EUA, vol. 70, 1970, p. 1145-1216.

_____. *et al. Contracts*. 7. ed. Nova Iorque, EUA: Foundation Press, 2008.

_____. *Selections For Contracts*. Nova Iorque, EUA: Foundation Press, 2010.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 1, 2003, p. 125-40.

_____. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 11, 1996, p. 55-66.

_____. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, 2004, p. 109-19.

_____. A quebra positiva do contrato. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, 1988, p. 144-52.

_____. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: _____; MOSER, Luiz Gustavo Meira. (coord.). *A Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-21.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E., The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation. *Virginia Law Review*, n. 69, n. 6, 1983, p. 967-1024.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, 2. sem. 2000, p. 189-206.

KOMAROV, Alexander. The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments. In: SAIDOV, Djakhongir. e CUNNINGTON, Ralph. (coord.). *Contract Damages: Domestic and International Law*. Portland, EUA: Hart Publishing, 2008, p. 245-264.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid, Espanha: Revista de Derecho Privado, 1958.

LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of Damage: A French Perspective. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, Inglaterra, v. 55, 2006, p. 205-18.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-Consumo*. São Paulo: RT, 2011.

LEVMORE, Saul. Stipulated damages, super-strict liability, and mitigation in contract law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, EUA, v. 107, n. 8, 2009, p. 1365-80.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: RT, 1960.

LITVINOFF, Saul. Damages, Mitigation, and Good Faith. *Tulane Law Review*, Nova Orleans, EUA, v. 73, 1999, p. 1161-95.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Christian Sahb Batista. *A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. Das Consequências Jurídicas da Dependência do Tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável. In: _____. (coord.). *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O Paradigma do Tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 491-543.

_____. *O Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LOTUFO, Renan. A Responsabilidade Civil e o Papel do Juiz. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. DONNINI, Rogério. (coord.). *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009, p. 448-62.

_____. Teoria Geral dos Contratos. In: _____. NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-22.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os

princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). In: _____; BARBIERI, Catarina Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 307-335.

MARQUES, Claudia Lima. (coord.). *A Nova Crise do Contrato*. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999.

_____. Contratos. Conceito e Evolução. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 23-66.

_____. Os Princípios Informadores do Contrato de Compra e Venda Internacional da Convenção de Viena. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 11, 1996, p. 42-6.

MATET, Patrick. *Minimisation du dommage et temporalité*. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/cycle_assurance_2007/25-01-2007/25-01-2007_matet-1.pdf>.

MCGREGOR, Harvey. The Role of Mitigation in the Assessment of Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. (coord.). *Contract Damages: Domestic and International Law*. Portland, EUA: Hart Publishing, 2008, p. 329-346.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Notas sobre a Responsabilidade Pós-Contratual. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 400-42.

MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: O dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Estudos de Direito Civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1994.

MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações Reais e Ônus Reais*. Coimbra: Almedina, 1990.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLVI. Campinas: Bookseller, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin. Liberdade Individual, Acrasia e Proteção da Saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona. (coord.). *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco*

Inerente – O Paradigma do Tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 319-74.

NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97-143.

NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do Direito. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 738-72.

_____. A Obrigação de Renegociar no Direito Contratual Brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, vol. 32, n. 116, 2012, p. 88-97.

NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-Fé Contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221-254.

_____. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, 1999, p. 31-44.

_____. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Estudo sobre o Não Cumprimento das Obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, v. 65, 2010, p. 25-33.

PELUSO, Cezar. (coord.). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil (de acordo com a Constituição de 1988)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista, Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista da EMERJ - Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil*, Parte I, Rio de Janeiro, Número Especial, 2003, p. 38-44.

ROBERTS, Caprice L. Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages. *Loyola of Los Angeles Law Review*, n. 131, 2008. Disponível em: < <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol42/iss1/6> >.

RONGEAT-LOUDIN, Federica; LOUDIN, Martin. La Reception des Principes UNIDROIT

par La Lex Mercatoria: l'exemple de la bonne foi. *Revue de Droit des Affaires Internationales - International Business Law Journal*, Paris, França, n. 6, 2009, p. 697-723.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

SAIDOV, Djakhongir. *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*. Portland, EUA: Hart Publishing, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1992.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SIMÃO, José Fernando. Fundamentos da Responsabilidade Civil. A Responsabilidade do Incapaz. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. DONNINI, Rogério. (coord.). *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009, p. 285-300.

SOUZA JUNIOR, Lauro Gama e. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias - 1980: essa grande descoberta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.3, n.9, abr./jun. 2006, p. 134-49.

_____. Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e sua Aplicação nos Países do Mercosul. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XV, 2005, p. 137-67.

_____. Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos de Comércio Internacional 2004 e o Direito Brasileiro: convergências e possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 8, jan./mar. 2006, p. 48-100.

_____. Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional: Uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. (coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Prof. Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 351-412.

_____. Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil. *Uniform Law Review*, Roma, Itália, v.16, n.3, 2011, p. 613-56.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>.

_____. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente*. São

Paulo: Método, 2011.

TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. Paris, França: Economica, 1981.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Das Obrigações em geral*. Vol. I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol. 4. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Conditions de la Responsabilité*. 3. ed. Paris, França: LGDJ, 2006.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito Contratual Contemporâneo: A liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.

_____. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, vol. 35, jul./set. 2012, p. 28-36.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good faith in european contract law*. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2008.

Julgados e Decisões Arbitrais

ALEMANHA. Corte de Apelações de Köln. Processo nº 27 U 58/96 – *tannery machines*, j. em 8 jan. 1997.

ALEMANHA. Corte de Apelações de Hamburgo. Processo nº 1 U 167/95 – *iron molybdenum*, j. em 28 fev. 1997.

ALEMANHA. Corte Distrital de Berlin-Tiergarten. Processo nº 2 C 22/97, j. em 13 mar. 1997.

ALEMANHA. Suprema Corte. Processo nº VIII ZR 300/96 – *stainless steel wire*, j. em 25 jun. 1997.

ALEMANHA. Corte Distrital de Darmstadt. Processo nº 10 O 72/00 – *video recorders*, j. em 9 mai. 2000.

ALEMANHA. Corte de Apelações de Koblenz. Processo nº 6 U 113/06 – *t-shirts*, j. em 19 out. 2006.

ÁUSTRIA. Suprema Corte. Processo nº 1 Ob 292/99v - *jewelry*, j. em 28 abr. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 29388/RS da Corte Especial, Brasília, DF, j. em 7 nov. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 758.518/PR da Terceira Turma, Brasília, DF, j. em 17 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 255.744/SP da Sexta Turma, Brasília, DF, j. em 6 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 131.830/SP da Sexta Turma, Brasília, DF, j. em 18 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 137.549/RJ da Sexta Turma, Brasília, DF, j. em 7 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 171.753/GO da Sexta Turma, Brasília, DF, j. em 4 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 266.426/SC da Sexta Turma, Brasília, DF, j. em 7 mai. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1454-21.2011.5.06.0201 da Segunda Turma, Brasília, DF, j. em 6 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação nº 0125055-12.2004.8.12.0001 da Terceira Câmara Cível, Campo Grande, MS, j. em 21 set. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação nº 0000260-84.2011.8.12.0001 da Quarta Câmara Cível, Campo Grande, MS, j. em 6 dez. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 967.851-1 da Décima Sexta Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 2 jun. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9190362-88.2009.8.26.0000 da Décima Nona Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 8 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0017135-02.2011.8.26.0564 da Décima Nona Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 6 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0054722-45.2010.8.26.0224 da Primeira Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 14 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0020863-12.2001.8.26.0577 da Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 29 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9233486-58.2008.8.26.0000 da Décima Primeira Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 30 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0096029-40.2008.8.26.0000 da Nona Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 7 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0273937-50.2009.8.26.0000 da Primeira Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 23 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0000974-59.2004.8.26.0596 da Primeira Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 23 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0000357-42.2011.8.26.0568 da Décima Sexta Câmara de Direito Privado, São Paulo, SP, j. em 30 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 2008.001.45909 da Décima Sexta Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 16 set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado na Apelação nº 0109240-67.2010.8.19.0001 da Décima Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 20 jul. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Interno na Apelação nº 0333687-09.2008.8.19.0001 da Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 6 dez. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Interno na Apelação nº 0013779-05.2009.8.19.0001 da Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 7 fev. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado na Apelação nº 0097005-64.2007.8.19.0004 da Décima Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 4 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0005939-18.2012.8.19.0007 da Décima Terceira Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 5 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Interno na Apelação nº 0381012-43.2009.8.19.0001 da Décima Oitava Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 13 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado na Apelação nº 0004654-12.2003.8.190037 da Décima Oitava Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 26 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0004022-62.2011.8.19.0212 da Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 5 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado Apelação nº 002304-67.2012.8.19.0066 da Décima Oitava Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 26 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0125289-83.2010.8.19.0002 da Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 22 jul. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0036181-

12.2011.8.19.0001 da Vigésima Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 4 set. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0261839-25.2009.8.19.0001 Decisão Monocrática do Rel. Des. Guaraci de Campos Vianna da Décima Nona Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 19 set. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Inominado na Apelação nº 0038651-12.2008.8.19.0004 da Décima Câmara Cível, Rio de Janeiro, RJ, j. em 6 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70025609579 da Quinta Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 20 mai. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70029284296 da Décima Oitava Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 25 jun. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70029093150 da Sexta Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 17 set. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70032014458 da Décima Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 12 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70046086575 da Décima Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 26 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70048590236 da Décima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 29 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70049320922 da Décima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 29 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70052305695. Decisão Monocrática do Rel. Des. Marcelo Cezar Müller da Décima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 19 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70053435400 da Décima Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 8 mai. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70055653323 da Décima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 29 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0429512-02-2013.8.21.7000 da Décima Sétima Câmara Cível, Porto Alegre, RS, j. em 19 dez. 2013.

CHINA. CIETAC. Caso *aluminium oxide*, j. em 29 set. 1997.

CHINA. CIETAC. Caso *clothes*, j. em 31 jan. 2000.

ESPANHA. Tribunal Supremo. *Internationale Jute Maatschappij BV v. Marín Palomares S.L.* Processo nº 454/2000, j. em 28 jan. 2000.

EUA. *Jacob & Youngs v. Kent*. 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889, 23 A.L.R. 1429 (*Court of*

Appeals of New York, 1921).

EUA. *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 35F. 2d 301 (4th Cir., 1929).

EUA. *Groves v. John Wunder Co.* 205 Minn. 163, 286 N.W. 235 (*Supreme Court of Minnesota*, 1939).

EUA. *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.* 1962 OK 267, 382 P.2d 109 (*Supreme Court of Oklahoma*, 1963).

EUA. *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.* 3 Cal. 3d 176, 474 P.2d 689 (*Supreme Court of California*, 1970)

EUA. *Shea-S&M Ball v. Massman-Kiewit-Early et al.* 606 F.2d 1245; 196 U.S. App. D.C. 338 (*United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, 1979).

EUA. *Advanced, Inc. v. Wilks.* 711 P.2d 524 (*Superior Court of State of Alaska*, 1985).

EUA. *Cates v. Morgan Portable Building Corp.*, 780 F.2d 683, 691 (7th Cir., 1985).

EUA. *Tongish v. Thomas.* 51 Kan. 728, 840 P.2d 471 (*Supreme Court of Kansas*, 1992).

FRANÇA. *International Chamber of Commerce*. Caso nº 8218 – *chemical fertilizer*, j. em 1995.

FRANÇA. *International Chamber of Commerce*. Caso nº 8785 – *clothing*, j. em jan. 1997.

FRANÇA. *International Chamber of Commerce*. Caso nº 10274 – *poultry feed*, j. em 1999.

FRANÇA. Corte de Cassação. Decisão nº 930 da Segunda Câmara Cível, j. em 19 de jun. 2003.

FRANÇA. Corte de Cassação. Decisão nº 931 da Segunda Câmara Cível, j. em 19 de jun. 2003.

INGLATERRA. *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd* [1912] AC 673.

SUIÇA. Corte Distrital do Cantão de Zug. Processo nº A3 1997 61 – *PVC and other synthetic materials*, j. em 21 out. 1999.