

INTERNALIZAÇÃO DO INSTITUTO DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Lara Guio Leal¹

RESUMO:

O artigo se destina a analisar a incorporação ao sistema jurídico brasileiro do instituto *duty to mitigate the loss* ou, em tradução livre para o português, o “dever” de mitigar as perdas. Para isso, abordará, num primeiro momento, a constitucionalização do direito, com enfoque no direito civil, articulando a correlação deste fenômeno com a norma de mitigação. Na sequência, tratará sobre a origem e a conceituação do instituto, tecendo uma breve crítica construtiva à expressão “dever” consigo trazida. Enfatizará que a norma de mitigação está contemplada em importante Convenção internacional e defenderá como fundamentos capazes de sustentar a internalização ora defendida os princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito. Por fim, discorrerá acerca de institutos existentes na ordem jurídica pátria que tangenciam o a norma de mitigação, traçando necessárias distinções entre eles.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do direito civil; *Duty to mitigate the loss*; Norma de mitigação; Boa-fé objetiva; Vedação ao abuso do direito.

Introdução

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preceitos e princípios consigo trazidos - a exemplo da dignidade humana e a solidariedade social - alcançaram tamanha importância a ponto de serem de estrita observância no âmbito das relações jurídicas travadas a partir de então. Este cenário provocou modificações paradigmáticas não somente no direito constitucional, mas também na órbita civilista.

Isso porque a mudança de perspectiva patrimonialista para uma visão humana e coletiva demandou a releitura do direito civil, notadamente no que se refere aos polos contratuais, assunto de relevância neste artigo.

¹ Graduada pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. E-mail: laraguio20@gmail.com.

Com efeito, não mais se contenta com as funções apartadas e individuadas anteriormente atribuídas ao credor e ao devedor. Deveras, os sujeitos processuais são detentores de direitos e obrigações mútuas, sendo-lhes vedado adotar condutas tencionadas a beneficiar apenas a si e a macular o interesse contratual. Daí se extrai, pois, o princípio da boa-fé objetiva, conceito técnico-jurídico que regula as tratativas privadas.

Nesse contexto é que se pretende tratar sobre o instituto nascido no direito anglo-saxão, denominado *duty to mitigate the loss* ou, em tradução livre para o português, o “dever” do credor de mitigar os seus próprios prejuízos. Por ser desprovido de regulamentação legal específica no Brasil, surge a dúvida se a sua aplicação é, ou não, viável no ordenamento pátrio, discussão sobre a qual se aterá este artigo, propondo uma reflexão à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito.

1. Constitucionalização do direito civil

A despeito de haver entrado em vigor no ano de 2003, o Código Civil foi elaborado e projetado em meados de 1970, quando as relações por ele regidas eram eminentemente individualistas e marcadas por interesses patrimoniais².

A aludida codificação, seguindo a tendência vigente à época em que concebida, contém em seu bojo algumas normas que, em certa medida, se apresentam ultrapassadas frente ao panorama de personalização trazido pelo constituinte originário de 1988, que optou por conferir nova roupagem às relações jurídicas, primando pela solidariedade social e pelo respeito à dignidade humana nos tratos negociais e processuais.

Surge, nesta perspectiva, a pertinência de se promover a filtragem constitucional dos institutos de direito civil, a fim de despersonalizá-los e atrelá-los aos axiomas protetivos previstos com força normativa na Constituição da República.

Esta ideia está associada ao que se convencionou denominar constitucionalização do direito, formulação que propõe a irradiação das normas constitucionais, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico³.

Nos domínios do direito contratual, a constitucionalização se faz presente para indicar que os sujeitos de uma relação jurídica são, de forma recíproca e simultânea, titulares de direitos e deveres.

Em outras palavras, passa-se a conceber que o devedor possui não somente deveres, mas também direitos, e que ao credor, além dos bônus já antes assegurados, são acrescidos deveres, de modo que a rigidez antes vista entre estas figuras cede espaço para um cenário de transparência e colaboração mútua, visando a alcançar os fins sociais do contrato.

² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 20.

³ “Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares (...) em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais”. (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, abr-jun/2005, p. 17).

A complexidade das situações subjetivas fica, pois, assente. As ideias de crédito e débito vistas de forma segregada são superadas por uma releitura dos papéis dos sujeitos contratuais, em uma estreita correlação com o princípio da boa-fé objetiva⁴.

O quadro acima retratado evidencia louvável inserção dos preceitos constitucionais, em especial do princípio da solidariedade social, em todas as fases dos contratos privados, causando impactos positivos em diversos institutos, inclusive no *duty to mitigate the loss*, examinado neste artigo.

2. A norma de mitigação dos prejuízos

2.1. Origem

A norma de mitigação, que tem suas raízes vinculadas ao sistema da *common law*, foi desenvolvida no contexto de ações judiciais cujo cerne gravitava em torno da quebra de contrato.

Surgiu a partir de um caso judicial analisado na Inglaterra no fim do século XVII, denominado “Vertue vs. Bird”. Naquela demanda, o requerente narrou haver sido contratado pela parte contrária para transportar algumas mercadorias para outra cidade, trajeto percorrido a cavalo. Asseverou que o demandado somente informou os locais onde os produtos deveriam ser descarregados seis horas após a chegada do autor. Neste lapso temporal, os animais ficaram expostos ao sol e evoluíram a óbito. Esta circunstância fez com que o proprietário dos cavalos acionasse judicialmente o destinatário da carga, a fim de ser reparado pelos danos sofridos.

O tribunal inglês, no entanto, entendeu que Vertue, o requerente, poderia ter se valido de postura tendente a evitar o resultado morte, como, por exemplo, retirar os animais do sol ou colocar as mercadorias em algum local da cidade. Concluiu, assim, ser descabida a indenização pretendida, já que ao credor era possível atuar para impedir os prejuízos sofridos⁵.

2.2. Conceituação

O “dever” de mitigar a perda preconiza que, diante do inadimplemento de um dos polos contratuais, a parte prejudicada se esforce para evitar maiores danos ao objeto contratual, sob pena de não ser ressarcida integralmente por aqueles que poderia, adotando postura razoável, ter repellido.

⁴ “Não se pode distinguir as situações subjetivas – a não ser em termos quantitativos – em ativas e passivas, já que aquelas ditas ativas compreendem também deveres e obrigações e aquelas ditas passivas contêm frequentemente alguns direitos e poderes. A relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro. É difícil imaginar direitos subjetivos que não se justificam no âmbito de situações mais complexas, das quais fazem parte também deveres, ônus, obrigações, isto é, posições que, analiticamente consideradas, podem ser definidas como passivas. A relação sob o perfil estrutural é relação entre situações complexas, que pode ser ora de simples correlação (*collegamento*) (assim, entre *postestàe* interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentes no campo do direito civil, de contraposição e de conflito (assim, nas obrigações onde a situação devedora contrapõe-se àquela creditora)”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 116).

⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2011, p. 22.

O inadimplemento contratual pode, naturalmente, trazer malefícios ao envolvido que não o causou, os quais ele próprio pode abrandar caso opte por trilhar o caminho proposto pela boa-fé objetiva.

Se, contudo, permanecer inerte, não fará jus à indenização correspondente à parcela cuja deterioração poderia ter impedido.

Esta formulação evidencia o privilégio conferido pelo instituto à cooperação e à solidariedade entre as partes, postulados consagrados, em grande medida, a partir da já tratada constitucionalização do direito.

2.3. A razoabilidade que se espera do credor

A conceituação do instituto mencionou o “dever” que recai sobre o credor para que adote as medidas tendentes a minimizar os danos decorrentes do inadimplemento do devedor e da forma razoável por meio da qual tais atos devem ser levados a efeito.

É preciso, então, destacar o que se compreende por razoabilidade dos meios hábeis a evitar maiores danos ao objeto contratual. Na medida em que a razoabilidade encerra um conceito jurídico indeterminado, a tarefa parece um tanto dificultosa.

Propõe-se, para isso, um raciocínio a *contrario sensu*⁶ que se revela viável e promissor. Neste sentido, por exemplo, diz-se que o prejudicado pelo inadimplemento não estará obrigado a agir para mitigar os danos caso precise arriscar a vida ou o patrimônio, ou mesmo colocar em risco desnecessário a sua reputação ou o seu nome. Nestes casos, por certo, a razoabilidade não se fará presente.

O propósito do instituto não gira em torno de exigir do credor atitudes heroicas, nem mesmo atos que o coloquem em posição de vulnerabilidade, sob pena de ser penalizado por uma atitude inadimplente da parte adversa. Por isso, caso esteja impossibilitado de adotar tais condutas, o valor da indenização não sofrerá redução.

Demais disso, não se exige a efetiva evitação do dano, mas apenas que o credor adote as medidas tendentes a evitá-lo. Significa dizer que fará jus à indenização ainda que não obtenha êxito na tentativa.

Neste contexto insere-se a razoabilidade com a qual deve o credor atuar no momento da escolha da conduta a ser adotada para minimizar os danos ao objeto contratual.

⁶ “Mas o que seriam medidas razoáveis? Tradicionalmente, a resposta a essa pergunta, assim como a resposta a todas as perguntas que envolvem a concretização do princípio da boa-fé objetiva, se dá através do exame de casos concretos, o que permite a fixação de critérios que tornam cada vez mais segura a aplicação da regra. Nesse ponto reside a principal dificuldade atinente à aplicação da mitigação dos prejuízos. Na análise da conveniência e possibilidade de se exigir do credor a mitigação dos danos, os ordenamentos estrangeiros e os instrumentos internacionais estudados convergem no recurso a um conceito jurídico indeterminado: a razoabilidade. (...) Talvez o estudo mais criterioso nesse sentido possa ser encontrado na *common law*. De acordo com a doutrina que se dispôs a examinar os julgados, algumas regras podem ser empregadas para determinar ao menos aquilo que o prejudicado não está vinculado a fazer. Nesse sentido, afirma-se que o credor (i) não está obrigado a arriscar demasiadamente seu dinheiro; (ii) não está obrigado a proceder a uma cirurgia excessivamente arriscada; (iii) não está obrigado a prejudicar sua reputação comercial; e (iv) não deve padecer por sua incapacidade financeira em adotar as medidas necessárias à eliminação ou mitigação do dano” (MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguilera. *O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 24).

Caso ele disponha de uma opção mais temerosa do que a outra, certamente deverá pautar seu agir com base na segunda; caso contrário, entende-se que não se desvencilhou do seu ônus de mitigação dos prejuízos.

Finalmente, cabe alertar que as circunstâncias de razoabilidade devem ser aferidas no momento da conduta, e não a partir de um juízo valorativo posterior, a fim de preservar ao máximo a realidade vivenciada no momento em que ocorreram os fatos.

2.4. Crítica à expressão “dever”

O instituto em análise é conhecido como o “dever” de o credor mitigar seus próprios prejuízos. A expressão colocada entre aspas, no entanto, sofre críticas dos estudiosos do tema. Isso porque o significado da palavra “dever” não corresponde à exata vocação do instituto, isto é, aos fins a que ele se destina.

A rigor, o que a norma de mitigação propõe é que recaia sobre o credor o ônus de, razoavelmente, minimizar seus próprios danos, gerados pela inadimplência do devedor⁷.

Ora, o cerne do instituto não se relaciona a um dever direcionado ao credor, mesmo porque deveres vinculam ambas as partes contratuais.

Caso a norma de mitigação não seja observada pelo credor, somente este arcará com as consequências de não ser indenizado pelos prejuízos evitáveis, vale dizer, apenas o patrimônio do credor será afetado pela sua inércia.

A palavra “dever” está intimamente ligada a dois sujeitos de uma relação, de modo que um deles deve satisfazer o interesse do outro. Diferentemente, o ônus retrata uma relação do onerado consigo mesmo, sendo a ele franqueado o direito de escolher entre satisfazer ou não seu próprio interesse.

A norma de mitigação, então, se afasta do conceito de dever e se aproxima de um ônus jurídico direcionado ao credor. É nesse sentido que se concebe o instituto, uma vez que caso a parte prejudicada pelo inadimplemento deixe de envidar esforços para relativizar os danos sofridos, agindo em desconformidade com os preceitos de retidão e probidade, a indenização pelas avarias evitáveis não lhe será devida, consequência que repercutirá unicamente no seu patrimônio.

Assim, caso os danos se materializem por inércia do credor, a ordem jurídica imputa unicamente a ele as decorrências de sua omissão, de forma que a parte contrária sequer será considerada devedora da reparação de tais danos, tornando ilegítima qualquer pretensão do credor em recebe-la.

Por isso, considera-se semanticamente adequado fazer referência ao instituto em exame como um ônus jurídico que recai sobre o credor.

2.5. Previsão em Convenção Internacional

⁷ MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguilera. *O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

A norma de mitigação está disciplinada no artigo 77 Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias⁸, mais conhecida como Convenção de Viena.

O dispositivo normativo, além de determinar que a parte não permaneça inerte ao invocar o inadimplemento contratual, prevê consequências para o eventual descumprimento. Dessa forma, uma vez não adotadas as medidas necessárias a minorar os prejuízos frente ao descumprimento do contrato, não haverá falar em indenização dos danos passíveis de terem sido afastados.

Cumpre alertar, todavia, que a redação do artigo 77 conduz a conclusão de que a norma de mitigação é afastada nos casos em que haja requerimento de execução específica da obrigação, de modo que o instituto somente poderá ser aplicado nas hipóteses em que se busca a indenização por perdas e danos⁹.

Muito embora o Brasil não seja signatário do documento, a previsão se reveste de importância e merece ser enaltecida, por corroborar a visão de que a mitigação se apresenta como uma faceta do princípio da boa-fé, evitando ônus excessivos aos sujeitos contratuais e primando pela economia de recursos financeiros.

3. Fundamentos da norma de mitigação no direito contratual brasileiro

3.1. A dilatação do ornamento jurídico a partir de cláusulas gerais

As mais diversas situações fáticas que se verificam e se transmudam diariamente no meio social fazem com que a legislação seja incapaz de abarca-las e tutela-las por completo. Por essa razão, o sistema jurídico passou a prever cláusulas gerais¹⁰, no intuito de conferir ao julgador, por meio de expressões vagas, maior liberdade de adequação das normas ao caso concreto.

Entre as cláusulas gerais contempladas pela ordem jurídica vigente, guarda pertinência com o instituto trazido neste artigo a relacionada à boa-fé objetiva e à vedação ao abuso do direito.

⁸ “A parte que invocar o descumprimento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para mitigar os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote essas medidas, a parte inadimplente poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada”.

⁹ “Durante a Conferência de Viena, a delegação americana pretendeu inserir, no final da segunda frase, a expressão “ou a modificação correspondente ou um ajuste de qualquer outro remédio”, sugestão esta que foi rejeitada pela votação das delegações prestes. Esse fato, juntamente com a colocação do artigo 77 em uma seção que trata de perdas e danos, leva ao entendimento da doutrina de que o dever de mitigar na CISG aplica-se apenas à indenização por perdas e danos, não afetando os demais remédios nela previstos. Assim, se a parte prejudicada escolher a execução específica da obrigação ou a rescisão contratual, o dever de mitigar não será sequer avaliado pelo tribunal estatal ou arbitral que vier a se pronunciar a respeito do remédio escolhido” (LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011, p. 76).

¹⁰ “(...) verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhada como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais” (MARTINS-CONSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 286).

3.2. Princípio da boa-fé objetiva

Por ser conceitualmente ética, a boa-fé objetiva é voltada para a conduta comportamental do agente que deve, enquanto sujeito de uma relação processual, agir conforme os ditames de lealdade e de retidão¹¹.

À boa-fé objetiva, cláusula geral de direito material que encampa todo o sistema contratual, são imputadas três funções essenciais, a saber: cânnon interpretativo, norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos visando evitar o abuso do direito e, finalmente, norma de criação de deveres jurídicos.

É esta última função que pode sustentar a norma de mitigação no direito brasileiro¹². Com a função integrativa emprestada à boa-fé, sobressaem novos deveres de condutas que vinculam as partes contratuais, em especial o dever de cooperação recíproca, sendo de observância necessária ao longo do trajeto do contrato, sob pena de restar configurada a sua violação positiva, em que se cumpre de forma defeituosa a obrigação principal, e se descumpre prestações de cunho secundário.

¹¹ “(...) a boa-fé é um arquétipo ou modelo de comportamento social que nos aproxima de um conceito ético de proceder de forma correta. Toda pessoa deverá ajustar o seu agir negocial a este padrão objetivo. A conduta esperada é a conduta devida, de acordo com parâmetros sociais. A boa-fé consiste em uma ideia que insere uma suavização e uma correção em uma inteligência demasiadamente estrita do princípio do *pacta sunt servanda*, introduzindo modulações que possam ser exigidas nas circunstâncias do caso concreto. Trata-se de uma fórmula indutora de uma certa dose de moralização na criação e no desenvolvimento das relações obrigacionais, propiciando a consideração por uma série de princípios que a consciência social demanda, mesmo que não estejam formulados pelo legislador ou pelo contrato. (...) A boa-fé funciona como modelo capaz de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, devendo o princípio ser articulado de forma coordenada às outras normas integrantes do ordenamento, a fim de lograr adequada concreção. Reportando-se a boa-fé a valores e expectativas compartilhados em uma comunidade, necessariamente haverá um balanceamento entre os interesses privados dos contratos e outros objetivos da sociedade, sobremaneira o bem-estar dos indivíduos. Tal equilíbrio é dimensionado pela via da boa-fé, ao equilibrar princípios e contraprincípios, amenizando a tensão entre polos e direções. A boa-fé determina que o direito contratual deva ser controlado, e o exercício do poder limitado, de modo a se atingir em parâmetros de decência” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 146).

¹² [...] Já o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 422, aproxima-se da idéia do legislador da Convenção de Viena de 1980, ao impor certo comportamento a ambos os contratantes. Assim, segundo o mencionado dispositivo legal, os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Isto posto, surge a indagação: seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss em matéria contratual*? Acreditamos ser possível esta recepção. Antes, porém, necessitamos realizar uma série de indagações, para chegar ao fundamento desta, por ora, apenas mera possibilidade de acolhimento do conceito pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro com situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda. [...] Não cumprindo o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre em França. No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual. A consideração do dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos. Como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual. [...]” (FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* Revista trimestral de direito civil. RTDC, v. 5, n.19, jul/set, 2004, p. 110 e 118).

Nesta perspectiva trilhou o Conselho da Justiça Federal ao editar, na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 163, cujo verbete diz o seguinte: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Para reforçar e aprofundar o entendimento sobre o tema, foi concebido o Enunciado 629, desta vez na VIII Jornada de Direito Civil: “a indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização”.

3.3. Vedação ao abuso do direito

A teoria do abuso do direito, amplamente aceita e expressamente prevista em diversos sistemas jurídicos romano-germânicos como o Brasil, teve a sua expansão verificada a partir de um caso emblemático na jurisprudência francesa¹³.

No Brasil, o Código Civil previu a vedação ao abuso do direito sob o enfoque objetivo no artigo 187. O aludido dispositivo legal traz em si um conceito dotado de abrangência a fim de conciliar diversos entendimentos doutrinários sobre o assunto, estando arraigado de cânones valorativos e teleológicos¹⁴.

O cotejo entre a teoria do abuso do direito sob sua vertente objetiva e o *duty to mitigate the loss* permite caracterizar como ato abusivo a pretensão do credor em receber, a título de indenização, valores correspondentes aos prejuízos que poderia ter evitado caso agisse nos limites da razoabilidade e em consonância com os preceitos da boa-fé objetiva.

4. Notas sobre institutos que tangenciam a norma de mitigação

Feito um esboço sobre o tema e os fundamentos que legitimam a introdução da norma de mitigação ao ordenamento brasileiro, necessário traçar o que há de distinto entre o *duty to mitigate the loss* e o nexa causal, o princípio da reparação integral do dano e a prescrição. O objetivo, com isso, é de demonstrar que embora existam pontos em comum entre eles, são aplicados em formas e em momentos diversos.

4.1. Norma de mitigação v. nexa causal

¹³ “Tornou-se notório o caso Clément-Bayard, no qual certo proprietário rural, vizinho ao hangar de um fabricante de dirigíveis, edificou em seu terreno, sem qualquer interesse útil, enormes torres de madeira com hastes de ferro pontiagudas, apenas para criar manifesto perigo para a manobra das aeronaves na propriedade contígua. Sobrevindo acidente com um dos dirigíveis, o fabricante das aeronaves pediu perdas e danos e a demolição das construções. O construtor das torres alegou como defesa o caráter absoluto da propriedade sobre seu terreno; o tribunal, porém, deu provimento à pretensão do dono do hangar, com base na teoria do abuso do direito” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 13. Rio de Janeiro, abr-jun/2012, p. 43).

¹⁴ LUSTOSA, Paulo Franco. *O abuso do direito e seus reflexos na responsabilidade civil*. In: *Problemas de responsabilidade civil*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 263.

À norma de mitigação são reservados os casos cuja cadeia de causalidade não pôde solucionar. Esta formulação evidencia que, a rigor, estes institutos não se confundem.

Com efeito, entende-se pornexo de causalidade ou nexocausal o liame jurídico existente entre determinada conduta e o resultado dela decorrente, do qual exsurge a obrigação de indenizar.

Ao examinar a causalidade, o julgador cuida de vislumbrar se o comportamento da vítima pode impactar na responsabilidade do ofensor, atenuando-a ou, em alguns casos, eliminando-a.

Nestas hipóteses de atenuação ou mesmo de interrupção do nexocausal, a vítima, com sua conduta prévia, influi na ocorrência do inadimplemento contratual, o que terá reflexo no âmbito da causalidade, e não da culpabilidade, como inclusive sugerem as nomenclaturas.

Além de não figurar como um pressuposto da responsabilidade civil contratual, a norma de mitigação ganha relevo após já deflagrado o inadimplemento, de modo que o lesado deve agir em momento posterior para evitar ou minimizar os danos.

Não é correto afirmar que a inércia da parte prejudicada possui o poder de interferir na causação do dano. Pelo contrário: este já ocorreria independentemente de alguma postura da vítima, a qual deve agir apenas para evitá-lo por completo ou minimizar suas perdas, não havendo falar em nexocausal entre a sua abstenção e a deflagração do dano.

Dúvidas não restam, portanto, que ambos os institutos se distinguem, mesmo porque de nada serviria a norma de mitigação caso os danos decorrentes da conduta inicial fossem solucionados à luz das excludentes de responsabilidade de culpa exclusiva ou concorrente da vítima¹⁵.

Em resumo, haverá aplicação da norma de mitigação quando, mesmo presente a causalidade entre a conduta do ofensor e o dano experimentado pela vítima, a esta for direcionado o ônus de adoção de medidas razoavelmente hábeis a impedir a propagação do dano, na medida em que este ocorre em momento anterior à aplicação do *duty to mitigate the loss*.

¹⁵ “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” (CARVALHO, Beatriz Veiga. *O “dever” de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do direito brasileiro*. 211 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 77).

4.2. Norma de mitigação v. reparação integral dos danos

Há que se debruçar, ainda que de forma sucinta, sobre a aparente incompatibilidade entre a norma de mitigação e o princípio da reparação integral dos danos.

Conforme disciplina o artigo 944, cabeça, do Código Civil, a indenização, em regra, é medida pela extensão do dano. Nesse sentido, invoca-se a aplicação do princípio da reparação integral dos danos, utilizado com frequência pelos tribunais brasileiros.

À luz do referido dispositivo legal, o grau de culpa do devedor, a princípio, se mostraria irrelevante, já que o protagonismo é assumido pelo dano e sua extensão.

Ocorre que o parágrafo único do mesmo artigo excepciona a regra ao dispor que a indenização poderá ter o seu montante diminuído caso haja desproporção entre o dano e a gravidade da culpa, acarretando a divisão de prejuízos entre as partes, o que, por si só, já demonstra que a disposição do *caput* não é absoluta, havendo um raciocínio de regra-exceção, o qual somente foi possível, nas palavras de Monteiro Filho (2008, p. 73) apud Gomes (1989, p. 291), com o “giro conceitual” a que se submeteu a antiga regra de indenização das perdas e danos, cedendo espaço à preferência pela execução específica do contrato, como já tratado acima.

O magnetismo dessa exceção trazida pelo artigo 944, parágrafo único, do diploma civil, torna necessário um breve relato das suas peculiaridades.

Como dito, o valor da indenização pode ser abrandado caso preenchidos os requisitos do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Inicialmente, destaca-se que o grau de culpa do agente há de ser excessivamente desproporcional à extensão do dano verificado, ou seja, não se admite uma desproporção qualquer. Exige-se, pois, que ela seja expressiva para que se possa aventar a possibilidade de redução equitativa da indenização. Particularmente quanto ao grau de culpa, para a aferição do valor devido, é preciso atentar-se à conduta do devedor, despreocupando-se em graduar a sua culpa, até mesmo para fins de afastar injustiças casuísticas¹⁶.

Esta exceção é interpretada com muita cautela, e demanda aplicação conjugada com as demais regras e princípios do ordenamento, dentre eles o da boa-fé objetiva, o qual refuta a possibilidade de o credor ser reparado de danos por ele evitáveis quando do inadimplemento causado pela parte contrária. Este cenário pode aparentar que o instituto da mitigação dos prejuízos é incompatível com a reparação integral dos danos.

A reparação integral dos danos, todavia, tem por objetivo possibilitar que o credor seja indenizado pelos danos que efetivamente experimentou, não podendo receber valor menor do que a sua perda, o que não destoa da proposta trazida pelo *duty to mitigate the loss*.

¹⁶ “(...) o fato de o parágrafo único do art. 944 se referir a uma gradação da culpa do ofensor, em sede de quantificação (segundo momento), significa que a dicção legal deve albergar, inclusive, o grau de culpa “zero”. Em outras palavras, a interpretação contemporânea a ser dada à norma recomenda que se proceda à análise da “conduta” do ofensor, e não propriamente à análise do grau de sua culpa, para os efeitos do cálculo do quantum. Dessa forma, afasta-se o risco de uma contradição incompatível com a noção da unidade do sistema que representa o ordenamento jurídico: o paradoxo de o agente causador que agiu com culpa ser beneficiado com a redução ao passo que aquele que age sem qualquer culpa (ou em grau zero, como ora se propõe) vir a ser obrigado à reparação integral” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral*. Revista de Direito da PGE. Rio de Janeiro, nº 63, jul/2007–jul/2008, p. 81).

Ora, se o credor à luz da norma de mitigação não é indenizado pelos próprios prejuízos que poderia ter evitado esforços para amenizar, certamente agiu em desacordo com os ditames da boa-fé. Caso contrário, estaria acobertado pela regra contida no art. 944, *caput*, do Código Civil, não fazendo jus à reparação ilimitada dos danos.

Em outras palavras, num primeiro momento, a parte lesada pelo inadimplemento por ela não ocasionado fará jus à reparação integral dos danos sofridos, por força do que preconiza o artigo 944 do Código Civil. Se, entretanto, essa mesma parte prejudicada deixou de atuar com lealdade e boa-fé, se abstendo de empreender esforços proporcionais e razoáveis para evitar a ocorrência de danos, não será indenizada pela parcela contratual cuja mácula poderia ter impedido.

Como se vê, além de não serem obstáculos uns aos outros, os institutos podem ser aplicados até mesmo de maneira concatenada, embora em momentos diferentes¹⁷.

4.3. Norma de mitigação v. prescrição

A rigor, a norma de mitigação não se aproxima ao exercício tardio de um direito, este último intimamente ligado aos prazos prescricionais.

¹⁷ “Parece evidente que a norma contida no caput do artigo 944 do Código Civil atual, além de ser excepcionada por seu parágrafo único, deve ser aplicada em conjunto com as demais normas e princípios inscritos no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais o da boa-fé objetiva. Esta impõe, conforme anteriormente visto, que o devedor não tenha que indenizar o credor pelos danos que esse poderia ter evitado com esforços razoáveis. Há, portanto, um aparente conflito entre essas duas normas: a reparação integral do dano e a boa-fé objetiva. A regra de reparação integral não pode, entretanto, ser tida como princípio absoluto e insuperável do direito brasileiro e, de fato, não é. Além de excepcionada pelo parágrafo único do artigo 944, a reparação integral é limitada pelo artigo 403, que determina que apenas os danos diretos e imediatos podem ser indenizados. (...) Diante de tal quadro, faz-se necessário realizar a ponderação entre essas duas normas, sendo de se concluir que deve prevalecer a limitação da indenização aos danos inevitáveis. A aplicação da regra de mitigação está fundada axiologicamente na busca pela cooperação das partes contratantes e, ao mesmo tempo, tem por efeito fomentar essa própria cooperação. Além disso, promove a eficiência no tráfego jurídico e no direito dos contratos, tendo como consequência evitar a perda de recursos econômica e socialmente relevantes. Por outro lado, a reparação integral – na faceta indenizabilidade de todo dano, como chamou Pontes de Miranda – tem por fim evitar uma situação de injustiça para a vítima: receber menos do que perdeu. Na aplicação da norma da evitabilidade, entretanto, essa injustiça não se verifica, pois a parcela do prejuízo que não será indenizada ao credor é justamente aquela que ele poderia ter evitado. O credor não receberá parte dos danos sofridos porque não agiu de boa-fé, não cooperou para que tais prejuízos não ocorressem. Portanto, na ponderação dos valores que informam a aplicação das duas regras – reparação integral do dano e limitação aos danos evitáveis – identifica-se clara prevalência daqueles que servem de sustentáculo à norma de minimização. Por fim, destaca-se que o conflito entre as duas normas é apenas aparente, não apenas porque é facilmente resolvido pela ponderação dos valores que as informam, mas também pela sistemática de aplicação da boa-fé objetiva no presente caso. (...) o credor prejudicado pelo inadimplemento tem, em princípio, direito à reparação integral dos danos sofridos, sendo de se aplicar a regra do *caput* do artigo 944. Todavia, se não agiu de boa-fé, se não empregou esforços razoáveis para impedir que danos evitáveis ocorressem, ficará impedido de ser indenizado por essa parcela dos prejuízos que poderiam ter sido evitados. A forma e o momento lógico de aplicação das duas normas são diferentes, fazendo com que ambas possam ser aplicadas de maneira articulada para definir o *quantum* de indenização a que fará jus o credor” (LOPES, Christian Sahr Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011, p. 171).

A prescrição tem sua razão de existir, dentre outros fundamentos, na segurança jurídica. Tipifica, no Código Civil, os prazos em que um direito não mais pode ser exigido judicialmente, sendo norma de ordem pública.

Surge irrelevante ventilar qualquer questionamento sobre o tempo demorado pela vítima prejudicada pelo inadimplemento para intentar eventual ação judicial, bastando que o faça dentro do prazo prescricional.

Significa dizer que caso a parte exerça o seu direito de ação nos limites do prazo prescricional estipulado pelo diploma civil, não poderá o julgador promover um juízo de valor na demora que considera existente entre a ocorrência do dano e o ajuizamento da demanda, sob pena de sancionar o credor de forma indevida.

Não é esse o propósito da norma de mitigação. O que se visa com a sua internalização no sistema jurídico pátrio é que o credor, mediante o emprego de ações razoáveis e proporcionais, tenda a minimizar os seus próprios danos causados pela inadimplência do devedor. Caso o credor repute necessário acionar o Poder Judiciário para ver reparados os danos que entende haver sofrido, pouco importa o subjetivismo relacionado ao intervalo de tempo verificado entre a ocorrência do prejuízo e o exercício do direito de ação, desde que, por óbvio, a pretensão não esteja fulminada pela prescrição.

5. Conclusão

Este artigo teve a oportunidade de destacar que a Constituição da República foi precursora da transformação havida no sistema jurídico de um viés patrimonialista para uma visão humana e coletiva e que com o direito obrigacional não foi diferente, por ter passado por uma sensível releitura, em especial no que diz respeito aos polos contratuais.

Buscou-se demonstrar que credor e devedor não são mais vistos de maneira apartada como outrora, mas sim concebidos como sujeitos detentores de deveres e direitos recíprocos e solidários entre si, em busca da concretização contratual.

Articulou-se esse novo viés com o instituto nascido no direito anglo-saxão denominado *duty to mitigate the loss*, defendendo a sua internalização no sistema jurídico brasileiro a partir de dois principais pilares: a boa-fé objetiva e o princípio da vedação ao abuso do direito, na esteira do que defendem alguns estudiosos do tema.

Conferiu-se especial destaque ao conceito da palavra “dever” empregado na tradução livre da nomenclatura do instituto, tecendo críticas construtivas ao seu uso e preferindo a sua substituição pela palavra “ônus”.

Por derradeiro, diferenciou-se a norma de mitigação de outros institutos, apontando a inexistência de incompatibilidade entre eles. Tratou-se, então, da distinção entre o nexo de causalidade, o princípio da reparação integral dos danos e a prescrição.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 25 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, abr-jun/2005.

CARVALHO, Beatriz Veiga. *O “dever” de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do direito brasileiro*. 211 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Disponível: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/0>> Acesso em: 30 jul. 2020.

FARIAS, Cristiano chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* Revista trimestral de direito civil. RTDC, v. 5, n.19, jul/set, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Comparado, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wpcontent/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumoindicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguilera. *O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral*. Revista de Direito da PGE. Rio de Janeiro, nº 63, jul/2007–jul/2008.

LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 250p. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011.

LEAL, Lara Guio

LUSTOSA, Paulo Franco. *O abuso do direito e seus reflexos na responsabilidade civil. In: Problemas de responsabilidade civil*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado IV*. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 13. Rio de Janeiro, abr-jun/2012.