

O *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano

The duty to mitigate the loss in the brazilian civil law and the burden to prevent its own damage

Daniel Pires Novais Dias

Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogado.

Área do Direito: Civil; Obrigações; Responsabilidade civil

Resumo: Este artigo analisa criticamente o recente movimento de sistematização doutrinária e aplicação judicial no Direito civil brasileiro da figura do *duty to mitigate the loss*. Primeiramente, apresenta-se o referido movimento, sua origem e posterior evolução. Em seguida, demonstra-se a inexistência da lacuna no Código Civil que se tem pretendido sanar por meio de uma suposta recepção deste instituto, mas a existência de um vazio teórico-dogmático, para cujo preenchimento propõe-se a inserção no Direito civil brasileiro da figura do *encargo de evitar o próprio dano*. Para chegar a esta proposição examina-se criticamente os fundamentos jurídicos utilizados para justificar a recepção do *duty to mitigate* no Brasil. Analisa-se também as consequências jurídicas do encargo de evitar o próprio dano. Por fim, exclui-se do campo de aplicação deste encargo a situação de exercício tardio de direito.

Palavras-chave: inércia do lesado – agravamento de danos – *duty to mitigate the loss* – encargo.

Abstract: This article examines critically the recent movement of reception in the brazilian civil law of the *duty to mitigate the loss*. First, it presents this movement, its origin and subsequent evolution. Then, it demonstrates the absence of the gap in the Civil Code that attempts to be remedied through a purported reception of this institute, but the existence of a theoretical-dogmatic lack, for whose filling it is proposed to insert in brazilian law the figure of the burden to prevent its own damage. To arrive at this proposition it critically examines the legal grounds used to justify the reception of the *duty to mitigate*. It also examines the legal implications of the burden to prevent its own damage. Finally, it is excluded from the scope of this burden the situation of late exercise of right.

Keywords: inactivity of the injured - aggravation of damages - *duty to mitigate the loss* – burden.

Sumário: 1. O *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro – 2. Análise prévia. Estabelecimento de balizas – 3. A verdadeira lacuna: 3.1 Liquidação das perdas e danos; 3.2 Culpa da vítima – 4. Fundamentos jurídicos: 4.1 Dever acessório; 4.2 Abuso de direito; 4.3 *Venire contra factum proprium* – 5. Encargo de evitar o próprio dano: 5.1 Consequências jurídicas – 6. Exercício tardio de direito: 6.1 *Supressio* – 7. Conclusão – Referências.

1. O *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro

1. Em 2004, Véra Maria Jacob de Fradera publicou artigo intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”¹, expondo que em diversos sistemas jurídicos internacionais o credor, em face do inadimplemento do contrato, encontra-se adstrito a adotar medidas tendentes a minimizar as próprias perdas decorrentes do inadimplemento, sob pena de ter a sua indenização reduzida em proporção equivalente ao montante de danos que poderiam ter sido evitados.

Segundo Fradera, esta exigência atribuída ao credor de mitigar o próprio prejuízo teve origem no direito anglo-saxão, onde tem natureza de dever e recebe o nome de *duty to mitigate the loss*, e foi assistematicamente recepcionada pelos países de sistema jurídico continental, nos quais recebe qualificações jurídicas diversas: na Alemanha tem natureza de *Obliegenheit*, na Suíça de *incombance* e na França tem-se utilizado este mesmo conceito de *incombance*, embora sem a mesma terminologia. Atualmente, no entanto, a aplicação do dever do credor mitigar o próprio prejuízo tem maior amplitude no campo das convenções internacionais de comércio, com destaque para o art. 77 da Convenção de Viena de 1980² sobre venda internacional de mercadorias, pois foi a partir de sua leitura que a Fradera despertou para este tema. Deste panorama, afirma Fradera que, segundo John Honnold, renomado estudioso do Direito comercial internacional, “o *duty to mitigate the loss* é

¹ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, p. 109-119.

² “Art. 77. 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.” (Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2010).

geralmente reconhecido, apesar de expresso das mais variadas formas e aplicado com distintos graus de ênfase.”.

Para ilustrar a aplicação do *duty to mitigate* no Direito francês, Fradera relatou um caso, decidido na França, que teve uma forte influência sobre a doutrina e a jurisprudência brasileira em relação à posterior aplicação do *duty to mitigate* no Brasil: o caso *Bailleux c. Jarety*, em que o locador permaneceu 11 anos sem cobrar os aluguéis e quando veio a invocar a cláusula resolutória, acabou privado de exercer este direito com base na proibição de *venire contra factum proprium*. Neste caso, o *venire* foi a “justificativa utilizada para sancionar o credor faltoso, em relação à ‘*l’obligation de mitigation*’.”.

Daí, pressupondo uma importância prática deste tema e uma lacuna no Código Civil de 2002 ao seu respeito, Fradera propôs a questão de se “seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual?”

Fradera defende ser possível esta recepção por meio do princípio da boa-fé previsto no art. 422 do CC/2002: o *duty to mitigate the loss* corresponderia a um *dever acessório de mitigar a (própria) perda*. Além desta via, Fradera menciona, sob a influência da jurisprudência francesa, ser também possível a recepção com base na proibição de *venire contra factum proprium* e no abuso de direito.

Quanto às *consequências jurídicas* do cumprimento e violação do dever de mitigar, aduz que as despesas decorrentes da adoção de medidas razoáveis para conter o próprio dano seriam acrescidas aos danos suportados pelo credor ou gerariam um crédito distinto das perdas e danos; por outro lado, não cumprido o dever de mitigar e configurado o aumento do prejuízo, incidiria o credor em culpa próxima à de natureza delitual, a justificar o pagamento de perdas e danos.

2. Em dezembro de 2004, Véra Fradera apresentou à III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal proposta de enunciado ao art. 422 do CC/2002, tendo como justificativa as investigações feitas no seu artigo publicado poucos meses antes, e que culminou na aprovação do Enunciado 169: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”³.

O tema ganhou assim importante assento para sua repercussão.

³ III Jornada de direito civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005, p. 168.

3. A doutrina brasileira tem se manifestado favoravelmente à recepção do *duty to mitigate the loss*⁴.

As divergências levantadas acerca do tema referem-se ao *fundamento jurídico de recepção*, se por meio de dever acessório ou abuso de direito⁵, ao *fundamento jurídico de imputação* dos danos agravados, se pela culpa delitual ou responsabilidade objetiva⁶ e as *consequências jurídicas* pelo descumprimento, se seria caso de pagamento de eventuais perdas e danos ou redução do próprio crédito⁷.

A doutrina ultrapassa os limites do estudo de Fradera ao apontar os artigos 769 e 771 do CC/2002 como expressões presentes no sistema brasileiro do *duty to mitigate the loss*⁸ e ao propor a sua aplicação à responsabilidade aquiliana⁹ e ao processo civil¹⁰, isto é, para além do campo do direito contratual, onde a recepção foi originariamente concebida.

Os *contratos bancários* são a principal fonte da doutrina para criar exemplos de aplicação do *duty to mitigate*. Afirma-se, em geral, que as instituições financeiras,

⁴ TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Março de 2005. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 05 jun. 2009; ALVES, Jones Figueirêdo, DELGADO, Mário Luiz. *Código civil anotado: inovações comentadas: artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005, p. 221; LEITE, Gisele. *Roteiro sobre o princípio da boa fé objetiva*. Jus Vigilantibus, Vitória, setembro de 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22364>>. Acesso em: 11 out. 2009; PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto. Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. In: *Revista EMERJ*. v. 11, n. 44 – Rio de Janeiro: EMERJ, 2008, p. 135-139; TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 131-133; GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 49-50; FARIAS Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 616-617; DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 171, p. 35-48; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Duty to mitigate the loss*. Editorial n. 13. Disponível em: <<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>>. Acesso em: 12 nov. 2010. De maneira diversa, Anderson Schreiber aparentemente sugere uma dificuldade de aceitação no Brasil do *duty to mitigate the loss*. (*Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 237).

⁵ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 616.

⁶ TARTUCE, op. cit., 2005; TARTUCE, op. cit., 2010, p. 133.

⁷ TARTUCE, op. cit., 2005; TARTUCE, op. cit., 2010, p. 133

⁸ LEITE, op. cit.; TARTUCE, op. cit., 2010, p. 133.

⁹ Propõe Pablo Stolze a seguinte situação: em um caso de colisão de veículos, a vítima percebe que uma pequena chama surge no motor de seu carro. Podendo apagar a chama com o extintor de incêndio e evitar o agravamento do dano, a vítima opta por nada fazer para, com o alastramento do fogo, vir a ser indenizada com um carro novo. Segundo Stolze, há aqui violação ao *duty to mitigate*, devendo, por sua aplicação, ser a vítima indenizada somente pelo valor referente à colisão inicial (GAGLIANO, op. cit.).

¹⁰ Segundo Fredie Didier Jr., a parte, em juízo, a quem aproveita multa cominatória (prevista no §4.º do art. 461 do CPC), tem o dever de impedir o aumento desnecessário e irrazoável do seu montante por aplicação do *duty to mitigate the loss* (op. cit., p. 47-48). Esta situação é também elencada por Farias e Rosenthal (op. cit., p. 617). O seguinte acórdão do TJ/SP relaciona a desídia do credor de multa cominatória com o *duty to mitigate the loss*: 16ª Câ. de Dir. Priv., AC 7199559-0, Rel. Des. Candido Alem, j. 17.06.2009, r. 24.07.2009.

mormente “diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual”¹¹, não podem permanecer inertes em face do inadimplemento contratual, devendo adotar medidas para minimizar o próprio prejuízo, como notificar o cliente que não encerrou sua conta e é cobrado por sua manutenção para providenciar o seu encerramento¹² ou mesmo negar crédito a cliente já endividado, para evitar o superendividamento¹³.

4. Em âmbito jurisprudencial, o *duty to mitigate the loss* tem sido também cada vez mais utilizado pelos tribunais brasileiros para fundamentar as suas decisões: além do Superior Tribunal de Justiça¹⁴ e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁵, incluem-se neste rol os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁶, São Paulo¹⁷, Rio de Janeiro¹⁸, Minas Gerais¹⁹ e Mato Grosso do Sul²⁰.

Em um interessante reconhecimento internacional deste movimento jurisprudencial, decisões dos tribunais brasileiros aplicando o *duty to mitigate the loss* têm sido resumidas

¹¹ TARTUCE, op. cit., 2010, p. 132.

¹² GARCIA, op. cit., p. 50.

¹³ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 617.

¹⁴ REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010.

¹⁵ 3ª T., AC 332489/CE, Rel. Des. Leonardo Resende Martins, j. 03.09.2009, DJ 18.09.2009, p. 462; 3ª T., AC 358434/PE, Rel. Des. Leonardo Resende Martins, j. 03.09.2009, DJ 18.09.2009, p. 526.

¹⁶ 12ª Câmara Cív., AC 7002.813.8113, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 18.02.2009; 5ª Câmara Cív., AC 70025267683, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 20.05.2009; 6ª Câmara Cív., AC 70028036465, Rel. Des. Liége Puricelli Pires, j. 09.04.2009; 19ª Câmara Cív., AC 70019328889, Des. Rel. José Francisco Pellegrini, j. 13.05.2009; 19ª Câmara Cív., AC 70022586994, Des. Rel. Guinther Spode, j. 01.04.2008; 6ª Câmara Cív., AC 70029093150, Rel. Des. Liége Puricelli Pires, j. 17.09.2009; 6ª Câmara Cív., AC 70029906492, Rel. Des. Liége Puricelli Pires, j. 27.08.2009; 10ª Grupo Cível, EI 70024988883, Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, j. 22.08.2008; 18ª Câmara Cív., AC 70029284296, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 25.06.2009.

¹⁷ 34ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 1036109-0/8, Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 27.06.2007, r. 06.07.2007; 31ª Câmara Cív. AI 1288546- 0/2, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 25.08.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1029972-4, Rel. Des. Candido Alem, j. 05.09.2006; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1.293.652-8, Rel. Des. Windor Santos, j. 19.02.2008; 23ª Câmara de Dir. Priv., AC 7.233.601-9, Rel. Des. J. B. Franco de Godoy, j. 29.04.2009; 18ª Câmara de Dir. Priv., AC 7.321.841-4, Rel. Des. Rubens Cury, j. 10.03.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 7199559-0, Rel. Des. Candido Alem, j. 17.06.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 0891290-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 19.05.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 0967851T, Rel. Des. Candido Alem, j. 02.06.2009; 31ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 1242899- 0/5, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 16.06.2009; 35ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 1196110- 0/1, Rel. Des. Clovis Castelo, j. 16.03.2009; 11ª Câmara de Dir. Priv., AC 7355554-1, Rel. Des. Rangel Desinano, j. 18.06.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1.170.013-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 03.07.2007; 31ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 978450- 0/0, Rel. Des. Willian Campos, j. 19.12.2006; 31ª Câmara de Dir. Priv., AR 992.09.04 9036-2, j. 01.12.2009.

¹⁸ 9ª Câmara Cív., AC 2009.001.61484, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 03.11.2009, DJ 06.11.2009; 2ª Câmara Cív., AC 2008.001.11206 e 2008.001.11199, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, j. 01.07.2009, DJ 20.07.2009; 16ª Câmara Cív., AC 2008.001.45909, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, j. 16.09.2008, DJ 25.09.2008; 14ª Câmara Cív. AC 0009985-05.2007.8.19.0208, Rel. Des. José Carlos Paes, j. 14.04.2010.

¹⁹ 16ª Câmara Cív., AC 1.0701.07.183692-1/001, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 11.03.2009, DJ 17.04.2009.

²⁰ 3ª Câmara Cív., AC 2009.022658-4/0000-00, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 21.09.2009.

em inglês e reunidas na base de dados da Convenção de Viena²¹.

Relaciona-se a seguir o sumo das decisões dos tribunais brasileiros referentes a casos representativos de aplicação do *duty to mitigate*. Para evitar repetições desnecessárias de expressões, os casos serão relatados da seguinte forma: primeiramente a situação básica, depois, destacado em itálico, a *conduta que se entendeu contrária ou coerente com o duty to mitigate*, e, por fim, a consequência jurídica que se extraiu desta violação ou cumprimento:

a) empresa comprou máquina industrial que se revelou defeituosa; em ação indenizatória contra o vendedor *não provou a adoção de medidas para evitar as perdas havidas durante o tempo de inatividade da máquina*, como, por exemplo, a aquisição de outra máquina, ou contratação de terceiro para realizar o serviço; os danos que poderiam ter sido evitados foram excluídos da indenização²²;

b) prestadora de serviços procede ajustes em instalação elétrica de contratante a fim de que este obtivesse abatimento em suas contas de luz, mas não informou a concessionária fornecedora de energia a realização destes ajustes e o contratante continuou pagando durante seis meses contas com valores indevidamente acrescidos; em ação indenizatória, contestou a prestadora alegando que *durante os seis meses o autor não a informou da cobrança indevida*; apenas metade dos valores pagos indevidamente foram reembolsados²³;

c) contrato para construção de uma piscina foi cumprido tardia e insatisfatoriamente; os credores inadimplidos *impediram o devedor de prosseguir nas investigações para identificação da causa do vazamento da piscina*; não foram indenizados por danos morais²⁴;

d) vítima de saque indevido de dinheiro da sua conta *não aceitou proposta de acordo do banco (réu) de devolução do valor sacado*; não foi indenizada por danos morais²⁵;

²¹ Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html#brazil>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

²² TJ/RS. 5ª Câmara Cív., AC 70025609579, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 20.05.2009, DJ 27.05.2009. Em caso similar: TJ/RS. 5ª Câmara Cív., AC 70025267683, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 18.02.2009, DJ 06.03.2009.

²³ TJ/RJ. 16ª Câmara Cív., AC 2008.001.45909, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, j. 16.09.2008.

²⁴ TJ/SP. 34ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 1036109-0/8, Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 27.06.2007, r. 06.07.2007.

²⁵ TRF5. 3ª T., AC 358434/PE, Rel. Des. Leonardo Resende Martins, j. 03.09.2009, DJ 18.09.2009, p. 526.

e) correntista depositava valores em conta corrente para quitar financiamento, mas estes eram utilizados pelo banco para cobrir saldo negativo do depositante, cujo valor, *o banco deixou que superasse o limite de crédito concedido*; correntista ajuizou ação de consignação em pagamento para quitar parcelas do financiamento; o pedido foi julgado procedente²⁶;

f) empresa aérea (ré) *ofereceu “passeios, shows e refeições” para os passageiros com voos atrasados*; a indenização por danos morais foi reduzida²⁷;

g) vítimas de uma colisão de automóveis, no hospital, sem necessidade, *mudaram do ambulatório, cujos custos eram cobertos pelo plano de saúde, para apartamento*, e, posteriormente, *repararam o veículo acidentado a um valor superior ao de aquisição de um similar em bom estado*; não foram reembolsados pelo excedente de ambas as despesas²⁸;

h) vítimas de cobrança ou negativação indevidas *não procuraram informar os supostos credores dos equívocos*; as indenizações por danos morais foram reduzidas²⁹;

i) vítima de roubo *não informou o ocorrido “o mais breve possível” à autoridade policial e aos sistemas de proteção ao crédito*; falsários contraíram dívidas com seus documentos e a vítima acabou com seu nome negativado; em ação indenizatória contra a empresa responsável pela cobrança, entendeu-se que a vítima contribuiu culposamente para o evento danoso e a indenização foi reduzida³⁰;

j) promitente-vendedor *demorou, desde o inadimplemento, quase sete anos para ajuizar ação pedindo resolução do contrato, reintegração de posse e indenização “pelo*

²⁶ TJ/SP. 23ª Câm. de Dir. Priv., AC 7.233.601-9, Rel. Des. J. B. Franco de Godoy j. 29.04.2009, r. 22.05.2009.

²⁷ TJ/RS. 12ª Câm. Cív., AC 7002.813.8113, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 29.01.2009, DJ 13.02.2009.

²⁸ TJ/MG. 16ª Câm. Cív. AC 1.0701.07.183692-1/001, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 11.03.2009, DJ 17.04.2009.

²⁹ TJ/RJ. 9ª Câm. Cív., AC 2009.001.61484, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 03.11.2009, DJ 06.11.2009; e TJ/MS. 3ª T. Cív., AC 2009.001940-8/0000-00, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 10.05.2010, DJ 19.05.2010

³⁰ TJRS. 6ª Câm. Cív., AC 70028036465, Rel. Desa. Liége Puricelli Pires, j. 09.04.2009, DJ 07.05.2009. No mesmo sentido: TJRS.18ª Câm. Cív., AC 70029284296, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 25.06.2009, DJ 09.07.2009.

tempo em que o imóvel ficou em estado de não-fruição”; o valor da indenização foi reduzido³¹;

l) posto de gasolina e distribuidora celebram contrato de compra e venda de combustível com previsão de quota mínima e exclusividade; o posto de gasolina adquire gasolina de outro fornecedor e/ou em quantidade inferior ao mínimo estabelecido; a distribuidora, *após anos cumprindo o contrato nestes termos*, ajuíza ação pedindo resolução do contrato e pagamento da multa prevista contratualmente, que já somava elevado montante; a multa tem sido reduzida ou mesmo excluída³²;

m) administradora de cartões *demorou quase cinco anos para cobrar judicialmente o pagamento de faturas*, período em que a dívida do cliente inadimplente mais que dobrou; do débito foram excluídos juros de mora, correção monetária e multa moratória, desde a data do inadimplemento da primeira prestação até a data do ajuizamento da ação de cobrança³³;

n) concessionária fornecedora de água *demorou dez anos* para interromper o fornecimento por falta de pagamento e cobrar judicialmente o débito; a proprietária do imóvel alugado (ré) foi considerada irresponsável pelo débito, decorrente de consumo de inquilino, e a concessionária impedida de interromper o fornecimento de água³⁴;

o) o banco não creditou a correção monetária ou os juros remuneratórios devidos sobre os valores depositados em conta-poupança; *os correntistas demoraram alguns anos para ajuizar ação de cobrança*; não se tem entendido que houve violação ao *duty to mitigate the loss*³⁵.

³¹ REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010.

³² Posicionamento do TJ/SP manifestado nas seguintes decisões: 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1.029.972-4, Rel. Windor Santos, j. 05.09.2006, r. 06.12.2006; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1.170.013-1, Rel. Des. Windor Santos, j. 03.07.2007, r. 27.07.2007; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 0891290-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 19.05.2009, r. 17.07.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 0967851-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 02.06.2009; 31ª Câmara de Dir. Priv., AR 992.09.04 9036-2, Rel. Des. Adilson de Araujo, j. 01.12.2009, r. 16.12.2009.

³³ 3ª Câmara Cív., AC 2009.022658-4/0000-00, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 21.09.2009, r. 24.09.2009.

³⁴ TJ/SP. 31ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 978450- 0/0, Rel. Des. Willian Campos, j. 19.12.2006, r. 20.12.2006.

³⁵ TJ/SP. 31ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 1242899- 0/5, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 16.06.2009, r. 20.07.2009; TJ/SP. 35ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 1196110- 0/1, Rel. Des. Clovis Castelo, j. 16.03.2009; TJ/SP. 11ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 7.355.554-1, Relator Renato Rangel Desinano, j. 18.06.2009, r. 30.06.2009; TJ/SP. 18ª Câmara de Dir. Priv., AC 7.321.841-4, Rel. Des. Rubens Cury, j.

Estas decisões serão pontualmente analisadas ao longo do artigo e também servirão para ilustrar assertivas teóricas durante todo o trabalho. Agora, em perspectiva global, importa destacar a detecção de *três diferentes grupos de casos* em que o *duty to mitigate* tem sido aplicado pelos tribunais: um primeiro em que credor, diante de *inadimplemento contratual*, não adota medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo - problemática presente nos casos *a) a f)*; um outro em que vítima de dano *extracontratual* não adota medidas para evitar o agravamento do próprio dano - casos *g), h) e i)*; e um último composto por situações que envolvem *exercício considerado tardio de direito e aumento vultoso de débito* - casos *j) a o)*.

2. Análise prévia: estabelecimento de balizas.

1. Este fenômeno, que acaba de ser apresentado, de teorização e aplicação judicial do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro, tem sido referido por doutrinadores e julgadores como *recepção* de instituto homônimo do sistema jurídico da *common law*. Esta percepção parece *equivocada* e decorre da forma com que o tema foi introduzido no Direito brasileiro pelo estudo de Fradera, no qual a autora partiu de uma correspondência entre o *duty to mitigate the loss* e o *dever do credor de mitigar a própria perda* e afirmou que este *dever* teve sua origem no Direito anglo-saxão, de onde foi assistematicamente recepcionado pelos ordenamentos jurídicos continentais, de maneira que, atualmente, é geralmente reconhecido, embora encontre-se expresso de diferentes formas e aplicado em distintos graus. Sob esta perspectiva, e supondo uma lacuna no Código Civil acerca da questão analisada, o que restaria ao sistema civil brasileiro fazer, senão recepcionar (também) o *duty to mitigate the loss*?

Esta perspectiva apresentada por Fradera deve ser questionada. Primeiramente, como adiante se verá, não há lacuna no Código Civil para regular as situações em que o credor inadimplido, ou mesmo a vítima de dano extracontratual, não adota medidas para evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo.

Em segundo lugar, sobre a origem inglesa do “dever” do credor evitar o agravamento do próprio prejuízo, é possível contrapor que o Código Civil alemão, que data de 1896, já previa a redução da indenização da parte lesada por negligência desta em afastar ou minorar

o próprio dano (§ 254³⁶), enquanto que o *duty to mitigate the loss* foi formulado pela primeira vez em uma decisão judicial datada de 1912³⁷.

Terceiro, o *duty to mitigate the loss* não corresponde a um *dever* (do credor de mitigar a própria perda). A expressão em inglês é equívoca porque induz à compreensão de que se trata de um dever sem que o seja, e a doutrina chama atenção para isso³⁸. No sistema jurídico de *common law*, o *duty to mitigate the loss*³⁹ corresponde a uma *norma* que, conjuntamente com outras, determinam o valor da indenização da vítima de um dano contratual ou extracontratual⁴⁰. No sistema de imputação de danos da *common law*, parte-se do princípio de que se deve indenizar todo o dano em alguma medida decorrente do delito ou do inadimplemento contratual⁴¹. Diante de indenizações absurdamente elevadas que uma orientação como essa levaria, ao longo do tempo e por meio de decisões judiciais, casuisticamente foram sendo criados *limites* para ela, como, por exemplo, o de que o ofensor não deve indenizar danos que não poderia prever à época da contratação ou delito (*remoteness*), ou os danos decorrentes da intervenção de causa estranha que rompa o nexo de causalidade (*intervening cause*), ou então os danos que a vítima poderia ter evitado mediante a adoção de medidas razoáveis (*duty to mitigate the loss*). Tratam-se, por assim dizer, de pequenas regras, ou “filtros” de imputação, que são confrontados com a totalidade de danos decorrentes do ilícito para se chegar ao valor devido da indenização reparatória (*compensatory damages*).

Assim, além de uma compreensão de base equivocada relativa ao *duty to mitigate the loss* – percebê-lo como dever ao invés de norma que é -, diante desta breve notícia, é possível afirmar que o *duty to mitigate the loss* corresponde a figura jurídica detentora de

³⁶ “§ 254 (Participação na culpa). Se, na produção do dano, concorrer uma culpa do prejudicado, dependerá a obrigação à indenização, bem como o alcance da indenização a prestar, das circunstâncias, particularmente do fato de que até que ponto o dano foi, preponderantemente, por uma ou outra parte, causado.

Aplica-se isto, mesmo quando a culpa do prejudicado se limita à circunstância de que negligenciou ele de chamar a atenção do devedor sobre o perigo de um dano inteiramente excepcional que o devedor não conhecia nem era obrigado a conhecer, ou de que negligenciou *êle de afastar ou de minorar o dano* (grifo nosso)”. (DINIZ, Souza. *Código Civil Alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 57.).

³⁷ No caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd*. (BURROWS, Andrew. *Remedies for torts and breach of contract*. 3. ed. Oxford University Express, 2004, p. 122).

³⁸ BURROWS, op. cit., p. 122; GOETZ, Charles J., SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, 1983, p. 967-1024.

³⁹ A nomenclatura é variável entre os autores. Além de *duty to mitigate the loss* (BURROWS, 2004) é comum a referência à norma pela expressão *mitigation of damages* (HONNOLD, 1999) e também *rule of avoidable consequences* (PROSSER, 2004), ou *avoidable loss* (MCGREGOR, 2008).

⁴⁰ BURROWS, op. cit., p. 122.

⁴¹ TREITEL, G. H. *The law of contracts*. 12. ed. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 1044.

dados técnicos e científicos a ela subjacentes - como origem, natureza e fundamento jurídicos, finalidade, funcionamento e contornos dogmáticos – que não foram captados pelos operadores do Direito brasileiros que têm aplicado o “*duty to mitigate the loss*”. Partindo da compreensão de que o fenômeno da recepção no Direito “corresponde não a um movimento objectivado de preceitos, mas à aprendizagem dos dados técnicos e científicos que lhes estejam subjacentes”⁴², conclui-se que não é possível falar em efetiva recepção no Direito civil brasileiro do *duty to mitigate the loss*, figura do sistema jurídico da *common law*⁴³.

E em quarto lugar, importa confrontar, pelas repercussões práticas que a perspectiva centrada no *duty to mitigate* implicaram no cenário jurídico brasileiro, a citação de John Honnold que Fradera faz em seu trabalho. Como já referido, a autora cita indiretamente John Honnold para afirmar que, segundo ele, “o *duty to mitigate the loss* é geralmente reconhecido, apesar de expresso das mais variadas formas e aplicado com distintos graus de ênfase.”. No entanto, é possível contrapor a esta leitura de Véra uma outra tradução da mesma passagem de John Honnold: “O princípio que a parte tem de mitigar perda que pode ser razoavelmente evitada é geralmente reconhecido (grifo nosso), mas é expresso de diferentes maneiras e é aplicado em diferentes graus de ênfase.” (tradução nossa)⁴⁴. Esta diferença de tradução é importante porque marca que a generalidade de reconhecimento não é do *duty to mitigate the loss* propriamente dito, mas do tratamento da *situação* em que o credor pode reduzir o próprio prejuízo e o *problema jurídico* que ela coloca. E dessa distinção se conclui que a atenção do jurista brasileiro deve estar voltada para o problema e

⁴² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 25.

⁴³ Santos Júnior, em estudo sobre a aplicação do regramento do *duty to mitigate the loss* no sistema jurídico português, analisa os fundamentos subjacentes a esta norma para concluir que, em solo português, correspondente regramento teria de fundar-se no instituto da culpa da vítima, positivado no art. 570 do CC português. (SANTOS JÚNIOR, E. “Mitigation of damages”, redução de danos pela parte lesada e “culpa do lesado”. In: *Homenagem da faculdade de direito de Lisboa ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2007.).

⁴⁴ No original: “The principle that a party must mitigate loss that reasonably can be avoided is generally recognized but is expressed in different ways and is applied with varying degrees of emphasis. Many codes do not explicitly speak of a ‘duty’ to ‘mitigate’ loss. Instead, statutory language that a party is responsible for the damage it ‘causes’ often provides a basis for concluding that some of the damage was caused by the plaintiff rather than the party in breach. Similarly, some systems limit the plaintiff’s recovery by principles akin to what other legal systems call contributory negligence—e.g., the French doctrine of *faute de la victime*.” (HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 456. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Acesso em: 01 dez. 2010.)

para sua solução de acordo com o sistema civil pátrio, e não para o *duty to mitigate* e sua recepção no Direito brasileiro.

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 como 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.

A estas colocações é possível contrapor que, pelo que se depreende do trabalho de Fradera, a sua intenção nunca foi a de propor uma efetiva recepção do *duty to mitigate the loss*, mas sim a de propor uma solução, adequada ao sistema civil brasileiro, para um problema que ela entendeu não haver regulação na legislação brasileira. A verdadeira pergunta que Fradera se propôs responder estava presente no título do seu trabalho, “pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”, embora um outro questionamento seu, presente no corpo do artigo, “seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual?”, tenha repercutido muito mais sobre a comunidade jurídica brasileira.

2. Embora não haja recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro, a referência a esta expressão em inglês é inevitável: a sua grande popularidade no Brasil torna-a a única expressão que dá efetivamente unidade ao fenômeno apresentado. Além disso, a sua tradução para o vernáculo, literalmente correspondente a *dever de mitigar a perda*, apesar de ser o principal sentido atribuído no Brasil ao *duty to mitigate*, deixaria de fora parcela de doutrinadores e julgadores que pretendem fundamentar a recepção do *duty to mitigate* com base no abuso de direito, por tratar-se de fundamentação que não se coaduna com a noção de um *dever* de mitigar, conforme se discorrerá abaixo.

3. A recepção do *duty to mitigate the loss* foi proposta no Brasil para solucionar

situações em que credor mantém-se inerte diante da produção ou agravamento do próprio prejuízo decorrente do inadimplemento do contrato. Trata-se de “solução” apresentada para um *problema de responsabilidade civil contratual, ou seja, um problema de imputação de danos que o credor inadimplido poderia ter evitado sofrer ou mesmo minimizado sua extensão quando já inicialmente configurado*. Uma recepção que procura dar resposta à seguinte pergunta: a quem e em que medida devem ser imputados os danos decorrentes do inadimplemento do contrato, mas que o credor poderia ter evitado ou reduzido; ao devedor inadimplente ou ao credor inerte?

No entanto, a abrangência do *duty* foi *ampliada*, passando este a ser aplicado (i) no campo da responsabilidade civil aquiliana; e (ii) também para os casos de exercício tardio de direito.

A primeira ampliação é justificável, pois o problema jurídico a ela subjacente é o mesmo: *a imputação de dano ou seu agravamento evitável pela própria parte lesada*. Trata-se de um problema, a imputação de danos, de responsabilidade civil, seja obrigacional ou aquiliana. Neste sentido, não é determinante tratar-se de lesão contratual ou aquiliana, mas sim de tratar-se de evento lesivo imputável a terceiro cujo respectivo potencial danoso pode ser evitado, ou ao menos minimizado, pela própria vítima.

A segunda ampliação, no entanto, merece maior atenção. A situação de exercício tardio de direito de crédito não constitui uma situação regulável pela responsabilidade civil. O problema jurídico que esta situação desafia não é de imputação de danos e a sua solução, como se verá, distingue-se da solução propugnada para as demais situações analisadas no presente estudo. Por isso este grupo de casos receberá tratamento em apartado.

3. A verdadeira lacuna

1. Para justificar a recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro, foi apontada lacuna no Código Civil de 2002 para regular as situações em que o credor, diante do inadimplemento contratual, se mantém inerte, negligenciando a adoção de medidas aptas a evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo.

No entanto, no presente tópico demonstrar-se-á que o Código Civil de 2002, e mesmo o Código Civil revogado, contém dispositivos que regulam estas situações de negligência do credor, e também da vítima de dano extracontratual, em face do próprio prejuízo.

Tratam-se de situações que já eram amplamente trabalhadas pela doutrina e jurisprudência à época do Código Civil de 1916, e com o Código atual há ainda mais artigos que podem ser chamados a depor por uma solução justa.

Por outro lado, a análise detida da forma com que abalizada doutrina e jurisprudência brasileiras trabalham com estas situações revela uma *outra lacuna*, que implica em inconsistência da solução a que se tem chegado. Trata-se, por assim dizer, de uma lacuna de premissa, que a torna incoerente com a conclusão obtida.

As verificações da ausência de lacuna legal regulatória e da existência de outra lacuna, desta vez de premissa teórica, dar-se-á simultaneamente ao longo da análise dos dispositivos presentes no Código Civil de 2002, com menção aos correspondentes no Código revogado, aplicáveis às situações em tela.

3.1 *Liquidação das perdas e danos*

1. O art. 402 do CC/2002, em repetição do art. 1.059 do CC/1916, prevê que as perdas e danos devidas ao credor inadimplido abrangem o que ele efetivamente perdeu e o que *razoavelmente deixou de lucrar*. Desta última expressão, o entendimento que comumente se extrai é que a lei fixou um critério de *probabilidade objetiva* para fixação do lucro cessante: não se exige do lesado a demonstração de certeza absoluta de ganho, mas também não basta a mera possibilidade; é indenizável o ganho que se teria com base no desenvolvimento *normal* dos acontecimentos diante das circunstâncias do caso concreto⁴⁵.

No entanto, um fato nem sempre salientado é de que *a conduta do credor inadimplido insere-se nesta análise da normalidade no desenvolvimento dos acontecimentos após o não cumprimento da obrigação*. Se, por exemplo, o credor inadimplido se recusa injustificadamente a adotar medida que evitaria ou reduziria a perda de lucro, esta perda não se inclui nas perdas e danos, por tratar-se, segundo o art. 402 do CC/2002, de montante que *irrazoavelmente se deixou de lucrar*.

Aguiar Dias, ainda na vigência do CC/1916, ao lecionar sobre liquidação de lucros cessantes, afirmava “que como lucro cessante não podem ser considerados os resultados, artificialmente criados pelo prejudicado. A este não é lícito, por exemplo, por sua inércia ou demora em mandar reparar o objeto ou bem danificado, agravar a situação do

⁴⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 720-721. No mesmo sentido, entre outras decisões: REsp 846.455/MS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 22/04/2009.

responsável, aumentando a indenização dos lucros cessantes. Os prejuízos devem ser calculados de acordo com o tempo realmente necessário para concluir as reparações e assim fazer desaparecer as conseqüências daí decorrentes, como, por exemplo, a não percepção de aluguéis da casa alugada ou o não rendimento do automóvel de aluguel, por sua forçada inatividade.”⁴⁶.

Sob o art. 402 do CC/2002 se enquadra o *caso a)*, mencionado acima, em que o comprador de uma máquina industrial defeituosa pediu indenização pelo que deixou de lucrar com a produção de sua fábrica, parada durante o período que a máquina permaneceu quebrada. O TJ/RS julgou pela improcedência deste pedido sob o argumento de não ter o autor se desincumbido do ônus de provar que se “acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação do referido serviço com outra empresa”. Do ponto de vista de Direito material, essa exigência referida pelo tribunal corresponde à aferição da irrazoabilidade do que se deixou de lucrar, de acordo com o limite previsto no art. 402 do CC/2002.

No entanto, a ressalva que se faz a este julgado é em relação ao *ônus da prova*: ao autor da ação cabe provar que o dano por ele sofrido decorre de um vínculo de normalidade com o inadimplemento, mas não que adotou as medidas razoáveis para evitar ou reduzir o próprio prejuízo. Se o réu entende que naquele caso medidas ordinárias poderiam ter sido tomadas pelo autor para evitar o prejuízo ou sua maior extensão, cabe a ele o ônus de provar esta alegação (CPC, art. 333, inc. II).

E mais: o Tribunal afirmou que, *com base na leitura do art. 77 da Convenção de Viena*, “impõe-se à parte requerente o dever de provar que tomou todas as medidas cabíveis para evitar o prejuízo experimentado”, quando, em verdade, o que os comentadores da Convenção de Viena e tribunais arbitrais internacionais extraem deste artigo é que incumbe ao devedor inadimplente (réu) o ônus de provar que o credor inadimplido (autor) não adotou conduta razoável a fim de mitigar o próprio prejuízo e a extensão do dano que podendo não se evitou⁴⁷. Isto é, cabe ao ofensor provar a

⁴⁶ DIAS, op. cit., p. 770.

⁴⁷ FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. El deber de mitigar el daño en la convención de viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una breve aproximación al tema. *Revist@ e-Mercatoria*, v. 6, n. 2, 2007; OPIE, Elizabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. Janeiro de 2005. Disponível em:

irrazoabilidade da omissão ou da ação do ofendido, diante das circunstâncias do caso concreto.

Percebe-se, então, que, segundo a legislação brasileira e o art. 77 da Convenção de Viena, o comprador da máquina industrial deveria ter sido indenizado pelos lucros cessantes durante o tempo que a máquina permaneceu parada, salvo se o devedor inadimplente tivesse provado que o comprador irrazoavelmente descuidou de evitar o agravamento do próprio prejuízo, o que no caso concreto não ocorreu. Do que se conclui que a fundamentação do julgador em regramento estrangeiro levou a decisão contrária à legislação brasileira e contrária à própria regulação estrangeira que se entendia aplicar corretamente.

Por fim, o art. 402 do CC atual, assim como art. 1.059 do CC revogado, regula os casos em que o credor inadimplido negligencia a produção ou agravamento do próprio lucro cessante, de modo que ele não fará jus à reparação deste dano evitável, por tratar-se de montante que irrazoavelmente deixou de lucrar.

2. O art. 403 do Código Civil atual, repetição substancial do art. 1.060 do CC/1916, estabelece que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por *efeito direto e imediato* da inexecução da obrigação, ainda que esta resulte do dolo do devedor.

Com base neste dispositivo, os prejuízos desencadeados pelo inadimplemento do contrato, mas que o credor poderia ter evitado, não devem ser indenizados, por tratar-se de *dano indireto*⁴⁸.

A origem deste entendimento está no pensamento de Robert Joseph Pothier, jurista francês do século XVIII cujo magistério influenciou a redação do art. 1.151 do CC francês⁴⁹, fonte do preceito contido no art. 403 do CC atual⁵⁰. O célebre exemplo da

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Acesso em: 23 de jul. de 2009. E também decisão da Suprema Corte da Áustria (*Oberster Gerichtshof*). Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>. Acesso em: 7 out. 2009.

⁴⁸ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 356 e ss.; Montenegro não faz distinção se causa do dano é o inadimplemento contratual ou uma lesão extracontratual; para este autor, “o dano que podia ser evitado pelo ofendido” é indireto e, portanto, irressarcível. (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 22.).

⁴⁹ Art. 1.151. “Mesmo que a inexecução da convenção resulte de dolo do devedor, as perdas e danos não devem compreender, com relação à perda sofrida pelo credor e ao ganho de que este tenha sido

compra da vaca doente, criado por Pothier, retrata muito bem este entendimento: um negociante vende uma vaca, que sabia sofrer de doença contagiosa, tendo dissimulado este vício para o comprador. A vaca, antes de morrer, contamina todo o rebanho do comprador, que também vem a morrer. O comprador, sem os animais necessários para arar e adubar a terra, não cultiva a terra, e por isso não colhe. Impedido de pagar as dívidas, tem seus bens sequestrados e vendidos a preço vil⁵¹.

Segundo Pothier, o vendedor deve responder não só pelo dano da própria vaca, como também por todos os sofridos no restante do gado contagiado por ela, “porque é o dolo do negociante o causador de todo esse prejuízo.” Por outro lado, o vendedor não deve ser reputado responsável pelos danos decorrentes da falta de cultivo da terra, porque a falta de cultivo não é uma consequência “absolutamente necessária” da morte do gado, tendo sido possível ao comprador evitá-la com, por exemplo, a compra de outros animais, ou, caso não dispusesse de recursos, poderia evitar os prejuízos alugando ou subarrendando as terras para que outrem a cultivasse.

Analisando este exemplo, Agostinho Alvim, na mesma linha de entendimento de Pothier, afirma que a inatividade do credor é que se deve considerar como a *verdadeira causa* dos danos decorrentes da falta de cultivo da terra. Segundo ele, o comprador “que não adquiriu, nem tomou de aluguel, outros bois para poder arar as suas terras, não praticou ato ilícito, porque nenhuma obrigação tinha de fazê-lo. Mas houve, na cadeia de causas, um *fato*, imputável a ele, e isso basta.”⁵².

De acordo com este entendimento, os casos *b)*, *c)*, *d)* e *e)* são regulados pelo art. 403 do CC/2002. O caso *f)*, por sua vez, embora aparentemente inserido no presente grupo de casos, não corresponde a uma situação de conduta da vítima para evitar o agravamento do *próprio* prejuízo. Ao contrário: na situação de atraso de voo a companhia aérea é a devedora inadimplente; ao oferecer refeições, shows e passeios para os passageiros com

privado, senão o que é uma consequência direta e imediata da inexecução da convenção.” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 595)

⁵⁰ NORONHA, op. cit., p. 595.

⁵¹ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p. 148-149.

⁵² ALVIM, op. cit., p. 362. Além de Agostinho Alvim, Pontes de Miranda (1958, p. 216) e Carvalho Santos (1989, 257-260), chancelam a orientação presente neste exemplo. Washington de Barros Monteiro relata exemplo equivalente para demonstrar a mesma orientação: alguém compra forragens para o seus animais, mas o vendedor não as entrega e os animais morrem de fome. Segundo Monteiro, o vendedor não é responsável pelos danos da morte dos semoventes, porque “a verdadeira causa da morte dos semoventes não foi a falta de entrega das forragens, mas a culpa do próprio comprador” que não procurou outras formas de alimentar os animais. (*Curso de direito civil, v. 4: Direito das obrigações, 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 335).

voos em atraso está tentando minimizar danos morais decorrentes do seu inadimplemento. Trata-se de medida para evitar o agravamento do *dano da outra parte* e não o próprio.

3. Não obstante a conclusão a que chega a doutrina de que o devedor não responde pelos danos decorrentes do seu inadimplemento que o credor poderia ter evitado, por tratarem-se de danos indiretos, importa agora analisar o desenvolvimento dogmático para se chegar a essa conclusão.

Retomando a análise de Agostinho Alvim do exemplo da vaca pestilenta, percebe-se que o seu raciocínio, ao afirmar que a inércia do comprador em relação à adoção de medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo *não é ilícita, uma vez que nenhuma obrigação tinha de realizá-las*, é coerente com a tradicional orientação de que não existe nenhuma regra que proíba o indivíduo de diminuir o próprio patrimônio⁵³.

No entanto, esta sua premissa não é coerente com a conclusão de que o vendedor não é responsável pelos danos decorrentes da ausência de plantio pois a inércia do comprador foi a sua verdadeira causa. Se o comprador lesado não tinha nenhum dever de adotar as medidas mencionadas, a sua omissão não pode ser, de maneira alguma, juridicamente qualificada como *causa* do agravamento do próprio prejuízo. Pelo contrário, a omissão, sem que o omitente titularize dever de agir, é, estritamente, um *indiferente jurídico*, não sendo possível imputar-lhe responsabilidade pelos danos sobrevenientes.

Seguindo a premissa de que o comprador não tinha o dever de adotar medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo, forçoso concluir que o vendedor de má-fé deve responder também pelos danos decorrentes da ausência de cultivo da terra, pois *outra causa não há* para explicá-los além da inexecução positiva do contrato por parte do vendedor.

Para solucionar este impasse abrem-se duas possibilidades: uma por meio do reconhecimento de um dever, ou outra situação jurídica passiva (como ônus, encargo ou sujeição), da pessoa evitar o próprio dano; ou então a verificação de um outro fundamento, que não a imputação de danos, apto a restringir o direito a indenização da vítima pelos danos que poderia ter evitado sofrer, como o abuso de direito, por exemplo.

⁵³ Segundo Aguiar Dias, “a lesão que o indivíduo irroga a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito. [...] No direito privado [...] não há nenhuma regra que proíba o sujeito de direitos de diminuir o seu patrimônio.” (op. cit., p. 715); DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil, v. 7: responsabilidade civil*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71; Fernando Noronha também coloca no conceito de dano a noção de lesão jurídica a *bem alheio* (op. cit., p. 555). No Direito alemão, Westermann: “[...] ao titular de um bem jurídico não cabe um dever de evitar danos.” (WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações; parte geral*. Porto Alegre: Fabris, 1973, p. 145).

A análise dos fundamentos sugeridos para recepção do *duty to mitigate* no Direito brasileiro propicia a oportunidade de enfrentar estas duas vias; o que se fará adiante.

3.2 Culpa da vítima

1. A situação em que a vítima de uma lesão não adota medidas razoáveis para evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo é também enfocada sob o instituto da *culpa da vítima*.

O instituto da *culpa da vítima* se configura quando a conduta culposa da vítima é causa, concorrente ou exclusiva, do próprio dano. A conduta da vítima é causa concorrente quando ela e o ato de outro agente são condições necessárias e adequadas para a produção do dano, ao que se convencionou chamar *culpa concorrente da vítima*; e a conduta desta é considerada causa exclusiva quando o dano for consequência tão somente da sua atuação, de modo que “o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por aquela experimentado”⁵⁴, ao que tradicionalmente se rotula de *culpa exclusiva da vítima*.

A culpa concorrente é um elemento atenuador da responsabilidade do agente, devendo a indenização ser fixada com base na gravidade da sua culpa em confronto com a da vítima do dano (art. 945, CC/2002). A *culpa exclusiva da vítima* é uma excludente de responsabilidade, de modo que o agente não responderá pelos danos ocorridos e a vítima os suportará integralmente.

2. A *culpa da vítima* é a via utilizada por importante parcela de países componentes da família romano-germânica para resolver as situações em que a vítima de um dano não adota conduta para evitar ou minorar o próprio prejuízo. Exemplificativamente, incluem-se neste rol Alemanha⁵⁵, Grécia⁵⁶, Itália⁵⁷, Suíça⁵⁸ e Portugal⁵⁹.

⁵⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, v. 4: responsabilidade civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 165.

⁵⁵ Código Civil alemão: “§ 254 (Participação na culpa). Se, na produção do dano, concorrer uma culpa do prejudicado, dependerá a obrigação à indenização, bem como o alcance da indenização a prestar, das circunstâncias, particularmente do fato de que até que ponto o dano foi, preponderantemente, por uma ou outra parte, causado.

Aplica-se isto, mesmo quando a culpa do prejudicado se limita à circunstância de que negligenciou ele de chamar a atenção do devedor sobre o perigo de um dano inteiramente excepcional que o devedor não conhecia nem era obrigado a conhecer, ou de que negligenciou *êle de afastar ou de minorar o dano* (grifo nosso) [...]” (DINIZ, Souza, op. cit., p. 57.)

⁵⁶ Código Civil grego: “Art. 300. Se aquele que sofreu o dano, contribuiu culposamente para a sua produção ou para sua extensão, o tribunal pode não conceder a indenização ou diminuí-la. O mesmo acontece quando quem sofreu o dano *omitiu-se em impedi-lo ou em limitar a sua extensão* (grifo nosso), ou se não tiver chamado a atenção do devedor sobre o perigo de um dano extraordinariamente elevado que o devedor não

3. Já na vigência do Código Civil de 1916 o entendimento da doutrina e dos tribunais brasileiros era o de que a vítima de um dano que não adota medidas razoáveis para evitar ou minorar o próprio dano, a este *culposamente dá causa*.

Segundo Pontes de Miranda, a falta de diligência (culpa) da vítima na concorrência para o próprio dano resulta ou “a) de ter o ofendido contribuído para a concorrência do dano, inclusive por provocação do agente, ou por descuido de evitamento ou minoração do dano; ou b) de ter concorrido para que o dano continuasse (crescimento no tempo), ou se fizesse maior (crescimento objetivo).”⁶⁰.

Ao abordar o tema da culpa da vítima ainda sob a vigência do CC/1916, Yussef Said Cahali retratou o seguinte perfil da jurisprudência: “Nossa jurisprudência é no sentido de que o responsável por um dano não pode ser prejudicado com a inércia da vítima, que não adotou, ela mesma, as providências necessárias para diminuir o dano.”⁶¹.

Segundo Aguiar Dias, na verificação da *culpa exclusiva da vítima* deve-se analisar quem teve a *melhor e mais eficiente oportunidade de evitar o dano*, se o autor do dano ou a vítima, “porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção.”⁶².

conhecia nem deveria conhecer. [...]”. (tradução nossa) (ALCOZ, María Medina. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontratual*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 157.)

⁵⁷ Código Civil italiano: Art. 1.227. Concurso de fato culposo do credor. Se o fato culposo do credor houver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é diminuído segundo a gravidade da culpa e a magnitude das consequências que lhe são derivadas.

O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado usando a diligência ordinária (grifo nosso). (tradução nossa)

⁵⁸ Código Federal Suíço das Obrigações: “Art. 44 (IV. Motivos de redução) (1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se as circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para *criar ou aumentar o dano ou agravaram* (grifo nosso), de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer.” (DINIZ, Souza. *Código civil suíço e código federal suíço das obrigações*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1961, p. 164).

⁵⁹ Código Civil português: Artigo 570º (Culpa do lesado) 1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a *produção ou agravamento dos danos* (grifos nossos), cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Tomo XXII: Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 200.

⁶¹ CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980, p. 144.

⁶² DIAS, op. cit., p. 695. Interessante que esta concepção de Aguiar Dias corresponde, em alguma medida, à aplicação do *duty to mitigate the loss* nos Estados Unidos da América. No Direito contratual americano a aplicação do *duty to mitigate* obedece à seguinte orientação: diante do inadimplemento, se credor inadimplido e devedor inadimplente tiverem oportunidades iguais para evitar o dano, o credor não poderá ter a sua indenização reduzida sob o fundamento de que não mitigou a própria perda. (FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. 4rd. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 779). Desta orientação podemos inferir que a vítima, de maneira análoga ao preconizado por Aguiar Dias, somente suportará o dano se tiver tido uma melhor e

Um exemplo correntemente referido pela doutrina brasileira desta época para ilustrar a culpa da vítima em não evitar o agravamento do próprio dano é o de pessoa ferida que não procura ou não aceita se submeter a tratamento médico, inclusive cirúrgico, tido como necessário; entendia-se que agindo assim ela culposamente agrava o próprio dano⁶³. Esta orientação doutrinária contrasta com o entendimento do Supremo Tribunal Federal esposado na década de 1950⁶⁴ acerca da mesma situação: o ministros qualificaram como *justo e razoável* o critério presente no acórdão recorrido de que ninguém pode ser constrangido a se submeter a *cirurgia* para minorar as lesões de um acidente, “mormente para diminuir a indenização a ser paga pelo autor ou responsável pelo dano”, pela inconveniência e graves riscos que estão sempre envolvidos neste tipo de intervenção.

Em situação inversa, isto é, em que a vítima de lesão corporal vem a se tratar, a culpa da vítima também pode se configurar: no caso de vir a despende mais do que o razoável para sua recuperação, como por exemplo, na escolha de tratamento, hospital ou profissionais da área de saúde injustificadamente caros. Segundo Aguiar Dias, as despesas de tratamento devem “se fundar em base razoável e atender ao que ordinariamente se despende para obter o resultado desejado, como recuperação da situação anterior ao dano.”⁶⁵. Trata-se de lição em estreita conexão com o caso g) mencionado acima.

4. O Código Civil de 2002 inovou ao estabelecer regra geral para regular os casos de *culpa concorrente da vítima*. Dispõe o art. 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização deverá ser fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”.

Diferentemente do entendimento corrente na doutrina anterior ao CC atual, que enquadra as situações de dano que a vítima poderia ter evitado sofrer como culpa exclusiva da vítima, entende-se que nestes casos não há, necessariamente, interrupção do nexo de causalidade, configurando, portanto, casos de *culpa concorrente da vítima*. A interrupção do nexo de imputação ocorre somente quando, em função de conduta irrazoável da vítima, o dano agravado apresenta-se como um *efeito inadequado do evento danoso inicial*. É, “no entanto, problemático que este ‘corte’ da ‘conexão de responsabilidade’ se possa afirmar

mais eficiente oportunidade de evitar o próprio prejuízo e não a aproveitou.

⁶³ MIRANDA, op. cit., p. 198; MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 24.

⁶⁴ AI 17624, Relator(a): Min. RIBEIRO DA COSTA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/1955, EMENT VOL-00256-01 PP-00024.

⁶⁵ DIAS, op. cit., p. 771.

nas situações em que o agravamento derive [...] da pura *atitude de passividade* do lesado, ficando *inerte* face ao dinamismo do dano (deixando infectar o ferimento, demorando a consulta médica, etc.).”⁶⁶.

Por outro lado, analisando o texto do art. 945 do CC/2002, é possível afirmar que a expressão “evento danoso” dá a impressão de que o dispositivo restringe-se às situações em que a conduta da vítima contribui para o fato danoso, não se aplicando aos casos em que a sua contribuição se dá somente em relação à sua extensão (agravamento do dano). Por exemplo: um motociclista que imprudentemente trafega na contramão e é atropelado por veículo conduzido em velocidade acima do limite máximo permitido. Neste caso, o motociclista contribuiu para a ocorrência da colisão (evento danoso) e o art. 945 do CC/2002 indubitavelmente incide para fins de fixação da indenização. Agora, se, diferentemente, o motociclista está parado no sinal vermelho *sem capacete* e é atropelado, ele não contribuiu para o atropelamento (evento danoso), mas a sua conduta (culposa) de estar sem capacete poderá ter contribuído para a maior extensão (agravamento) dos danos sofridos. E por este dano agravado, decorrente da soma das condutas de ofensor e ofendido, deve ser levada em conta a conduta da vítima para fim de fixação da indenização. E qual o critério para a fixação da indenização? Tratando-se de culpa concorrente (para os danos agravados), naturalmente o da gravidade da culpa, previsto no art. 945 do CC/2002. Assim, não obstante a expressão legal “evento danoso” não faz sentido excluir os casos de agravamento de dano por parte da vítima do âmbito de incidência do art. 945 do CC/2002. Tratam-se de casos em que as condutas do agente e da vítima funcionam como causa para o dano agravado, de maneira equivalente aos casos em que ambas as partes contribuem para o dano inicial, ou evento danoso. A expressão “evento danoso” deve, portanto, ser entendida de maneira mais ampla, como *dano*.

Assim, segundo a orientação aqui adotada, a situação em que a vítima negligencia adotar conduta para evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo é regulada pelo art. 945 do CC/2002, por tratar-se de caso de *culpa concorrente da vítima* e não culpa exclusiva, em relação aos danos agravados.

Menezes Direito e Cavalieri Filho aparentemente seguem esta linha de entendimento: ao tecerem comentários sobre o art. 945 do CC/2002 referem-se à doutrina do jurista

⁶⁶ PROENÇA. José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação para o dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 655.

espanhol Jaime Santos Briz que elenca a omissão da vítima em procurar evitar ou minorar o dano como um dos pressupostos de fato em que se configura a culpa concorrente⁶⁷.

Atualmente, sob a égide do CC de 2002, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não pode ser negado o direito à indenização à vítima de lesão corporal que se recusa a se submeter à cirurgia apta a reverter, ou ao menos reduzir a lesão. Segundo a ministra Nancy Andrighi, esta posição se justifica, entre outros motivos, porque “não há qualquer norma que obrigue a recorrente a se submeter a uma cirurgia” e que “qualquer procedimento cirúrgico, por mais simples que seja, sempre envolve riscos que a recorrente pode legitimamente optar por não correr, riscos esses que vão desde os procedimentos de anestesia, aos inerentes ao pós-operatório.”⁶⁸.

5. O art. 945 do CC/2002 regula as situações de responsabilidade civil aquiliana para as quais tem sido aplicado o *duty to mitigate*, como os casos *g)*, *h)* e *i)* relatados acima e também exemplo formulado por Pablo Stolze sobre um condutor, vítima de uma colisão, que, percebendo um princípio de incêndio no motor de seu carro, opta por não apagá-lo, a fim de ser indenizado com um carro novo⁶⁹. Inclusive, no caso *i)* o tribunal manifestou expressamente o entendimento de que se tratava o caso de culpa concorrente da vítima para o evento danoso, mas não aplicou o art. 945 do CC/2002 e sim o *duty to mitigate the loss*.

Deve-se, no entanto, atentar que o art. 945 do CC/2002 resta violado quando os tribunais simplesmente excluem, como têm feito com base no *duty to mitigate the loss*, a indenização da vítima pelos danos que ela poderia ter evitado. Isto porque, uma vez que estas situações se incluem no art. 945 do CC/2002, a fixação da indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados deve-se dar com base na *gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano*.

6. O art. 945 do CC/2002 fala em “se a vítima tiver concorrido *culposamente* para o evento danoso”. A culpa, conforme concepção normativa com que é atualmente entendida,

⁶⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes, FILHO CAVALIERI, Sergio. *Comentários ao código civil, volume XIII: da responsabilidade, das preferências e privilégios creditórios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 406.

⁶⁸ REsp 733990/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 270. Em relação a agravamento da lesão em decorrência de omissão da vítima a se submeter a tratamento *não cirúrgico*, os Tribunais ordinários têm decidido pela redução da indenização. Neste sentido: TJ/SP 4ª Câmara de Dir. Priv. AC 371.782.4/4-00, Rel. Des. Carlos Teixeira Leite, r. 03.03.2006; TJ/SP. 4ª Câmara de Dir. Priv. AC 578.859.4/5-00, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 13.08.2009, r. 10.09.2009.

⁶⁹ STOLZE, op. cit.

corresponde a juízo de reprovação ou desvalor relativamente à conduta *ilícita* do agente⁷⁰. Naturalmente, uma conduta só pode ser censurada pelo Direito se for contrária aos seus preceitos. Pois então, a omissão da vítima em não evitar ou reduzir o próprio prejuízo, para ser qualificada como culposa, tem de, antes, ser tida como ilícita. Daí a questão: existe alguma norma que imponha ao particular evitar a produção ou mesmo o agravamento do próprio prejuízo? Como visto, negativa é a resposta de abalizada doutrina brasileira que enfrentou esta questão. Mas, em assim sendo, como adequar o problema de imputação que estas situações de danos evitáveis pela própria vítima desafiam com a estipulação pelo legislador de que, para haver atenuação da responsabilidade dos agentes, as condutas das vítimas devem ser culposas?

Para resolver este impasse, abrem-se, novamente, duas possibilidades: por meio do reconhecimento de um dever, ou outra situação jurídica passiva, da pessoa evitar o próprio dano, ou então o reconhecimento de que a previsão de culpa presente no art. 945 do CC/2002 reflete uma noção distinta da que a culpa é tradicionalmente concebida. A análise dos fundamentos da suposta recepção do *duty to mitigate the loss* propicia, ao menos, o enfrentamento da primeira das duas possibilidades. É o que se fará adiante.

7. Enfim, da análise desenvolvida com os artigos 402, 403 e 945, do Código Civil de 2002, conclui-se que as situações em que o credor inadimplido, ou a vítima de dano extracontratual, permanece inerte em face da produção ou agravamento do próprio dano, encontram regulação no Código Civil, não havendo que se falar em lacuna em relação à elas. A recepção de uma regulação estrangeira como o *duty to mitigate the loss*, ou mesmo qualquer outra, resulta *desnecessária*.

Por outro lado, percebeu-se que a doutrina parte da premissa de que a vítima não titulariza dever jurídico, ou outra situação jurídica passiva, de evitar o próprio dano. Esta premissa resulta em ausência de *fundamento jurídico* para a atividade de contenção ou mitigação do próprio dano pela vítima e tem implicações em dois níveis: em um primeiro nível, uma implicação *causal*: como a causalidade por omissão pressupõe a inobservância de um mandamento jurídico de ação, a ausência de um mandamento de evitar o próprio dano implica na impossibilidade de se reconhecer na conduta de inércia da vítima em relação ao agravamento do próprio prejuízo uma causa deste dano, de maneira que o dano

⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português. v. 2º: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 467.

deveria ser integralmente imputado ao agente causador do evento danoso, por não haver outra causa para a sua configuração; em outro nível, uma implicação sobre a *culpa*: como a culpa corresponde a um juízo de censura relativamente à conduta ilícita do agente, a ausência de uma prescrição jurídica de evitar danos a si implica que a conduta da vítima que concorre para o próprio prejuízo ou seu agravamento não pode ser considerada culposa. Este dado, a princípio, impossibilita a aplicação do art. 945 do CC/2002, que tem como pressuposto a contribuição *culposa* da vítima para o evento danoso.

Conclui-se então 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. Diante da incoerência da solução a que se tem chegado e da injustiça que representa a solução oposta de imputar integralmente ao ofensor os danos que a vítima poderia ter evitado sofrer, resta a questão de como resolver este problema de imputação de danos?

Como já referido, uma possível resolução para este impasse pode ser encontrada no enfrentamento dos fundamentos propostos para a recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro: basicamente os de dever acessório e abuso de direito. É o que se fará agora.

4. Fundamentos jurídicos.

1. Os fundamentos jurídicos elencados pela doutrina brasileira para recepcionar o *duty to mitigate the loss* são: dever acessório, abuso de direito, *venire contra factum proprium* e *supressio*. Este último fundamento refere-se especialmente às situações em que o direito de crédito é exercido tardiamente e, por isso, será analisado separadamente no tópico próprio para estas situações.

4.1 Dever acessório.

1. O principal fundamento de recepção do *duty to mitigate the loss* defendido pela doutrina brasileira é o de dever acessório⁷¹. Esta tese parte da noção de que o princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do CC/2002, impõe às partes contratantes deveres acessórios de cooperação ou lealdade entre si. O *duty to mitigate* é encarado como uma concretização

⁷¹ FRADERA, op. cit., p. 116-117; GARCIA, op. cit., p. 49-50; TARTUCE, op. cit., 2010, p. 131-132; PEIXOTO, op. cit., p. 135-136; LEITE, op. cit.

desta noção de cooperação, uma vez que impõe a uma das partes conduta voltada a evitar a oneração da prestação da outra. Assim, sob esta perspectiva, trata-se o *duty to mitigate the loss*, no Direito civil brasileiro, de um *dever acessório de mitigar a (própria) perda*⁷².

2. A análise da existência de um dever *acessório* do credor, ou mesmo da vítima de dano extracontratual, mitigar o próprio prejuízo impõe questionamento anterior acerca da existência ou não de um dever *genérico* das pessoas evitarem danos a si, análogo ao *neminem laedere*⁷³.

Esta questão pode levar a profundas indagações sobre os limites da liberdade do particular em face do seu papel na sociedade e mesmo sobre a própria função da responsabilidade civil. A análise aqui, no entanto, mesmo pelos próprios limites do presente trabalho, será dogmática, pautada nos dados normativos que o sistema positivo fornece relativamente à questão.

A existência de um dever *genérico* de evitar danos a si no Direito civil brasileiro é elidida, primeiramente, pela existência de dispositivos que expressamente autorizam a diminuição do patrimônio, como a previsão genérica de renúncia à propriedade (art. 1.275, II, CC/2002), além de outras afins, como a remissão de dívida (art. 385, CC/2002), a doação (art. 538, CC/2002) e a renúncia de herança (art. 1806, CC/2002). Por outro lado, o fato de a ordem jurídica não vedar, por exemplo, o consumo de álcool e, principalmente, tabaco, apontam para sua indiferença em relação à escolha individual, resultante do direito de liberdade de cada um, mesmo que essa escolha implique em danos ao próprio agente⁷⁴.

O problema, no entanto, surge quando a opção do particular transborda deste campo de expressão da sua liberdade individual, afetando a esfera jurídica de terceiros, como acontece nos casos em que a vítima, após ter negligenciado a possibilidade de reduzir o próprio prejuízo decorrente de evento danoso imputável a outrem, pleiteia a indenização por todos os danos sofridos. Em outras palavras, é possível afirmar que o ordenamento não

⁷² Já foi referido anteriormente que tecnicamente o *duty to mitigate* não corresponde a um *dever*, mas a uma regulação que, por fundamentos próprios, exclui da indenização da vítima valor correspondente às perdas que poderia ter evitado sofrer. Assim, não obstante a imprecisão da referência de que o *duty to mitigate* corresponde a um dever, seja de que natureza for, foca-se aqui na *análise da adequação ou inadequação perante o sistema jurídico brasileiro do reconhecimento de um dever acessório da vítima evitar ou reduzir as próprias perdas*.

⁷³ Pontes de Miranda (op. cit., p. 198) e Arnaldo Marmitt (op. cit., p. 190) seguem a linha de entendimento de que as pessoas titularizam dever de não lesar a si mesmos análogo ao de não lesar os outros.

⁷⁴ De maneira análoga, o pensamento de Brandão Proença em relação ao ordenamento jurídico português. (op. cit., p. 521).

proíbe a lesão ao próprio patrimônio, mas sim que os lesados pretendam posteriormente responsabilizar terceiros pelo dano sofrido.

Percebe-se que o problema é fundamentalmente *relacional*, isto é, de imputação de danos que, embora inicialmente imputáveis a terceiro, poderiam ter sido minimizados pela vítima. A perspectiva de um dever *genérico* não satisfaz porque, como visto, além de centrada exclusivamente na figura do próprio lesado, veda em abstrato a conduta do particular tendente à diminuição do próprio patrimônio, o que contraria a possibilidade amplamente reconhecida de sua restrição pelo exercício da autonomia do seu titular.

Cumprido, então, analisar a situação jurídica passiva da vítima em face do próprio prejuízo sob perspectiva mais *relacional*, em que os interesses do ofensor também estejam em jogo. Os deveres acessórios parecem uma figura adequada a esta busca.

3. A tese de que o credor inadimplido titulariza o dever acessório fundado na boa-fé de adotar todas as medidas ao seu alcance para minimizar os danos decorrentes do inadimplemento contratual encontra assento na doutrina clássica europeia. Exemplificativamente, é o entendimento seguido na Itália por Emilio Betti⁷⁵, na Espanha por Luis Diez-Picazo⁷⁶ e em Portugal por Carlos Mota Pinto⁷⁷. Nesta perspectiva, segundo leciona Betti, “o credor conquanto insatisfeito em sua expectativa, não pode agir como se estivesse em guerra com o devedor e comportar-se de modo tal a acrescer o dano do inadimplemento, desinteressando-se das conseqüências prejudiciais que sua indiferença produz na esfera de interesses da contraparte. Há uma exigência de correção que lhe impõe, também nessa fase, tentar circunscrever os danos causados pelo inadimplemento.”⁷⁸.

No campo da responsabilidade civil aquiliana o entendimento de que a vítima de dano extracontratual titulariza dever acessório fundado na boa-fé de não agravar o próprio prejuízo também encontra amplo reconhecimento. Segundo Brandão Proença, é dominante em boa parte da doutrina europeia “a tese que baseia a intervenção do lesado no relevo positivo de uma *boa fé* subjacente à relação indemnizatória aberta com o dano

⁷⁵ BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 124-125.

⁷⁶ “Quien sufre el incumplimiento del contrato, debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión de daño causado por el incumplimiento [...]. Hay, ante todo, un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños, adoptando por ello las precauciones que la razonable diligencia exige.” (DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5.ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, v. 2, p. 689.)

⁷⁷ “Deveres de cooperação: [...] o credor deve limitar o mais possível os danos, no interesse do obrigado [...]”. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 345).

⁷⁸ BETTI, op. cit., p. 124.

extracontratual.”⁷⁹. A título exemplificativo, este é o entendimento seguido em Portugal por Antunes Varela⁸⁰ e Carlos Mota Pinto⁸¹ e na Alemanha por Karl Larenz, nas primeiras edições de seu Manual de Direito das obrigações⁸².

4. Para compreender a situação jurídica do credor diante do inadimplemento do contrato, e mesmo do particular em face de um dano extracontratual, é imprescindível destacar a distinção existente entre a situação do credor em uma relação obrigacional decorrente do acordo de vontades das partes envolvidas e a do credor de uma prestação indenizatória, cuja relação obrigacional decorre da incidência da lei sobre um ilícito indenizável.

Primeiramente, em uma relação obrigacional decorrente do acordo de vontades, o dever acessório que recai sobre ambas as partes de não onerar nem complicar a atuação da outra tem por fundamento o próprio acordo de vontades por elas firmado e tem por finalidade acautelar e substancializar a prestação contratada⁸³; assim, o credor que onera ou complica a atuação do devedor está se voltando contra o que foi por ele pactuado, bem como contra o equilíbrio das prestações.

De maneira diferente se coloca a situação do credor inadimplido ou da vítima de dano extracontratual. Nestes casos sobressai a iminência de dano, ou seu agravamento, decorrente de conduta ilícita imputável a outrem e a necessidade da parte lesada agir para minimizar as perdas *sobre seu próprio patrimônio* e, por *via reflexa*, atenuar a indenização que deve ser paga pelo lesante.

Uma vez que o dano ou a sua iminência surgiu unilateralmente (por inadimplemento ou delito), ligado, por vezes, a uma conduta dolosa, parece mais razoável defender a responsabilização do ofensor pelas consequências ulteriores do seu ato e pela omissão do

⁷⁹ PROENÇA, op. cit., p. 660.

⁸⁰ “Outras vezes, a vítima não terá contribuído para a produção do dano, mas para seu *agravamento*, ou não terá concorrido, como lhe cumpria, para *atenuar* ou *minorar* o dano.” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008, v. 1, p. 918.)

⁸¹ “*Deveres de cooperação*: [...] o dever do lesado de minorar danos [...]”. (PINTO, op. cit., p. 345.)

⁸² Como se verá adiante, Karl Larenz mudou a orientação a este respeito nas edições mais recentes do Manual de Direito das obrigações; não obstante, em edição mais antiga, com tradução para o espanhol, encontra-se: “El deber de hacer todo lo exigible y posible para eludir el daño que amenaza (o la agravación del ya producido) y de disminuirlo cuando ya haya tenido lugar, es un deber de conducta que obliga al perjudicado frente al obligado a indemnizar y que, por otra parte, ha de fundarse en la ‘buena fe’ y estar delimitado por ésta.”. (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 223)

⁸³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil. 2ª v.: Direito das obrigações, 1ª t: Introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 482-483.

seu dever de remover o dano. Com exceção ao comportamento comissivo da vítima, a inércia desta seria compreensível, atendendo à sua situação de privilégio (ou de não poder ser “constrangida” pelo ofensor) e ao seu direito a liberdade (negativa), enquanto titular de bens e sujeito de direitos (podendo não se tratar, não fazer o exame recomendado, prejudicar a sua saúde etc.)⁸⁴.

Assim, embora seja possível afirmar semelhança entre as condutas que a parte “deve” adotar para não agravar o próprio dano e para cumprir dever acessório de não onerar a posição do devedor, há uma diferença essencial entre essas duas situações: naquela a vítima tem os olhos primeiramente fixos em seus próprios interesses e reflexamente nos da contraparte, enquanto que nesta os seus olhos estão fixos nos interesses da outra parte e reflexamente nos seus. A própria expressão correntemente utilizada de dever acessório de *mitigar a própria perda* demonstra uma confusão destas noções. A referência mais adequada para refletir a situação em jogo seria a de *dever acessório de evitar o agravamento da prestação (indenizatória) do devedor*.

Esta *diferenciação* revela que o comportamento mitigatório da vítima e o modo de sua execução aproveitam *reflexamente* ao ofensor, enquanto possibilitam a suavização da sua prestação indenizatória, mas não são fruto de uma conduta *exigível*⁸⁵. Trata-se de distinção que é importante na avaliação da conduta das partes em problemas de imputação de danos e que pode ser determinante na solução de casos concretos. Neste sentido, por exemplo, em 19 de junho de 2003, a Corte de Cassação da França decidiu, em dois julgamentos sobre responsabilidade civil extracontratual, que a vítima não pode ter sua indenização reduzida pelo fato de não ter adotado medidas para evitar o agravamento do próprio dano, por entender que “o autor de um acidente é obrigado a reparar todas as consequências danosas” e “que a vítima não tem de limitar seu prejuízo no interesse do responsável (grifo nosso)”. (tradução nossa)⁸⁶

A este raciocínio é possível contrapor que reflete um olhar excessivamente

⁸⁴ PROENÇA, op. cit., p. 664.

⁸⁵ PROENÇA, op. cit., p. 668.

⁸⁶ No original: “Attendu que l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable; [...]”. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/>. Acesso em: 19 nov. 2010. Segundo Solène Le Pautremat, estas decisões representam uma explícita rejeição da Suprema Corte em introduzir um princípio geral de mitigação de danos no Direito francês de responsabilidade civil aquiliana. (PAUTREMAT, Solène Le. Mitigation of Damage: A French Perspective. *International & Comparative Law Quarterly*, 55, p. 205).

individualista do problema, pois descarta completamente o seu componente social e os interesses do ofensor de não ser surpreendido com uma situação de agravamento considerável do dano, decorrente de condutas *dolosas* da vítima ou então de uma *negligência manifestamente irrazoável* com seus bens⁸⁷. E também, como visto, a orientação irrestrita de ausência de qualquer mandamento jurídico de evitar o próprio dano pode levar a situações francamente injustas⁸⁸, como a de ter de responsabilizar o vendedor da vaca doente pelos danos decorrentes da ausência de plantio do comprador inerte, de acordo com clássico exemplo de Pothier trabalhado acima.

Sob esta perspectiva, a doutrina europeia mais recente tem se afastado de entendimentos fundados em uma autêntica pretensão do ofensor a ver o dano limitado, como é o caso do dever acessório, e se aproximado de outras situações jurídicas passivas que não outorgam qualquer direito subjetivo, com destaque para o *encargo* do particular evitar o próprio dano. Esta noção será abordada adiante em tópico próprio.

Antes disto, na busca pelas diversas possibilidades de solução do problema enfrentado, resta ainda a análise dos demais fundamentos de recepção do *duty to mitigate the loss*.

4.2 Abuso de direito

1. Para fundamentar a recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro, a doutrina aponta como possibilidades o abuso de direito e o *venire contra factum proprium*⁸⁹.

Uma vez que o *venire* configura uma das fórmulas mais características do abuso de direito⁹⁰, é de se questionar o que significa essa separação entre o conceito de abuso e o de *venire*? Aparentemente, o *duty to mitigate the loss* constituiria uma *outra* situação de abuso de direito diferente do *venire contra factum proprium*.

Esta é a linha defendida por Chaves e Rosenthal⁹¹: enquadram o *duty to mitigate the loss*, ao lado de regulações típicas de abuso de direito - como *venire contra factum*

⁸⁷ PROENÇA, op. cit., p. 664

⁸⁸ Segundo Westermann, “[...] a consideração da *culpa coadjuvante do lesado* corresponde a um mandamento da justiça.” (op. cit., p. 143).

⁸⁹ FRADERA, op. cit., p. 117; TARTUCE, op. cit., 2010, p. 132; CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 616-617.

⁹⁰ CORDEIRO, *Tratado de direito civil português. v. 1º: Parte geral, 4º t.: Exercício jurídico*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 372.

⁹¹ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 616-617.

proprium, supressio e surrectio e tu quoque -, como “outra modalidade específica de abuso do direito”. Não obstante, simultaneamente situam o *duty* entre uma das particulares concretizações do dever anexo ou acessório de cooperação e lealdade: um “dever do credor de mitigar as próprias perdas”. Segundo afirmam, “o dever anexo de cooperação e lealdade impõe ao credor atuar, concretamente, para não agravar a situação do devedor. Por isso, quando o seu comportamento implica em agravamento da situação do devedor, haverá abuso do direito de ser credor”. Pelo que se depreende, da violação ao dever acessório de mitigação ocorreria o abuso (eventualmente do direito de crédito ou da posição de credor, e não do “direito de ser credor”). Isto não se dá. Primeiro, o abuso do direito pressupõe uma situação jurídica ativa (fundamentalmente um direito) que se possa exercer (inclusive) abusivamente; dispunha-se de uma permissão, de um espaço de liberdade do qual se utilizou ilegitimamente. A figura do dever (acessório) representa exatamente o oposto: a vinculação do titular a adotar determinado comportamento; não há permissão, mas dever, de modo que a sua desobediência implica em ilícito simples e não em ilícito decorrente de abuso. Além disso, como se detalhará abaixo, o afirmado “abuso” se configura não com a conduta do credor que agrava o próprio prejuízo (e que supostamente violaria o dever acessório de mitigação), mas na contradição entre esta conduta e o posterior exercício do direito à indenização em que se postula reparação por todos os danos sofridos.

2. A existência de um dever (acessório) de mitigar o próprio prejuízo é, em alguma medida, contraditória com a noção de abuso do direito da parte que negligencia evitar o agravamento do próprio prejuízo e depois pleiteia reparação pela integralidade de danos sofridos. Se a vítima titulariza dever de agir para conter o agravamento do próprio dano, a sua inércia, em inobservância a este dever, passa a ser causa do prejuízo que poderia ter sido evitado. Daí, como a parte lesada foi quem causou o próprio dano, não há que se falar em direito a indenização, cujo exercício poderia ser considerado abusivo. De outra maneira, é possível conceber abuso do direito à indenização no caso de a vítima não titularizar dever de evitar o agravamento do próprio prejuízo, pois como a sua negligência em evitar a própria perda não pode ser considerada causa do dano, ela a princípio tem o direito a indenização pelos danos agravados, mas o exercício deste direito, nestas condições, pode ser considerado abusivo.

4.3 *Venire contra factum proprium*

1. Não obstante a ausência de desenvolvimento da doutrina brasileira acerca deste

fundamento de recepção do *duty to mitigate*, nos casos em que a vítima descuida de evitar o próprio prejuízo, o *venire contra factum proprium* se configuraria na *contradição* entre a negligência da vítima para com o próprio dano (o *factum proprium*) e a pretensão de colocá-lo integralmente a cargo do lesante⁹². Vê-se, assim, como *abusivo o exercício do direito de indenização*, colocando-se o foco não tanto na conduta contributiva da vítima, mas na sua *reação* ao dano que sofreu⁹³.

Acontece que severa crítica pode ser formulada contra a viabilidade desse fundamento: a conduta contributiva da vítima não é apta a gerar no ofensor a *confiança* de que ele não irá pleitear a indenização integral pelos danos sofridos, elemento fundamental para a aplicação do *venire contra factum proprium*. A proibição de comportamento contraditório, da forma com que tem sido encarada pela doutrina⁹⁴, tem por fundamento a tutela à confiança: a proibição só incide quando o agente, com um comportamento posterior, viole a legítima confiança depositada por outrem em função do seu comportamento inicial.

Imagine-se as situações dos casos *d)* e *h)*, relatadas acima. No caso *d)*, em que a correntista teve dinheiro sacado indevidamente da sua conta e não aceitou proposta de acordo do banco de ser reembolsada, não é plausível defender que o fato dela não ter aceito a proposta de acordo do banco é contraditória com o ajuizamento de ação indenizatória pelos danos sofridos, ou pior ainda, que aquela negativa é apta a gerar no banco a confiança de que sua cliente lesada não mais exerceria o seu direito à indenização. Pelo contrário, uma recusa em aceitar proposta de acordo por insatisfação com os seus termos é apta a gerar no proponente a expectativa de que ele será demandado judicialmente, pois este é o campo adequado para resolução de conflitos de interesses que as próprias partes não conseguiram solucionar autonomamente. Ou então, no caso *h)*, também não é plausível defender que a inércia do particular em informar o equívoco cometido por credor responsável pela inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito é apta a gerar no suposto credor a confiança de que ele não será demandado a pagar indenização por danos

⁹² Esta linha de entendimento remonta à utilização na Alemanha do *venire contra factum proprium* como fundamento da repartição de danos nos casos de participação da vítima na causação do próprio dano, nos termos do § 254 do BGB. (PROENÇA, op. cit., p. 409-410).

⁹³ PROENÇA, op. cit., p. 409-410.

⁹⁴ CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1º v., 4º t., op. cit., p. 290; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 269.

morais. Pelo contrário, hoje em dia a percepção que vigora, embora reflexo de uma realidade distorcida, é o de que as pessoas não reclamam de cobranças indevidas exatamente para obter indenização.

A aplicação do *duty to mitigate* sob o fundamento do *venire contra factum proprium* resta inviável: além de questionável a própria existência de contradição entre essas condutas, manifestamente não há como reconhecer na conduta da vítima de não evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo, principalmente por omissão, a aptidão para gerar no ofensor a confiança de que ela não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos⁹⁵.

2. Diante da insatisfatoriedade (dever acessório) ou inviabilidade (*venire contra factum proprium*) dos fundamentos apresentados para a recepção do *duty to mitigate the loss*, parte-se para a análise da figura, já mencionada acima, do encargo de evitar o próprio dano.

5. O encargo de evitar o próprio dano.

1. Encargo ou ônus material são os nomes utilizados pela doutrina portuguesa para recepcionar no Direito civil português⁹⁶ a *Obliegenheit* do Direito alemão. Trata-se de figura geral civil introduzida por Reimer Schmidt na década 1950 na Alemanha, proveniente do Direito de seguros⁹⁷.

O encargo corresponde estruturalmente a um dever. No entanto, segue um regime particular: “é um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento.”⁹⁸. De outra maneira, perante a sua não observância “a ordem jurídica reage, apenas, com sanções enfraquecidas, relacionadas com a diminuição da posição da própria pessoa ligada ao encargo.”⁹⁹. Assim, o encargo reflete a necessidade de adoção de uma conduta para aquisição ou conservação de uma determinada vantagem jurídica pelo agente, mas sem que a sua inobservância lese

⁹⁵ Neste sentido, em âmbito contratual: SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 363; e em âmbito extracontratual: PROENÇA, op. cit., p. 411.

⁹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português. 1º v., 1º t.: Introdução, doutrina geral, negócio jurídico*. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 358-360.

⁹⁷ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 266-268; CORDEIRO, *Tratado de direito civil português. 1º v., 1º t.*, op. cit., p. 359.

⁹⁸ CORDEIRO, *Tratado de direito civil português. 1º v., 1º t.*, op. cit., p. 359

⁹⁹ CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 766.

outra pessoa ou faça surgir qualquer obrigação de indenizar¹⁰⁰.

O exemplo usualmente referido para ilustrar a *Obliegenheit* no Direito alemão¹⁰¹, ou o encargo ou ônus material no Direito português¹⁰², encontra expressão na codificação civil brasileira: o comprador que constata vício ou defeito oculto pode rejeitar a coisa (art. 441, CC/2002) ou pedir abatimento do preço (art. 442, CC/2002); contudo, seria “perturbador para a ordem jurídica e para o tráfego negocial que os compradores se apresentassem a todo tempo perante os vendedores, denunciando vícios”¹⁰³; por isso, e no interesse dos próprios vendedores, os compradores “devem” efetuar a denúncia em um curto prazo: trinta dias se a coisa for móvel e um ano se imóvel, contado da entrega efetiva ou, se já estava na posse, da alienação, reduzido à metade (art. 445, CC/2002). O encargo é este “dever” de denunciar o vício ou defeito oculto dentro de um certo prazo de tempo; não atendido o prazo, perde-se o poder de obter a redibição ou abatimento no preço. Outro bom exemplo de encargo no Código Civil brasileiro encontra-se presente no art. 771: verificado o sinistro, o segurado tem o “dever” de informar o ocorrido ao segurador e de tomar as providências necessárias para minimizar os danos, sob pena de perder o direito à indenização. Trata-se de “dever” que funciona também no interesse dos seguradores, mas estes não podem, no entanto, exigir o seu cumprimento, uma vez que a sanção estabelecida tem natureza diversa.

Transpondo para a situação do comportamento da vítima em face do próprio dano: ao não adequar sua conduta de modo a evitar o próprio dano ou o seu agravamento, isto é, ao não observar o encargo de afastamento do dano ou minimização de sua extensão, a vítima perderia, total ou parcialmente, o direito à indenização pelo respectivo dano que poderia ter evitado sofrer. É esta regulação que se extraiu dos artigos do Código Civil brasileiro acima analisados: o 402, o 403 e o 945. Por trás dessas regulações, no entanto, sentiu-se falta 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 a indenização que é reiteradamente propugnada. Esta lacuna é suprida com a introdução da figura do *encargo de evitar o próprio dano*.

A transposição dogmática do encargo do campo do direito dos seguros para a esfera da conduta da vítima de dano deveu-se ao próprio Reimer Schmidt e é atualmente difundida

¹⁰⁰ PROENÇA, op. cit., p. 504.

¹⁰¹ LARENZ, 1978, p. 267-268.

¹⁰² CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1^o v., 1^o t., op. cit., p. 359.

¹⁰³ CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1^o v., 1^o t., op. cit., p. 359.

pela literatura e jurisprudência alemãs¹⁰⁴ e portuguesas¹⁰⁵ mais atuais. Em relação à mudança do pensamento alemão, é ilustrativa a evolução do pensamento de Karl Larenz: na edição espanhola de 1959 do seu Manual de Direito das obrigações, Larenz funda o dever de evitar o dano que ameaça ou o agravamento do já produzido na boa-fé¹⁰⁶; já na edição alemã de 1987 discute a existência de um dever ou de um encargo, acaba por se inclinar por este último e não faz qualquer referência à boa-fé¹⁰⁷.

2. O encargo de evitar o próprio dano deve ser reconhecido no Direito civil brasileiro porque ele é a figura dogmática mais adequada para suprir a lacuna apontada acima acerca da ausência de prescrição jurídica titularizada pela vítima em evitar a produção ou agravamento de danos a si.

Como visto, essa lacuna prejudica os elementos do nexo de causalidade e da culpa (da vítima) em relação ao próprio dano, necessários para que este possa ser-lhe imputado em alguma medida.

Nas situações em que a vítima de dano permanecer inerte diante da produção ou o agravamento do próprio prejuízo o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano estará estabelecido e decorrerá da inobservância do encargo de evitar o próprio dano. E a culpa, por sua vez, corresponde à falta de diligência que o Direito exige no não acatar do encargo de não concorrer para o próprio dano ou o seu agravamento, para a atuação das sanções respectivas.

3. A figura do encargo é a que melhor se compatibiliza com a situação jurídica do credor inadimplido ou da vítima de dano extracontratual em face da produção ou agravamento do próprio prejuízo.

Como visto, não há que se falar em *dever* genérico ou mesmo acessório de evitar danos a si porque esta conduta por parte do lesado *não é exigível*: primeiro que ela tem por finalidade a proteção principalmente dos seus próprios interesses, e, apenas reflexamente os do responsável, e, segundo, que a consequência jurídica pela sua não adoção é a perda, total ou parcial, do direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado sofrer. É

¹⁰⁴ PROENÇA, op. cit., p. 504.

¹⁰⁵ No campo do Direito contratual, é a posição defendida por Santos Júnior (op. cit., p. 349-367). No campo do Direito extracontratual, é a posição defendida por Brandão Proença em relação ao agravamento de dano. (op. cit., p. 669).

¹⁰⁶ LARENZ, Karl, op. cit., 1959, p. 223.

¹⁰⁷ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts* - I. 14 ed. München: Beck, 1987, p. 543.

exatamente isso que reflete a figura do *encargo* aplicado à situação da parte prejudicada diante da produção ou agravamento do próprio prejuízo.

5.1 Consequências jurídicas

1. As consequências jurídicas estão diretamente ligadas à natureza jurídica do instituto em causa. A figura que se pretende introduzir no sistema brasileiro de imputação de danos é o encargo de evitar o próprio dano.

Em caso de *cumprimento* deste encargo, a parte tem direito a pedir reembolso pelos gastos *razoáveis* despendidos.

Em caso de *descumprimento*, a vítima perderá, total ou parcialmente, o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos minimizado. A determinação da medida em que se dará essa perda do direito à indenização decorre do critério previsto em lei: no caso de perdas e danos decorrentes de inadimplemento obrigacional a perda será integral, em função de aplicação dos artigos 402 e 403 do CC/2002; e no caso de dano extracontratual, em se tratando de culpa concorrente e não exclusiva da vítima, o que em regra ocorrerá, mormente quando o descumprimento do encargo se der por conduta omissiva da vítima, a perda do direito à indenização será apenas parcial, pois ainda fará ela jus a indenização, que será fixada com base no confronto da gravidade da sua culpa com a do autor dano, nos termos do art. 945 do CC/2002.

2. A conduta que a parte deve adotar em cumprimento do encargo de evitar o próprio dano é a que uma pessoa *razoável* faria diante das circunstâncias do caso, tendo-se em conta as suas particularidades pessoais. Como leciona Pontes de Miranda: “Não se pode admitir que o dono da casa arrisque a vida para a salvar; mas é de exigir-se que ele telefone ao corpo de bombeiros. Não se pode pretender que o médico, ferido, se opere a si mesmo, porém há cuidados que ele, como médico, tem de tomar. Máxime se cirurgião.”¹⁰⁸.

Em complemento a esta noção de *razoabilidade* da conduta do lesado, Brandão Proença coloca que o problema de agravamento do dano por conduta da vítima deve ser encarado sob uma perspectiva de *ponderação de interesses recíprocos*. Segundo afirma, uma vez configurado o dano, a intervenção redutora do lesado é sempre a resultante de uma *ponderação de fatores objetivos* - como a natureza da lesão, se patrimonial ou pessoal, a possibilidade da intervenção, a probabilidade de êxito, o custo pessoal e econômico da

¹⁰⁸ MIRANDA, op. cit., p. 198.

intervenção em face do benefício gerado, chegando até mesmo a questões como desvantagem da supressão da prova do fato danoso -, e fatores *subjetivos*, como idade, estado psíquico e nível intelectual da vítima¹⁰⁹.

A ponderação destes fatores têm de ser feita para fim da análise da conduta da parte titular do encargo, uma vez que “para lá do extremo da omissão intencional ou ‘especulativa’ (*abusiva*) e dos casos em que o aumento do dano é resultante de uma decisão *caprichosa* ou *pouco razoável*, há um círculo amplo de situações, a concretizar, em que a inércia do lesado é ‘desculpável’ ou *justificada*, por ter sido decidida com base em circunstâncias objectivas e subjectivas relevantes.”¹¹⁰.

Ilustrativamente, é possível qualificar como *irrazoável* a conduta de proprietário de veículo comercial que sofreu acidente e que não aluga outro, sendo este desembolso tolerável, implicando em perdas imediatas muito maiores à empresa; e como *justificada* a recusa de vítima de lesão corporal a se submeter a cirurgia, ou qualquer outro tratamento, apto a diminuir a extensão da lesão mas que envolva risco para a sua vida.

No caso de despesas para o cumprimento do encargo de evitar o próprio dano o agente deverá se orientar sempre pela proporção que deve existir entre as despesas e a utilidade que delas se pretende auferir. É irrazoável, por exemplo, o gasto que se mostrar superior ao prejuízo que se queria evitar.

6. Exercício tardio de direito

1. Conforme anteriormente delineado, tratar-se-á, agora, em apartado, do grupo de casos que envolvem o exercício tardio do direito por parte do credor e o aumento substancial do valor da obrigação respectiva. A este grupo correspondem os casos *j)*, *l)*, *m)*, *n)* e *o)* apresentados acima, com destaque para o fato de que a decisão do Superior Tribunal de Justiça nele se inclui - caso *j)*.

Em essência, a situação é a seguinte: o devedor culposamente não cumpre a obrigação devida e o credor não exerce a sua pretensão durante determinado período de tempo inferior ao prazo prescricional. Neste interregno os débitos aumentam, seja pela incidência de juros de mora e correção monetária, ou pelo inadimplemento sucessivo das

¹⁰⁹ PROENÇA, op. cit., p. 668.

¹¹⁰ PROENÇA, op. cit., p. 669

prestações, nos casos de contratos de execução continuada. Quando o credor vem exercer o seu direito, ou mais concretamente, cobrar judicialmente os devedores, os tribunais têm sancionado os credores com a restrição do crédito, em valores relativos ao montante acrescido durante o período de inércia, sob o fundamento de que a cobrança, após a sua demora excessiva, viola o *duty to mitigate the loss*.

A popularidade desta teste jurídica deve-se à menção feita por Fradera, em seu artigo que introduziu o tema do *duty to mitigate* no Brasil, ao caso francês *Bailleux c. Jarety*, referido acima, em que, conforme relata a autora, um locador passou 11 anos sem cobrar aluguéis e quando veio pedir a resolução do contrato por inadimplemento teve o exercício do seu direito impedido em sanção pelo descumprimento da “*obligation de mitigation*”. A menção a este caso causou forte impressão na doutrina e jurisprudência brasileiras: a situação que lhe está subjacente, de perda parcial ou integral do direito pelo seu exercício tardio, tornou-se fonte dos principais exemplos criados pela doutrina para ilustrar a aplicação do *duty*, como os referidos casos de demora dos bancos em cobrar débitos de seus clientes inadimplentes, e também a principal situação de base em que os tribunais tem aplicado o *duty to mitigate*. Neste grupo encontra-se também a hipótese, proposta por Fredie Didier Jr., de aplicação do *duty to mitigate* ao processo civil, referente à situação da parte, em juízo, a quem se destina multa cominatória (art. 461, § 4.º, CPC), que permanece inerte face do aumento do seu montante.

2. A análise em apartado destas situações de exercício tardio de direito e aumento substancial da prestação respectiva se dá pelo fato de que *neste grupo de casos não é cabível o encargo de evitar o próprio dano*, figura esta cuja presença deve ser reconhecida em todos os demais casos trabalhados no presente estudo.

Por seguirem linhas dogmáticas distintas, o grupo de casos de exercício tardio de direito deve ser dividido em dois grupos menores: o primeiro em que a obrigação é onerada pela *incidência de juros de mora* e o segundo em que, embora haja também incidência de juros de mora, o agravamento da obrigação se deve essencialmente ao *inadimplemento reiterado das prestações* pelo devedor.

Trabalhar-se-á primeiro com o grupo cujo acréscimo decorre da incidência de juros de mora, para o qual se demonstrará que a inserção da noção de encargo de evitar o próprio prejuízo é, diante do Direito positivo brasileiro, *desnecessária*, e, posteriormente, com o

grupo em que o acréscimo decorre do reiterado inadimplemento das prestações, para o qual se demonstrará que a inserção dessa mesma figura revela-se *inadequada*.

3. O art. 405 do CC/2002 estipula a *citação* do devedor como marco inicial para contagem dos juros de mora.

Em sua primeira passagem pela Câmara dos Deputados, foi apresentada emenda ao texto presente neste artigo para que os juros de mora fossem contados, em qualquer hipótese, a partir do vencimento da obrigação. A emenda não foi aprovada e mais emendas não foram apresentadas, pois a orientação prevalecente na Câmara, e depois ratificada no Senado, “foi no sentido de não ser admissível que o credor tarde a defender o seu direito para, depois, ter os benefícios dos juros de mora. Pode ocorrer que a cobrança tenha deixado de ser feita devido a acordo tácito entre as partes, depois alterado a juízo do credor. Poderia ainda o credor retardar a cobrança com a finalidade de receber os juros de mora. Em suma, ao credor moroso não devem caber juros de mora.”¹¹¹.

O art. 405, uma inovação do Código atual, foi criado para solucionar o problema de cobrança retardada de débito, para o qual os doutrinadores e tribunais brasileiros atualmente têm buscado solucionar através da aplicação do *duty to mitigate the loss*. Esta contradição de buscar em uma noção estrangeira a solução para um problema que tem regulação expressa prevista no Código Civil explica-se pelo fato de que o art. 405 está sendo interpretado pela generalidade dos operadores do Direito ainda sob a ótica do sistema de contagem de juros presente no Código Civil de 1916: o art. 405 ao invés de estar sendo interpretado e aplicado como uma *regra geral de contagem de juros de mora*, como foi previsto, o está sendo como uma regra de contagem supletiva, aplicável somente quando não houver regra específica estabelecendo marco distinto para a mora¹¹². Esta orientação atualmente prevalecente é reflexo do entendimento de que a “verdadeira” regra geral de contagem dos juros de mora seria a de que *os juros de mora são devidos a partir da constituição da mora*. Esta regra, apesar de não positivada expressamente, era a regra geral de contagem de juros presente no Código Civil de 1916¹¹³. No entanto, como visto, a intenção do legislador do novo Código foi a de desatrelar a constituição em mora do momento do início da contagem dos juros de mora.

¹¹¹ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: *Código civil comentado*. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333.

¹¹² RÉGIS, op. cit., p. 333; ALVES; DELGADO, op. cit., p. 207.

¹¹³ MONTEIRO, op. cit., p. 339.

A orientação prevalecente de que a contagem de juros de mora se dá com a constituição em mora reduz o campo de abrangência do artigo 405 do CC/2002 às situações de responsabilidade *contratual*¹¹⁴ por inadimplemento de obrigações *ilíquidas*¹¹⁵, uma vez que o simples inadimplemento da obrigação positiva e líquida constitui de pleno direito em mora o devedor (art. 397, CC/2002) e em situação de responsabilidade civil aquiliana a mora se constitui a partir do ato ilícito (art. 398, CC/2002).

Esta maneira como o sistema atual de contagem de juros de mora está sendo apreendido e aplicado equivale a mera reprodução do sistema que era previsto no Código Civil de 1916. Acontece que na base desta equivalência, e inclusive para garanti-la, tem-se perpetrado grave distorção: o art. 405 do CC atual e o § 2.º do art. 1.536 do CC de 1916, dispositivos essencialmente distintos, estão sendo apontados como correspondentes¹¹⁶.

O § 2.º art. 1.536 do CC/1916 estabelecia textualmente que “contam-se os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial.”. Este dispositivo tinha por *fundamento* o fato de que ele previa uma *exceção à regra geral então vigente*, embora não positivada, de contagem dos juros de mora, a de que os juros de mora são devidos a partir da constituição da mora¹¹⁷. Este caráter de exceção decorre do fato de que a liquidez da obrigação constitui um dos requisitos da mora¹¹⁸, e como esta somente advém com a decisão judicial ou outro evento que determina o conteúdo da prestação posterior à citação, os juros de mora, por força do § 2.º do art. 1.536 do CC/1916, passavam a fluir desde a citação, momento anterior à efetiva constituição de mora do devedor.

O art. 405 do CC/2002, por sua vez, prevê expressamente que a contagem dos juros

¹¹⁴ Enunciado 163 da III Jornada de Direito Civil: “Art. 405: A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo Código Civil, não afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ.”. Recentemente, no STJ, entre outras decisões: REsp 876.448/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 21/09/2010.

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 127; no STJ, entre outras decisões: AgRg no Ag 988.754/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 28/08/2009.

¹¹⁶ RÉGIS, op. cit., p. 333; ALVES; DELGADO, op. cit., p. 207

¹¹⁷ Por isso que dentre os dispositivos do CC revogado que serviam de base para momento da fluência dos juros moratórios o § 2.º do art. 1.536 era o único que fazia referência expressa ao momento de contagem dos juros de mora enquanto os demais – os arts. 960 e 962 - falavam somente em constituição em mora. O art. 1.064, por sua vez, não era interpretado como um dispositivo que fixasse o momento inicial de incidência dos juros de mora, mas a determinação do montante sobre o qual se devem contabilizar. (DIAS, op. cit., p. 775).

¹¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português. 2º v.: Direito das obrigações, 4º t.: cumprimento e não cumprimento, transmissão modificação e extinção, garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 121.

de mora se dá a partir da citação inicial. Como visto, esta previsão tem por *fundamento* evitar que os credores possam retardar o exercício das suas pretensões e com isso auferir vantagem com a incidência de juros de mora e, conseqüentemente, por *finalidade* incentivar uma atitude diligente, proativa desses mesmo credores em relação à defesa dos próprios direitos. Esta previsão vem, então, em superação à regra vigente ao CC/1916 que fazia coincidir os momentos de constituição em mora e fluência dos juros moratórios

O Código Civil atual prevê no art. 405, como *regra geral para contagem dos juros de mora*, o momento da citação do devedor. Encarar este dispositivo, como uma regra a ser aplicada apenas supletivamente, isto é, somente quando não houver outro marco de fixação da mora, significa ainda estar partindo o intérprete da regra geral para contagem dos juros de mora vigente à época do CC/1916, a de que os juros de mora contam-se a partir da constituição de mora. De fato, já sob a vigência do presente CC há doutrina que permanece afirmando este regramento como a base da fluência dos juro moratórios¹¹⁹, sem atentar para o sentido e a repercussão do art. 405.

A regra de que os juros de mora se devem a partir da constituição em mora, apesar de intuitiva, não é da essência da mora. O legislador pode alterar os prazo de início da contagem dos juros, tanto que, conforme exceção prevista no § 2.º do art. 1.536 do CC/1916, a sua contagem nas obrigações ilíquidas sempre se deu antes do início da mora propriamente dita. Além disso, não há que se falar que a constituição do devedor em mora sem a incidência automática de juros seria inútil, pelo fato de que a mora tem outros efeitos que não a incidência de juros: quando em mora, o devedor é responsável pelos danos diretamente ligados ao atraso no cumprimento (art. 395, CC/2002) e ainda o risco pela impossibilidade superveniente da prestação passa a correr por sua conta (art. 399, CC/2002).

O não reconhecimento do art. 405 do CC/2002 para sua verdadeira vocação, além de corresponder a violação da lei, tem um malefício a mais: o da *insegurança*. Uma vez que o art. 405 não está sendo aplicado à situação de exercício tardio do direito e oneração substancial da obrigação por incidência dos juros de mora, doutrina e jurisprudência têm buscado solucioná-la por meio da recepção do *duty to mitigate the loss*. No entanto, as conseqüências jurídicas que se tem extraído da suposta violação do *duty to mitigate* nesta

¹¹⁹ Segundo Maria Helena Diniz, “os juros moratórios são devidos a partir da constituição da mora”. (op. cit., p. 263).

situação não se restringem à restrição dos juros de mora. No *caso m)*, por exemplo, em que a operadora de cartão de crédito demorou cinco anos para cobrar o débito de cliente inadimplente, a autora teve não só os juros de mora, como também a *correção monetária* e a *multa moratória*, excluídos desde o primeiro inadimplemento até o ajuizamento da ação de cobrança, com base na violação ao *duty to mitigate*. Por aplicação do art. 405, só seria devida a exclusão dos juros de mora durante o mesmo período.

Entende-se, portanto, que, por força do art. 405 do CC/2002, os juros moratórios contam-se a partir da data da citação, mesmo que outra seja o momento de configuração da mora¹²⁰.

Assim, diante da previsão do art. 405 do CC/2002, para resolver as situações em que o exercício retardado de direito implica no incremento substancial da obrigação através dos juros de mora, é *desnecessário* o reconhecimento do mandamento do credor inadimplido adotar prontamente atos em defesa dos próprio direito violado, concretização do encargo de evitar o próprio dano, porque até o momento da citação inicial não incidem juros de mora.

4. A situação em que o débito aumenta em decorrência do inadimplemento reiterado da obrigação e o exercício tardio de direito representa ônus excessivo para o devedor é *essencialmente diferente* das demais situações, enfocadas ao longo de todo o presente trabalho, de agravamento de dano por não adoção pela parte prejudicada de conduta apta a minimizar o próprio prejuízo

Em primeiro lugar, a situação de exercício retardado de direito e aumento de débito por inadimplemento reiterado do devedor *não necessariamente envolve dano*. O inadimplemento da obrigação implica diretamente no surgimento da pretensão do credor exigir o seu cumprimento. Fora a possibilidade de dano conexo ao descumprimento da obrigação, a configuração de perdas e danos está, em princípio, restrita aos casos de impossibilidade do cumprimento da prestação ou sua inutilidade para o credor. A hipótese de multa cominatória é outro caso que reflete nitidamente esta noção de que o aumento do débito do devedor não tem necessariamente relação com (o agravamento de) danos para a parte credora. Trata-se de multa aplicada para constranger a parte ao cumprimento de

¹²⁰ No mesmo sentido, Luiz Scavone Junior; este autor, no entanto, qualifica a orientação presente no artigo 405 de “inoportuna e inconveniente.” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Juros no novo direito privado brasileiro. In: *O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito*. José Geral do Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 550-551).

decisão judicial e o seu aumento está diretamente ligado à recalcitrância da parte em cumpri-la e não com o agravamento de eventuais danos da parte a quem favorece a multa. Tanto já é suficiente para turvar a aplicação do enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, que claramente fala para os credores evitarem o agravamento do *próprio prejuízo*, aos casos de exercício tardio de direito, pois aos credores que não sofrem dano, nada caberia fazer.

Mas diante de uma perspectiva como essa aparentemente tecnicista residem questões de fundo mais profundas: a percepção de que estas situações não giram necessariamente em torno de danos, e do seu respectivo agravamento, levam à essencial conclusão de que *o problema jurídico que elas desafiam solução não é o de imputação de danos (que a própria parte prejudicada poderia ter evitado sofrer), como os demais casos abordados no presente trabalho*. O exercício tardio de direito, mesmo sem representar agravamento de dano para o credor, pode se mostrar excessivamente oneroso para o devedor. Como resolver esta questão por meio do reconhecimento de existência de um encargo, ou mesmo de um dever acessório, da parte credora evitar o próprio prejuízo? Este instrumental teórico e dogmático, típico da responsabilidade civil, voltado para resolver problemas de imputação de danos, é inadequado para resolver estas situações. Deve-se, portanto, procurar em outras áreas a base dogmática para a solução destes casos.

O procedimento que tem se valido a doutrina e jurisprudência brasileira ao aplicar o *duty to mitigate the loss* a estes casos é exatamente o inverso: firmes no instrumental estrangeiro de que partem, têm distorcido a situação de base destes casos a fim de forçar a sua aplicação. Esta distorção deve ser demonstrada.

Como vimos, para o problema de imputação de danos evitáveis pelo lesado, uma das questões fundamentais é o fato de que, não obstante o evento danoso ser imputável a outrem, *a parte prejudicada teve a oportunidade de evitar ou reduzir o próprio prejuízo, isto é, ela é a única pessoa, ou ao menos a que está em melhor posição, para efetivamente fazê-lo*. Valendo-se, mais uma vez, do exemplo de Pothier da compra da vaca pestilenta, em que o vendedor vende uma vaca sabendo que ela estava doente a um comprador que acaba tendo todo o seu rebanho contaminado e seguidamente morto. Neste ponto, diante da iminência do agravamento dos próprios danos por conta da falta de cultivo da terra, o comprador lesado poderia adotar medidas tendentes a evitar o agravamento do próprio prejuízo, como a compra de outros animais para poder preparar a terra para o cultivo, ou

mesmo o arrendamento das terras para que terceiros a explorassem. Já o vendedor inadimplente, sofrendo com remorso pelo prejuízo que causou ao comprador, por mais que procurasse ajudá-lo no desempenho destas atividades mitigatórias, como por exemplo, oferecendo outros animais (desta vez saudáveis) para o lesado ou ajudando-o na busca por interessados em arrendar as terras, ele não teria como forçá-lo a adotar estas medidas e a assim minimizar o seu próprio prejuízo. Nesta perspectiva é que é possível falar que cabe a parte lesada a adoção de medidas para evitar o próprio prejuízo decorrente de lesão imputável a terceiro, porque ela é a única apta, ou ao menos a que em melhor posição se encontra, para fazê-lo. O reconhecimento de uma prescrição jurídica neste sentido, como já visto, tem a finalidade de dar coerência à imputação à vítima dos danos supervenientes à sua própria inércia. Assim, como o comprador inadimplido tinha o encargo de comprar outros animais ou arrendar a terra a terceiros, é possível afirmar que os prejuízos resultantes da ausência de plantio não devem ser indenizados porque *foram causados, isto é, decorreram da culpa da própria vítima*.

No caso de exercício retardado do direito e correspondente aumento de débito por inadimplemento reiterado do devedor, a situação do credor inadimplido é exatamente inversa a do comprador lesado no exemplo de Pothier: *o credor inadimplido não está em uma situação privilegiada para, e nem muito menos é a única pessoa apta a, evitar este aumento do débito*. Pelo contrário: *a única pessoa que pode evitar este agravamento é o próprio devedor, cumprindo com a sua obrigação*. Apesar de a conduta do credor em exigir o cumprimento da obrigação ou de pedir resolução do contrato pôr termo à relação e, por via reflexa, ao crescimento indeterminado do débito, não é possível chegar a afirmar que o crescimento do débito se deve à inércia do credor em cobrar, pois a situação é exatamente a inversa: *o débito aumenta porque o devedor não cumpre a sua obrigação e não porque o credor não exige o cumprimento!*

A perspectiva invertida desta situação, de que a inércia do credor causa o agravamento do débito, encontra-se presente em doutrina e decisões que tem invocado o *duty to mitigate* para resolver estas situações¹²¹. Acontece que esta distorção se deve

¹²¹ Há, no entanto, decisões judiciais que não aplicaram o *duty to mitigate the loss* a esta situação exatamente por entenderem que o inadimplemento reiterado do devedor é a verdadeira causa do agravamento do débito. Veja-se o seguinte trecho de voto: “Em segundo lugar, desarrazoada a alegação do devedor de que seu credor *objetiva locupletar-se ilicitamente*, porque não promoveu atos executivos por quase oito anos, contribuindo para que juros legais e correção monetária incidissem sobre o valor do débito. *Ora, se tivesse pago o que deve há oito anos atrás, não se sujeitaria a cálculo de atualização de seu débito* (grifo nosso). [...] E a alegação de

exatamente à tentativa de adequar a situação ao instrumento que está sendo invocado: como já analisado, o *duty to mitigate* foi inserido no Direito civil brasileiro para solucionar um problema de imputação de danos agravados que poderiam ter sido evitados pelo credor inadimplido. Com a posterior ampliação dos casos de aplicação do *duty*, foi transportada a mesma noção de dever de evitar o agravamento do próprio prejuízo às situações de exercício retardado de direito, sem a percepção de que o problema nestas situações é outro. Quer-se, portanto, resolver através de instrumental da responsabilidade civil situações que não desafiam um problema de imputação de danos.

A própria orientação, fruto de concepção distorcida, de que o credor inadimplido tem o dever de “prontamente” adotar medidas na defesa dos seus direitos violados é obsoleta e equivocada: *obsoleta* porque a questão não é se o credor cobrou prontamente a dívida ou não, mas se o exercício retardado se mostra desproporcionalmente ruinoso para o devedor ou não. O credor poderia simplesmente não mais exercer a sua pretensão e deixá-la prescrever; terá havido aqui ilicitude pelo descumprimento do dever de uma defesa célere dos próprios interesses? Não, mesmo porque o real problema de desproporcional oneração para o devedor aqui nem terá se verificado. E *equivocada* porque 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*¹²²: o credor tem a permissão de exercer ou não seu direito e o poder de exigir seu cumprimento durante um prazo previamente fixado em lei. Afirmar que ele deve fazê-lo está errado. O credor não tem de cobrar dívida, tanto que ele pode perdô-la se quiser fazê-lo (art. 385).

Assim, percebe-se a inadequação a estes casos de defesa de um encargo, ou mesmo

má-fé para aplicação da teoria do *duty to mitigate the loss* não tem pertinência no caso, por se tratar de execução por título judicial, ou seja, de sentença transitada em julgado há muito tempo. Embora sem honrar financiamento na aquisição de veículo, o agravante [devedor] informou ter despesas mensais com automóvel de R\$ 560,00 (fls. 48), ou seja, não se preocupa mesmo com o direito do agravado [credor]. O direito não deve socorrer o mau pagador, especialmente se a dívida originou-se de título judicial com trânsito em julgado.” (TJ/SP. 31ª Câm. de Dir. Priv. AI 1.288.546-0/2, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 25.08.2009).

¹²² Neste sentido o trecho de um acórdão que negou aplicação ao *duty to mitigate*: “Com o devido respeito ao Enunciado n° 169 da III Jornada de Direito Civil - que, aliás, revela consenso doutrinário e que por óbvio não possui força vinculativa -, privar o credor dos juros remuneratórios é, além de premiar a ré com o enriquecimento ilícito, *desvirtuar o instituto da prescrição* (grifo nosso), pois causaria a falência da pretensão em recebê-los, mesmo sendo o prazo prescricional idêntico ao da pretensão principal. Portanto, para o caso em tela, tenho que o exercício de um direito legítimo e dentro do prazo prescricional não pode sofrer restrição pela demora em seu exercício.” (TJ/SP. 31ª Câm. de Dir. Priv., AC com revisão 1242899- 0/5, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 16.06.2009). Esta última assertiva transcrita do voto não pode ser generalizada, pois, como a frente se verá, o exercício de um direito dentro do prazo prescricional pode sim sofrer restrição, mas somente no caso do seu exercício ser considerado abusivo.

um dever, do credor evitar o aumento do débito do devedor, como por exemplo, o dever de cobrar uma dívida prontamente quando do seu inadimplemento.

Por outro lado, a situação de exercício retardado de direito de maneira ruinosa para o devedor não fica sem resposta jurídica satisfatória, bastando que se reconheça o instrumental necessário. Estas situações desafiam o problema da *admissibilidade ou não pelo sistema jurídico do exercício do direito nestas condições*, isto é, de abuso de direito, ou mais especificamente na sua figura típica da *supressio*¹²³.

6.1 *Supressio*

1. A situação de extinção do direito pelo seu exercício tardio ser considerado contrário a boa-fé corresponde à *supressio*¹²⁴.

Neste sentido, inclusive, boa parte das decisões judiciais brasileiras que aplicaram o *duty* no grupo de casos em análise fizeram referência à *supressio*, aplicando-a de maneira mais ou menos enfática, havendo acórdão que decidiu aplicando a *supressio* e depois mencionou o *duty to mitigate* como um fundamento a mais¹²⁵.

Acontece que a problemática a ser enfrentada aqui é análoga à mencionada acima em relação ao *venire contra factum proprium*: a *supressio* pressupõe a verificação da confiança (legítima) do devedor que está sendo cobrado tardiamente de que a posição em causa não seria mais exercida. Conforme assinala Menezes Cordeiro, “a *supressio* é, no fundo, uma forma de tutela da confiança do beneficiário, perante a inação do titular do direito.”¹²⁶.

Para nortear a aplicação da *supressio* Menezes Cordeiro compôs um *modelo de decisão* voltado a apontar as circunstâncias colaterais que melhor alicerçam a confiança do beneficiário no caso concreto. É composto pelas seguintes proposições: (i) um não-exercício prolongado; (ii) uma *situação* de confiança; (iii) uma justificação para essa confiança; (iv) um investimento de confiança; e (v) a imputação da confiança ao não-exercente.

¹²³ Fredie Didier Jr. defende a aplicação da *supressio* a estes casos. No entanto, defende também a existência de um *dever* acessório do credor da multa cominatória “*mitigar o próprio prejuízo [qual?], impedindo o crescimento exorbitante da multa*”. (op. cit., p. 47-48).

¹²⁴ CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 797.

¹²⁵ TJ/SP. 31ª Câm. de Dir. Priv., AR 992.09.04 9036-2, Rel. Des. Adilson de Araujo, j. 01.12.2009, r. 16.12.2009.

¹²⁶ CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1º v., 4º t., op. cit., p. 323. Segundo Schreiber, “a tutela da confiança é hoje apontada por toda a parte como real fundamento da *Verwirkung* [ou *supressio*].” (*A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 181)

Segundo Menezes Cordeiro, “o não-exercício prolongado estará na base quer da situação de confiança, quer da justificação para ela. Ele deverá, para ser relevante, reunir elementos circundantes que permitam a uma pessoa normal, colocada na posição do beneficiário concreto, desenvolver a crença legítima de que a posição em causa não mais será exercida. O investimento de confiança traduzirá o facto de, mercê da confiança criada, o beneficiário não dever ser desamparado, sob pena de sofrer danos dificilmente reparáveis ou compensáveis. Finalmente: tudo isso será imputável ao não exercente, no sentido de ser social e eticamente explicável pela sua inacção. Não se exige culpa: apenas uma imputação razoavelmente objectiva.”¹²⁷.

No grupo de casos em análise, jogam contrariamente à confiança do devedor inadimplente dois dados dificilmente superáveis: ele está de má-fé (subjéctiva), isto é, ele sabe estar violando direito alheio e também o prazo prescricional de pretensão de cobrança de dívida líquida, no CC actual, é de cinco anos (art. 206, § 5.º, I). Este último elemento joga contrariamente de duas formas: primeiro, trata-se de prazo não tão alargado, o que reduz o espectro de considerações referentes a um não-exercício prolongado e, segundo, conforme indica Anderson Schreiber, “ao menos em uma primeira análise, não pode ser considerada inteiramente legítima a confiança despertada em outrem com relação ao não exercício do direito sujeito a prazo fixo em lei. Isto porque, conhecendo ou devendo conhecer o prazo legal para o exercício, o terceiro não poderia sustentar, com pleno amparo no direito, ruptura de uma expectativa legítima fundada no não exercício por período inferior a este prazo.”¹²⁸.

Deste modo, a *legitimidade* da confiança só poderia entender-se configurada nas situações excepcionais em que ao lado do não exercício do direito pelo seu titular estivessem presentes outras condutas deste ou circunstâncias de fato que efetivamente apontassem para que o direito não mais seria exercido. Assim, conforme sintetiza Schreiber, “nas hipóteses de (i) omissão somada a comportamento comissivo inspirador de confiança; ou de (ii) omissão qualificada por circunstâncias que, na ausência de qualquer comportamento do titular, sejam capazes de gerar a confiança de terceiros”¹²⁹.

2. Para ilustrar toda esta orientação dogmática, analisar-se-á, dentre as decisões em

¹²⁷ CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1º v. , 4º t., op. cit., p. 324

¹²⁸ SCHREIBER, 2005, p. 184.

¹²⁹ SCHREIBER, 2005, p. 185

que o *duty to mitigate* foi aplicado à situação de exercício retardado de direito, duas situações, uma em que se entende ter havido correta aplicação da *supressio*, isto é, em que supressão do direito do credor foi devida e outra em que se entende que a supressão foi indevida.

1) Trata-se a primeira decisão de ação rescisória julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo contra sentença proferida em ação de rescisão contratual e condenatória de multa (inserido no caso *l*) mencionado acima)¹³⁰. Contexto fático: em fevereiro de 1991, posto de gasolina e distribuidora firmaram contrato de compra e venda mercantil de combustível, com previsão de exclusividade, cota mínima para aquisição de combustível e cláusula penal pelo descumprimento do contrato. A partir de maio de 1993 o posto de gasolina passou a descumprir o contrato, adquirindo combustível em quantidades inferiores à cota mínima e a adquirir produtos com outras distribuidoras. Não obstante a consciência dessas infrações, a distribuidora não manifestou qualquer contrariedade e continuou contratando com o posto até 2004, quando o notificou para que retomasse o pleno cumprimento do contrato. Sem êxito, em junho de 2005 ajuizou ação de rescisão contratual por inadimplemento cumulada com pagamento da multa que, em outubro de 2007, já totalizava valor de quase cinco milhões de reais. No julgamento da ação, o Tribunal ponderou que, embora indiscutível o inadimplemento do posto e conseqüente procedência do pedido de resolução do contrato, a demora de mais de doze anos da distribuidora para postular sua resolução foi determinante para que a multa chegasse a valor tão vultoso. E mais: ainda que em quantidades menores, a distribuidora obteve proveito econômico durante todo estes anos de inadimplemento parcial do contrato, de modo que a sua omissão evidencia “concordância tácita com os pedidos menores feitos pelo autoposto.”. Diante deste comportamento da distribuidora, entre outras questões implicadas, entendeu o Tribunal aplicável a figura da *supressio*, caracterizada pela situação “em que a tolerância, a longo prazo, contrária ao que restou pactuado entre as partes é lenitivo hábil a impedir que a parte que tolera venha a exigir da outra o cumprimento e até mesmo eventuais penalidades por conta da forma adversa que sempre foi a prática aceita.”. Na seqüência, não obstante tratar-se de menção desnecessária e mesmo inadequada, o Tribunal mencionou ao *duty to mitigate the loss* como um

¹³⁰ TJ/SP. 31ª Câm de Dir. Priv., AR 992.09.04 9036-2, Rel. Des. Adilson de Araujo, j. 01.12.2009, r. 16.12.2009.

fundamento a mais por meio do qual dever-se-ia reconhecer a inexigibilidade da cláusula penal, o que acabou se concretizando como decisão do Tribunal.

A aplicação da *supressio* pelo Tribunal foi acertada. Seguindo o modelo de decisão proposto por Menezes Cordeiro, estão presentes: (i) o *não-exercício prolongado* de um direito: pouco mais de doze anos; (ii) e (iii) a situação de *confiança justificada*: além do não exercício por doze anos, o fato de a distribuidora ter contratado normalmente por todos esses anos é apto a despertar crença legítima de que ela havia aquiescido com o adimplemento parcial e não iria mais pleitear a execução da multa; (iv) o *investimento de confiança*: a cristalização desta situação por doze anos leva a que a aplicação literal da cláusula penal implicaria em uma oneração desproporcional para o posto de gasolina; e (v) a *imputação da confiança ao não-exercente*: toda esta situação é imputável à distribuidora porque, como bem asseverou o Tribunal, “embora com controle da execução do contrato, demorou 12 anos para postular sua rescisão.”

2) a segunda decisão foi a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca de uma ação de resolução contratual, com pedidos de reintegração de posse e indenização (caso *j*) relatado acima). Contexto fático: contrato de promessa de compra e venda; em 1994, o promissário-comprador, que se encontrava na posse do imóvel, passa a não pagar as prestações e em setembro de 2001 abandona o imóvel. Em outubro de 2002 o promitente-vendedor ajuíza ação pedindo a reintegração de posse e a indenização pelo tempo que o imóvel ficou em estado de não fruição, isto é, desde o inadimplemento até o cumprimento da medida de reintegração de posse. Com base na aplicação do *duty to mitigate the loss*, o STJ entendeu que o promitente-vendedor “descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que esta cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.” E assim, concluiu que “a conduta da ora recorrente, inegavelmente, viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstâncias que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade” de exclusão da indenização referente a um ano sem a fruição do imóvel – desde o abandono do imóvel pelo promissário-comprador até o ajuizamento da ação.

As razões por que se deve entender inadequada a aplicação da noção de um dever de mitigar o próprio prejuízo já foram apresentadas acima. Cabe aqui analisar, com base na figura da *supressio*, se a supressão do direito de crédito do recorrente foi acertada. A resposta negativa se impõe, porque, neste caso, não se constata confiança legítima da parte inadimplente em que o credor não mais iria exercer o seu direito: o comportamento do titular não-exercente restringiu-se a mera demora em efetuar a cobrança, o que, de acordo com a base dogmática apresentada, dificulta o amparo a uma crença legítima de que o direito não mais seria exercido. Além disso, o fato de o devedor ter abandonado o imóvel acentua a sua má-fé e a sua completa ausência de confiança de que o credor não mais cobraria as prestações inadimplidas. Assim, conclui-se que o direito de crédito do promitente-vendedor foi restringido indevidamente.

7. Conclusão

1. O Direito civil brasileiro vive fenômeno de teorização e aplicação judicial do *duty to mitigate the loss*. Este fenômeno originou-se de proposta doutrinária para solucionar o problema de imputação de danos nas situações em que o credor, em face do inadimplemento do contrato, não adota medidas razoáveis para evitar ou minimizar o próprio prejuízo. Posteriormente ampliou-se para abarcar situações de responsabilidade civil aquiliana e de exercício tardio de direito que implica em ônus excessivo para o devedor.

2. Este fenômeno não corresponde a recepção da figura do *duty to mitigate the loss* presente no sistema jurídico da *common law*. A percepção de que se está diante da recepção de um instituto estrangeiro decorre da equivocada premissa de que há lacuna no Código Civil brasileiro para regular a situação em que a parte lesada negligencia conduta tendente a minimizar o próprio prejuízo e tem resultado em reiterada violação dos seus dispositivos.

3. Não há lacuna no CC de 2002, assim como também não havia no CC de 1916, para regular a situação em que o credor, ou a vítima de uma lesão extracontratual, descuida de evitar ou reduzir o próprio prejuízo. Desde o Código Civil revogado, doutrina e jurisprudência lidavam com estas situações, apontando como solução a redução da indenização da vítima. Os artigos 402, 403 e 945 do CC/2002 compõem a base legal para regular estas situações.

4. Constatou-se uma lacuna na base da estrutura de imputação que permite à doutrina chegar à solução de redução da indenização da vítima que não minimiza o próprio prejuízo: de um modo geral, a doutrina entende que não existe qualquer norma que proíba o indivíduo de degradar o seu patrimônio, de modo que a vítima de lesão não titularizaria nenhum dever, ou outra situação jurídica passiva (ônus, encargo ou sujeição) de evitar ou reduzir o próprio prejuízo. Essa lacuna prejudica os elementos do nexo de causalidade e de culpa (da vítima) em relação ao próprio dano, necessários para que este possa ser-lhe imputado em alguma medida.

5. A figura do *dever acessório fundado na boa-fé* corresponde ao principal fundamento do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro. A titularidade de um *dever acessório de mitigar o próprio prejuízo* é, no entanto, inadequada para a situação da parte lesada em relação ao afastamento ou redução do próprio prejuízo, porque estas condutas *não são exigíveis*: primeiro, a parte prejudicada ao agir para evitar ou reduzir danos tem primeiramente em vista a proteção do seu próprio patrimônio e *reflexamente* o não agravamento da situação do devedor inadimplente; segundo, a sanção pelo descumprimento refere-se tão somente à perda, no todo ou em parte, do direito à indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados.

6. O *duty to mitigate the loss* não corresponde a uma modalidade autônoma de abuso de direito, a situação de produção ou agravamento de dano por conduta da própria vítima se insere em figura típica já consagrada do abuso de direito: o *venire contra factum proprium*.

7. A fundamentação do *duty to mitigate* com base na proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) é inviável porque não há como reconhecer na conduta da vítima de não evitar o agravamento do próprio prejuízo (principalmente por omissão) a aptidão para gerar no ofensor a confiança de que ela não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos, elemento fundamental para a figura do *venire*.

8. Propõe-se o reconhecimento do *encargo de evitar o próprio dano*. Trata-se da figura dogmaticamente mais adequada para suprir o necessário reconhecimento de uma prescrição jurídica da parte prejudicada evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo.

Com o reconhecimento do encargo de evitar o próprio dano assenta-se que a parte

lesada não tem o dever (propriamente dito) de evitar o próprio prejuízo decorrente de evento danoso imputável a terceiro, mas se não o fizer, perde o direito de ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado sofrer.

9. Em caso de *cumprimento* do encargo de evitar o próprio dano, a parte lesada tem direito a pedir reembolso pelos gastos *razoáveis* despendidos. Em caso de *descumprimento*, se se tratar de perdas e danos decorrentes de inadimplemento obrigacional a vítima perderá integralmente o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos minimizado, por conta dos artigos 402 e 403 do CC/2002; e no caso de dano extracontratual que a vítima poderia ter evitado sofrer, em se tratando de culpa concorrente, o que em regra se dará, mormente em caso de descumprimento por omissão da vítima, a perda do direito à indenização será apenas parcial, pois a parte lesada ainda fará jus a indenização, que será fixada com base no confronto da gravidade da sua culpa com a do autor dano, por conta do art. 945 do CC/2002.

10. A conduta que se pode exigir da parte no cumprimento do encargo de evitar o próprio dano é a *razoável*, aquela que pessoa com *normal diligência* adotaria diante das circunstâncias do caso concreto.

11. Os casos em que há oneração da obrigação do devedor em função do exercício retardado de direito não se aplicam o encargo de evitar o próprio dano.

Nos casos em que a oneração da obrigação se dá por incidência de *juros de mora* a inserção de encargo de evitar o próprio prejuízo é *desnecessária* porque são eles resolvidos por aplicação do art. 405 do CC/2002, que manda contarem-se os juros de mora a partir da citação.

Nos casos em que a oneração da obrigação se dá por *inadimplemento reiterado* do devedor, o reconhecimento do encargo de evitar o próprio dano é *inadequado* porque este encargo é elemento próprio para solucionar problemas de imputação de danos que a própria vítima poderia ter evitado, enquanto que estes casos não envolvem imputação de danos mas o problema de exercício abusivo de direito, ou, mais especificamente, a figura típica da *supressio*.

A questão fundamental na aplicação da *supressio* é a verificação da *confiança legítima* da parte devedora de que, em função do não exercício alargado do direito, o credor não mais o exercitaria. Contra a verificação desta confiança legítima, depõem os fatos de o

devedor inadimplente estar de má-fé, de o prazo prescricional de cobrança de dívida líquida encontrar-se fixado em lei e ser relativamente curto.

REFERÊNCIAS

ALCOZ, María Medina. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2003.

ALVES, Jones Figueirêdo, DELGADO, Mário Luiz. *Código civil anotado: inovações comentadas: artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005.

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

BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Tratado de direito civil português. 1º v., 1º t.: Introdução, doutrina geral, negócio jurídico*. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. _____. *1º v.: Parte geral, 4º t.: Exercício jurídico*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. _____. *2º v.: Direito das obrigações, 1º t.: Introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. _____. *2º v.: Direito das obrigações, 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. _____. *2º v.: Direito das obrigações, 4º t.: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias*. Coimbra: Almedina, 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil, v. II*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

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: RT, 2009, n. 171.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5.ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Souza. *Código civil alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960.

_____. *Código civil suíço e código federal suíço das obrigações*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1961.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, FILHO CAVALIERI, Sergio. *Comentários ao código civil, volume XIII: da responsabilidade, das preferências e privilégios creditórios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. 4.rd. New York: Aspen Publishers, 2004.

FARIAS Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Duty to mitigate the loss*. Editorial n. 13. Disponível em: <<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GOETZ, Charles J., SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, 1983, p. 967-1024.

HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Acesso em: 01 dez. 2010.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

_____. *Lehrbuch des Schuldrechts - I*. 14 ed. München: Beck, 1987.

LEITE, Gisele. Roteiro sobre o princípio da boa fé objetiva. *Jus Vigilantibus*, Vitória, setembro de 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22364>>. Acesso em: 11 out. 2009.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide editora, 1997.

MCGREGOR, Harvey. The role of mitigation in the assessment of damages. In: *Contract damages: domestic and international perspectives*. Djakhongir Saidov & Ralph Cunningham (ed.). Oxford: Hart Publishing, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado, tomo XXII: Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 4: direito das obrigações, 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OPIE, Elizabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. Janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

PAUTREMAT, Solène Le. Mitigation of Damage: A French Perspective. *International & Comparative Law Quarterly*, 55, p. 205-218.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto. *Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização*. In: Revista EMERJ. v. 11, n. 44 – Rio de Janeiro: EMERJ, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997.

KEETON, W. Page., DOBBS, Dan B., KEETON, Robert E., OWEN, David G. *Prosser and Keeton on the law of torts*. 10 reimp. da 5. ed. West group, 2004.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: *Código Civil comentado*. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, v. 4: responsabilidade civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado, v. XIV: Direito das obrigações (arts. 1037-1078)*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SANTOS JÚNIOR, E. “Mitigation of damages”, redução de danos pela parte lesada e “culpa do lesado”. In: *Homenagem da faculdade de direito de Lisboa ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2007.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Juros no novo direito privado brasileiro. In: *O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito*. José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 533-564.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. São Paulo: Renovar, 2005.

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

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Março de 2005. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 05 jun. 2009.

_____. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

TREITEL, G. H. *The law of contracts*. 12. ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008, v. 1.

WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações; parte geral*. Porto Alegre: Fabris, 1973.