



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ANA LÚCIA MASO BORBA NAVOLAR

TEORIA DA MITIGAÇÃO:
ANÁLISE ACERCA DA [IM]POSSIBILIDADE DE SUA
IMPLEMENTAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
BRASILEIROS

Londrina
2023

ANA LÚCIA MASO BORBA NAVOLAR

TEORIA DA MITIGAÇÃO:
ANÁLISE ACERCA DA [IM]POSSIBILIDADE DE SUA
IMPLEMENTAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
BRASILEIROS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Roberto Wagner Marquesi.
Co-orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Londrina
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Navolar, Ana Lúcia Maso Borba.

TEORIA DA MITIGAÇÃO: ANÁLISE ACERCA DA [IM]POSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BRASILEIROS / Ana Lúcia Maso Borba Navolar. - Londrina, 2023.
175 f.

Orientador: Roberto Wagner Marquesi.

Coorientador: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2023.

Inclui bibliografia.

1. Duty to Mitigate the Loss - Tese. 2. Boa-fé objetiva - Tese. 3. Direito Civil - Tese. I. Marquesi, Roberto Wagner. II. Espolador, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. III. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. IV. Título.

CDU 34

ANA LÚCIA MASO BORBA NAVOLAR

TEORIA DA MITIGAÇÃO:

**ANÁLISE ACERCA DA [IM]POSSIBILIDADE DE SUA
IMPLEMENTAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BRASILEIROS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Profa. Co-orientadora Dra. Rita de Cássia
Resquetti Tarifa Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dra. Cláudia Regina de Oliveira
Magalhães da Silva Loureiro
Universidade Federal de Uberlândia - UFU

Prof. Dr. Fernando Moreira Freitas da Silva
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Londrina, 08 de novembro de 2023.

Em memória de Theobaldo Cioci Navolar

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pelo sopro da vida, pelas infinitas bênçãos à minha família, por ter iluminado meus caminhos e me concedido sabedoria e força para concluir esta etapa.

Agradeço aos mestres, por terem me ensinado tudo que sei e me conduzido até aqui.

Neste momento, não posso deixar de agradecer ao querido Professor Marquesi, meu orientador nesta dissertação, na monografia da especialização e no trabalho de conclusão de curso da faculdade, amigo querido e professor muito amado, por mim, serei sua eterna orientanda.

Também agradeço aos meus amados pais por terem me proporcionado tudo (material e imaterial), desde a tenra idade, com certeza, o que sou decorre disso.

Minha gratidão à CAPES, pela bolsa de estudos concedida, o que me permitiu estudar com mais tranquilidade e afinco.

Agradeço à Universidade Estadual de Londrina por ter me acolhido e me permitido expandir meus conhecimentos.

Estendo também os agradecimentos a todos os professores do Mestrado, com destaque à professora Rita de Cássia R. Tarifa Espolador, que tem o dom de ensinar com humanidade e carinho.

Por fim, se possível fosse, gostaria de agradecer a todas as pessoas que já passaram por minha vida, sejam as que me proporcionaram experiências boas ou ruins, porque todas, a seu modo, me fizeram crescer e aprimoraram meu caráter.

Nenhum homem é uma ilha isolada;
Cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra;
Se um torrão é arrastado para o mar, a Europa fica diminuída,
como se fosse um promontório, como se fosse a casa dos
teus amigos ou a tua própria;
A morte de qualquer homem diminui-me, porque sou parte
do gênero humano.
E por isso não perguntes por quem os sinos dobram;
eles dobram por ti.

John Donne

RESUMO

NAVOLAR, Ana Lúcia Maso Borba. **Teoria da Mitigação:** análise acerca da [im]possibilidade de sua implementação nos negócios jurídicos brasileiros. 2023. 175 folhas. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial – Centro de Estudos Sociais Aplicados - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2023.

Originária do *common law*, a norma do “Duty to Mitigate The Loss” assevera que, caso o devedor esteja inadimplente, o credor deve tomar medidas razoáveis para reduzir seu próprio prejuízo, sob pena de ter essa parcela evitável decotada de sua indenização. No Brasil, tal teoria passou a ser aplicada com mais assertividade a partir da edição do Enunciado 169 do CJF que a vinculou ao princípio da boa-fé objetiva. Como o sistema jurídico brasileiro é o da *Civil Law*, as normas são formadas a partir da interpretação da lei e não a partir das decisões dos Tribunais, razão pela qual aqui se busca seu fundamento legal. Ademais, em razão do princípio da legalidade, só haverá obrigação ou penalidade se houver a previsão em lei. Assim, como a referida teoria prevê a fixação de um ônus ao credor sob pena de suportar todo o prejuízo, a teoria da mitigação não pode ser analisada levemente no Brasil, seus fundamentos devem ser estudados, e também deve ser entendida a forma como é aplicada nos países que seguem esse sistema anglo-americano, para, então, perquirir se há compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional. A pesquisa seguiu o método dedutivo, com a utilização de pesquisa documental e bibliográfica, chegando-se à conclusão de que a norma da mitigação tem bases puramente individualistas, ela surge para impedir o desperdício econômico, o que não seria compatível com a boa-fé objetiva, visto que a teoria mitigatória, em sua forma pura, desconsidera a dignidade humana e a cooperação. Inclusive, em 2018, foi editado o enunciado 629 do CJF propondo a inserção da teoria da mitigação de forma autônoma, sem estar vinculada à boa-fé nem a outro instituto, no entanto, novamente, em razão das bases individualistas e maniqueístas da teoria, tal teoria não seria compatível com os valores constitucionais aqui vigentes. Assim, este trabalho propõe substituir a teoria da mitigação simplesmente pela aplicação da culpa concorrente, nesse caso o credor e devedor teriam que tomar medidas razoáveis para evitar o dano, e caso este ocorresse, a responsabilização se daria na proporção das atitudes ou omissões de cada um, o que se coaduna com os princípios constitucionais da solidariedade, dignidade humana e igualdade.

Palavras-chave: *Duty to Mitigate the Loss*. Boa-fé objetiva. Individualismo. Coletivismo. Culpa concorrente.

ABSTRACT

NAVOLAR, Ana Lúcia Maso Borba. Mitigation Theory: analysis of the [im]possibility of its implementation in Brazilian legal businesses. 2023. 175 sheets. Dissertation presented to the Master's Program in Contracts - Centro de Estudos Sociais Aplicados - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2023.

Originating in common law, the “Duty to Mitigate Loss” rule states that if the debtor defaults, the creditor must take reasonable steps to reduce his own loss, on pain of having this avoidable portion deducted from his compensation. In Brazil, this theory began to be applied more assertively after the edition of Declaration 169 of the CJF, which linked it to the principle of objective good faith. As the Brazilian legal system is Civil Law, the rules are formed from the interpretation of the law and not from judicial decisions, so its legal basis is sought here. Furthermore, by principle of legality, there will only be an obligation or sanction if so provided by law. Thus, as the aforementioned theory provides for the establishment of a burden for the creditor under penalty of bearing the entire loss, the theory of mitigation cannot be analyzed lightly in Brazil, its foundations must be studied and also the way in which applies. In countries that follow this Anglo-American system, it is then possible to conclude whether there is compatibility with the national legal system. The investigation followed the deductive method, using documentary and bibliographic research, reaching the conclusion that the mitigation norm has purely individualistic bases, it arises to avoid economic waste, which would not be compatible with objective good faith, since the theory of Mitigation in its pure form ignores human dignity and cooperation. In fact, in 2018, CJF statement 629 was published proposing the insertion of the mitigation theory autonomously, without being linked to good faith or any other institute, however, again, due to the individualistic and Manichean bases of the theory, the theory would not be compatible with the constitutional values in force here. Thus, this work proposes to replace the theory of mitigation simply by the application of contributory fault, in which case the creditor and debtor would have to take reasonable measures to avoid the damage, and if this occurred, the responsibility would be due to the attitudes or omissions of each one, which is in line with the constitutional principles of solidarity, human dignity and equality.

Keywords: Duty to mitigate the loss. Objective good faith. Individualism. Collectivism. Comparative negligence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CJF	Conselho da Justiça Federal
UEL	Universidade Estadual de Londrina

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	UMA RELEITURA DO DIREITO CIVIL.....	16
2.1	UMA RELEITURA DOS VALORES CLÁSSICOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....	16
2.2	POSITIVISMO, PÓS-POSITIVISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	28
2.3	DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E DA OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO.....	33
2.4	BOA-FÉ OBJETIVA.....	44
2.4.1	Cláusulas Gerais.....	44
2.4.2	Principiologia Atual e a Boa-fé Objetiva.....	46
2.4.3	Funções da Boa-fé Objetiva.....	51
2.4.3.1	Função interpretativa.....	51
2.4.3.2	Função limitativa.....	52
2.4.3.3	Função integrativa.....	53
2.4.3.3.1	<i>Dever de Cooperação</i>	56
2.4.3.3.2	<i>Dever de Informação</i>	57
2.4.3.3.3	<i>Dever de Proteção</i>	57
3	TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS.....	60
3.1	CONCEITO E ESTRUTURA.....	60
3.2	FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS.....	64
3.3	PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA.....	76
3.3.1	Inadimplemento da Obrigação.....	77
3.3.2	Razoável Possibilidade do Credor de Amenizar ou Evitar os Efeitos.....	82
3.3.3	Prejuízo.....	87
3.4	NATUREZA JURÍDICA DA MITIGAÇÃO DE DANOS.....	89
4	APLICAÇÃO DA NORMA DE MITIGAÇÃO EM PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA.....	97
4.1	A MITIGAÇÃO CONSUBSTANCIADA NA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.....	97
4.2	A MITIGAÇÃO CONSUBSTANCIADA NA CULPA CONCORRENTE.....	105
4.3	A NORMA DE MITIGAÇÃO EM SOLO BRASILEIRO.....	117

5	CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA DE MITIGAÇÃO PURA NO BRASIL.....	126
5.1	A TEORIA DA MITIGAÇÃO PODE SER CONSIDERADA FILHA DA BOA-FÉ OBJETIVA?.....	126
5.2	DIFERENCIAÇÃO QUANTO AOS EFEITOS.....	131
5.3	TEORIA DA MITIGAÇÃO NO ENUNCIADO 629.....	135
5.4	TEORIA DA MITIGAÇÃO DE FORMA AUTÔNOMA COM PREVISÃO LEGAL.....	137
5.5	PROPOSTA DE APLICAÇÃO.....	140
6	CONCLUSÃO.....	159
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	165

1 INTRODUÇÃO

Em um contrato de compra e venda, em que o vendedor se desloca de carroça até o local combinado para a entrega das mercadorias, mas se chegar ao local e não encontrar o contratante, poderia deixar os cavalos atrelados, sem lhes dar descanso algum aguardando por horas até a outra parte ser localizada? Caso os cavalos morram devido à exaustão, poderia ser exigida indenização pela perda dos cavalos ao contratante que não apareceu no horário determinado?

Isso aconteceu na Inglaterra do século XVIII, e de fato o transportador ingressou com uma ação judicial requerendo a indenização pela morte dos animais. No entanto, o Tribunal negou tal valor entendendo que foi insensatez não ter dado o devido descanso, que ele poderia ter agido para reduzir seu próprio prejuízo, qual seja, a perda dos animais.

O caso narrado, foi a primeira utilização expressa do *Duty to Mitigate the Loss* ou, simplesmente, teoria da mitigação dos danos. A referida teoria assegura que o prejudicado por um inadimplemento não será indenizado pelas perdas e danos que poderia ter evitado com esforços razoáveis, ou seja, caso não aja, terá de suportá-las. No entanto, caso tenha despesas para evitar ou reduzir o dano – no exemplo acima poderia ser o pagamento de diárias para o armazenamento das mercadorias em algum local adequado – tais valores deverão ser reembolsados pela outra parte. Como se vê, a norma de mitigação visa estimular o prejudicado a se empenhar para evitar o agravamento do dano.

Seu surgimento remete aos países que adotam o sistema da *common law*, especialmente Estados Unidos e Inglaterra, sendo aí entendida e aplicada como um princípio autônomo.

No entanto, em 2005 no Brasil, foi editado o Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, apregoando que decorre do princípio da boa-fé objetiva a incumbência de o prejudicado (credor) reduzir seu próprio prejuízo¹.

Há que se mencionar que o sistema jurídico brasileiro é o da *Civil Law*, as normas são formadas a partir da interpretação da lei e não a partir das decisões dos Tribunais, razão pela qual aqui se busca seu fundamento legal.

¹ Ainda que tais enunciados não sejam vinculantes, são amplamente citados pelos tribunais nacionais – inclusive os superiores – servindo como um referencial para as decisões.

Ademais, em razão do princípio da legalidade, só haverá obrigação ou penalidade se houver a previsão em lei.

Assim, como a referida teoria prevê a fixação de um ônus ao credor sob pena de suportar todo o prejuízo, a teoria da mitigação não pode ser analisada levianamente no Brasil, seus fundamentos devem ser estudados, e também deve ser entendida a forma como é aplicada nos países que seguem esse sistema anglo-americano, para, então, chega-se à conclusão se há compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional.

Sendo esse justamente o objetivo do presente estudo que se dará com o método dedutivo com pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais.

No capítulo 1 será apresentada uma releitura do Direito Civil sob a ótica contemporânea, perpassado pelos valores clássicos do liberalismo político, a importância do positivismo para esse momento histórico e o rompimento dessa sistemática com o pós-positivismo e com a constitucionalização do Direito Civil.

O estudo também se aprofundará na noção da obrigação como um processo e nos princípios contemporâneos, como o da boa-fé objetiva, apontando sua tríplice função, o que servirá de base para o cotejo com os possíveis encaixes à teoria da mitigação dos danos no Brasil.

No capítulo 2 serão destrinchados conceito, estrutura, requisitos e fundamentos da teoria do *Duty to Mitigate The Loss*, com a utilização maciça de doutrinadores de países que adotam tradicionalmente o princípio mitigatório de forma autônoma, com o intuito de verificar a estrutura da teoria em sua forma “pura”.

No capítulo seguinte será estudado como a norma da mitigação vem sendo aplicada em países de jurisdição romano-germânica, buscando identificar nesses países – que não adotaram o sistema da *common law* – em qual instituto jurídico a teoria está lastreada. Ainda neste tópico será apresentado um panorama da teoria no Brasil, com enfoque nos enunciados das Jornadas de Direito Civil.

Por fim, no capítulo 4, os estudos serão conjugados para se chegar a noções realistas sobre a necessidade da introdução da teoria do *Duty to Mitigate the Loss* no Brasil, e se além de necessária, tal teoria é compatível com o ordenamento jurídico nacional. Parte inicial do trabalho, onde deve-se expor a finalidade e os objetivos da pesquisa e outros elementos que situa o leitor no texto.

2 UMA RELEITURA DO DIREITO CIVIL

O lema revolucionário do século XVIII – liberdade, igualdade e fraternidade – apesar de ter sido conclamado dessa forma, na prática, fez prevalecer apenas o ideal da liberdade, que se traduzia na liberdade para contratar como e com quem quiser, dispor da sua propriedade como bem entender, associar-se e mover-se com quem e para onde quiser etc.

Após uma série de acontecimentos históricos, esse entendimento foi superado, apresentando-se nos próximos tópicos essa evolução até os dias atuais.

2.1 UMA RELEITURA DOS VALORES CLÁSSICOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os negócios jurídicos se formam das relações da vida e surgem como um regulamento dos interesses recíprocos entre as partes (BETTI, 2006, p. 74), e na visão clássica, os negócios jurídicos representavam o ideal de liberdade, estavam calcados nos princípios da autonomia da vontade² (com a ausência de intervenção do Estado na autonomia das partes) e na obrigatoriedade dos contratos. Pietro Perlingieri (2008, p. 142) observa que “o negócio jurídico, por exemplo, nasceu como poder da vontade do sujeito, como máxima expressão do individualismo”.

Pela teoria de Karel Vasak revistada por Paulo Bonavides (2003), esse momento traduz os direitos de primeira geração – ou de dimensão, na terminologia moderna³ – são direitos que valorizam o homem-singular, a liberdade é exaltada na concepção de não-interferência, ou seja, alguém é livre na medida em que não sofre interferências de outras pessoas ou do Estado.

Ontologicamente, negócio Jurídico está ligado à “vontade” como expressão da liberdade, isso porque, o conceito de negócio jurídico se desenvolveu sob a inspiração da ideologia do liberalismo, razão do negócio jurídico ser entendido como instrumento de concreção da vontade individual (MELLO, 1988, p. 168 – 170).

² Mais adiante será apresentada a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada.

³ Isso porque o termo geração dá a ideia de que a etapa seguinte estaria superado a anterior, sendo que na verdade há uma cumulação dos direitos fundamentais, de forma que o termo dimensão é mais apropriado. De acordo com Ingo Sarlet (2007, p. 55), “[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...]”

Na visão clássica, os negócios jurídicos, especificamente os contratos, representavam o ideal do liberalismo político, ou seja, estavam calcados na autonomia da vontade (representando a ausência de intervenção do Estado na autonomia das partes) e na obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Apesar de a vontade ser um elemento básico, as definições em si de negócio jurídico dependem da linha a ser seguida: voluntarista, da declaração e preceptiva⁴.

Na definição voluntarista, o negócio jurídico é definido como manifestação da vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos. Então cabe ao intérprete buscar a intenção do agente para aferir a legitimidade do negócio (AZEVEDO, 2010, p. 04 – 09), e ainda complementa,

As definições do negócio jurídico, como ato de vontade, são as mais antigas na ordem histórica e talvez se possa dizer que, até hoje, mesmo na doutrina estrangeira, são elas ainda as mais comuns. Fala-se, então, para conceituar o negócio jurídico, em manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou, ainda, em declaração de vontade (adotada, porém, esta última expressão em sentido pouco preciso, através do qual não se a distingue de manifestação de vontade).

Já para a teoria da função ou objetiva, a essência do negócio é a declaração de vontade, tal como reconhecida e considerada legítima pelo ordenamento, independentemente da intenção que possa ter tido o emissor (AZEVEDO, 2010, p. 10 – 14). Nessa teoria, também denominada teoria da declaração, a eficácia do ato depende exclusivamente da declaração, ela correspondendo ou não à vontade do agente, ao que Francisco Amaral (2018, p. 476 – 477) observa,

A natureza e as características do negócio jurídico residem fundamentalmente no comportamento objetivo do agente, como autorregulamento de seus próprios interesses. Para essa teoria não tem maior importância a divergência entre a vontade e a declaração, já que esta é sempre o ponto de referência, salvo se desprovida de sentido ou conteúdo; os motivos são irrelevantes e o que se interpreta não é o pretendido pelo agente, mas o perceptível pela declaração. Com ela protege-se não mais o sujeito declarante, mas o destinatário e terceiros de boa-fé e, conseqüentemente, a circulação de direitos.

⁴ Vide nota de rodapé número 3.

Seja qual fosse a vertente adotada⁵, na seara dos negócios jurídicos, a autonomia da vontade traduzia-se em uma liberdade ilimitada de contratar nas condições desejadas, sendo cada um livre para se comprometer ou não, mas uma vez que se comprometesse, os termos eram irrevogáveis, fazendo lei entre as partes. Tal premissa está associada a uma falsa ideia de igualdade formal entre os homens – todos são igualmente livres – camuflando-se a desigualdade material.

Teresa Negreiros (2006, p. 25) explica que a vontade – como expressão da liberdade – passa a ser o cerne do contrato, “o cenário jurídico-filosófico do século XVIII - o século das Luzes da liberdade, do indivíduo e do contrato - vai espriar-se na teoria jurídica desenvolvida ao longo do século XIX, resultando na formulação de princípios, categorias e valores que, em torno da autonomia privada, até hoje governam correntes significativas do pensamento civilístico”.

Etimologicamente, autonomia é o poder de estabelecer as suas próprias regras. No âmbito negocial, a autonomia da vontade é o acordo livre de vontade entre as partes, para Francisco Amaral (2018, p. 465) é a possibilidade de o indivíduo praticar um ato jurídico determinando à sua vontade os efeitos, a forma e o conteúdo, sem estar sujeito a questões externas, ou seja, a lei não lhe tolhe o querer, é o poder que os particulares têm de estabelecer seus próprios termos.

Ao que Judith Martins-Costa (1999, p. 203) observa, “Vontade autônoma quer dizer autonomia como imunidade e como poder incidir sobre a

⁵ Com o surgimento das teorias objetivas (em especial a da declaração), começou-se a estudar teorias menos radicais. (TEPEDINO, 2014, p. 18 – 20). Entre essas posições menos radicais está a teoria preceptiva, “esta sim, realmente oposta à teoria da vontade” (AZEVEDO, 2010, p. 11 – 12) , tendo como principal artífice Emilio Betti. Segundo tal orientação, o reconhecimento social da vontade tem por referência não elementos subjetivos internos ao agente, senão a declaração, na forma como exteriorizada, que se constitui, assim, em preceito vinculativo. (AMARAL, 2018, p. 478 – 480). Nesse sentido de teoria preceptiva, a vinculação à declaração está relacionada às teorias da autorresponsabilidade e da confiança (TEPEDINO, 2014, p. 19 – 20).

Para a teoria preceptiva de Betti, negócio jurídico é instrumento da autonomia privada, é a forma para realizar os interesses privados. Em razão disso, deve sair de mero fato psicológico para ser considerado fato social. Tem por conteúdo as regras que o direito considera. Então o negócio não é simples manifestação da vontade, mas instrumento pelo qual o particular rege suas relações.

Por fim, a teoria normativa, que tem por expoente Luigi Ferri, considera o negócio jurídico como ato criador de normas jurídicas para as relações ali estabelecidas. Para ele é indiscutível que o negócio jurídico seja fonte de relações jurídicas, razão pela qual ele conclui que o negócio é fonte do direito objetivo. E daí se conclui que não se pode negar ao negócio jurídico a função de criadora de direito objetivo, sob pena de lhe negar a função criadora de relações jurídicas. “Não há incompatibilidade entre a vontade individual e a vontade legal” (AMARAL, p. 479). Sendo assim, essa questão do negócio jurídico como fonte normativa também deve ser analisada pela ótica da hierarquia das fontes

realidade exterior quer dizer o asseguramento de um espaço contra o poder estatal, contra o que é heteronomia, frente ao Poder Público”.

Diante desse momento histórico, Emílio Betti (2006, p. 74) observa que os negócios se desenvolvem, espontaneamente, para satisfazer as mais diversas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica. Para César Fiuza, Renata Barbosa e Gustavo Pereira (2008, p. 20),

os indivíduos recebem poderes suficientes para, sem qualquer influência externa imperativa, seguindo apenas os impulsos de sua razão, escolher contratar ou se abster de contratar, selecionar o seu parceiro contratual, fixar o conteúdo e os limites das obrigações assumidas por meio do contrato.

Essa noção de liberdade é a representação das ideias filosóficas do liberalismo político, em que se dá prevalência ao individualismo; a moral e as virtudes ficam desvinculadas do ideal de comunidade política de indivíduos, ou seja, perdem a referência da dimensão pública, como consequência, um dos principais objetivos do liberalismo é a criação de mecanismos que protejam o indivíduo contra o Estado ou de qualquer um que indevidamente tente interferir na liberdade individual,

Sobre isso, ensina César Ramos (2011, p. 44) que,

O modelo liberal da política transfere para o direito (lei) a normatividade das ações humanas. Sem recorrer a qualquer concepção de bem moral, o regramento jurídico da vida e das relações sociais determina os limites da liberdade individual, protege os direitos, especialmente as liberdades individuais, e define o alcance do poder político.

No liberalismo político, a liberdade é elemento de sua própria estrutura; ensina Pettit (2004, p. 118) que, “el liberalismo es, primero y principalmente, la doctrina según la cual el Estado debería adoptar la forma que permita que la libertad negativa sea respetada o realizada al máximo dentro de una sociedad.”

Nessa visão filosófica, “ser livre significa não sofrer a interferência de outrem e fazer tudo aquilo que as leis permitem” (RAMOS, 2011, p. 46), ou seja, só haverá liberdade se não houver impedimentos arbitrários à livre atividade e querer dos indivíduos, os indivíduos só serão livres se forem os protagonistas de suas

próprias escolhas em um espaço sem interferência. Daí porque Isaiah Berlin entende esse tipo de liberdade como negativa.

Sobre essa concepção de liberdade, Isaiah Berlin (2002, p. 136) explica que,

diz-se normalmente que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém. A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros.

Isso se reflete na liberdade para contratar como e com quem quiser, dispor da sua propriedade como bem entender, associar-se e mover-se com quem e para onde quiser etc., ou seja, a autonomia da vontade é prevalente.

No ensinamento de Teresa Negreiros (2006, p. 26),

a vontade como centro do contrato, articulada à regra da igualdade dos contratantes obriga a reconhecer que tanto o legislador como o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que houver sido pactuado pelas partes contratantes. Estas têm ampla liberdade quanto à fixação das obrigações que voluntariamente se auto imponham; o que é querido é, nesta medida, obrigatório; e a determinação do conteúdo do querer compete exclusivamente ao indivíduo.

Judith Martins-Costa (2000, p. 203) também reforça o argumento de relação com o liberalismo político,

Ora, essa `vontade livre` e a igualdade eram a tradução jurídica da concepção econômica do liberalismo. A liberdade de iniciativa econômica que está na base do capitalismo, era a liberdade efetivamente perspectivada pelos autores do Código para derrubar, de uma vez por todas, os entraves ainda decorrentes do Ancien Régime à liberdade de circulação de mercadorias, impostos e privilégios feudais, pelas corporações, grêmios e monopólios fiscais. Vontade autônoma quer dizer autonomia como imunidade e como poder incidir sobre a realidade exterior quer dizer o asseguramento de um espaço contra o poder estatal, contra o que é heteronomia, frente ao Poder Público.

Assim, nota-se que a vontade é a soberana, uma vez que o indivíduo é plenamente capaz, o querer é pleno, aquilo que foi pactuado no âmbito da vontade

dos indivíduos torna-se lei entre as partes. Essa ideia se traduzia notadamente no princípio da autonomia da vontade⁶, que é o acordo livre de vontade entre as partes.

Explica Nalin (2006, p. 108 - 109) que,

não era o Estado o grande fomentador das relações contratuais, mas o próprio homem, revestido de direito subjetivo absoluto, pois natural de liberdade, sempre tendo como pressuposto formal a igualdade de seus pares. Ao Estado cabia apenas a fiscalização dos atos praticados pelos indivíduos, objetivando preservar tais direitos subjetivos plenos, não cabendo a intervenção nesta seara individual.

Havia, pois, uma liberdade ilimitada, de contratar ou de não contratar, de contratar nestas ou naquelas condições. Além da autonomia da vontade havia o *pacta sunt servanda*, traduzindo-se como uma ilimitada *responsabilidade* pelos compromissos, uma vez que a relação jurídica possuía vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se a lei: essa fórmula já estava no art. 1134 do Código Napoleônico, no sentido de que, “cada um e absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável a palavra dada: *pacta sunt servanda*”. Princípio este que, “além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente segundo a lógica”. (ROPPO, 2006, p. 34)

Reflete bem essa ideia o pensamento de Kant (apud NEGREIROS, 2006, p. 26) "Quando alguém decide alguma coisa a respeito de um outro é sempre possível que este faça àquele algum tipo de injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio". Isso é a exata razão do porquê o acordo de vontades não podia ser revisto, ainda que estivesse desequilibrado, não seria injusto, visto que é fruto do acordo de vontade entre as partes.

O terceiro princípio clássico é o da relatividade dos efeitos dos contratos, que prega que o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, “*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*”.

⁶ É importante mencionar que o princípio da autonomia da vontade não decorre do liberalismo, sendo anterior a esta teoria política, por outro lado, é inegável que quando o liberalismo se firma como pensamento político (entre os séculos XIX e XX), fomenta e mantém esta estrutura de ampla liberdade contratual.

Explica Francisco Amaral (2018, p. 135) que tal princípio “orienta no sentido de que a eficácia do contrato, isto é, as obrigações e as regras estabelecidas para o seu cumprimento, produzem efeitos apenas entre as respectivas partes, não afetando terceiros. Em princípio, o contrato produz efeitos apenas entre as partes contratantes”. Tal princípio, hoje, não é absoluto, visto que o contrato, pela sua importância, pode ser eficaz perante terceiros, eventualmente afetados, sofrendo influência da função social.

A relação jurídica possuía vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei. Essa fórmula já estava no art. 1134 do Código Napoleônico (1804), “Os contratos legalmente constituídos tomam o lugar da lei perante aqueles que os elaboraram”⁷.

Assim, o direito das obrigações utilizou os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e da relatividade dos efeitos contratuais, para legitimar a celebração de contratos com quaisquer conteúdos e tipos de condições e obrigações, ainda que perversas e abusivas.

O individualismo e o subjetivismo são a chave desse momento histórico. Não sem razão que as leis civis de todo o ocidente refletiram esse conceito individualista de liberdade, apenas a título de exemplo, o Código Civil português de 1867, estabeleceu no art. 702 que, “os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvo as exceções especificadas em lei”. O Código Civil espanhol de 1889, em seu art. 1.254, dispôs que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. O Código Civil argentino de 1869, no seu art. 1.197, expressou que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

O Código Civil brasileiro de 1916 não definiu expressamente essa questão, mas, doutrinária e jurisprudencialmente, a autonomia da vontade e a obrigatoriedade dos contratos eram princípios validamente inquestionáveis.

Apesar de a liberdade – traduzida nos negócios jurídicos como autonomia da vontade – ser cara ao ser humano, percebeu-se que não pode ser

⁷ Tradução livre de: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites” (FRANCE. Code Civil des français du 21 mars 1804).

absoluta; muitas injustiças foram cometidas nos negócios jurídicos sob o manto da vontade livre. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2008, p. 30) apresentam que

O individualismo desenfreado converte-se em egoísmo e, a reboque de ideias pretensamente libertários e de uma igualdade formal, as constituições burguesas do século XIX e início do século XX camuflam um sistema jurídico profundamente exclusivista, no qual apenas existem espaços para certos protagonistas, portadores de interesses patrimoniais.

Ademais, explica Marchionni (2008, p. 39) que “da liberdade total emana o Relativismo Moral, que afirma as vontades do Eu: eu sou a minha divindade, eu sou a minha lei moral” e, muitas vezes, apesar de os contratantes serem capazes, não estão em igualdade, o que gera a submissão de um ao poderio do outro, citem-se os contratos de trabalho análogos à escravidão a que se submetiam os empregados por vontade “livre”.

Nessa concepção, que foi encampada até o Código Civil de 1916, frisava-se muito a liberdade, o direito de propriedade⁸. Do mesmo modo, em relação ao Direito de Família, o pátrio poder – hoje poder familiar – era absoluto. Como bem diz Francisco Amaral (2018, p. 227) “O Código Civil de 1916 era, assim, produto de sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com a ideologia dominante (...)”.

Uma vez que a vertente liberal tutela o indivíduo considerado isoladamente, pode-se dizer que seu fundamento é egoísta, afirma Aline Terra (2009, p. 11 – 12) que se tutelava,

o indivíduo egoisticamente considerado, não como um fim em si mesmo, mas como meio de proteger a atividade por ele desenvolvida; instrumentalizava-se a tutela da pessoa à tutela do seu patrimônio, protegendo-se o indivíduo, tão-somente, enquanto sujeito de direito, sobretudo quando assumisse a posição de contratante ou proprietário. Identificava-se o sujeito quantitativamente.

Brasil se modificou, evoluiu. A sociedade, que era rural e patriarcal, passou a ser urbana e mais igualitária, o Código de 1916 não mais se adequava à

⁸ Bruno Bioni (2021, p. 47) pontua que no Código Civil Napoleônico prevaleceu uma excessiva carga patrimonialista apoiada justamente nos conceitos de declaração de vontade, relação e negócio jurídico. E não há como negar que o Código Napoleônico tenha influenciado sobremaneira os Códigos Civis do ocidente, inclusive, obviamente, o Código Civil Brasileiro de 1916.

realidade brasileira, haja vista que o foco passou a ser a dignidade humana, pluralismo, função social, solidariedade etc. Tal mudança foi ocorrendo ao longo dos tempos, mas tem como ponto decisivo a Constituição de 1988 que apresentou um terreno favorável para o Direito Civil na Legalidade Constitucional.

O Estado Social, nascido no século XX, superou o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal. Pontua José Afonso da Silva (1999, p. 199) que o adjetivo “social”, dessa maneira, refere-se “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”.

A partir daí, entende-se que a autonomia não pode ser sem limites, a vontade passa a ser limitada pelo ordenamento jurídico – incluindo leis, princípios e demais fontes do direito – de forma a impedir que haja abusos, ao que passa a se chamar de autonomia privada. E isso foi encampado pelo Código Civil de 2002.

Quanto à interpretação do negócio jurídico, estabelece-se que as declarações de vontade atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem (art. 112⁹), e, somam-se a isso, a boa-fé e os usos do lugar (art. 113¹⁰) que são critério de interpretação, daí pode-se dizer o Brasil optou pela concepção objetiva e, conseqüentemente, pela teoria da declaração (AMARAL, 2018, p. 477 – 479). Demonstra-se, assim que o negócio jurídico não é visto apenas como expressão da vontade das partes, havendo outros elementos que a limitam.

Em outras palavras, os negócios jurídicos privados contemporâneos são regidos pelo princípio da autonomia privada: os particulares podem fazer tudo que não esteja proibido em lei (autonomia privada), isso é utilizado nas relações de direito privado, incidindo também os princípios da igualdade entre as partes, *pacta sunt servanda*, boa-fé objetiva, função social dos contratos etc., nas palavras de Emilio Betti (2006, p. 64),

(...) a autonomia privada encontra sempre limites e ônus, exatamente porque ela é um fato social e, ao ditar uma composição de interesses destinada a valer nas relações entre consociados, ela tem de respeitar certas exigências fundamentais, atinentes não apenas à vida de relações, mas também à razoabilidade da composição de interesses realizada.

⁹ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

¹⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

E assim como foi feito um paralelo da autonomia da vontade com os ideias da filosofia liberalista, neste ponto também se faz um cotejo entre a autonomia privada e o republicanismo para tentar explicar a noção de liberdade que se aplica a esta forma de autonomia.

Tanto o republicanismo como o liberalismo são tradições do pensamento político com enfoque em noções de liberdade, entretanto, há diferenças entre eles: os liberais a entendem como não interferência, enquanto os republicanos como não dominação, no sentido de não ficar à mercê da interferência arbitrária do outro. Para isso, aceita-se de bom grado o império das leis do Estado de Direito, tudo para que o indivíduo fique seguro contra a interferência arbitrária de um sujeito (PETTIT, 2004, p. 122). Ou seja, no liberalismo impera o individualismo, no republicanismo busca-se o bem comum.

Ao que Cláudio Luiz Godoy (2004, p. 07) pontua que,

[...] o contrato deixa de ser somente a auto-regulamentação dos interesses das partes, a que subjacente determinada operação econômica que tencionam encetar, fazendo-as dotadas de uma liberdade intocável, porque exercida em pé de igualdade formal de iniciativa. Sobressaem, em novo paradigma, valores impostos pela concepção do Estado Social, de privilégio à igualdade real, ao equilíbrio das partes, tidas em verdadeira posição de cooperação, corolário do solidarismo, em que sua autonomia da vontade se vê, na afirmação de Roppo, relançada em novas bases e para desempenho de um novo papel.

Autonomia privada, então, é o poder das partes de autorregularem seus interesses privados, entretanto, dentro dos limites do ordenamento jurídico. Para José Ascensão (2010, p. 70), “significa que a ordem jurídica global admite que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, embora nos quadros da ordem jurídica global”.

Marcos Bernardes de Mello (1988, p. 181) assim explica,

Daí se pode concluir que a margem deixada à vontade pelo sistema jurídico traça os contornos do campo onde se pode exercer o poder de auto-regramento (autonomia). Constitui, portanto, regra fundamental a de que a vontade somente pode ser manifestada no sentido permitido pelas normas jurídicas de natureza cogente. Com isto queremos dizer que, se há o reconhecimento do poder de auto-regramento da vontade, é preciso verificar, ainda, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, sob pena de sofrer as sanções impostas pelo sistema.

Ou seja, há uma certa limitação na liberdade de contratar, para que nenhuma das partes seja dominada pela outra.

Para José Ascensão (2010, p. 70), “significa que a ordem jurídica global admite que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, embora nos quadros da ordem jurídica global”. Amaral Neto (1999) explica que se trata de princípio jurídico fundamental, que integra o quadro das fontes de Direito, hoje em processo de reformulação. Em citação do autor,

O jurista deve considerar a autonomia privada inserida em uma nova concepção do Direito, na qual as estruturas jurídicas relacionam-se intimamente com a sua função social. O Direito, na atualidade, tem como eixo fundamental a realização dos interesses da pessoa humana e, por isso, tende a limitar a autonomia privada com a ordem pública e os bons costumes, embora a retração do Estado Providência venha provocando uma reversão nessa tendência e revalorizando esse princípio.

No caso da autonomia privada, usa-se a lei para que uma das partes não seja escrava do negócio, ainda que tal negócio tenha sido feito com a vontade livre. Nas palavras de Philip Pettit (2004, p. 120) “La tradición republicana es unánime en presentar la libertad como el opuesto de la esclavitud y en ver la exposición a la voluntad arbitraria de otro, o vivir a merced de otro, como el gran mal”.

Ensina Nohara (2020, p. 448) que,

o contrato, na atualidade, mesmo em disciplinas do ramo do direito privado, já não é mais visto como puro resultado do concurso de duas vontades manifestadas em pé de igualdade, que livremente dispõem sobre o estabelecimento de direitos e obrigações que regerão a execução do acordo sobre seus interesses, pois as mais importantes relações jurídicas estão disciplinadas em leis que estabelecem os termos e limites das avenças tendo em vista os direitos protegidos.

Ou seja, o ordenamento jurídico se torna um muro em torno da autonomia com o intuito de proteger o mais fraco das arbitrariedades do mais forte, de forma que o indivíduo é livre para estabelecer o objeto, sujeito e demais termos do negócio jurídico, no entanto, não pode contrariar a lei, os princípios e as demais fontes do direito¹¹. As normas jurídicas estarão apenas controlando para que não

¹¹ Ao que Marcos Bernardes de Mello (1988, p. 178) observa, “Nem toda manifestação de vontade pode ser aceita como negocial, isto é, capaz de produzir negócio jurídico. O direito estabelece pressupostos que hão de ser atendidos para que a vontade possa entrar no mundo jurídico como

haja abusos, não determinando e impondo os termos contratuais, os sujeitos podem regular seus interesses particulares nos limites legais; é a perfeita noção de liberdade como não dominação.

Essa noção contrapõe-se ao liberalismo, na medida que entende que os seres humanos não são substancialmente iguais¹², devendo haver a proteção dos mais fracos para que possa se chegar à igualdade material.

O antigo modelo individualista desprezava a tradição que vinha da ética social de Aristóteles, da ideia de equivalência das prestações,

o paradigma liberal de prevalência do interesse do credor e do antagonismo foi substituído pelo equilíbrio de direitos e deveres entre credor e devedor, não apenas na dimensão formal, da tradição dos juristas, mas, sobretudo, na dimensão da igualdade ou equivalência material, fundado no princípio da solidariedade social. (LÔBO, 2005, p. 08)

No entanto, hoje se têm a clara noção de que o Direito não se resume às normas, os princípios também se inserem no Direito e têm função limitativa, sobre isso, vale mencionar um trecho da clássica obra de Gerges Ripert (1925, p. 06) sobre a regra moral nas obrigações civis:

A regra moral pode ser estudada antes de tudo em sua função normativa quando se trata de impedir o abuso da forma jurídica que os interessados utilizaram para fins que a moral condena. Contra o princípio da autonomia da vontade levanta a necessidade de as partes respeitarem a lei moral, a necessária proteção devida ao contraente que se encontra em estado de inferioridade e que é explorado pela outra parte; ensina que a justiça deve reinar no contrato e que a desigualdade de benefícios pode ser indicativa da exploração dos fracos; lança dúvidas sobre acordos que são a expressão de uma vontade excessivamente poderosa dobrando uma vontade enfraquecida¹³

negócio jurídico. Ao dono é livre vender os bens de que é titular; o pai, porém, não pode vender ao filho se os demais não consentirem. O concubino que for casado não pode doar à concubina. As limitações à livre manifestação da vontade negocial, em si, são inúmeras. Não há, portanto, um caráter absoluto no poder de autorregramento da vontade, mas, apenas, um permissivo que o sistema jurídico outorga às pessoas”.

¹² Anatole France (1906, p. 118) apresenta essa ideia de forma jocosa, “majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão e permite que ambos se hospedem no Ritz”.

¹³ Do original: “La règle morale peut être étudiée tout d’abord dans sa fonction normative quand elle vient empêcher l’abus de la forme juridique que des interesses ont utilisée pour des fins que la morale réprouve. Contre le principe de l’autonomie de la volonté elle élève la nécessité pour les parties de respecter la loi morale, la protection nécessaire due au contractant qui se trouve en état d’infériorité et qui est exploité par l’autre partie; elle enseigne que la justice doit régner dans le contrat et que l’inégalité des prestations peut être révélatrice de l’exploitation des faibles; elle jette le doute sur des accords qui sont l’expression d’une volonté trop puissante courbant une volonté affaiblie”.

Ademais, a ideologia do Estado Social, que se traduz em valores de solidariedade social, passou a dominar o cenário constitucional do século XX, o foco do Estado passa a ser a coibição de abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade (LÔBO, 2005, p. 05).

Nessa seara, mais do que a simples norma, os limites da autonomia da vontade se consubstanciam em valores morais e sociais.

E desses opostos: Estado liberal e Estado social vem a síntese do Estado Democrático de Direito. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior (1989, p. 54), a passagem do Estado liberal ao social, bastante nítida na história constitucional brasileira, não implicou a exclusão do segundo pelo primeiro, mas em sua transformação naquilo que a Constituição denomina Estado Democrático de Direito, tanto que Ricardo Quantim de Moraes (2014, p. 2014) apresenta que, no Estado Democrático de Direito, há tanto a liberdade negativa como a positiva, marcada pela extensão dos direitos político, econômicos, sociais e culturais.

No Brasil, tal mudança foi ocorrendo ao longo dos tempos, mas tem como ponto decisivo a Constituição de 1988, que apresentou um terreno favorável para a humanização do Direito Civil, como será melhor abordado nos próximos tópicos.

2.2 POSITIVISMO, PÓS-POSITIVISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Os dois últimos séculos foram fortemente influenciados pelo positivismo jurídico e individualismo liberal, o bem geral significava o bem individual de todos, já que a sociedade não passava de uma ficção, a partir da vontade livre de cada indivíduo seria possível lograr a felicidade coletiva, geral (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 30).

O positivismo jurídico surgiu na transição entre a Idade Média e a Idade Moderna quando a sociedade passou a exigir a imposição de limites ao poder concentrado e ilimitado dos reis soberanos; a lei foi calcada como premissa de uma atuação legítima dos governantes: só a lei válida poderia limitar direitos e impor obrigações aos cidadãos (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

O positivismo contrapõe-se ao jusnaturalismo com o intuito de alcançar a objetividade do sistema jurídico e, para isso, equipara o direito à lei, à norma.

Para melhor elucidar a questão, Norberto Bobbio (1995, p. 131 - 133) apresenta características fundamentais do positivismo. A primeira é sobre o modo de analisar o Direito, que o jurista deve agir como um cientista, e que o direito é avalorado, prescindindo de ser um valor ou um desvalor e, uma vez que a norma tenha passado corretamente pelo processo legislativo, será plenamente válida.

Outra característica essencial é quanto às fontes do Direito: a lei como panaceia; inclusive, explica Bobbio (1995, p. 132) que para o costume ser fonte do direito ele deveria ser *secundum legem* e, eventualmente, *praeter legem*, sendo descartados os costumes *contra legem*.

Ademais, os positivistas consideravam que o ordenamento jurídico era plenamente coerente e completo, que não havia contradição e que o juiz sempre poderia extrair normas das próprias leis, o que evitaria a incompletude.

Com tais premissas, o positivismo trouxe vantagens para a efetivação da segurança jurídica e da objetividade do sistema jurídico (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106). Em contrapartida, tal sistema encara o Direito apenas como norma.

Grandes desgraças da humanidade foram cometidas de acordo com a lei, veja-se, por exemplo, o Holocausto. Isso porque a lei é apenas instrumento do Direito, ou seja, é neutra quanto a valores, o que faz com que possam servir à vida, como à morte. Caso o Direito seja reduzido a uma mera técnica, ficará desorientado (COMPARATO, 2004, p. 6), já que uma lei que não se guia pelo fim último, que vem a ser a dignidade humana, pode servir a qualquer fim, seja ele bom ou ruim.

Dizer que o Direito é norma não é mentira, mas é uma meia-verdade. O Direito não é norma, ele também é norma; ele não é valor, ele também é valor; e o Direito não é fato, ele também é fato.

Na teoria tridimensional do Direito, Miguel Reale explica um conceito dinâmico do Direito, adequado à ciência social que é; Direito seria a "integração normativa de fatos segundo valores" (REALE, 1994, p. 97). Para o autor, fato, valor e norma são complementares e possuem uma correlação essencial no conceito e

formação do Direito, ou seja, exigem-se mutuamente (implicação-polaridade) (REALE, 1994, p. 104 – 105).

Após as atrocidades ocorridas nas duas Grandes Guerras, foi necessário repensar como interpretar e aplicar o Direito segundo parâmetros morais de justiça, visto que a lei (sinônimo de Direito), vazia de conteúdo axiológico, poderia estar a serviço de qualquer propósito (justo ou não). A partir de então, começa um movimento de ruptura com a forma básica de compreensão do Direito de até então, a essa nova configuração do pensamento jurídico denomina-se pós-positivismo (MAIA; DINIZ, 2006, p. 650).

Em meados do século XX (1967¹⁴), o norte-americano Dworkin reduziu a separação entre Direito e Moral, reinserindo a Moral no ordenamento jurídico por meio dos princípios e, em razão disso, é considerado o precursor do pós-positivismo.

No pós-positivismo, entendem Antônio Diniz e Cavalcanti Maia (2006, p. 651) que a mola-mestra da atividade jurídica deve ser orientada por uma aspiração moral, uma pretensão de justiça, e que essa reorganização vem por meio dos princípios, em especial o da dignidade humana.

No entanto, até a Segunda Guerra Mundial as Constituições Europeias não tinham força normativa, eram vistas apenas como inspiradoras do legislador, os direitos fundamentais ali previstos só seriam efetivados depois de positivados em lei, ou seja, a lei era quase que a fonte única do Direito (SARMENTO, 2009, p. 116).

Foi o desrespeito ao valor vida humana que levou os povos à consciência da necessidade da proclamação dos direitos humanos como norma. A partir de então¹⁵, a dignidade humana foi inserida em quase todas as Constituições do Ocidente, colocando o ser humano como o centro das decisões, não pela vertente egoísta, mas sim, humanista, o que promoveu repercussões profundas no

¹⁴ Observe-se que há semelhança entre a teoria de Dworking, inclusive é de se mencionar que a teoria de Reale também justifica a inserção da moral ao conceito do Direito. Entretanto, apesar de Dworking ser considerado o pai do pós-positivismo, a teoria de Reale é anterior à dele, tendo sido escrita em 1940, enquanto que a de Dworking só foi escrita em 1967. Tal consideração é tratada no artigo “O tridimensionalismo de Reale como ponte para o Pós-Positivismo”, de autoria de Ana Lúcia Maso Borba Navolar e Silvio Henrique Marques Junior na obra Reflexões sobre uma nova hermenêutica constitucional: leis, valores e sociedade (2022)

¹⁵ Mas mesmo antes da Segunda Guerra Mundial, no início do século XIX, pondera-se que as Constituições do México e de Weimar já haviam previsto o princípio da dignidade da pessoa humana. (PINHEIRO, 2006).

Direito, inserindo direitos fundamentais em um sem-número de tratados e constituições.

E como se percebeu que as maiorias políticas podem ser cúmplices da barbárie humana, houve o fortalecimento das novas Constituições, tornando-as norma fundamental do ordenamento, não prevendo somente questões relativas ao Estado, mas com mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador.

Uma das vertentes desse movimento é o Direito Civil Constitucional, que trata da interpretação das regras e princípios do Direito Civil por meio da ótica da Constituição Federal. Paulo Lôbo (2005, p. 3) afirma que a “constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil (...)”.

Nessa nova forma de ordenamento jurídico, o Direito Constitucional permeia a vida política e social e envolve a legislação, a doutrina, o entendimento de juízes e tribunais e as relações privadas (PERLINGIERI, 1997, p. 5). Nas palavras de Teresa Negreiros (2006, p. 67), “consiste em um discurso de defesa dos princípios constitucionais e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas - aí incluídas as relações tipicamente de natureza civil, travadas entre os particulares”.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2008, p. 61) elucidam que “o Direito Civil e a Constituição manterão intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios que lhe são comuns”.

Ao longo da história do mundo romano-germânico, ensina Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 1), o Direito Civil era identificado como “o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do Direito era mais distante do Direito Constitucional do que ele. Em contraposição à Constituição política, era cogitado como Constituição do homem comum”.

Com outras palavras, Teresa Negreiros (2006, p. 48) explica que antes é como se houvesse duas constituições: o Código Civil como Constituição da vida privada, e a literal Constituição disciplinando a vida pública.

Então, com o advento desse movimento, rompe-se o paralelismo entre Direito Público e Privado, ou seja, há a publicização do Direito Privado, e os dois ramos se convergem. Ingo von Münch (1997, p. 29) explica bem o fim da

dicotomia: "Una vez desmoronado el dique que [...] separaba el Derecho constitucional del Derecho privado, los derechos fundamentales se precipitaron como una cascada en el mar del Derecho privado".

Ou seja, nessa busca da despatrimonialização do Direito Privado, ocorreu a positivação de princípios que se traduzem como um reflexo da inserção dos princípios sociais constitucionais no âmbito privado (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 61).

A partir de então, já no anteprojeto do atual Código Civil (elaborado em 1969, com início de tramitação no Congresso Nacional em 1975) estabeleceu-se a eticidade, sociabilidade e operabilidade¹⁶ como paradigmas norteadores de todo o sistema civil, sendo que estes atuam como efetivadores de princípios sociais constitucionais, tais como o da dignidade humana, igualdade e solidariedade.

Pela sistemática apresentada de Direito Civil Constitucional "há deveres de consideração com a pessoa e com o patrimônio do lesado" (MARTINS-COSTA, 2018, p. 273), enaltece-se o padrão de conduta baseado no respeito ao outro, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 109),

No atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a "tirania dos direitos". Por isso, de uma vez por todas, não se pode mais reconhecer legitimidade ou se dar espaço às denominadas "cláusulas leoninas ou abusivas" (algumas são tão terríveis que a denominamos jocosamente, em nossas aulas, "zoológicas"...), quer se trate de um contrato de consumo, quer se trate de um contrato civil em geral.

Diante dessa mudança, o contrato deixa de ser somente uma auto-regulamentação dos interesses envolvidos, uma representação da liberdade intocável, emergem novos valores extraídos da concepção de um Estado Social: igualdade real, dignidade humana, cooperação, solidarismo etc. (SALLES, 2005, p. 307)

Ademais, tais reflexos permeiam todo o Código Civil, cabendo aos intérpretes e aos aplicadores do direito a incumbência de interpretar o Código Civil de 2002 de acordo com os valores e princípios constitucionais. Ainda que muitos artigos do Código Civil atual tenham sido meras repetições do Código Civil de 1916, o significado não é o mesmo, "o paradigma do individualismo e do sujeito de direito

¹⁶ Mais adiante serão destrinchados esses termos.

abstrato foi substituído pelo da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana” (LÔBO, 2005, p. 03) abarcando todos os ramos do Direito Civil.

2.3 DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E DA OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO

No Direito Romano, especificamente na Suma Completa do Direito dos Romanos (*Corpus Juris Civilis*), em “Institutas”, Livro III, tít. 14, está: “*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitalis iura*”¹⁷, que, em português, significa que a obrigação é um vínculo jurídico ao qual ficamos adstritos coercitivamente a uma prestação, segundo a lei da nossa cidade (PEREIRA, 2022, p. 20).

Ainda que se tratasse de um vínculo, sem a ideia de contraprestações mútuas, os juristas romanos deixaram bem claro que não se tratava de um vínculo de subordinação¹⁸, e no *Corpus Juris Civilis*, no Digesto, Livro 44, tít. 7, fr. 3 está que: “*Obligationum substantia non neo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitatem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*”: consiste a substância da obrigação não em sujeitar a própria pessoa do devedor ou fazê-lo servo do credor; mas em constrangê-lo a uma prestação abrangente de um dar ou de um fazer. (PEREIRA, 2022, p. 20).

No entanto, o direito obrigacional do século XIX, planificado no Código Napoleônico (1804), atendendo aos anseios da burguesia em ascensão, tornou-se um instrumento jurídico capaz de promover a circulação de riquezas sem qualquer limite, isso também era um reflexo do momento histórico da revolução industrial, liberalismo econômico, livre concorrência e busca desenfreada pelo lucro.

Pode-se extrair a noção do conceito de obrigação da doutrina de Savigny (1863, p. 16 – 17), a ver:

¹⁷ Veja também em Digesto, Livro 44, tít. 7, fr. 3: “*Obligationum substantia non neo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitatem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*”: consiste a substância da obrigação não em sujeitar a própria pessoa do devedor ou fazê-lo servo do credor; mas em constrangê-lo a uma prestação abrangente de um dar ou de um fazer. (PEREIRA, 2022, p. 20)

¹⁸ Sobre essa noção humanizada do Direito Romano, vide maiores explicações no tópico 2.3 desta dissertação.

A obrigação consiste na dominação sobre uma pessoa estranha, não sobre toda a pessoa (pois isso resultaria na absorção da própria personalidade), mas sobre atos isolados, que seriam considerados como restrição à sua liberdade e uma sujeição à nossa vontade.¹⁹

Na mesma obra, mais adiante, Savigny (1863, p. 18) pontua que,

é a atividade do devedor que deve ser considerada como ponto capital, como essência própria da obrigação, e a do credor como acessória. Pois na obrigação, como em qualquer relação jurídica em geral, o estado normal e natural consiste no reconhecimento voluntário e na execução do direito, enquanto a luta contra a resistência injusta (coerção, ação) não pode ser considerada apenas como a retificação de um estado anormal (c). É assim que o caráter essencial da propriedade consiste sobretudo no domínio ilimitado e exclusivo da pessoa sobre a coisa, e é um simples acidente quando esse domínio se manifesta na forma da pretensão exercida contra o usurpador²⁰.

Sobre isso, Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 49) expõe que “a doutrina costuma identificar a relação jurídica obrigacional na exigibilidade da prestação, ou seja, é aquela em que uma parte tem o direito de exigir uma determinada prestação e a outra tem a obrigação de cumpri-la”, conceito esse que reflete os anseios da burguesia, note-se, por exemplo, o que Savigny (1893, p. 17-18) já pontuava no século XIX,

Em qualquer obrigação encontramos duas pessoas colocadas em uma relação de desigualdade entre si. Por um lado, vemos a liberdade pessoal estendida além de seus limites naturais, como domínio sobre uma pessoa estranha; por outro lado, vemos a liberdade natural restringida, como um estado de subjugação e constrangimento (b). Podemos considerar esses estados opostos das pessoas, partes na obrigação, como duas atividades distintas, uma das quais consiste na execução do devedor e a outra na coação (a ação) que o credor pode empregar.²¹

¹⁹Do original: "L'idée de obligation a déjà été établie ailleurs (a) de la manière suivante: Elle consiste dans la domination sur une personne étrangère; non pas, cependant, sur la personne tout entière (car elle aurait pour résultat l'absorption de la personnalité même), mais sur des actes isolés, qu'il faut considérer comme une restriction à sa liberté et un assujettissement à notre volonté."

²⁰No original: "Cependant dans cette conception, c'est l'activité du débiteur qui doit être considérée comme le point capital, comme l'essence propre de l'obligation, et celle du créancier comme l'accessoire. Car dans l'obligation comme dans tout rapport de droit en général, l'état normal et naturel consiste dans la reconnaissance et l'exécution volontaire du droit, tandis que la lutte contre une résistance injuste (la coercition, l'action) ne peut être considérée que comme le redressement d'un état anormal (c). C'est ainsi que le caractère essentiel de la propriété consiste avant tout dans la domination illimitée et exclusive de la personne sur la chose, et c'est un simple accident, lorsque cette domination se manifeste sous la forme de la revendication exercée contre un usurpateur"

²¹Do original: "Dans toute obligation nous trouvons deux personnes placées dans un rapport

E, por muito tempo, manteve-se essa ideia de obrigação como subordinação, tanto que o jurista Clóvis Bevilacqua (1896, p. 6) conceituava a obrigação como

relação transitória de direito que nos constringe a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por acto nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão.

Orlando Gomes (2005, p. 20) define obrigação como “vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, certa prestação”.

Hoje vê-se que essa forma de definição não é perfeita, pois ambos os polos possuem direitos e deveres, é uma relação, enquanto que esses conceitos apontados acima focam na subordinação, na passividade da relação. No entanto, tais conceitos não estão errados, inclusive Caio Mário da Silva Pereira (2022, p. 20) opõe que mesmo hoje,

a predominância do *vinculum juris* é inevitável” e que a ideia de relação não exclui o vínculo jurídico das partes, pontuando que “Por mais que o civilista pretenda evitá-lo, jamais logrará afastar a insinuação de que em toda obrigação há um liame, um laço entre os sujeitos.

Assim, pode-se dizer que o termo vínculo está adequado, porém, hoje, não se pode entender como vínculo de subordinação.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 51 – 52) explica que na contemporânea concepção, em razão dos movimentos de Pós-Positivismo e de Constitucionalização do Direito Civil, o ser humano e a sua dignidade passaram a ser o centro do sistema, de forma que o Direito Civil encaminha-se no rumo de sua repersonalização, ao que o autor complementa pontuando que “a relação jurídica obrigacional não é uma relação entre patrimônios, como também não é uma relação

d'inegalité l'une vis à vis de l'autre. D'un côté nous voyons la liberté personnelle étendue au-delà de ses limites naturelles, comme domination sur une personne étrangère; de l'autre côté, nous voyons la liberté naturelle restreinte, comme un état d' assujettissement et de contrainte (b). Nous pouvons envisager ces états opposés des personnes, parties dans l'obligation, comme deux activités distinctes, dont l'une consiste dans la prestation du débiteur et l'autre dans la coercition (l'action) que peut employer le créancier.”

entre interesses, mas entre pessoas com todas suas vicissitudes concretas e existenciais, que o direito não pode desconsiderar”. E ainda que a finalidade principal de uma obrigação seja a satisfação dos interesses do credor, atualmente não há como desconsiderar os valores constitucionais.

Nessa visão humanista, Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 8 – 9) expõe que

O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade; ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade. Para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social.

Nessa acepção contemporânea, não cabe a ideia estática de obrigação apenas como subordinação. Hoje, a noção é dinâmica em que há “inúmeras obrigações recíprocas, assumindo ambas as partes, em diferentes momentos, o papel de credor e devedor de diferentes obrigações” (FARIAS, ROSENVALD, 2008, p. 86).

Inclusive, nesse momento atual de desenvolvimento jurídico, seria estranho se a relação obrigacional se constituísse do credor paciente de todos os direitos, e o devedor com todos os deveres²². Tanto que para Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 12),

O principal giro de perspectiva que se observa na compreensão do contrato, no contexto atual, é a consideração do poder que cada participante exercita sobre o outro; do poder contratual dominante que nunca deixou de haver, mas que o direito desconsiderava, porque partia do princípio da igualdade formal dos contratantes, sem contemplar as suas potências econômicas; ou como hoje já tratamos de modo muito mais jurídico, o poder dominante de

²² Segundo Giselda Hironaka (2005, p. 355) “A ciência do direito conhece os direitos que já se encontram atribuídos ao homem, eu titular natural, direitos esses que, por vezes, ou não se exercem em absoluto, ou se exercem imperfeitamente, assim como conhece os direitos que ainda estão por se construir. Contudo, construí-los já não é mais, contemporaneamente, tarefa de uma ciência só, isolada. Por isso mesmo, o direito deve buscar o processo de integração recíproca com outras áreas do conhecimento, isto é, deve conduzir-se, rever-se e reler-se pela trilha da interdisciplinaridade, ainda que se considera a grande dificuldade – não apenas para o direito, mas para as ciências em geral – desta ruptura de suas próprias estruturas, de modo a suportar essa expansão de alcance, esse de parceria”.

um e a vulnerabilidade jurídica de outro, que é pressuposta ou presumida pela lei, a exemplo do inquilino, do trabalhador, do consumidor, do aderente.

Caio Mário da Silva Pereira (2022, p. 21) observa que “parte da doutrina tem focado a obrigação sob um viés dinâmico (e não estático), representativa de uma relação jurídica obrigacional composta por um conjunto de direitos, faculdades, poderes, ônus e deveres das partes”, superando-se a noção estática de polaridades credor e devedor. Desse modo, não é apenas o devedor que terá deveres, ambas as partes os terão, tudo com a finalidade de encaminhar-se ao adimplemento. Exemplo disso é o direito potestativo do devedor de constituir em mora o credor caso este injustificadamente se recuse a receber o crédito (FARIAS, ROSENVALD, 2008, p. 40). Tanto que Renan Lotufo (2003, p. 09) assim pontua,

No estudo das obrigações não se vê exclusivamente a figura proeminente do credor, posto que se está diante de uma relação jurídica entre dois sujeitos de igual valor. Assim, não se pode admitir a visão de prisão pelo vínculo, mas a idéia de que a liberdade do devedor é que é o fundamento, como já antevisto por Carnelutti, pois a liberdade é que ficou afetada pela relação obrigacional nascida, relação que, com o adimplemento pelo devedor, vai ser dissolvida, e a plenitude da liberdade juridicamente garantida restabelecida para que a conquistou por sua própria atividade.

Nessa visão contemporânea, a obrigação é vista como um processo – uma série de atos relacionados entre si – destinado ao adimplemento; enfatiza a ideia de pluralidade, e nessa trajetória deve haver o cumprimento da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor, ambos os polos com direitos e deveres.

Essa forma de visualizar a obrigação iniciou-se com Heinrich Siber, defendendo a relação obrigacional como um organismo, possuindo uma complexidade intra-obrigacional; Menezes Cordeiro (2013, p. 588) parafraseia Siber explicando “que a obrigação abrangeria uma multiplicidade de pretensões, presentes ou possíveis, para o futuro, estando o todo unificado em função do conjunto orgânico formado pela relação global”.

Mas é Karl Larenz que a define como estrutura e processo. Estrutura no sentido de uma relação obrigacional complexa, pois obrigação não seria a mera soma de elementos, tendo antes um sentido transcendental. Já o termo “processo”

se traduz na ideia de finalidade, as obrigações vão sofrendo alterações no percurso, mas sem prejuízo da identidade de base. (CORDEIRO, 2013, 589 – 590)

No Brasil, Clóvis do Couto e Silva se baseou nas ideias de Siber e Karl Larenz para produzir uma obra paradigmática: “A obrigação como processo”, no qual esclarece a obrigação como totalidade destinada ao adimplemento. Em suas próprias palavras,

A obrigação como processo, tem por finalidade salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor.

O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade. (COUTO E SILVA, 2006, p. 17)

Mais adiante, Clóvis do Couto e Silva (2006, p. 20) resume a obrigação como processo no “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”. No entanto, também esclarece que o que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade realmente orgânica veio do vínculo como ordem de cooperação, e não de sujeição. Com esse sentido cooperativo, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas (COUTO E SILVA, 2006, p. 19), há uma série de obrigações a serem efetivadas, mas não se admite que deva haver danos para o credor ou sacrifícios desmensurados para o devedor (CORDEIRO, 2013, p. 592), ambos os polos devem cooperar para a finalidade da obrigação, que vem a ser o adimplemento.

Nessa mesma linha, Serpa Lopes (1995, p. 06) pontua que a obrigação não é mais um vínculo de subordinação, mas sim de coordenação, pois respeita a essência da liberdade humana.

Tanto que Pietro Perlingieri (2002, p. 212) afirma que “a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação”, ou seja, tal como já esclarecido, o vínculo de subordinação é substituído pela cooperação, ao que o “devedor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do credor”.

A correlação de um direito com a obrigação do devedor, ou seja, a relação de crédito e débito, de garantia e de responsabilidade, não exclui que, na relação, se deva considerar também o momento funcional, pois a relação não é um

fim em si mesma, a finalidade é a satisfação de um interesse do credor na cooperação com o devedor (BETTI, 2006, p. 33).

A relação obrigacional não precisa ser um jogo desigual em que um precisa perder para o outro ganhar, isso é um pensamento predatório, individualista, dissociado dos valores humanistas. O fato de uma negócio jurídico ser vantajoso para ambas as partes é mérito, vantagem.

É o que Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2008, p. 43) comparam com os jogos de tênis e frescobol, nos seguintes termos,

as relações obrigacionais podem seguir dois critérios: um que segue a lógica do jogo de tênis e outro que segue as regras do frescobol. O primeiro é marcado pela competição e pela necessidade de triunfar sobre o adversário. O segundo tem como traço determinante a cooperação entre os parceiros. O jogo de tênis é o espelho da sociedade em que vivemos, ele é capaz de minar qualquer relação, pois sua lógica é destrutiva, baseada em um inesgotável repertório de golpes que visam aniquilar o inimigo. Apesar da beleza e plasticidade da técnica do tênis, ele é violento e cruel. No frescobol não temos oponentes e sim parceiros. O único resultado é a vitória de ambos, já que o esforço e mérito do esporte está em colaborar com o outro. Daí nasce a cumplicidade e a generosidade. Enfim, devemos conduzir a obrigação ao adimplemento.

Ademais, a nova ordem constitucional transformou o contrato em um instrumento de obrigatória comunhão de esforços para o desenvolvimento da personalidade humana (NEGREIROS, 1998, p. 281-282).

Também pode ser mencionado o ensinamento de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2008, p. 41), esclarecendo que o bem comum da relação obrigacional seria a solidariedade mediante a cooperação destinada à satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem deixar de observar os direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor. Ademais, os autores também citam o art. 421 do Código Civil²³, que trata da função social do contrato, no que aduzem que “a intervenção da sociedade sobre o contrato será no sentido de estimular o adimplemento da relação obrigacional mediante a cooperação dos contratantes, para que seja possível o resgate da liberdade que foi cedida em razão do contrato”.

²³À época da edição do livro, o artigo tinha a seguinte redação: “A liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, com o advento da Lei nº 13.874, de 2019, passou a ser “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Em seu fim último, a real função do contrato não é a segurança jurídica ou a proteção excessiva e cega do mercado, mas sim o atendimento dos interesses da pessoa humana. (TARTUCE, 2021, p. 85)

Ademais, Décio Erpen (1998, p. 48) relembra que o sistema de valores concretos deve levar a um verdadeiro projeto de Justiça, compreendendo o homem e a sociedade, da qual esta pessoa seja, ao mesmo tempo agente e produto, ou seja, não é a compreensão do ser humano isolado.

Sob a acepção de “organismo” ou “totalidade”, o vínculo não será considerado apenas a soma de suas partes, a consequência disso é que “mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente”. (COUTO E SILVA, 2006, p. 20)

E ainda que se entenda a obrigação como um processo destinado ao adimplemento, ainda há que se considerar outro ponto, “necessita o homem da colaboração alheia” (BETTI, 2006, p. 25), no eterno ciclo das relações sociais, não há ser humano que não necessite de outro.

Essa também é a tônica no atual direito romano-germânico, ao contrário das teorias individualistas, as coletivistas percebem os seres humanos não como ilhas isoladas, mas como seres sociais que cumprem seus objetivos e podem se realizar apenas dentro de uma comunidade.

Nesse ponto, vem bem a calhar o poema do século XVI, de John Donne,

Nenhum homem é uma ilha isolada;
Cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra;
Se um torrão é arrastado para o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse a casa dos teus amigos ou a tua própria;
A morte de qualquer homem diminui-me, porque sou parte do gênero humano.
E por isso não perguntes por quem os sinos doam; eles doam por ti²⁴

A ideia do coletivo era um dos valores clássicos presente desde a Grécia antiga, e consta também nos ideais republicanos. No entanto, em dados momentos da história, o homem se torna mais individualista, um desses momentos

²⁴ Do original, o título do poema é "No Man is an Island" no Livro "Devotions upon Emergent Occasions" na seção "Meditation XVII".

foi marcado pela ascensão da burguesia, fazendo prevalecer a liberdade irrestrita como direito fundamental, mesmo que às custas do direito alheio, é o que Barbosa Moreira (1980, p. 09) chama de filosofia do egoísmo,

A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se vêem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores.

Constatou-se que esse egoísmo era capaz de dar respaldo à inúmeras injustiças²⁵; ademais, após as atrocidades bélicas e antissemitas do século XX, viu-se a necessidade de inserir valores básicos nas constituições para que o ser humano não fosse capaz de reincidir em tamanhos erros, daí porque a inserção dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Barbosa Moreira (1980, p. 02), em linguagem poética, expõe da seguinte forma:

Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só. Essa mudança de enfoque não poderia deixar de refletir-se no quadro das relações sociais reguladas pelo direito. As concepções tradicionais miravam em regra situações de confronto entre indivíduos isolados, ou dispostos em grupos bem definidos.

Tais valores foram inseridos em praticamente todas as Constituições do ocidente. No entanto, nos países que seguem a sistemática da *civil law*, o resultado prático é visualizado com mais facilidade, visto que com a constitucionalização do Direito Civil, eles passam a permear o direito privado, traduzindo-se nos princípios da boa-fé objetiva²⁶, cooperação, igualdade contratual

²⁵ E é oportuna a advertência do filósofo italiano Antônio Meneghetti (1996, p. 155), aludindo ao mal provocado pelo homem a seu semelhante, quando aduz: "se ultrapassas a justa medida do teu viver, te prepara (para) a perda, te prepara (para) a exclusão: és tu mesmo que geras a força vingadora dos outros para a tua eliminação", isso porque, o homem é um ser social, é no convívio que encontra sentido no seu ser, o mal feito ao outro é o mal feito a si mesmo.

²⁶ Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2008, p. 61), entendem que a supremacia principiológica da dignidade da pessoa humana é concretizada no âmbito das obrigações na forma do princípio da boa-fé objetiva.

etc., quanto a essa dicotomia entre os sistemas, mencionam Ingeborg Schwenzer e Edgard Muñoz (2019, p. 160),

O princípio da boa fé encontrou seu caminho em quase todos os sistemas de Direito Civil por meio da recepção do direito romano. Ver França Artigo 1104(1) CC; Itália Artigos 1337, 1366 e 1375 CC; Alemanha § 242 BGB; Suíça Artigo 2 ZGB. O novo código civil francês endossa o princípio no Artigo 1104(1) CC, (...) Os sistemas de direito consuetudinário, no entanto, tendem a abster-se de aceitar a boa-fé como princípio geral do direito contratual: ver Michael G Bridge, 'Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?', *Canadian Business Law Journal*, 9 (1984) em 426; Gunther Teubner, 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergencies', *Modern Law Review*, 61 (1998) em 11".

²⁷

O princípio do respeito recíproco não se encontra apenas nos direitos fundamentais da Constituição, mas atravessa todo o ordenamento jurídico. Ele é subjacente a qualquer relação contratual, pois, quando ocorre a conclusão de um contrato e as partes emitem sua vontade, reconhecem um ao outro a condição de pessoas. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 62)

Emilio Betti (2006, p. 30) apresenta seu entendimento ao dizer que nas relações obrigacionais se resolve um “problema de cooperação”, e que “a ideia da cooperação é o fio condutor que serve para orientar o jurista nas grandes questões do direito das obrigações”. E ainda que a relação não seja um fim em si própria, é instrumento para um fim de convivência, e esse fim é a tutela e a satisfação de um interesse do credor na cooperação do devedor. (BETTI, 2006, p. 33)

Pietro Perlingieri (1997, p. 210) afirma,

a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isso implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao

²⁷ Do original: The principle of good faith found its way into almost every Civil Law system through the reception of Roman law. See France Article 1104(1) CC; Italy Articles 1337, 1366 and 1375 CC; Germany § 242 BGB; Switzerland Article 2 ZGB. The new French civil code endorses the principle in Article 1104(1) CC (...) Common Law systems, however, tend to refrain from accepting good faith as a general principle of contract law: see Michael G Bridge, 'Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?', *Canadian Business Law Journal*, 9 (1984) at 426; Gunther Teubner, 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergencies', *Modern Law Review*, 61 (1998) at 11".

adimplemento do credor.

Obrigação, sintetiza Jorge Cesa Ferreira da Silva (2006, p. 31), “não é simplesmente dever de alguém frente a outro, mas, muito mais do que isso, é relação, e relação pautada por critérios de cooperação”.

O que significa dizer que, principalmente no campo das Obrigações, não há possibilidade de se atingir suas pretensões sem a cooperação de outrem, ainda que o ser humano²⁸ em sua individualidade assim o pense, isso não passa de uma falácia que não resiste ao crivo da realidade prática.

Daí porque Emilio Betti desenvolve amplamente em sua obra “Teoria Geral das Obrigações” a sistematização do que vem a ser cooperação, justificando a necessidade de tal instituto. Ele, assim, argumenta

Com uma visão estática e paralisante - visão a que se inclina, às vezes, o abstracionismo dos juristas, habituados a operar com conceitos rígidos e fixos - pode ser difícil distinguir a obrigação de pagar uma soma (a título de indenização ou de ressarcimento) do precedente compromisso de cooperação, que tem caráter puramente virtual. Mas exatamente aqui se requer do jurista uma visão dinâmica e concreta, aderente à realidade do fenômeno jurídico. (BETTI, 2006, p. 63)

Aliás, tal como visto, a noção de obrigação como um processo também menciona a necessidade de cooperação das partes para que se chegue ao adimplemento, mas “é claro que a obrigação não estará cumprida enquanto o resultado não for atingido e posto à disposição do credor (...) se falta o resultado, por maior que tenha sido o esforço realizado pelo devedor, não existe adimplemento” (BETTI, 2006, p. 60), no entanto, há princípios a serem observados antes, durante e após a prestação, entre eles a cooperação.

Embora não haja um percentual aquilatável e exigível de cooperação, há sim uma atitude cooperativa virtualmente avaliável, que para Emilio Betti (2006, p. 62) os parâmetros são postos pela boa-fé objetiva. Inclusive, o autor

²⁸ É o que Emilio Betti (2006, p. 48) apresenta da seguinte forma: “O tipo de homem que essa nova barbárie da técnica educa e promove é o especialista, que conhece sua função num restrito ramo da indústria, da arte ou da ciência, mas que, fora desse ramo, não tem vivos interesses espirituais nem personalidade própria ou capacidade de julgamento: é homem-massa. Poder-se-ia dizer de semelhantes tipos humanos que são fragmentos de homens, em vez de homens completos. E exatamente disso se aproveita o preconceito hedonista e utilitário difundido pelo individualismo moderno. Aguilhoado por esse preconceito, o homem médio de hoje vai perdendo cada vez mais o gosto e o talento de colaborar com autêntica dedicação para obras que o transcendam e sejam destinadas a durar além de sua efêmera existência”.

afirma que a aplicação da cooperação devida no interesse alheio se dá por meio da boa-fé contratual, que será abordada a seguir.

2.4 BOA-FÉ OBJETIVA

Nessa nova sistemática em que o Código Civil deve ser interpretado à luz da Constituição Federal de 1988, os valores constitucionais estimulam a formação de um direito civil mais humano e igualitário, o que também tem repercussões na esfera privada. Nesse sentido, expõe Gabriel Furtado (2014, p. 1 – 2) que,

[...] conforme a constitucionalização do direito privado firmou-se como orientação indispensável à interpretação e aplicação do direito brasileiro – exigindo a releitura, em chave funcional, de todos os institutos e sua consequente funcionalização aos valores do ordenamento –, nenhuma figura civilística pôde manter-se alheia à incidência da axiologia constitucional – nem mesmo os milenares conceitos do direito obrigacional

Nos termos dos valores constitucionais, o Código Civil de 2002 foi construído sob a égide de três pilares: socialidade, eticidade e operabilidade. A socialidade significa que o Direito deve ter um fundamento social, que as relações privadas estejam alinhadas com os objetivos da coletividade. A eticidade, que tem como um de seus principais representantes o princípio da boa-fé objetiva, representa a preocupação do ordenamento com a postura ética do indivíduo e, por fim, a operabilidade refere-se à busca por um ordenamento jurídico voltado às questões práticas, de forma que as normas possam ser efetivas, se configura na efetiva realização do Direito, e conduz à redação das chamadas cláusulas gerais.

2.4.1 Cláusulas Gerais

Cláusulas gerais ou conceitos abertos são uma forma de redação da lei que permite ao magistrado adequar a norma ao caso concreto. Sobre isso, o relator do Projeto do novo Código Civil, o senador Josephat Marinho, afirmou em seu Parecer pela aprovação do Código, que “[...] o Projeto do Código Civil, em elaboração no caso de um para o nascer de outro século, deve traduzir-se em fórmulas genéricas e flexíveis, em condições de resistir ao embate de novas ideias”.

Hoje não é mais concebível o modelo estático do estrito positivismo, o Código Civil não tem mais a estrutura de um modelo fechado, o positivismo entrou em crise quando foi incapaz de responder a uma sociedade que se transformava rapidamente, nas palavras de François Génys (apud JORGE JUNIOR, 2004, p.13) “as relações humanas são demasiadamente numerosas, demasiado complexas e mutáveis para que se possam encontrar uma regulamentação suficiente em algumas fórmulas verbais editadas num momento fixo”.

Ensina Nilo Bairros de Brum (1980, p. 45) que, no formalismo, cria-se um mito – descompromissado da realidade – de que o ordenamento legal é completo, coerente, preciso, em que o proibido e o permitido têm claras delimitações; que o legislador é um ser perfeito que tudo prevê, sendo sempre justo e sábio. Nesse mito, o juiz é entendido como um computador, o qual, aplicando-se somente a lei dará sempre a solução justa. E ainda complementa, “a lei como única fonte do direito, a sentença como um silogismo perfeito, a racionalidade infalível do legislador e do juiz, a previsibilidade das decisões são as aspirações ou crenças que informam as linhas mestras dessa postura”.

Então, não cabe ao Direito, que é ciência social, um modelo estático, vez que as relações sociais também não o são, ademais, não há neutralidade de valores como a concepção formalista prega. Por isso a necessidade de se inserir conceitos abertos na legislação, que são as chamadas cláusulas gerais.

Cláusulas gerais se diferenciam das demais normas por permitirem uma maior amplitude semântica; do ponto de vista estrutural, são consideradas “normas (parcialmente) em branco” (MARTINS-COSTA, 2000, p.329), que se completam por conceitos extrajurídicos. São normas jurídicas e se caracterizam por serem conceitos abertos permitindo ao aplicador do direito amoldar a norma ao caso concreto.

Explica Judith Martins-Costa (2000, p. 303) que basicamente são dirigidas ao juiz, como um mandato, para que, “à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”.

Para uma explicação mais clara de como o julgador consubstancia a norma ao caso concreto está a cláusula geral da boa-fé, prevista no art. 422 do Código Civil, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do

contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, assim, cabe ao juiz decidir na situação de fato se a conduta dos contratantes foi guiada pela boa-fé. Para tanto, ele deve fazer um juízo de valor a respeito do que seria agir com boa-fé em certa situação, o julgador será remetido a um padrão de conduta aceito em determinado tempo e espaço. Nesse compasso, entende Juarez Freitas (1986, p.119) que, “o jurista, (...) não pode limitar-se a uma postura estática de defesa de uma ordem senil, que não assimila o impacto das exigências sociais. Ao contrário, o jurista tem que colocar seu pensamento e a sua cultura a serviço de uma missão evangelizadora (...)”.

Dessa forma, as cláusulas gerais possibilitam a integração do direito à realidade vigente, atualizando-o.

Assim, as cláusulas abertas, por superarem o *ius strictum* e passarem ao *ius aequum*, conseguem solucionar assuntos que não foram regulamentados.

2.4.2 Principiologia Atual e a Boa-fé Objetiva

Não há meio da lei prever todas as situações que existem ou poderão a vir a existir. Entretanto, não é adequado que existam tais brechas permissivas de atos ilícitos, daí porque se criar um dispositivo que pudesse resolver as situações de desvios comportamentais em razão de ausência de previsão legal.

A boa-fé objetiva é um mandamento geral de sempre agir bem. Na falta de uma norma específica que determine um comportamento em certa situação, a boa-fé objetiva será esse amálgama capaz de resolver tais situações.

Pode-se entender como a materialização da expressão latina do jurisconsulto Ulpiano, “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu.

Tanto que Menezes Cordeiro (2013, p. 337) pontua a boa-fé como uma atuação concreta e justa em si mesma, e ainda cita o alemão Stammler “Age assim, no caso concreto, segundo a boa fé, aquele que, nessa situação, permaneça em consonância com aquilo que seja de considerar como escopo último de toda a vida jurídica comum”, chamando isso de um ideal social, devendo o juiz ponderar

como o problema deveria se resolver “se cada um não apresentasse apenas desejos subjetivos e meros objetivos pessoais, mas antes assumisse, como seu, também o escopo do outro”.

Ao que o mencionado autor português ainda pontua,

O dever de julgar, em quaisquer circunstâncias, deu, à boa fé, um relevo dogmático real: ela assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para o seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos arcaicos, seja, por fim, realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indicou. Compreende-se, por isso, que a boa fé surja, com vigor, em zonas não reguladas pelas codificações, por delonga do legislador, como nas condições negociais gerais, ou por impossibilidade técnica ou linguística ou, até, por inconveniência, como no abuso do direito. Entende-se, também, o interesse por ela assumido em períodos de alteração radical dos dados sociais e econômicos. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 46)

Ou seja, a boa-fé não possui, *a priori*, os padrões de conduta que devem ser seguidos, e nem haveria como, já que a lealdade e a probidade têm determinadas externalizações a depender da situação; é justamente uma cláusula geral, no qual o julgador tem a possibilidade de analisar o caso concreto e determinar qual seria o comportamento adequado para aquele átimo no tempo e no espaço.

O Código Civil brasileiro de 1916 tratou abertamente da boa-fé subjetiva, especialmente no direito das coisas em matéria de posse. Mas a boa-fé objetiva praticamente foi omitida, salvo em hipóteses específicas, como a de seu art. 1.443, para o contrato de seguro.

Em 1990, através do Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 4º, III, e 51, IV, deu-se início ao amplo seu reconhecimento da boa-fé objetiva. No entanto, somente em 2003, com a entrada em vigor do Código Civil, passou a ser amplamente utilizada. O Código Civil de 2002 proporcionou à boa-fé grande relevância jurídica, inclusive com a sua expressa positivação em diversos artigos²⁹,

²⁹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (incluído pela Lei nº. 13.874, de 2019)

III - corresponder à boa-fé; (incluído pela Lei nº. 13.874, de 2019)

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente

sempre na modalidade de cláusula geral.

No entanto, desde 1900 já constava no Código Civil Alemão (BGB) sendo assim redigido: § 242 - A aplicação da boa-fé objetiva - “O devedor deve [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico”³⁰, e foi a partir dele que a boa-fé objetiva se proliferou amplamente. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 314)

Atualmente, afirma-se que o § 242 do BGB veio a constituir o elemento fundamental para uma compreensão absolutamente nova da relação obrigacional, em cujo centro está o princípio da boa-fé objetiva como reitor do Direito Obrigacional, paralelamente ao princípio da autonomia privada. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 135).

Para os Romanos, a *fides* correspondia justamente à lealdade [do alemão: Treue], e não à crença [Glaube]; a boa-fé traduziria o intensificar da *fides*, exprimindo a lealdade, a probidade, e a honradez, o que na Roma antiga eram atributos do próprio Direito. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 310 – 311). Ao que Bruns (apud MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 310) explica que a “fides romana assimilava-se à iustitia; só com o cristianismo e os canonistas ela teria sido aproximada da crença”.

Menezes Cordeiro (2013, p. 327) aduz que para os alemães é bem simples a distinção entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, já que são apresentadas com terminologias distintas, a primeira é referida como “Guter Glauben” e a segunda como “Treu und Glauben”. Em uma tradução livre “Guter Glauben” significa boa-crença; enquanto que a “Treu und Glauben” que corresponde à lealdade, probidade.³¹

Caso a boa-fé como parâmetro de conduta dependesse de cada

os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.

³⁰ Do original: § 242 Leistung nach Treu und Glauben - Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

³¹ O autor português ainda conclui que “a doutrina germânica não aproxima, aliás, as duas noções [boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva], considerando mesmo a indiferenciação terminológica apresentada pelas línguas latinas como um sinal de incipiência” (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 327)

pessoa, ou seja, fosse subjetiva, seria necessária uma investigação sobre cada um para apurar sobre seus critérios de boa-fé, o que apresentaria consequências funestas para a segurança jurídica.

Justamente porque a boa-fé objetiva se constitui por um agir correto, é a conformidade de uma ação com a honestidade, lealdade e probidade. Fazendo a correlação com a Constituição, a boa-fé seria a própria expressão da dignidade humana no âmbito privado.

Representa um parâmetro, uma diretriz para o comportamento e a ação. Enquanto que “la buena fe subjetiva es creencia, la buena fe objetiva es conducta” (RUBIO, 1984, p. 96). A boa-fé subjetiva é o antônimo da má-fé, ou seja, é um “estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 279).

Ainda que a boa-fé objetiva seja uma cláusula geral, os padrões não se alteram a depender da pessoa, mas somente na situação concreta, é um padrão a ser seguido por qualquer pessoa naquela mesma posição de tempo e espaço. E diferentemente da boa-fé subjetiva, a objetiva é realmente uma norma jurídica,

A expressão boa-fé objetiva (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a:

- (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas);
- (ii) um standard ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento¹⁵ (standard direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes) e
- (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um «estado ideal de coisas». (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281)

Pode ser definida como um direcionador de condutas pelo qual os participantes da relação obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento e tem como finalidade “atuar como diretriz comportamental, configurando norma de prescrição de comportamentos leais” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 630)

Para ser considerada boa-fé objetiva, a conduta tem que coincidir com a do homem reto, no mesmo sentido, Miguel Reale (2003) afirma que a boa-fé objetiva se apresenta como “exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, (...) normativa de comportamento leal”.

É o agir conforme a lei, conforme o acordado. Dessa perspectiva, a boa-fé se caracteriza pela observação dos valores tutelados em certa época e lugar, mas sempre com o respeito aos interesses do outro. Para Reale (2003) esse princípio se resume em duas palavras: “honestidade pública”.

Numa perspectiva objetiva, este princípio constitui um critério para agir corretamente, é “ortonomia” (VASCONCELOS, 2005, p. 22). Trata-se não tanto de verificar a boa ou má-fé com quem está numa relação jurídica, mas antes julgar a conformidade de uma certa atuação com as regras da boa-fé.

Nesta seara, a cláusula geral da boa-fé apresenta-se como um instrumento hábil para reger as relações contratuais, pois estabelece um padrão de conduta ético, de respeito ao próximo, que, se for observado, impede que se cometam abusos entre os contratantes.

A revisão dos valores do direito das obrigações teve como seus representantes os princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio econômico do contrato e da função social do contrato -, o que não significa que os princípios tradicionais de força obrigatória dos contratos e da autonomia privada deixam de existir, eles serão aplicados, apenas de forma conjunta aos princípios contemporâneos, já que agora as relações privadas também devem se preocupar com a dignidade humana.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2008, p. 61) entendem que a supremacia principiológica da dignidade da pessoa humana é concretizada no âmbito das obrigações na forma do princípio da boa-fé objetiva. Sendo a dignidade humana um princípio universal, a boa-fé nem mesmo precisaria ser positivada para ter validade, visto que é a expressão do princípio constitucional da dignidade humana, ou seja, teria sua validade na Constituição. Nas palavras de Pedro de Vasconcelos (2005, p. 21): “A positivação do princípio da boa fé na lei não lhe confere validade, que já tem por si, mas tão só as formas organizativas de se realizar”.

A boa-fé objetiva “é mais que um apelo à ética” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 126), já que incumbe ao juiz por em prática o respeito e a confiança recíproca entre os contratantes se estes não o fizerem por si próprios, pois o contrato não deve desviar da finalidade à qual foi criado, demonstrando o caráter de cláusula geral desse princípio.

Teresa Negreiros (2006, p. 108) endossa o argumento,

Tais princípios encontram fundamento na Constituição, seja como desdobramentos da cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III), seja como princípios instrumentais da ótica solidarista ali firmada (art. 3º, I), seja como corolários do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), seja, enfim, na condição de princípios componentes da ordem econômica constitucional (art. 170 e ss.), da qual a ordem contratual é parte integrante.

Assim, atualmente, a opção pelo “ser” sobre o “ter” é enaltecida tanto pela Constituição Federal como pelo Direito Privado (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 62), vê-se que houve uma humanização do direito privado, os princípios clássicos como autonomia da vontade e *pacta sunt servanda* são relativizados diante de novos deveres, tais como lealdade e cooperação, fazendo, por exemplo, que alguns comportamentos não sejam tolerados, mesmo que não proibidos no contrato ou na lei.

2.4.3 Funções da Boa-fé Objetiva

Tendo em vista que a boa-fé não serve a qualquer fim, a doutrina atribuiu-lhe tríplice função: interpretativa, limitativa e integrativa.

2.4.3.1 Função interpretativa

A função interpretativa corresponde a um critério hermenêutico, fazendo com que a interpretação do contrato dê preferência ao sentido mais justo, nas palavras de Tepedino (2005, p. 36) “privilegie sempre o sentido conforme a lealdade e a honestidade entre as partes”.

O núcleo da atividade hermenêutica é atribuir sentido a um texto, mas não se limita a isso. “Abrange, por igual, ‘problemas de relevância, de qualificação, de valoração [dos fatos] e de prova’, isto é, envolve aspectos axiológicos e metodológicos” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 486)

Pode-se dizer que a interpretação do contrato se dá em duas fases, na primeira procura-se entender a intenção das partes, na segunda procura-se sanar as lacunas, ambiguidades ou obscuridades decorrentes da dificuldade de se encontrar a intenção dos contratantes (GOMES, 2007, p. 44). E é justamente nessa

segunda fase que reside o papel hermenêutico da boa-fé. Essa função foi consagrada no Código Civil em seu art.113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”.

Há que se lembrar também que a boa-fé objetiva se constitui na forma de cláusula geral, o que faz com que, ao invocá-la, o intérprete não deve ter em vista uma abstração a ser resolvida num plano ideal, mas sim a necessidade de dar resposta adequada a uma certa situação fática e singular, analisando-se o que seria a interpretação de acordo com a boa-fé naquela situação concreta. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 489 – 490).

Razão pela qual, na interpretação não se utiliza somente da boa-fé, mas outros standards interpretativos – como, por exemplo, o da finalidade do contrato, o da totalidade hermenêutica, ou o do comportamento das partes (MARTINS-COSTA, 2018, p. 489), Judith Martins-Costa (2018, p. 490) também explica de outra forma,

Em sua função hermenêutica (art. 113) a boa-fé opera contextualmente, atuando de modo compósito aos demais cânones legais e àqueles filtrados da tradição doutrinária. No Código Civil, os arts. 112 e 113 situam os cânones hermenêuticos gerais e centrais dos negócios jurídicos privados, estando ambos intimamente inter-relacionados não apenas na topografia do Código Civil, mas também por expressarem, conjuntamente, uma explicação teórica para a concepção de negócio jurídico ali adotada (Teoria da Confiança).

Nessa função, a boa-fé objetiva não atua sozinha, mas dentro da sistemática interpretativa, tendo por escopo principal vedar a interpretação que dê margem a um sentido desonesto, desleal, tendente a prejudicar ou enganar uma das partes, respeitando, logicamente, os valores e princípios constitucionais.

2.4.3.2 Função limitativa

A função limitativa de direito abusivo, também chamada de função de controle ou corretora está prevista no art. 187 do Código Civil nos seguintes termos, “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou

pelos bons costumes”.

É a função que controla as condutas no exercício de direitos, faculdades, pretensões, também é ela que faz o ajustamento do conteúdo do contrato, isso porque, apesar de as partes terem o direito de estabelecerem os termos contratuais, elas não podem ultrapassar a função econômica social, os bons costumes etc., atua massivamente (mas não exclusivamente) nos contratos formados por adesão, quando um dos polos está em vulnerabilidade legalmente presumida. Dessa forma, controlam-se as cláusulas abusivas e cria-se um parâmetro para o exercício das posições jurídicas (GOMES, 2007, p. 45).

Resumindo, a função corretora se abre em duas distintas vertentes,

a boa-fé auxilia a corrigir o exercício jurídico, direcionando-o e ajustando-o aos padrões de licitude (Código Civil, art. 187, a contrario); e pauta a correção do próprio conteúdo contratual, nas hipóteses de abusividade e de desequilíbrio contratual, neste último caso atuando por meio de institutos especificamente previstos pela lei. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 625)

Inclusive, quando se pensa sobre o princípio da boa-fé objetiva, normalmente faz-se uma ligação com essa função, já que impede o exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, faculdades e posições jurídicas em todas as fases da relação obrigacional.

2.4.3.3 Função integrativa

A terceira função é a integrativa, cria deveres para além daqueles estabelecidos ostensivamente, ou seja, relativiza o princípio do *pacta sunt servanda*, ficando a parte não só vinculada aos deveres previstos no contrato, como também àqueles que não foram expressos. Judith Martins-Costa (2018, p. 561) explica que “integra-se o que está vazio, lacunoso, incompleto, o que é carente da presença de algo que lá deveria estar”. Nas palavras de Orlando Gomes (2007, p. 45), possui a finalidade de “assegurar o cumprimento perfeito da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato”.

Para melhor exemplificar a questão, apresenta-se o caso exposto por Pontes de Miranda (apud MARTINS-COSTA, 2018, p. 563),

O dono de tabacaria aluga para outro comerciante – que atua em diferentes ramos do comércio – a loja vizinha, sem cogitar que o intuito do locatário fosse o de também montar tabacaria, pois, de outro modo, não teria aceitado locar para quem fosse fazer exploração econômica idêntica à do seu ramo de negócio. O que o locatário queria – ainda que não manifestado no contrato – era, justamente, aproveitar-se da clientela de seu locador e vizinho. Porém, diz Pontes de Miranda, «não se pode interpretar o contrato, integrando-o, com “hipotética vontade” [do locatário] que se chocaria com o uso do tráfico, a boa-fé e os princípios jurídicos sobre clientela».

A integração, nesse caso, operará por via das demais fontes integrativas, inadmitindo-se que o locatário explore ramo de comércio idêntico ao do locador, pois «a interpretação integrativa é meio para se dar ao conteúdo [do negócio] toda a extensão que ele deve ter, dentro do que pode ter».

O fato de o locatário abrir do lado de seu locador comércio idêntico lhe fazendo concorrência, sem que tal fato tenha sido mencionado anteriormente, configura-se uma notória deslealdade.

Ainda que não haja tal vedação no contrato – por mais analítico que um contrato seja nunca será capaz de prever todas as situações possíveis – haverá implicitamente tal proibição, pois decorre do princípio ético social, da dignidade humana, e bem especificamente do dever de lealdade anexo à boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil). Em outras palavras, não é possível prever e solucionar de antemão as “condutas disfuncionais das partes no exercício dos direitos gerados pelo contrato” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 563), e justamente para isso que existem as cláusulas gerais, aqui se tratando especialmente da boa-fé objetiva.

A integração existe em razão de uma incompletude que deverá ser preenchida para que se alcance o adimplemento satisfatório “segundo a normalidade da operação econômica realizada, a utilidade visada pelas partes e o mandamento legal, imposto a todos os contraentes, de agir na conclusão e execução de um contrato segundo a boa-fé, com lealdade e probidade”. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 565).

Ou seja, a integração com os deveres que compõe substancialmente o contrato é para que ele realmente cumpra sua função, podendo citar alguns:

cooperar com a contraparte, em vista de alcançar o adimplemento, fim

justificador do contrato; atuar com a lealdade exigível a uma pessoa proba; informar com a completude necessária para viabilizar um consentimento informado à proposição negocial ou a modificações que alterem, no iter contratual, as condições pactuadas; proteger os legítimos interesses da contraparte, de modo que o contrato não seja um fator produtor de danos injustos ao outro contratante ou ao seu patrimônio. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 572)

Essa função cria uma nova modalidade de inadimplemento, juntamente com o inadimplemento absoluto e a mora, é a chamada violação positiva do contrato, assim pontuado por Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2008, p. 417 – 418),

Como supedâneo na abstração e generalidade do princípio da boa-fé alarga-se o conceito de inadimplemento. Adimplir significará atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, abarcando tanto os deveres ligados à prestação propriamente dita, como àqueles relacionados à proteção dos contratantes em todo o desenvolvimento do processo obrigacional. O descumprimento dos deveres anexos provocará inadimplemento, com o nascimento de pretensão reparatória ou o direito potestativo à resolução do vínculo.

Sobre essa espécie de inadimplemento, também houve a manifestação na I Jornada de Direito Civil consubstanciada no Enunciado 24 do Conselho da Justiça Federal³².

O problema – que sempre perseguirá as cláusulas gerais – é quanto à mensuração dos limites da atividade jurisdicional na atribuição de deveres anexos (ou instrumentais) e deveres laterais (ou de proteção)³³, devendo sempre observar a fundamentação para que não ocorram arbitrariedades.

Com o fim de aprofundar a pesquisa, serão apresentados os

³² Enunciado 24: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa. (I Jornada de Direito Civil)

³³ Pode-se fazer uma diferenciação das espécies de deveres da seguinte forma, os deveres de prestação principais se originam da manifestação negocial ou da pontual fixação legislativa, como por exemplo, no contrato de locação é o dever de ceder o uso e gozo da coisa; no contrato de compra e venda é o de transferir o domínio da coisa e de pagar o preço, e no contrato de sociedade, o dever de conjugar esforços para a consecução do fim comum. Já os deveres anexos de prestação são os que não atinem ao 'que' prestar, mas ao 'como' prestar, por exemplo, de lealdade na conduta contratual; quando se exige o cumprimento de deveres de informação sobre as qualidades da coisa prometida à venda; de prestação de condutas etc. E há os deveres de proteção ou laterais, não se voltam à prestação (nem aos deveres anexos de prestação), pois o interesse que tutelam é outro: não o prestar, mas o interesse de proteção, para que, independentemente da realização da prestação, não resultem danos injustos para a contraparte. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 240 - 244)

deveres de cooperação³⁴, de informação, e os de proteção contra danos.

2.4.3.3.1 Dever de cooperação

O dever de cooperação é aquele destinado a alcançar o adimplemento satisfatório, não se trata de uma cooperação sentimento, de ser ingênuo na relação negocial, é um dever com orientação precisa. Até porque, só haverá o adimplemento da obrigação quando se concretizar o conjunto de interesses envolvidos, Judith Martins-Costa (2018, p. 575) reforça essa ideia ao explicar que,

Todo e qualquer contrato instaura entre as partes, ainda que temporariamente, um conjunto interesses (positivos e negativos, interesses à prestação e interesses à proteção contra danos, interesses convergentes, por vezes; por outras, contrapostos) que se hão de harmonizar em vista do adimplemento, sob pena de o contrato não atingir o seu fim, resultando em inexecução e na imposição de um dever de indenizar para a parte faltosa.

Emilio Betti (2006, p. 85) apresenta que a exigência da cooperação ativa, “impõe não apenas um comportamento negativo de respeito, mas uma operosa colaboração com outros consociados, direcionada a promover o interesse deles”

Os interesses de um só são alcançados por meio da conduta da outra pessoa, sendo a colaboração entre as partes uma constante intrínseca, ou seja, quando escalonado em vários graus, o dever de cooperação integra o próprio núcleo da conduta devida, servindo para viabilizar, mensurar e qualificar o adimplemento. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 576)

Seja em qual grau que for, no âmbito das obrigações, um ser humano sempre precisa do outro para a concretude de seus objetivos; melhor dizendo, as finalidades negociais só são alcançadas plenamente com a comunhão de esforços das partes, de forma que a cooperação torna-se dever elementar.

³⁴ Judith Martins-Costa (2018, p. 573) esclarece que o dever de lealdade é abrangido no dever de cooperação.

2.4.3.3.2 *Dever de informação*

Quando a parte se informa para alcançar a finalidade da obrigação ou como dever de prestação secundário, a informação se configura como um dever anexo.

A informação será qualificada como um dever anexo quando “(i) é ela própria o bem objeto da obrigação principal de prestação, ou (ii) quando é necessária para que o interesse à prestação possa ser otimamente satisfeito”. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 580)

A mesma autora também menciona que a informação é um dever quando é para se obter o consentimento esclarecido à determinada proposta, ou para se assegurar que a informação veiculada é verídica, garantindo-se a transparência no mercado; ou para possibilitar o monitoramento adequado das atividades e condutas dos acionistas controladores, para esclarecer acerca de determinado aspecto da coisa a ser vendida; ou para alertar sobre o modo de utilização da coisa possibilitando seu completo aproveitamento econômico; ou para esclarecer acerca dos limites ou especificidades da prestação de serviços; quando serve à proteção do contratante alertando acerca de determinado risco, de modo que, do contrato não decorram danos injustos à contraparte. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 581)

O dever de informação perpassa todo o negócio jurídico, já que tem importância desde a fase pré-contratual; é uma forma de exaltar a transparência na relação para que as partes tenham todas as informações necessárias para escolher ou não contratar, como contratar, com quem contratar, e mesmo na fase contratual, estar ciente dos riscos que podem advir.

2.4.3.3.3 *Dever de proteção*

Os deveres de proteção por vezes são nomeados como deveres laterais, isso porque, não se voltam, pois, à prestação, pois o interesse que tutelam

é outro: que não resultem danos injustos a contraparte³⁵ (MARTINS-COSTA, 2018, p. 244).

Um exemplo clássico de dever de proteção é o supermercado colocar aviso sobre a existência de piso molhado para que o público não escorregue e se machuque; ou no caso de um prestador de serviço violar a privacidade de uma família revelando detalhes íntimos que foram presenciados ao adentrar na residência³⁶.

Ou seja, os deveres laterais não tem a ver com o inadimplemento absoluto nem com a mora, mas caso um consumidor se machuque haverá o dever de indenização em razão da falha do dever de proteção. Do mesmo modo, mesmo que a prestação tenha sido integralmente cumprida, caso haja a violação da privacidade, haverá o dever de indenizar em razão da violação positiva do contrato. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 246)

Correspondem aos interesses de proteção,

- a) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes;
- b) os deveres de omissão e de sigilo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares;
- c) os deveres referentes ao resguardo da esfera jurídica de terceiros eventualmente atingidos pelo contrato. Excepcionalmente, se apresentam, sob a forma de ônus jurídico, em relação à proteção da própria esfera de interesses do credor, implicando, porém, colaboração com interesses de terceiros. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 599)

Há quem entenda que a teoria do *Duty to Mitigate the Loss*, a ser aqui tratada, estaria vinculada à boa-fé objetiva sob a forma do dever de proteção, tal como exposto acima. No entanto, há doutrinadores que entendem que deveria do dever anexo da cooperação, e ainda há os que entendem que se trata de um desdobramento da boa-fé, ficando ao lado do *venire contra factum proprium*, *surrectio*, *supressio*, e *tu quoque*. Para uma melhor elucidação, no próximo capítulo haverá o estudo aprofundado do tema.

A boa-fé, então, se consagra como uma das mais relevantes cláusulas gerais, visto que existem inúmeras possibilidades de sua aplicação, desde

³⁵ Explicação mais detalhada na nota de rodapé n. 31.

³⁶ Vide mais exemplos em Judith Martins-Costa (2018, p. 246).

a interpretação do contrato e até a criação de deveres implícitos de observância obrigatória entre os contratantes.

3 A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS

3.1 CONCEITO E ESTRUTURA

A teoria do *duty to mitigate the loss* – também chamada de *mitigation principle* (princípio ou norma da mitigação) ou *doctrine of avoidable consequences* (doutrina das consequências evitáveis) – é bem reconhecida em jurisdições de direito consuetudinário, como as dos Estados Unidos e da Inglaterra.

Há que se contextualizar que Direito consuetudinário (*common law*) é o modelo de Direito que vai sendo construído pelas decisões dos Tribunais, e não pela interpretação da lei, tal como o modelo da *civil law* utilizado nos países de origem romano germânica.

Veja que o Brasil adota o sistema da *civil law*, a recomendação para o estudo da teoria é que, em um primeiro momento, ela não seja comparada com qualquer instituto já existente aqui, pois já vêm sendo aplicada na *common Law* com contornos próprios, é uma teoria autônoma³⁷, é um princípio de direito: é equivalente a outros princípios, como o da causalidade, ou seja, é uma teoria completamente autônoma, ela existe de per si, sem a necessidade de haver fundamento em algum instituto legal.

A primeira decisão que se tem notícia acerca do *Duty to Mitigate the Loss* data do século XVII, de 1677 e é aquela mencionada na introdução,

O requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich e deixá-las no lugar a ser indicado pelo requerido. Ao chegar ao destino, entretanto, este demorou mais de seis horas para proceder a tal indicação, fazendo com que os cavalos do requerente ficassem muito tempo expostos ao sol e ao cansaço, morrendo em seguida. O Tribunal, entretanto, negou o direito à indenização pela perda dos animais, afirmando que foi insensatez do requerente deixá-los esperando, uma vez que poderia ter retirado deles a carroça ou deixado as mercadorias em qualquer lugar em Ipswich. (LOPES, 2013, p. 21)

O caso é famoso por ter sido a primeira menção do dever de mitigação do prejudicado e, desde então, a teoria tem sido universalmente aceita

³⁷ Sobre a autonomia desta norma, Katy Barnett (2016, p. 802) pontua que “Mitigation explicitly enters into contract law as a separate stand-alone doctrine used to limit the availability of damages in particular circumstances”.

refletindo tanto o bom senso quanto uma política econômica sólida (ADAR, 2013, p. 810).

Nos Estados Unidos, a Uniform Comparative Fault Act³⁸ (§ 1(b), (1977)), define tal teoria como uma “falha irracional para evitar uma lesão ou para mitigar danos”³⁹. Robert Hillman (1976, p. 558) aduz que “os danos causados por uma quebra de contrato que poderiam ser evitados por meio de medidas razoáveis não são recuperáveis”.

Entretanto, suportar o prejuízo é apenas uma das consequências da referida teoria, além disso, ela dispõe que o valor despendido para envidar esforços para evitar ou reduzir o dano deverá ser indenizado pelo devedor.

Ante o exposto, extrai-se que a teoria pode ser destilada em dois fatores: uma parte que impede o prejudicado de receber a indenização caso não tome medidas afirmativas para mitigar o dano, e outra que indeniza os gastos que o credor diligente teve para mitigar o dano. Ou seja, uma parte é aplicada ao credor que foi displicente, e a outra ao credor que foi diligente.

A doutrina estrangeira chama isso de face negativa e afirmativa da teoria. A face afirmativa permite a recuperação de todas as despesas razoáveis incorridas pelo autor na tentativa de evitar danos. Já a negativa impede um credor de incorrer passivamente em perdas que ele poderia razoavelmente evitar agindo com prudência. (GOETZ; SCOTT, 1983, p. 973 – 974, nota).

Bénédicte Auvarque-Cosson e Denis Mazeaud (2008, p. 241) em obra específica sobre o direito contratual europeu, reconhecem que a exigência de mitigação dos danos está presente em vários ordenamentos jurídicos europeus, manifestando-se também com as duas faces, impondo dois tipos de comportamento: “o primeiro, negativo, exige que uma parte não agir de forma a agravar o dano causado, e a segunda, positiva, dita que a parte deve tomar medidas para reduzir o dano”⁴⁰.

Sobre isso, também vale a pena apresentar um trecho do artigo de Anne Michaud (1986, p. 294),

³⁸ Documento elaborado pela National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) com a intenção de harmonizar as leis estaduais vigentes nos estados.

³⁹ Do original, “unreasonable failure to avoid an injury or to mitigate damages.”

⁴⁰ Do original: “the first one, negative, requires a party not to act in a way which might aggravate the damage caused, and the second one, positive, dictates that a party should take measures to reduce the damage”.

O conceito de mitigação desenvolveu-se em dois estágios sucessivos que agora representam seus aspectos positivos e negativos. O *aspecto positivo* diz respeito aos casos em que uma parte prejudicada reagiu a um erro de forma que sua perda foi reduzida; a questão é se essa redução real do dano deve ser levada em consideração. O *aspecto negativo* da mitigação prevê que a omissão de um autor em agir quando ele poderia ter evitado alguma perda deve ser levada em consideração na medição de qual dano conta para compensação.

Uma vez que a intenção é estimular a parte em opor esforços para reduzir o próprio dano, desde o século XVIII, esse aspecto negativo da mitigação gradualmente assumiu a liderança sobre o aspecto positivo e passou a ser usado como matéria de defesa, caso o credor não tomasse medidas para reduzir o dano, o devedor alegava para eximir-se da indenização.

Esmiuçando-se mais, pode-se extrair três consequências do princípio mitigatório: a primeira – e mais utilizada – é o decote da indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados, constitui o princípio básico da doutrina moderna de mitigação na lei comum. A segunda consequência (também chamada de face positiva da teoria) reconhece o direito do credor de exigir reembolso pelos custos que teve ao tentar mitigar o dano⁴¹ (se tal tentativa foi bem-sucedida ou não); a terceira consequência é que se o credor conseguir mitigar ou evitar sua perda, a indenização que o devedor deveria pagar pelo descumprimento inicial será inexistente ou reduzido (a depender se o credor evitou completamente a perda ou apenas a reduziu) (ADAR, 2013, p. 792)⁴².

Em obra paradigma inglesa, Harvey McGregor (2016, p. 9:004 – 9:006) esmiuça melhor esses três efeitos da norma, chamado por ele de “regras”, a ver:

(1) A primeira [...] regra é que o requerente deve tomar todas as medidas razoáveis para mitigar a perda para ele resultante do erro do réu e não pode recuperar os danos por qualquer perda que ele poderia ter evitado, mas

⁴¹ Isso porque esses custos são considerados previsíveis, e portanto, compensável junto ao dano.

⁴² No original: “The doctrine is comprised of three different rules. The first rule states that a defendant is not liable towards a plaintiff for any loss resulting from the defendant’s wrong (be it a tort or a breach of contract) if the plaintiff could and should have avoided that loss. The second rule, which is a corollary to the first, recognizes a plaintiff’s right to demand reimbursement for any reasonable cost incurred while attempting to mitigate (whether or not such attempt was successful). Under the third rule, if the plaintiff succeeds in mitigating a certain loss, then the damages should be reduced accordingly. This article focuses exclusively on the first rule, which is universally perceived as the most fundamental of the three”.

falhou, por ação ou omissão irracional, em evitar . Resumindo, o requerente não pode recuperar a perda evitável.

(2) A segunda regra é o corolário da primeira e é que, quando o reclamante toma medidas razoáveis para mitigar a perda para ele resultante do erro do réu, ele pode recuperar a perda sofrida ao fazê-lo; isso ocorre mesmo que o dano resultante seja maior do que seria se as medidas de mitigação não tivessem sido tomadas. Resumindo, o reclamante pode se recuperar por perdas incorridas em tentativas razoáveis de evitar perdas.

(3) A terceira regra é que, quando o requerente toma medidas para mitigar a perda para ele resultante do erro do réu e essas medidas são bem-sucedidas, o réu tem direito ao benefício decorrente da ação do requerente e é responsável apenas pela perda reduzida; isso ocorre mesmo que o reclamante não tenha sido impedido pela primeira regra de recuperar a perda total, que teria ocorrido na ausência de suas medidas atenuantes bem-sucedidas, em razão de essas etapas não serem as que lhe eram exigidas nos termos da primeira regra. Além disso, quando a perda foi mitigada por outras medidas que não as tomadas pelo reclamante após o erro, o reclamante pode novamente recuperar apenas a perda como diminuída, desde que o benefício obtido não deva ser considerado como garantia. Resumindo, o requerente não pode recuperar a perda evitada.⁴³

O Restatement (Second) of Contracts, tratado jurídico americano que busca informar juízes e advogados sobre os princípios gerais do direito consuetudinário contratual, considerado fonte secundária de direito, escrito e publicado pelo American Law Institute (ALI)⁴⁴, também apresenta os efeitos da falta de esforços em mitigar os danos no § 350, item b, a ver:

Como regra geral, uma parte não pode recuperar danos por perdas que poderia ter evitado por esforços razoáveis. Uma vez que uma parte tenha motivos para saber que a execução da outra parte não será cumprida, normalmente espera-se que ela interrompa sua própria execução para evitar despesas adicionais. (...) Além disso, espera-se que ele tome as medidas afirmativas apropriadas nas circunstâncias para evitar perdas, fazendo

⁴³ No original: “(1) The first [...] rule is that the claimant must take all reasonable steps to mitigate the loss to him consequent upon the defendant’s wrong and cannot recover damages for any such loss which he could thus have avoided but has failed, through unreasonable action or inaction, to avoid. Put shortly, the claimant cannot recover for avoidable loss. (2) The second rule is the corollary of the first and is that, where the claimant does take reasonable steps to mitigate the loss to him consequent upon the defendant’s wrong, he can recover for loss incurred in so doing; this is so even though the resulting damage is in the event greater than it would have been had the mitigating steps not been taken. Put shortly, the claimant can recover for loss incurred in reasonable attempts to avoid loss. (3) The third rule is that, where the claimant does take steps to mitigate the loss to him consequent upon the defendant’s wrong and these steps are successful, the defendant is entitled to the benefit accruing from the claimant’s action and is liable only for the loss as lessened; this is so even though the claimant would not have been debarred under the first rule from recovering the whole loss, which would have accrued in the absence of his successful mitigating steps, by reason of these steps not being ones which were required of him under the first rule. In addition, where the loss has been mitigated other than by steps taken by the claimant subsequent to the wrong, the claimant can again recover only for the loss as lessened, provided that the benefit gained is not to be regarded as collateral. Put shortly, the claimant cannot recover for avoided loss.”

⁴⁴ Informação extraída do site da Cornell University, disponível em https://www.law.cornell.edu/wex/restatement_of_the_law. Acesso em 20 de abril de 2023.

acordos substitutos ou de outra forma.⁴⁵

Curioso observar que, por este entendimento, o princípio das consequências evitáveis está relacionado aos “acordos substitutivos”, ou seja, fazer operações similares com vistas a evitar o dano, por exemplo, no caso do comprador que está inadimplente no recebimento da mercadoria perecíveis, o vendedor deveria buscar um novo comprador para elas, ainda que a um preço menor, de forma a mitigar seu prejuízo.

Aliás, a função da teoria é incentivar a parte a buscar operações substitutas, sendo que tal princípio é usado na *common law* preponderantemente nos contratos de compra e venda. No entanto, como será visto mais adiante, muitas vezes, no Brasil, tal teoria é utilizada de forma equivocada, por exemplo, para se determinar a redução dos juros contratuais, como se juros [frutos legais] fossem equivalentes ao conceito de danos.

Mais adiante serão apresentados tais casos de forma detalhada, mas, agora, dando continuidade ao princípio das consequências evitáveis em sua forma original, serão apresentados seus fundamentos.

3.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

Ainda que tenham sido apresentados o conceito e os efeitos da teoria da mitigação, seu entendimento será sempre parcial se não forem apresentados seus fundamentos filosóficos e jurídicos.

Tal como já mencionado, o direito contratual na *common law* é diferente da *civil law*.

Mara Kent (2005) apresenta uma breve retrospectiva da responsabilidade civil na *common law*. Alude que primeiro, o júri (os pares) tinha muita liberdade para decidir a “pena” do inadimplente, o que deu origem a inúmeras decisões notadamente injustas, razão pela qual os juízes começaram a exercer seu controle alterando as indenizações do júri, depois concedendo novos julgamentos

⁴⁵ No original: “As a general rule, a party cannot recover damages for loss that he could have avoided by reasonable efforts. Once a party has reason to know that performance by the other party will not be forthcoming, he is ordinarily expected to stop his own performance to avoid further expenditure. (...) Furthermore, he is expected to take such affirmative steps as are appropriate in the circumstances to avoid loss by making substitute arrangements or otherwise.”

para indenizações excessivas e, finalmente, dando conselhos e instruções aos jurados. Assim, após estabelecer que o papel do tribunal é orientar o júri explicando as regras sobre as quais este deve basear sua decisão sobre danos, em 1854, no caso *Hadley v. Baxendale*, o tribunal expressou sua mais famosa regra de danos contratuais:

Agora pensamos que a regra adequada em tal caso como o presente é esta: - Quando duas partes fizeram um contrato que uma delas quebrou, os danos que a outra parte deve receber em relação a tal quebra de contrato devem ser tal que possa ser considerada justa e razoavelmente decorrente natural, ou seja, de acordo com o curso normal das coisas, de tal violação do contrato em si, ou tal como se pode razoavelmente supor que tenha ocorrido na previsão de ambas as partes, no momento momento em que celebraram o contrato, como resultado provável do incumprimento do mesmo. Ora, se as circunstâncias especiais em que o contrato foi efetivamente celebrado fossem comunicadas pelos autores aos réus, e assim conhecidas por ambas as partes, os prejuízos resultantes da violação de tal contrato, que eles razoavelmente contemplariam, seriam o valor de dano que normalmente resultaria de uma quebra de contrato sob essas circunstâncias especiais conhecidas e comunicadas. Mas, por outro lado, se essas circunstâncias especiais fossem totalmente desconhecidas da parte que quebrou o contrato, ela, no máximo, poderia apenas ter tido em consideração a quantidade de prejuízo que surgiria em geral, e em a grande multidão de casos não afetados por quaisquer circunstâncias especiais, de tal quebra de contrato. Pois, se as circunstâncias especiais fossem conhecidas, as partes poderiam ter previsto especialmente a quebra do contrato por termos especiais quanto aos danos naquele caso; e dessa vantagem seria muito injusto privá-los.⁴⁶

As regras que limitam a indenização cresceram a partir de tal decisão, com vistas a limitar os danos decorrentes de quebras contratuais, satisfazendo ao empresário, mas sem sacrificar indevidamente os interesses de seus clientes. (McCORMICK apud KENT, 2005, p. 492)

Ou seja, as regras limitadoras surgiram em um momento de plena

⁴⁶ Do original: "Now we think the proper rule in such as case as the present is this: - Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. For, had the special circumstances been known, the parties might have specially provided for the breach of contract by special terms as to the damages in that case; and of this advantage it would be very unjust to deprive them".

liberdade econômica, dando-se prevalência aos interesses do empresário, assim, as regras limitativas serviam como um incentivo para a atividade econômica. Ao que F. H. Lawson (apud MICHAUD, 1986, p. 301) observa “a lei inglesa de responsabilidade civil parece ter sido muito influenciada pela necessidade de manter a máquina econômica funcionando com o mínimo de perturbação possível”⁴⁷, razão pela qual não apenas os infratores, mas as também vítimas devem contribuir para esse objetivo.

Nessa seara de regras restritivas à indenização que o princípio mitigatório ganha força, ao que Anne Michaud (1986, p. 301) pontua,

O conceito de mitigação destina-se a ajudar a atingir esse objetivo e, portanto, pode ser considerado um produto direto da preocupação de eficácia do direito consuetudinário. Com efeito, a regra das perdas evitáveis tem sido atribuída a um desejo por parte da lei de desencorajar atividades que são economicamente dispendiosas e encorajar a administração cuidadosa de recursos. É um método de reduzir o custo total para a sociedade de lesões legalmente compensáveis.⁴⁸

Nessa mesma linha, está o ensinamento de Hillman (1976, p. 558) o qual aduz que o principal objetivo da doutrina seria evitar o desperdício econômico que resultaria do devedor indenizando aquilo que poderia ter sido evitado com esforços razoáveis. No mesmo sentido, observa Yehuda Adar (2013, p. 786) que “a doutrina da mitigação surgiu de uma ideologia individualista, que colocou forte ênfase na necessidade de cada indivíduo cuidar do seu próprio bem”⁴⁹.

Tanto que o jurista americano Charles McCormick (apud MICHAUD, 1986, p. 301), quase cem anos atrás, sugeriu que o que a lei está tentando alcançar por meio da regra das consequências evitáveis é “influenciar a conduta dos homens para evitar perdas e desperdícios por meio de um plano cuidadosamente elaborado de alocar certos riscos à parte prejudicada se ela falhar em tal padrão de conduta”.

Ainda que se discuta qual o fundamento de tal teoria, Yehuda Adar (2013, p. 813 - 814) explica que há consenso de que a explicação filosófica é fornecida por duas ideias morais interconectadas decorrentes da filosofia

⁴⁷ Do original: “[the] English law of remedies seems to have been greatly influenced by the need to keep the economic machine running with the least possible disturbance”

⁴⁸ Do original: “to influence men s conduct toward the avoidance of loss and waste by a carefully devised plan of allocating certain risks to the party wronged ifhefails in such a standard of conduct”

⁴⁹ No original, “I argue that the mitigation doctrine arose out of an individualistic ideology, which put strong emphasis on the need of each individual to care for his own good”.

individualista que dominou o pensamento jurídico em toda a maior parte do século XIX. A primeira de que cada um deve ser responsável por si, de modo que os indivíduos não têm que serem vistos como “guardiões de seus irmãos”, que não deve haver a dependência da ajuda de outras pessoas. Em segundo lugar, o sistema jurídico deveria ser apto a encorajar atividades produtivas, cuidando para não sobrecarregar o Judiciário com litígios decorrentes de acidentes infelizes que pessoas prudentes e cuidadosas os teriam evitado.

Sobre isso, em 1932, G. T. Washington (apud MICHAUD, 1984, p. 296), em artigo específico sobre o direito contratual na *common law*, pontua que

os Tribunais mostraram um ativo interesse em impedir que o autor impusesse ao réu as conseqüências de sua própria estupidez, lassidão ou inércia. Essa atitude, porém, manifestou-se em grande parte de forma indireta, e a lei de mitigação como a temos hoje é um crescimento muito recente, ainda em processo de adequação.⁵⁰

Friedrich Kessler e Grant Gilmore (1970, p. 1118) observam que, “Para a mente legal do século XIX valiam as proposições de nenhum homem era o guardião de seu irmão, que a corrida era para os mais rápidos e que o diabo deveria pegar quem ficar por último pareciam não penas óbvias, mas moralmente corretas”.⁵¹

A razão para isso, segundo René David (1980, p. 126), reside na concepção fundamental de contrato na *common law*:

Lei inglesa (...) vê acima de tudo no contrato uma barganha; o que importa não é que uma promessa deva ser cumprida, é que a outra parte, o promissário, que pagou uma contrapartida pela promessa, não sofra nenhum dano como consequência da quebra: uma indenização por danos estará em quase todos os casos, para este fim, um remédio apropriado⁵².

⁵⁰ Do original: “the Courts showed an active interest in preventing the plaintiff from saddling on the defendant the consequences of his own stupidity, laxity or inertia. This attitude, however, was for the most part indirectly manifested, and the law of mitigation as we have it to-day is a very recent growth, still in process of adjustment”

⁵¹No original: “To the nineteenth century legal mind the propositions that no man was his brother’s keeper, that the race was to the swift and that the devil should take the hindmost seemed not only obvious but morally right.

⁵² English law . . . sees above all in the contract a bargain; what matters is not that a promise should be enforced, it is that the other party, the promisee, who has furnished a consideration for the promise, should not suffer any damage as a consequence of the breach: an award of damages will be in almost all cases, to this purpose, an appropriate remedy.

Como exemplo da manifestação dessa ideia individualista de apenas impedir os desperdícios econômicos, na doutrina estrangeira a aplicação do *Duty to Mitigate the Loss* é mais drástica, como o exemplo frequentemente citado de relação trabalhista presente no Restatement (Second) of Contracts § 350 (1), ilustração 8:

“A” contrata o empregado “B” por \$ 10.000 para supervisionar a produção da safra, mas “A” quebra seu contrato demitindo “B” no início da temporada. Com esforços apropriados, “B” poderia conseguir um emprego igualmente bom como supervisor por \$ 100 a menos do que “A” contratou para pagá-lo, mas ele não consegue e continua desempregado. A indenização de “B” pela quebra de contrato de “A” não inclui sua perda de \$ 10.000, mas ele pode recuperar \$ 100 de “A”⁵³

Robert Hillman (1976, p. 558 – 559) também comenta o caso de um empregado injustamente dispensado que escolhe “viver de sua indenização antecipada”, e que de acordo com a teoria da mitigação o ideal seria ele aceitar outro trabalho, ainda que com salário menor, de forma a reduzir suas perdas.

Não há paralelo disso no Brasil, como se vê, nos países da *common law*, isso se aplica a vários tipos de perda⁵⁴, inclusive trabalhista, impelindo, por exemplo, o empregado demitido injustamente a buscar um emprego o mais rápido possível, sob pena de não ser indenizado.

Assim, nas jurisdições que adotam o direito consuetudinário, em razão dessa ideia de prevenção do desperdício econômico, tal norma da mitigação é colocada como essencial para o equilíbrio do sistema, tanto que Eric Posner (2000, p. 170) faz o seguinte exercício mental: suponha que a renegociação seja onerosa e que após o inadimplemento da outra parte, o prejudicado teria a oportunidade de reduzir sua perda esperada de US\$ 100 para US\$ 50 tomando alguma atitude, por exemplo, comprando um substituto no mercado. Sob a regra da responsabilidade civil, o prejudicado espera ser indenizado completamente, independentemente de

⁵³ No original: “8. A contracts to employ B for \$10,000 to supervise the production of A's crop, but breaks his contract by firing B at the beginning of the season. By appropriate efforts, B could obtain an equally good job as a supervisor at \$100 less than A had contracted to pay him, but he does not do so and remains unemployed. B's damages for A's breach of contract do not include his \$10,000 loss of earnings, but he can recover \$100 from A.”

⁵⁴ Interessante pontuar que não se aplica em caso de locação, já que na *common law*, a locação é vista mais como uma transmissão de posse de bens imóveis do que como um contrato envolvendo obrigações mútuas, de modo que os princípios contratuais normais são geralmente inaplicáveis. Razão pela qual, quando um inquilino abandona indevidamente o imóvel alugado, a lei comum não impõe nenhuma obrigação ao locador de tomar quaisquer medidas para encontrar um inquilino substituto; ele pode simplesmente sentar e deixar os danos acumularem a seu favor. (MICHAUD, 1986, p. 320)

mitigar ou não. Sem a norma da mitigação, se o prejudicado tomar esforços para atenuar sua perda, incorrerá em uma perda de US\$ 50, e será indenizado somente sobre esses US\$ 50. No entanto, se falhar na mitigação e assim tiver prejuízos, incorrerá em uma perda de US\$ 100, mas ainda sim receberá os US\$ 100 em danos necessários para compensá-lo.

A eficácia da norma é observada claramente neste caso apresentado, pois houve a redução das perdas em US\$ 50. Dessa forma, Eric Posner (2000, p. 170) aduz que sem a teoria da mitigação dos danos, o prejudicado não teria incentivos para se engajar na mitigação.

Entende-se na *common law* que sem a norma da mitigação haveria desequilíbrio, pois caso o prejudicado se esforçasse para reduzir as perdas, teria despendido todo esse esforço e ainda seria indenizado apenas pela parte que efetivamente perdeu, ou seja, seria cômodo ao inadimplente, que além de ter descumprido um dever, ainda indenizaria valor a menor.

Charles Goetz e Robert Scott (1983, p. 980) explicam que “este é um caso clássico de “risco moral”: a parte cujos direitos são “segurados” pela obrigação de desempenho não está disposta a adotar precauções que beneficiem a parte seguradora”⁵⁵.

Para dar ao comprador o incentivo para mitigar, ele deve ser “penalizado” quando não o fizer. A regra de mitigação produz essa penalidade ao fazer o prejudicado suportar a perda que poderia ter mitigado com esforços razoáveis. Em contrapartida, sob a regra de mitigação, o violador (inadimplente) tem menos motivos para tomar precauções, visto que sabe que o prejudicado tem o ônus de reduzir a própria perda, ou seja, mesmo sendo displicente, a outra parte teria que tomar medidas para reduzir os danos sob pena de suportá-los. (POSNER, 2000, p. 171)

Assim, tal como recomendado no início deste capítulo, esta teoria não deve ser analisada levemente no Brasil, os valores que a respaldam continuam diversos dos praticados aqui.

Os sistemas europeus (Europa continental) concentram mais atenção na natureza cooperativa do contrato, externalizando-o na culpa concorrente,

⁵⁵ Do original: “This is a classic case of “moral hazard”: the party whose rights are “insured” by the performance obligation is unwilling to adopt precautions that benefit the insurer.

ou seja, no compartilhamento de riscos ao invés da distribuição dos riscos; tanto que o italiano Fabrizio Cafaggi (2009, p. 11) justifica que, para os europeus continentais, “Quando uma das partes está inadimplente, a relevância da estrutura de mercado e a disponibilidade de opções alternativas têm um papel mais limitado do que o da cooperação”, ou seja, dá-se mais prevalência ao compartilhamento de riscos, exaltando a cooperação.

Fabrizio Cafaggi (2009, p. 10) observa que a explicação filosófica para esta divergência baseia-se na distinção entre a maior ênfase na justiça corretiva na Europa Continental e a abordagem mais realista⁵⁶ e consequencialista nos EUA, baseada na distribuição dos riscos.

Demonstrando essa distinção, Fabrizio Cafaggi (2009, p. 11) pontua que,

o dever de mitigar, diferente da regra da negligência comparativa [culpa concorrente], reflete a ideia de que as partes devem utilizar alternativas de mercado, quando disponíveis, para minimizar perdas ou maximizar ganhos decorrentes de novas oportunidades surgidas fora da relação contratual. Assim, o dever de mitigação é percebido como compatível com a alocação dos riscos ou promovendo a alocação dos riscos em diferentes estados do mundo⁵⁷.

Daí porque Fabrizio Cafaggi (2009, p. 11) expor que o direito contratual anglo-americano, embora possa acessoriamente fomentar a cooperação e prevenir oportunismos, ainda é predominantemente visto como um dispositivo de

⁵⁶ Paulo Gustavo Guedes Fontes (2018) explica esse ramo de pensamento da seguinte forma: “o juiz positivista tenta seguir a lei, o jusnaturalista a justiça, mas ao juiz realista faltaria um critério, pois o realismo afirma que o direito é o que ele próprio diz ser o direito”.

“O realismo jurídico busca entender o que *realmente* acontece no sistema jurídico. Seus autores chegam à conclusão, de certa forma radical, de que o direito não existe antes da decisão judicial. São os tribunais que dizem efetivamente o que é o direito e a sua concreta aplicação por esses órgãos que é levada em conta pela população em termos de suas expectativas jurídicas”.

“O problema dessa constatação é a premissa democrática de que cabe apenas ao legislador, ou ao Poder Constituinte, representantes do povo, a criação do direito. Na maioria dos países os juízes não são eleitos e, portanto, não detêm uma legitimidade política direta. Assumir que eles criam o direito traz um problema para a teoria democrática” Disponível em <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/filosofiadodireito/entendendo-filosofia-do-direito-as-correntes-da-filosofia-do-direito-3-4-o-realismo-e-o-pragmatismo-juridico/>. No entanto, analisando-se essa última parte, é de se mencionar que em grande parte dos estados americanos os juízes são eleitos pelos cidadãos para um mandato.

⁵⁷ Do original: “The duty to mitigate, distinguished from the rule of comparative negligence, reflects the idea that parties should use market alternatives when available to minimize losses or maximize gains stemming from new opportunities arising outside the contractual relationship. Thus, the duty to mitigate is perceived as compatible with risk allocation or fostering optimal risk allocation across different states of the world.”

alocação ou distribuição do risco⁵⁸.

O dever de mitigar reflete exatamente a ideia de que as partes devem utilizar alternativas de mercado, quando disponíveis, para minimizar perdas, ou seja, é um instituto compatível com a distribuição de riscos, ou seja, é teoria filha da alocação dos riscos; em essência, não provém da cooperação. Inclusive, essa ideia pode ser claramente observada em artigo específico sobre o princípio da mitigação dos danos escrito por Charles Goetz e Robert Scott (1983, p. 972) que a explicam da seguinte forma,

o princípio de mitigação ideal exige que se primeiro identifique os tipos de custos que as partes contratantes podem querer reduzir. As partes reconhecem muitos dos custos da atividade promissória no momento da contratação e alocam-nos no âmbito dos direitos e obrigações contratuais definidos. Por exemplo, eles podem condicionar modos alternativos de desempenho ou dispensar o desempenho na ocorrência de certas contingências. Uma coisa é, porém, perceber um risco de maneira suficiente para alocar suas consequências a uma parte ou a outra; outra bem diferente é elaborar definitivamente as respostas ideais para todas as contingências futuras⁵⁹.

E mais adiante, na mesma obra, os autores pontuam que “as partes contratantes poderiam reduzir os custos de renegociação concordando antecipadamente com um conjunto detalhado de direitos e deveres alternativos condicionados a diversas circunstâncias futuras”⁶⁰ (GOETZ; SCOTT, 1983, p. 983)

Ou seja, em artigo clássico americano sobre o tema aqui discutido, ventila-se que a teoria da mitigação adentra na distribuição de riscos quando não houvesse uma prévia distribuição de riscos prevendo todas as hipóteses de quebra

⁵⁸Em teoria, a alocação de risco pode ocorrer como sucedâneo do compartilhamento de riscos, decorrendo, então, do princípio da cooperação. No entanto, Fabrizio Cafaggi (2009, p. 11) explica que na prática os tribunais americanos continuam relutantes em abordar a alocação de risco por meio de um sistema de compartilhamento de risco baseado em rateio, o que é chamado lá de negligência comparativa [culpa concorrente].

⁵⁹ Do original: “Formulating the ideal mitigation principle requires one first to identify the kinds of costs contracting parties might want to reduce. The parties recognize many of the costs of promissory activity at the time of contracting and allocate these within the scope of the defined contractual rights and obligations. For instance, they may condition alternative modes of performance or excuse from performance upon the occurrence of certain contingencies. It is one thing, however, to perceive a risk in a manner sufficient to allocate its consequences to one party or the other; it is quite another to work out definitively the optimal responses to all future contingencies.” As time passes and information increases, parties reassess the risk associated with certain future contingencies. Such reassessments may follow a change in the probability of an event, the magnitude of its consequences, or both. Inevitably, the party who perceives an increase in prospective cost will regret the initial assignment of risks.”

⁶⁰ Do original: “Contracting parties could reduce renegotiation costs by agreeing in advance to a detailed set of alternative rights and duties conditioned upon varying future circumstances”.

ou inadimplemento contratual e quem seria responsável por cada questão dessa. Nesses casos, a consequência é compensar essa falta aplicando-se a norma geral de distribuição de riscos de que aquele que tem maiores possibilidades de evitar os danos será o responsável por fazê-lo (teoria da distribuição dos riscos).

Em tais países, o princípio da alocação de riscos é primordial em termos contratuais, tanto que o órgão “Government Commercial Function” do Reino Unido (2021, p. 09) fez uma manual⁶¹ sobre a teoria, explicando que se baseia na posição de controle de determinado risco, assim, aquele que estiver em melhor posição de controle do risco também será aquele que estará em melhor posição de reduzir a probabilidade de sua materialização, bem como a capacidade de lidar com as consequências do risco, caso ocorra.

Ademais, os americanos Ramy Zaghloul e Francisco Hartman (2002), nessa linha da teoria da distribuição dos riscos, explicam que todo contrato aloca riscos, mas que nem sempre de forma igualitária ou de forma que aquele com poder para gerenciar o risco seja o responsável por ele. Daí porque o “Government Commercial Function” do Reino Unido (2021, p. 09) pontuar que “a alocação e gestão de risco é fundamental para todos os contratos comerciais e é um dos principais princípios comerciais que informam a abordagem de contratação com terceiros”. (REINO UNIDO, 2021, p. 09).

Nessa cultura do direito consuetudinário dos Estados Unidos e do Reino Unido, é até mesmo intuitivo que aquele que tem a melhor capacidade de mitigar a materialização de um dano é aquele que deve agir, e em razão disso, a norma diz que é sobre ele que o risco irá recair. E de tão elementar que são essas proposições que os contratos celebrados entre as partes já preveem a ocorrências de inúmeras desventuras e quem terá a melhor capacidade de evitá-las. Assim, as partes já sabem de antemão quem tem que atuar em determinada situação, qual é a responsabilidade de cada um.

No momento de alocação da responsabilidade devida a cada parte

⁶¹ O referido manual tem como função ser utilizado para a confecção dos editais de licitação de forma a deixar estabelecido a melhor distribuição dos riscos para que os valores ofertados pelos licitantes para a execução dos serviços seja razoável, já que entende-se que caso a distribuição dos riscos recaia predominantemente sobre o empreiteiro, o valor ofertado para a execução dos serviços será muito maior. “Colocar o risco com a parte que não está em melhor posição para gerenciá-lo é mais provável de criar lances artificialmente altos de fornecedores” (REINO UNIDO, 2021, p. 11). Do original, “Placing risk with the party which is not best placed to manage it is more likely to create Artificially high bids from suppliers”.

são analisados os seguintes fatores:

- Maior capacidade de avaliar o risco (e questões ou perdas associadas);
- Maior capacidade de negociação com terceiros e/ou potencial de repasse do risco a eles a um preço razoável ou eficiente;
- Maior capacidade de reduzir a probabilidade de ocorrência de um risco,
- Maior capacidade de mitigar as consequências da ocorrência do risco e reparando os danos com mais eficiência.⁶² (REINO UNIDO, 2021, p. 09 - 10)

Em decorrência desse princípio de distribuição dos riscos é que há essa cultura de tentar prever⁶³ quais desventuras podem ocorrer, incentivando uma visão holística.

E é justamente nesse contexto que surge a teoria da mitigação dos danos, ou seja, em países como os Estados Unidos, o *Duty to Mitigate the Loss* é um princípio automático e implícito nos contratos; analisando-se a lista acima que pontua os fatores que devem ser observados na distribuição de risco, o credor prejudicado pelo inadimplemento do devedor se adequa em todos os fatores, daí porque ser ele que terá que tomar atitudes para mitigar seu próprio prejuízo.

Ademais, no momento de distribuição de riscos (previsão de quem ficará responsável por evitar determinadas desventuras que podem vir a ocorrer), é comum as partes preverem bônus ou premiações caso a parte consiga evitar adequadamente o dano. Ora, isso se assemelha sobremaneira àquela previsão da teoria da mitigação de que o credor deve ser reembolsado pelos custos que teve para mitigar os danos.

Inclusive Goetz e Scott (1983, p. 1016) aludem se seria possível a aplicação de uma norma de mitigação antes do inadimplemento, e a conclusão é que seria cabível caso fosse aplicado o dever dos melhores esforços, ou seja, a teoria da distribuição dos riscos, a ver:

Parece inevitável, portanto, que um dever de melhores esforços para minimizar as perdas requer o uso criativo de um sistema de incentivos para reduzir os custos de execução. Um preço de contrato calculado adequadamente pode encorajar um mitigador a considerar o interesse do

⁶² Do original: “Greater ability to assess the risk (and associated issues or losses); Greater ability to negotiate with third parties and/or potential to pass through the risk to them at a reasonable or efficient price; Higher capacity to reduce the probability of the occurrence of a risk; Higher capacity to mitigate the consequences of the risk occurring and repairing the damage more efficiently”.

⁶³Sobre a importância da previsibilidade no direito anglo-americano, vide também Fabrizio Cafaggi p. 08.

devedor em selecionar adaptações econômicas. Suponha, por exemplo, que uma cláusula de melhores esforços exija que o Comprador realize uma mitigação pré-violação a pedido do Vendedor. O contrato ainda dá direito ao Comprador a um bônus de cinquenta por cento da economia se a mitigação for bem-sucedida. O Vendedor, portanto, solicitaria ajustes sempre que os ganhos esperados com a adaptação excedessem os custos esperados. Da mesma forma, o Comprador realizaria todas as adaptações econômicas necessárias para ganhar o bônus máximo. Como o pagamento do bônus do Vendedor está vinculado à economia líquida que o Comprador obtém, o Comprador fará adaptações totalmente econômicas.⁶⁴

Ademais, nesses países que adotam o sistema de alocação de risco – geralmente os que partilham da jurisdição anglo-americana, tal princípio mitigatório é altamente reconhecido, as partes sabem previamente que terão esse ônus, então, nada mais justo do que penalizar aquela que não tiver essa atitude em face do prejuízo após o inadimplemento da outra.

Reforçando a noção individualista da doutrina da mitigação, a australiana Katy Barnett (2016, p. 807) trata que a motivação da teoria é o desejo de incentivar a autoajuda, a própria parte tomar medidas para não se prejudicar, que a norma da mitigação oferece incentivos para encorajar um autor racional a reparar a violação por conta própria quando isso for apropriado e possível. Do que se extrai que para certos tipos de transações, os tribunais não compensam os prejudicados por perdas que poderia ter evitado, porque tratam o autor como um agente racional que se ajudará quando for possível.

O que reforça que a teoria está ligada essencialmente à eficiência econômica e, em termos econômicos, o prejudicado é o mais apto a evitar os custos desnecessários, razão pela qual a responsabilidade é alocada desta maneira, atribuindo um ônus ao credor.

Daí também porque Fabrizio Cafaggi (2009, p. 07) pontuar que a doutrina da mitigação tem aplicação lógica em países de livre mercado, em que há boa competição e é fácil conseguir opções substitutivas para realizar a mitigação,

⁶⁴ Do original: It seems inescapable, therefore, that a best efforts duty to minimize losses requires creative use of an incentive system to reduce the costs of enforcement. A properly calculated contract price can encourage a mitigator to consider the obligor's interest in selecting cost-effective adaptations. Assume, for example, that a best efforts clause requires Buyer to undertake pre-breach mitigation at Seller's request. The contract further entitles Buyer to a bonus of fifty percent of the savings if mitigation proves successful. Seller would thus request adjustments whenever the prospective gains from adaptation exceed expected costs. Similarly, Buyer would undertake all cost-effective adaptations necessary to earn the maximum bonus. Because Seller's bonus payment is tied to the net savings Buyer achieves, Buyer will make only cost-effective adaptations.

Se o mercado não for competitivo, será difícil para qualquer uma das partes buscar desempenho alternativo. Neste caso, a cobertura não está disponível e a mitigação consistirá em reduzir as perdas decorrentes da violação negociando modificações contratuais (por exemplo, quantidade reduzida, fornecimento de bens alternativos, etc.).

Ou seja, o autor faz uma crítica de que em países onde não se impera o livre-mercado, torna-se mais custoso à parte fazer a aplicação da teoria, já que muitas vezes não é simples fazer substituições. Ademais, mais adiante critica a aplicação da teoria na Europa continental – crítica essa que pode se estender facilmente ao Brasil – visto que nesses países, não são claras as opções de cobertura dos riscos pelos credores ou devedores, e também que não há indicação clara sobre o que o prejudicado deve fazer quando não há substituições disponíveis no mercado (CAFAGGI, 2009, p. 07).

Assim, não se pode dissociar esta teoria da noção de individualismo, ainda que se fale em “refletir uma política econômica eficiente” para o bem-estar da comunidade, fato é que isso não se diferencia do fundamento ontológico da teoria de evitar o desperdício econômico (HILLMAN, 1976, p. 558).

Tanto é verdade que a noção de autopreservação é considerada um fundamento individualista, Yehuda Adar (2013, p. 813), explica tal ideia [autopreservação], no capítulo de sua obra “A fundação individualista da Mitigação” indicando que, afim de compelir as pessoas a cumprirem o dever moral de autoproteção, houve a criação dessa sanção severa de negar aos lesionados qualquer compensação pelos danos que poderiam ter sido evitados.

Inclusive, para Yehuda Adar (2013, p. 827), a norma da mitigação não tem fundamento coletivista, apenas individualista, e a que possui fundamento coletivo, nesse aspecto, é a teoria da negligência comparativa – chamada no Brasil da culpa concorrente⁶⁵ –. No mesmo sentido, Fabrizio Cafaggi (2009, p. 11) observa que quando a ênfase está no empreendimento cooperativo, a negligência comparativa [culpa concorrente] torna-se mais apropriada.

⁶⁵ A culpa concorrente ocorre quando o agente e a vítima concomitantemente colaboraram para o resultado danoso, implicando em redução proporcional do quantum indenizatório, é o que prevê o art. 945 do Código Civil: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

No entanto, naqueles sistemas que seguem a jurisdição romano-germânica, a função de ser do Direito mudou de uma perspectiva individualista para coletivista, isso porque, ao contrário das teorias individualistas, as coletivistas percebem os seres humanos não como ilhas isoladas, mas como seres sociais que cumprem seus objetivos e podem se realizar apenas dentro de uma comunidade, por essa razão que há a ênfase nos valores sociais da cooperação, solidariedade e cooperação mútua.

Quanto a isso, John Honnold (1999, p. 456) afirma que a teoria da mitigação pode ser vista com fundamentos diferentes,

O princípio de que uma parte deve mitigar a perda que razoavelmente pode ser evitada é geralmente reconhecido, mas é expresso de maneiras diferentes e é aplicado com graus de ênfase. Muitos códigos não falam explicitamente de um 'dever' de 'mitigar' a perda. Em vez disso, a linguagem estatutária de que uma parte é responsável pelos danos que "causa" geralmente fornece uma base para concluir que parte do dano foi causado pelo autor, em vez de do que a parte infratora. Da mesma forma, alguns sistemas limitam a recuperação do autor por princípios semelhante ao que outros sistemas jurídicos chamam de negligência contributiva [culpa concorrente] - por exemplo, a doutrina francesa de *faute de la victime*.⁶⁶

Demonstrando esses argumentos, pode-se citar a doutrina da mitigação inserida em países da Europa continental, como Portugal e Alemanha, que situam a mitigação junto à culpa concorrente, e a Itália que a coloca junto à culpa exclusiva da vítima.

3.3 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA

Extraem-se três pressupostos para a caracterização da norma de mitigação, são eles o inadimplemento de uma das partes; a possibilidade, dentro da razoabilidade, de a parte prejudicada amenizar ou evitar os efeitos do dano, e a existência de prejuízo decorrente dos fatores anteriores.

⁶⁶ 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*."

3.3.1 Inadimplemento da obrigação

Nos países que tradicionalmente já adotam a teoria do *Duty to Mitigate the Loss*, sua aplicação principal se dá nos casos de relações jurídicas obrigacionais, no entanto, não se descarta sua aplicação em casos de responsabilidade aquiliana em razão do descumprimento do dever geral de não lesar a ninguém (*neminem laedere*)⁶⁷.

Entretanto, ainda que parte da doutrina entenda pertinente a aplicação nesses casos, é um fato que a maioria das vezes que essa teoria foi utilizada – ou mesmo alegada – é porque havia uma relação obrigacional prévia entre as partes.

E isso não é sem razão, o surgimento da teoria se deu justamente em um caso de relação obrigacional, é o caso apresentado no início do capítulo da entrega de mercadoria com os cavalos.

Assim, o foco será no inadimplemento dentro da relação obrigacional.

E vale lembrar que, diante de relações jurídicas complexas, em que os dois polos possuem direitos e obrigações, como no caso de uma compra e venda, é incorreto chamar o comprador de devedor e o vendedor de credor, porque o vendedor é o credor do dinheiro e devedor do bem, enquanto que o comprador é credor do bem e devedor da prestação. Sendo assim, nas obrigações complexas – que são a maioria na prática – o inadimplemento por advir de qualquer dos polos da relação.

O termo credor deve ser analisado em conjunto com a ideia de relação jurídica complexa, em que nessa visão contemporânea ambos os polos são credor e devedor; assim, no caso de uma compra e venda, o credor pode ser tanto o credor dos valores (vendedor) – como se vê no caso dos cavalos de Ipswich –

⁶⁷ Pontua Katy Barnett (2016, p. 802) que “A doutrina da mitigação aplica-se tanto ao direito contratual quanto ao direito de responsabilidade civil, mas tem uma “mordida” particular no direito contratual, onde se presume que um autor sairá e buscará uma execução substituta após o contrato ter sido violado. Neste artigo, concentro-me no direito contratual, mas a política de autoajuda permeia o direito privado, mesmo nas áreas em que o dano causado ao autor é deliberado, como no engano”. No original: “The doctrine of mitigation applies to both contract and tort law, but it has particular “bite” in contract law, where it is presumed that a plaintiff will go out and seek a substitute performance after the contract has been breached. In this article, I focus on contract law, but the policy of self-help permeates private law, even in areas where the wrong done to the plaintiff is deliberate, as in deceit”. Sobre esse assunto, ver também Yehuda Adar, 2013, p. 793.

quanto o credor das mercadorias (comprador), sobre essa última hipótese Eric Posner (2000, p. 170) exemplifica:

O comprador (ou seja, o promissário) geralmente tem a chance de minimizar a perda resultante da violação. Por exemplo, ao saber que o vendedor não fará uma entrega pontual de componentes que o comprador planeja usar na produção de bens, o comprador pode considerar comprar substitutos no mercado e usá-los em seu lugar, ou pode sofrer um atraso na produção. Se não comprar substitutos, perderá lucros com o atraso na produção. Se comprar produtos de reposição e o preço deles exceder o preço contratual dos bens prometidos, incorrerá em uma perda igual à diferença de preço. Mitigação refere-se à escolha do comprador da resposta que minimiza a perda resultante da violação.⁶⁸

Diante disso, a expressão mais correta não seria “o credor agir para reduzir seu prejuízo”, senão “parte prejudicada”, pois dessa forma, é mais fácil visualizar que pode caber para qualquer dos polos da relação.

Feita essa introdução, passa-se à conceituação.

Denomina-se inadimplemento à “falta da prestação devida” (LOTUFO, 2003, p. 427); seu conceito clássico é simplesmente o não-cumprimento da obrigação no tempo, lugar e forma (cumprimento defeituoso) acordados; é ato (no caso de obrigação de não-fazer) ou omissão imputável ao devedor. É uma patologia da obrigação, e o ordenamento jurídico se estrutura justamente para evitar isso.

E como já mencionado, também pode-se falar em inadimplemento no caso da infração ao dever de não causar dano a alguém (*neminem laedere*) – que seria o caso de responsabilidade civil extracontratual⁶⁹.

Sobre o inadimplemento contratual, primeiro é de se pontuar que esse termo é gênero⁷⁰, do qual são espécies o inadimplemento absoluto, que é a

⁶⁸No original: “The buyer (that is, the promisee) often has a chance to minimize the loss resulting from breach. For example, upon learning that the seller will not make a timely delivery of components that the buyer plans to use in producing goods, the buyer can consider buying replacements on the market and using them instead, or it can suffer a delay in production. If it does not purchase replacements, then it will lose profits from the delay in production. If it does purchase replacements and their price exceeds the contract price of the promised goods, then it will incur a loss equal to the difference in price. Mitigation refers to the buyer’s choice of the response that minimizes the loss resulting from breach”.

⁶⁹ Isso também é aceito no Brasil, abre-se a possibilidade de aplicação da teoria do *Duty to Mitigate the Loss* fora da seara contratual, possibilitando seu desenvolvimento no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, apenas diferenciando os fundamentos; o que na seara contratual se funda no dever de cooperação, na extracontratual se fundará na vedação às situações de abuso, ou exercício disfuncional de direitos e posições jurídicas, o fundamento legal residindo, portanto, no art. 187 do Código Civil. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 273- 274)

⁷⁰ Vide Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, *Direito das Obrigações* (2008), p. 378.

impossibilidade do cumprimento; a mora, que é o imperfeito cumprimento de uma obrigação pelo devedor ou credor – que se diferencia do inadimplemento absoluto vez que na mora o cumprimento ainda é possível, em razão disso, só é possível reconhecer se é inadimplemento absoluto ou mora analisando-se as particularidades do caso concreto – , e a última espécie seria a violação positiva do contrato, que é o imperfeito cumprimento de uma obrigação pelo descumprimento dos deveres anexos à boa-fé.

O Código Civil de 1916 apresentava as consequências das inexecuções das obrigações, mas não abordava o inadimplemento em si; já o atual Código Civil foi mais cuidadoso, primeiro apresentou as duas espécies tradicionais de inadimplemento (absoluto e mora) para então detalhar suas consequências judiciais (perdas e danos – capítulo III); consequências legais (juros legais – capítulo IV); e consequências convencionais (cláusula penal e arras – capítulos V e VI).

Com relação ao inadimplemento absoluto, é de se mencionar que o ato ou omissão deve ter partido do contratante⁷¹, pois, no caso de o descumprimento decorrer de um fato externo, a relação é extinta fundando-se em outros mecanismos do ordenamento jurídico. E no caso de devedor inadimplente, o credor não deve se valer do exercício arbitrário das próprias razões, daí porque a resposta do Judiciário brasileiro é a responsabilidade por perdas e danos⁷².

Já o pressuposto de existência da mora é o inadimplemento em razão do decurso do tempo, do lugar ou da forma que a lei ou convenção estabeleceu (artigo 394 do Código Civil: “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”). No entanto, distingue-se do inadimplemento absoluto, porque nela o cumprimento da prestação ainda é possível ou desejável.

A mora do devedor provém do inadimplemento, necessariamente. Decorre do não cumprimento no tempo, forma e local devidos, o que pode ocasionar prejuízos ao credor, como gastos para suprir a falta da prestação, deixando de alienar a coisa em situações favoráveis etc. (LÔBO, 2005, p. 270)

Daí porque Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 271) explicar que,

⁷¹Inclusive o Enunciado 548 do CJF ressalta que “Caracterizada a violação do dever contratual, incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que o fato causador do dano não lhe pode ser imputado”.

⁷²Código Civil, art. 391 “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”; art. 389 “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos (...)” CPC, art. 789

O devedor tem o dever de reparar o dano que causou com a mora, abrangendo, além dos acima referidos: a diminuição ou eliminação de vantagens que o credor teria se a obrigação fosse cumprida em seu tempo; as despesas que teve em virtude da mora; o pagamento que efetuou a terceiros; as consequências do inadimplemento de outras obrigações, motivado pela mora do devedor.

Com relação à mora do credor, a doutrina pontua que decorre de uma falta de cooperação para com o devedor (LÔBO, 2005, p. 272), verificando-se quando imotivadamente se recusa a receber a prestação corretamente ofertada pelo devedor no tempo, local e modo convencionado. Ademais, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2008, p. 406 – 407) explicam que também enseja a mora a conduta do credor que exige pagamento de modo diverso ou superior ao ajustado, impondo um excessivo sacrifício ao devedor.

A terceira forma de inadimplemento é a violação positiva da obrigação, que Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 300) conceitua como “adimplemento insatisfatório, ou seja, que ocorreu mas não satisfaz o credor, segundo os elementos da obrigação”, é o caso de um pedreiro que realiza um reparo insatisfatório no telhado, não reparando o defeito deste.

Essa violação surge justamente do dever geral de diligência, de comporta-se conforme o esperado por quem assumiu aquela posição negocial, agir de modo satisfatório e realizar com fidelidade e integridade a prestação. São danos que “excedem os interesses da prestação em si, mas originados do adimplemento defeituoso”. (LÔBO, 2005, p. 302) Eles violam o dever geral de adimplir corretamente a prestação, e conseqüentemente violam os deveres gerais de boa-fé.

De forma mais explícita, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2008, p. 417) observam que, em razão da abstração do princípio da boa-fé objetiva, alarga-se o conceito de adimplemento, “adimplir significará atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, abarcando tanto os deveres ligados à prestação propriamente dita, como aqueles relacionados à proteção dos contratantes em todo o desenvolvimento do processo obrigacional”⁷³.

⁷³Também informam que apesar das variações doutrinárias, os deveres laterais se classificam em três categorias: deveres de proteção, cooperação e informação. “Os deveres de proteção relacionam-se ao acautelamento patrimonial e pessoal da contraparte. Surgem com muita frequência na responsabilidade pré-contratual, quando ainda não há um dever de prestação, mas que já se exige um cuidado com a integridade do eventual parceiro. **Já os deveres de cooperação pressupõe que**

O § 241 do BGB, em sua versão antiga, proclamava que, “por força da relação obrigacional, o credor tem o direito de exigir uma prestação ao devedor. A prestação também pode consistir numa omissão”. No entanto, na reforma ocorrida em 2001, foi adicionado o inciso I que diz, “a relação obrigacional pode obrigar, conforme seu conteúdo, qualquer parte com referência aos direitos, aos bens jurídicos e aos interesses da outra” (FARIAS, ROSENVALD, 2008, p. 418).

Ou seja, a noção de obrigação se amplia. Enquanto o inadimplemento absoluto e a mora concernem ao cumprimento da prestação, a violação positiva do contrato pode se relacionar a inúmeras situações, por exemplo, no caso do médico que realiza o tratamento e cura o paciente, mas por meio de uma técnica extremamente dolorosa, mesmo havendo outros meios mais simples que chegavam ao mesmo resultado.

Assim, no caso da teoria da mitigação, a necessidade de inadimplemento é um tanto óbvia, porque sem que haja o inadimplemento de uma das partes, não haveria litígio, e conseqüentemente não haveria confusão sobre ser o devedor ou não responsável pela indenização. Mesmo assim, tal necessidade será, aqui, também exposta.

Quanto a esse requisito, José Eduardo Martins (2014, p. 114) pontua que “É necessário que exista uma crise no pacto, em que uma das partes deixe de cumprir plenamente suas obrigações para que surjam os efeitos decorrentes”. E a busca pelo processo seria justamente recompor as partes ao estado original, já que Chiovenda (apud FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 551) pontuava que “o processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo que buscava no plano real”.

Inclusive, nos Tribunais americanos se sustenta consistentemente que o credor não precisa tomar medidas para evitar perdas se o réu não tenha violado clara e definitivamente o contrato, ou seja, o inadimplemento não esteja claro (GOETZ; SCOTT, 1983, p. 989). Em outras palavras, não há o ônus da mitigação na

as partes não pratiquem atos capazes de frustrar as finalidades materializadas no contrato. Isto é, pede-se um comportamento leal entre os contraentes, para que possam ser alcançados os objetivos convencionados (v.g. dever de sigilo e de não concorrência). Enfim, os deveres de informação abrigam cada contratante a conceder ao outro amplo conhecimento acerca dos fatos relacionados ao objeto do contrato, para que todas as decisões possam ser fruto de uma vontade livre e real. Em resumo, os deveres laterais alcançam todos os interesses conexos à execução do contrato. Excluem-se de seu âmbito todos aqueles deveres que não possam ser relacionados como necessários à realização da prestação” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 417)

pré-violação do contrato.

3.3.2 Razoável possibilidade do credor de amenizar ou evitar os efeitos

Já o requisito da razoável possibilidade do credor de amenizar ou evitar os efeitos está exposto no *Restatement (Second) of Contracts*, que em seu §350, dispõe:

(1) Exceto conforme estabelecido na Subseção (2), os danos não são recuperáveis por perdas que a parte lesada poderia ter evitado sem risco, ônus ou humilhação indevidos.

(2) A parte lesada não está impedida de recuperação pela regra estabelecida na Subseção (1) na medida em que ele fez esforços razoáveis, mas infrutíferos, para evitar a perda.⁷⁴

A norma é para incentivar medidas afirmativas aptas a evitar perdas, fazendo substituições. O §350 incentiva a parte lesada a mitigar seus danos na medida em que elenca apenas a necessidade de esforços razoáveis, ou seja, que não gerem “risco, ônus ou humilhação indevidos”.

E caso a parte empenhe esforços razoáveis, ainda que ao final se revelem infrutíferos, também terá direito de ser ressarcida pelos valores despendidos nessa tentativa.

O *Restatement (Second) of Contracts* apresenta alguns exemplos de casos que não foram empregados esforços razoáveis, o que fez com que o credor tivesse que suportar seu prejuízo. Como o do comprador de petróleo que descobre que alguns barris estão com vazamento, mas não transfere o conteúdo para barris bons que tem à disposição. Nesse caso, a indenização não incluirá a perda do óleo que poderia ter sido economizado pela transferência do óleo para os barris disponíveis. Ou seja, a medida razoável seria tão somente transferir o conteúdo para outros recipientes.

Outro exemplo é o do comprador que adquire farinha com defeito, e mesmo após descobrir que não tinha a qualidade esperada, produziu pães; nesse

⁷⁴ No original: “(1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation.

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

caso, a indenização engloba apenas o valor da farinha, e não a perda dos pães, pois o padeiro poderia ter adquirido outra farinha para produzi-los. Nesse caso, a medida razoável teria sido, pelo menos, se abster do uso do produto que percebeu estar defeituoso.

E como se vê no exemplo acima, muitas vezes a medida adequada é a busca de um substituto. E o *Restatement (Second) of Contracts* pontua que o “substituto” adequado depende de todas as circunstâncias, incluindo a similaridade da execução e os horários e locais em que seriam realizadas.

José Eduardo Martins (2014, p. 144) apresenta que a medida adequada é

aquela que se enquadra no propósito determinado. Não precisa ser um encaixe perfeito, do qual se obtém o resultado ideal. É adequada desde que pareça ser o recomendável para a situação, guardadas as especificidades do caso. Deve, simplesmente, fomentar o fim almejado.

Robert Hillman (1976, p. 599), no intuito de estabelecer parâmetros das substituições que seriam razoáveis, formulou cinco questões, e caso as respostas sejam afirmativas, a teoria das mitigação dos danos deveria ser aplicada, visto que a substituição seria um medida razoável, apta a evitar o desperdício, são elas

- A aceitação de uma nova oferta pode reduzir os danos?
- O lesado pode cumprir a nova oferta?
- A nova oferta do infrator é a melhor oferta disponível?
- A parte prejudicada é livre para buscar seus direitos sob o contrato original mesmo depois de aceitar a nova oferta?
- As violações podem fornecer garantia adequada de que ele a executará?⁷⁵

Nesse caso, no entender de Hillman, caso as medidas não sejam aptas a reduzir os danos, não se aplica a teoria da mitigação, ou seja, a parte não é indenizada pelos gastos que teve para tentar evitar o dano. Por exemplo, caso não tenha sido entregue o vestido antes da festa, e a convidada compre outro vestido no dia seguinte à festa, não poderá alegar a teoria da mitigação dos danos pedindo o

⁷⁵ No original: Can acceptance of a new offer reduce damages? Can the injured party comply with the new offer? Is the breacher's new offer the best available offer? Is the aggrieved party free to pursue his rights under the original contract even after accepting the new offer? Can the breaches provide adequate assurance that he will perform?

ressarcimento pelo valor pago por este novo vestido, visto que não é apto a evitar a falta do vestido no dia da festa. No entanto, fato completamente diferente seria se a compra desse novo vestido tivesse ocorrido às pressas no dia da festa.

Ademais, tal como apresentado no início deste tópico, um dos parâmetro da razoabilidade empregado na mitigação dos danos na *common law* é o descarte das opções muito onerosas, assim, “se o credor prejudicado pelo inadimplemento não tem condições financeiras de realizar a operação substitutiva ou outra medida de mitigação, as perdas e danos a que faz jus não serão reduzidas pela limitação de evitabilidade” (LOPES, 2013, p. 40).

José Eduardo Martins (2014, p. 144) aduz que,

Ora, se a medida para evitar ou minimizar o dano se mostra mais onerosa que o próprio dano, não há motivação legítima para o credor agir conforme a norma de mitigação. Suas despesas serão superiores aos danos e, por isso, se trata de um caso de dano inevitável, do qual nasce o direito à indenização.

Ou seja, se para evitar um prejuízo de R\$ 200,00 despende-se R\$ 300,00, é notório que não se trata de medida adequada, antes o credor nem tivesse despendido esforços para tentar reduzi-lo.

Ainda nesse quesito da substituição, Charles Goetz e Robert Scott (1983, p. 1005 - 1006) explicam que as Cortes “geralmente sustentam que um credor deve aceitar uma nova oferta em termos semelhantes e deve negociar em termos modificados ou adicionais em que nenhuma transação substituta próxima estiver disponível”⁷⁶. Ou seja, caso não haja opção diversa, que o prejudicado deve renegociar com o violador, entretanto, “não se impõe o dever de negociar se a nova oferta for pessoalmente repugnante ou envolve trabalho inferior, é desagradável, é feito de má-fé, ou exige uma isenção de danos por violação”⁷⁷.

E tal como mencionado no início deste tópico, o §350 do *Restatement (Second) of Contracts* não considera razoável uma medida que acarrete risco ao credor, entendendo-se a expressão como risco à vida; de igual modo não é razoável a medida onerosa, ou seja, que causa despesas que superam

⁷⁶ No original: “courts have generally held that an obligee should accept a new offer on similar terms and should deal on modified or additional terms where no close substitute transaction is available”.

⁷⁷ No original: “they have not imposed a duty to deal if the new offer is “personally repugnant” or onerous, involves inferior work, is distasteful, is made in bad faith, or requires a waiver of damages for breach”.

o valor do prejuízo, e também a que atinja a reputação do credor.

Também não se exige uma atitude demasiadamente compassiva, até humilhante, de aceitar oferta daquele que violou o contrato. Charles Goetz e Robert Scott (1983, p. 992) inclusive explicam que a maioria dos tribunais americanos se recusa a impor qualquer dever de lidar ou contratar novamente com o infrator, mesmo quando o infrator oferece a melhor opção de reajuste.

Ou seja, não se exige que o credor tome medidas desarrazoadas, vale a regra anunciada por Judith Martins-Costa (2018, p. 614) de que “as medidas a serem adotadas para mitigar o próprio prejuízo são as razoavelmente possíveis, consideradas as circunstâncias”

Reafirmando os limites da razoabilidade, Charles Goetz e Robert Scott (1983, p. 974) trazem uma decisão do Tribunal Americano, “[o] dever do autor de manter os danos tão baixos quanto razoavelmente possível não exige que ele desconsidere seus próprios interesses [na manutenção da boa vontade dos envolvidos] ou exalte acima deles os dos devedores faltosos”.⁷⁸ Em outras palavras, embora a doutrina das consequências evitáveis incentive que se minimizem os prejuízos da violação, não exige que para isso o prejudicado tenha uma perda ainda maior, ou seja, sofra duplamente

Judith Martins-Costa (2018, p. 614) explica que o mandamento da norma não é o de fazer tudo que estiver ao alcance do credor para reduzir os danos, e sim que se adotem medidas razoáveis que estejam ao alcance. Caso se adotasse a primeira opção, o credor seria duplamente penalizado: em razão da inexecução do devedor e por ter despendido esforços em demasia para a não majoração do dano.

Devem ser empregados os esforços necessários para minimizar os danos; e ao termo “razoabilidade” entendem-se os que estiverem à disposição do credor e sejam de possível utilização, por essa razão, não são considerados razoáveis os esforços que representem despesas excessivas. No mesmo sentido afirma Paul Bates (apud LOPES, 2013, p. 40), “a teoria da mitigação não presume que o requerente tem recursos financeiros ilimitados”,

Também explica Christian Sahb (2013, p. 41),

⁷⁸ No original: “[t]he duty of the plaintiff to keep the damages as low as reasonably possible does not require of it that it disregard its own interests [in maintaining good will] or exalt above them those of the de-faulting defendants.”

não é esperado que, para minimizar os danos, o credor faça um sacrifício de seus próprios interesses, que passe por dificuldades financeiras, que reduza sua classificação de crédito ou que renuncie a direitos seus. Também não é considerado razoável à medida que implique o cometimento de um ilícito pelo credor, no descumprimento de um outro contrato ou da palavra dada.

Frente a isso, diante das particularidades do caso concreto, o credor poderá não adotar tais medidas e, ainda assim, receber a indenização sem que tenha incidência a teoria do *Duty to Mitigate the Loss*.

Sendo assim, para uma medida ser considerada razoável e que seja possível a aplicação da teoria da mitigação, ela tem que ser útil e apta a reduzir o dano; ademais, não deve causar risco, ônus ou humilhação ao credor; no entanto, esses parâmetros só são aferíveis no caso concreto, sem a situação real há não como supor o que seria razoável ou não.

3.3.3 Prejuízo

O último pressuposto para utilização da norma de mitigação é a existência de um prejuízo, visto que, sem que haja um dano⁷⁹, não se tem sentido a aplicação da teoria, já que sua função é reduzir ou evitar a indenização.

A teoria exige que o prejudicado tome medidas razoáveis para reduzir a perda pelo inadimplemento, e caso não tome tais medidas, não recuperará a quantidade satisfatória, ao invés, será indenizado apenas pelos danos que teria suportado caso tivesse tomado as medidas adequadas para mitigar a perda

⁷⁹Inclusive moral, exemplificando, vide Yehuda Adar (2013, p. 832) em tradução livre: “Tim é um empresário muito conceituado e foi indicado como diretor de uma empresa muito lucrativa. Suponha que Tim seja difamado por um certo jornal e é solicitado pelo conselho de administração da empresa a refutar as alegações contra ele. Por orgulho, Tim se recusa a fazê-lo, mas pede ao jornal que verifique suas fontes e emita um pedido de desculpas imediato. O jornal demora a fazê-lo e a nomeação de Tim é revogada pela empresa, causando-lhe uma perda econômica substancial de lucro. Embora Tim possa ser censurado por não refutar ativamente as alegações contra ele, o jornal poderia ter tido uma oportunidade igual de evitar a perda consequente sofrido por Tim. Nestas situações, os valores de solidariedade e cooperação subjacentes responsabilidade exigem que o réu negligente compartilhe a responsabilidade com a vítima por qualquer perda adicional que ambos poderiam ter evitado. (...) Por exemplo, deve-se esperar que o jornal verifique novamente suas informações após a reclamação de Tim para fazer uma correção. Sob a doutrina de mitigação, no entanto, o jornal não é obrigado a provar que tomou medidas razoáveis para mitigar a perda da reputação de Tim, sua única preocupação é provar que Tim poderia ter mitigado a perda”. Ou seja, não se nega a possibilidade de aplicação da referida teoria quanto ao dano moral.

(POSNER, 2000, p. 169 – 170).

O Código Civil cita o dano inúmeras vezes, mas não o conceitua, tampouco delimita quais seriam as lesões tuteladas pelo ordenamento jurídico. Ou seja, trata-se de uma cláusula geral de reparação de danos.

Estabelece o art. 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Vê-se da letra do dispositivo que o significado de dano é sinalizado por um conceito vago, de confins imprecisos, que será preenchido pela doutrina e jurisprudência e construído conforme a juridicidade dos interesses postos em conflito na concretude de cada litígio.

Para que o dano seja sancionado pelo ordenamento jurídico, indispensável se faz a presença de dois elementos: um de fato e outro de direito: primeiro se manifesta no prejuízo e o segundo, na lesão jurídica. É preciso que a vítima demonstre que o prejuízo constitui um fato violador de um interesse jurídico tutelado do qual seja ela o titular. (FARIAS; BRAGA NETO; ROSENVALD, 2019, p. 296).

E Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Braga Neto (2019, p. 297) pontuam que para se chegar a um conceito estritamente jurídico de dano deve-se partir da noção de interesse,

É necessário examinar se há interesse jurídico na reparação. A importância da conceituação de “interesse” é que ela determina a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar. Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo em uma situação jurídica. Alude-se a esse propósito a noção de interesse violado.

Ana Cláudia Amaral e Éverton Pona (2012, p. 27) a partir do pensamento de Dias entendem que,

Nesse aspecto, chega-se à identificação do dano como a lesão de interesse, não, contudo, como lesão indiscriminada a interesse qualquer, mas, sim, em verdade, o vilipêndio que, tendo em vista a ordem jurídica, deveria ser evitado ou então reparado, o que demonstra a necessidade da configuração de um dano antijurídico injusto.

Hoje entende-se por dano a lesão a um interesse jurídico tutelado, seja ele patrimonial ou moral, que ocorreu por um ato comissivo ou omissivo. Nas palavras de Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves e Braga Neto (2019, p. 299) “a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”.

Complementando a conceituação, há aqueles que apontam sobre a necessidade de o dano ser injusto. Sobre isso, Orlando Gomes (apud FARIAS; BRAGA NETO; ROSENVALD, 2019, p. 303) caracterizou como “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”, o que permite a constatação da ressarcibilidade de danos para além do cometimento de um ato ilícito.

A expressão dano injusto é de origem italiana e se fez presente no art. 2.043 do Código Civil Italiano: “qualquer fato doloso ou culposo que causar a alguém um dano injusto, obriga àquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”.

Ana Cláudia Amaral e Everton Pona (2012, p. 27) apresentam a mudança de paradigma da responsabilidade civil ocorrida na Itália após a decisão 500/99, sendo que o conceito de dano injusto para a reparação civil passa a ganhar destaque, e não somente o dano decorrente de ato ilícito, a ver,

No ordenamento jurídico italiano, a leitura do art. 2.043 do Código Civil demonstra ser ressarcível o dano injusto causado por qualquer fato doloso ou culposo do agente. A noção da injustiça do dano foi há pouco revista pela doutrina e jurisprudência italiana. A primeira manifestação, na Itália, que demonstra a releitura a análise crítica do conceito de dano injusto como violador de direitos subjetivos deu-se por ocasião da prolação da decisão nº. 500, da Sessão única, data de 22 de julho de 199. Em verdade, a noção de injustiça do dano esteve em evolução desde o advento do Código Civil italiano de 1942. De início, a interpretação do art. 2.043 somente alcançava o entendimento de que dignos de proteção eram apenas os direitos absolutos, até que, nos anos noventa, a doutrina e a jurisprudência ampliaram os horizontes para situações jurídicas novas, com a decisão nº. 500/99, da Corte de Cassação.

Nesse mencionado “giro conceitual”, o foco não é a punição do ofensor, mas sim a tutela da vítima do dano injusto. Dessarte, o foco da responsabilidade civil é o reequilíbrio econômico do dano, não mais um instrumento de repressão a condutas antijurídicas, em que o dano indenizável será aquele

relevante segundo uma ponderação de interesses em jogo à luz de princípios constitucionais. (FARIAS; BRAGA NETO; ROSENVALD, 2019, p. 303)

Claudio Bonanno (2009, p. 7), explica que o novo dispositivo [art. 2.043 Código Civil Italiano] não foca na ilicitude da conduta, porque a injustiça, segundo a nova interpretação da doutrina e jurisprudência, é uma exigência relacionada à lesão e não ao comportamento do agente, sendo simplesmente a consequência dada pela ordem jurídica contra quem causa dano obrigando-o ao ressarcimento.

No caso da aplicação da teoria da mitigação, quando o tribunal decide que uma perda deveria ser mitigada, faz-se um exercício hipotético: calculam-se os ganhos e danos que existiriam se o prejudicado não tivesse falhado em mitigar; e faz-se o mesmo cálculo considerando uma situação em que não existiria o inadimplemento. Quaisquer perdas reais sofridas após a falha na mitigação não são compensadas porque a lei assume a posição de que um autor deve tentar mitigar. (KRAMER, 2014, p. 345)

Ante todo o exposto, ficam estabelecidos os três pressupostos para a caracterização da norma de mitigação: inadimplemento; possibilidade razoável de minimizar ou evitar os efeitos do dano; e o prejuízo ou dano.

3.4 NATUREZA JURÍDICA DA MITIGAÇÃO DE DANOS

Apesar do vocábulo “duty” (dever), esta não pode ser a real natureza da norma de mitigação; para os leigos não há problema em se referir como dever – ônus, encargo ou dever são sinônimos fora do mundo jurídico – mas tecnicamente é um termo incorreto.

Isso porque, numa relação jurídica, quando é imposto a uma parte um dever, é conferido a outra um poder (BETTI, 2008, p. 26), que seria o direito subjetivo de exigir o cumprimento⁸⁰.

Também sustenta Judith Martins-Costa (2018, p. 608), que “a noção jurídica de dever implica a correlação a direito. A todo direito corresponde um dever

⁸⁰ Ao que Eros Grau (1982, p. 178) pontua “Ou seja, *obrigação* supõe uma situação de *dever ao devedor*; não obstante, é certo que o conceito de *dever* transcende o âmbito do direito das obrigações: há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie, por exemplo, ao dever de todos na abstenção da prática de condutas definidas como crimes”.

e a todo dever corresponde um direito”.

Eros Grau (1982, p. 182) entende que o “dever” se consubstancia em uma limitação imposta à vontade daquele que se vincula, nos seguintes termos “vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio e cujo descumprimento compreende um ilícito”

Assim, caso o *Duty to Mitigate the Loss* fosse entendido como obrigação, sua violação seria um inadimplemento contratual, abrindo-se possibilidade para a aberração jurídica de a vítima – credor – responder por perdas e danos. E como já destacado, a única consequência negativa da aplicação da referida teoria é fazer o credor suportar seu próprio prejuízo pela ausência de atitudes mitigatórias.

Inclusive Robert Hillman (1976, p. 563, nota 1), professor de Direito na Cornell University, pontua exatamente que apesar de o princípio mitigatório possuir o termo “dever” (*duty*), é universalmente entendido como impreciso, visto que “A penalidade por não evitar danos é apenas uma recusa de danos, portanto, a parte lesada está ‘sob uma ‘incapacidade’ de se recuperar por perdas evitáveis”⁸¹, caso fosse um dever propriamente dito, seria capaz de permitir ao devedor processar o credor exigindo-lhe que tomasse medidas mitigatórias.

Ademais, no mesmo sentido, no *Restatement (Second) of Contracts*, §350 no item “b”, explicitamente está que:

Às vezes se diz que é “dever” da parte lesada mitigar os danos, mas isso é enganoso porque ele não incorre em responsabilidade por sua omissão. O valor da perda que ele poderia razoavelmente ter evitado interrompendo o desempenho, fazendo arranjos substitutos ou de outra forma é simplesmente subtraído do valor que, de outra forma, teria sido recuperável como danos.⁸²

Ou seja, também na *common law* tem-se o cuidado de não a considerar como um dever em sentido estrito, tanto que Katy Barnett (2016, p. 808) observa que,

⁸¹ Do original “The penalty for failing to avoid damages is merely a disallowance of damages, thus the injured party is ‘under a ‘disability’ to recover for avoidable loss”

⁸² No original: “It is sometimes said that it is the “duty” of the aggrieved party to mitigate damages, but this is misleading because he incurs no liability for his failure to act. The amount of loss that he could reasonably have avoided by stopping performance, making substitute arrangements or otherwise is simply subtracted from the amount that would otherwise have been recoverable as damages”.

Dito isto, o tribunal não força o autor a mitigar, e não há “dever” de mitigar. O tribunal simplesmente não compensa o autor por quaisquer perdas que ela de fato tenha sofrido depois que a mitigação se tornou razoável. Embora haja um incentivo para mitigar, o tribunal não coage o autor porque, afinal, ele foi a pessoa que primeiro sofreu a perda como resultado da violação do réu. (Da mesma forma, o ônus de provar a falha na mitigação recai sobre o réu por esse motivo.) Além disso, é importante observar que, se a mitigação for irracional ou impossível de ser alcançada por algum motivo, o tribunal não esperará que o autor mitigue.

Em solo nacional, Judith Martins-Costa (2018, p. 608) pontua que de modo algum a teoria do *Duty to Mitigate the Loss* pode ser confundida com ‘obrigação’, ‘dever’, no sentido técnico da palavra,

A consequência da qualificação como dever jurídico implicaria, logicamente, em admitir a existência de um correlato direito subjetivo e, portanto, de uma pretensão. Pode-se discutir se é pertinente a sua qualificação como dever de proteção, porém, de modo algum qualifica-se como ‘obrigação’ em sentido técnico. É de se convir que a consideração da violação ao dever de mitigar como inadimplemento contratual poderia se levar ao absurdo de se concluir que a vítima do dano deva responder por perdas e danos, enquanto, na verdade, a consequência jurídica atribuída pelo descumprimento do dever é apenas a diminuição do quantum indenizatório que lhe será devido.

Isso também é referido como um dever moral de tomar medidas razoáveis de se auto proteger, mesmo quando a fonte do risco é a conduta ilegal ou irracional de outra pessoa. E para encorajar as pessoas a cumprirem este dever moral anexou-se uma sanção severa: a que nega o direito de exigir compensação por estes danos que poderiam e deveriam ter sido evitado se tivessem seguido o imperativo de autoproteção ou autopreservação (ADAR, 2013, p. 813). Pode-se citar, inclusive, um caso decidido em 1830, pela Suprema Corte de Maine (apud ADAR, 2013, p. 814):

(...) Aquele que tem em seu poder impedir uma injúria ao próximo, e não a exerce, muitas vezes é de ordem moral, se não do ponto de vista legal, responsável por isso. A lei não vai permitir que ele atribua uma perda, resultante de um dano a si mesmo, sobre outro (...)

Ante o exposto, fica claro que a natureza jurídica da norma de

mitigação não é a de dever, sendo preciso recorrer a outro instituto.

Nesse cenário, surge o instituto do ônus como uma alternativa, pois apesar de não obrigar, gera consequências negativas caso a parte não o siga,

A lei que estabelece o *ônus* não impõe a adoção de uma conduta pelo sujeito a ele vinculado, isto é, não fixa *dever* de conduta. Por isso não é dever; não se confunde nem com o *dever*, nem com a *obrigação*. Ao sujeito por ele vinculado não se impõe a adoção da conduta definida pelo *ônus*; resta-lhe a opção de não cumpri-la, se para tanto desistir da obtenção ou conservação de um direito. Pretendendo obtê-lo ou conservá-lo, todavia, há de necessariamente adotar aquela conduta, cujo cumprimento é condição para tal obtenção ou conservação. (GRAU, 1982, p. 182)

Fala-se de ônus “quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o *ônus* é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse” (CARNELUTTI apud GRAU, p. 180). Ou seja, não é obrigatório, mas é necessário.

Explicando melhor a noção de ônus, Eros Grau (1982, p. 181) faz o cotejo⁸³ com o dever,

ônus, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do *dever* — e da *obrigação* — que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do *ônus* não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do dever — ou da *obrigação* — acarreta sanção jurídica para o sujeito.

A noção de ônus foi desenvolvida também na seara processual⁸⁴, Humberto Theodoro Junior (2023, p. 217) explica que, no caso do ônus, a parte é

⁸³ Carnelutti (apud GRAU, p. 181) também explica “*dever e ônus* têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade, mas diverso o elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando se trata de *dever*, no interesse alheio, e, tratando-se de *ônus*, para a tutela de um interesse próprio”

⁸⁴ O processualista Luiz Rodrigues Wambier (2008, p. 457) também faz suas considerações, “O ônus e o dever são figuras distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor”.

livre para adimplir ou não, embora venha a sofrer dano jurídico em relação ao interesse em jogo no processo. Sendo válido apresentar citação direta dos exemplos do autor,

Ninguém pode obrigar, por exemplo, o réu a contestar, a parte a arrolar testemunhas, o vencido a recorrer. Mas existe o ônus processual de fazê-lo, no momento adequado, pois, se o réu não contesta, são havidas como verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor (CPC/2015, art. 344); se a parte não apresenta prova do fato alegado, não será ele levado em conta pelo juiz (art. 373); se o vencido não recorre em tempo útil, a sentença transita em julgado e torna-se imutável e indiscutível (art. 502) etc. (THEODORO JUNIOR, 2023, p. 216)

Já com referência às obrigações e deveres, a parte pode ser compelida coercitivamente à respectiva observância, ou a sofrer uma sanção equivalente. Isso porque, “nos casos de ônus, está em jogo apenas o próprio direito ou interesse da parte, enquanto, nos casos de deveres ou obrigações, a prestação da parte é direito de outrem.” (THEODORO JUNIOR, 2023, p. 217)

Emilio Betti (2006, p. 32) explica que ônus “são poderes de iniciativa conferidos no interesse do próprio titular, se ele deseja evitar um dano ou obter uma vantagem”.

No Direito alemão a natureza jurídica da norma de mitigação é o *Obliegenheit*, ou seja, uma obrigação cuja exigência não é forte (FRADERA, 2005, p. 174). Reimer Schmidt (apud GRAU, 1982, p. 182) as refere como deveres de menor intensidade; Enneccerus (apud GRAU, 1982, p. 182) como “encargos que podem ser exigidos de um sujeito jurídico também no interesse de outro, sem que este outro, contudo, possa impor à parte por eles vinculada o seu cumprimento”, podendo ser traduzido aqui o encargo e incumbência como sinônimos de ônus.

O ordenamento jurídico não impõe o cumprimento da *Obliegenheit* como um dever real, mas apenas hipoteticamente. Quando a pessoa está vinculada pela *Obliegenheit* deve cumprir a prestação correspondente ou terá que se conformar com uma desvantagem jurídica (GRAU, 1982, p. 182).

Ou seja, diante do não-cumprimento da *Obliegenheit*, o sujeito fica livre de qualquer coação e também de qualquer dever de indenização, contentando-se, em vez disso, com sanções mais amenas. Sanções essas que geralmente consistem na perda de uma melhor posição jurídica, ou em outra desvantagem

jurídica qualquer. Não havendo dúvida que as consequências do descumprimento da *Obliegenheit* são bem diferentes do descumprimento de um dever (GRAU, 1982, p. 182).

Transportando para o direito brasileiro, percebe-se que as *Obliegenheiten* correspondem ao ônus. Bénédicte Fauvarque-Cosson e Deniz Mazeaud (2008, p. 562), autores do livro “European Contract Law”, explicam o conceito de *Incombance* [*Obliegenheit* em alemão] desenvolvido pela doutrina alemã, suíça e belga, como “dever cuja inobservância expõe o seu autor não a uma condenação, mas à perda das vantagens inerentes ao cumprimento do dever”⁸⁵.

Inclusive, os autores pontuam que tal incumbência [ônus] decorre do princípio da coerência⁸⁶ nos seguintes termos, “em nome da coerência, verifica-se, portanto, que a parte que foi obrigada a preencher determinados requisitos para poder usufruir de um direito, se verá privada desse direito se não cumprir esses requisitos”.⁸⁷ (FAUVARQUE-COSSON; MAZEAUD, 2008, p. 562)

Assim, *obligenheit*, *incombance* e ônus se referem ao mesmo instituto⁸⁸.

No entanto, frequentemente, vê-se na doutrina nacional que trata da teoria do *Duty to Mitigate the Loss* a menção a uma incerteza quanto à natureza jurídica, veja, por exemplo, o entendimento da jurista Véra Fradera (2004, p. 174 – 175) na exposição da justificativa do Enunciado 169 da CJF:

⁸⁵ Do original: The idea with incombance, – at least in the contractual sphere –, is that the fulfilment of the duty incumbent on the party forms a preliminary element, a preliminary condition, to the ability, either of his own undertaking, or the other party’s obligation, to be invoked or demanded.

⁸⁶ No Brasil, tal noção pode ser inserida nos deveres laterais da boa-fé objetiva, especificamente, a *tu quoque* e *venire contra factum proprium*, que serão mais adiante detalhadas.

⁸⁷ Do original: in the name of consistency, it therefore appears that the party who was required to fulfil certain requirements in order to be able to take advantage of a right, will find themselves deprived of this right if they do not comply with these requirements.

⁸⁸ Os autores também informam que a França não possui a noção de incumbência (ônus), mas que por vezes essa noção aparece implicitamente na legislação. Na citação original literal “Many illustrations of this principle can be found in French law even if the concept of incombance is not recognised as such. The principle is sometimes applied by statute. For example, Article L 313-22, paragraph 2 of the Monetary and Financial Code states that the professional creditor who does not give the guarantor the annual update of information, provided for in paragraph 1 of this provision, is deprived of the interests outstanding since the previous update. Case law also adopts various approaches which require the party seeking performance to fulfil certain requirements before his right can be invoked. Thus, in respect of clauses guaranteeing liabilities, where the guarantor’s obligation is subordinated to the beneficiary’s undertaking to inform the guarantor of any event which might determine the operation of the clause, it has been judged that this stipulation aimed ‘not to define an obligation to do in the sense of Article 1142 of the Civil Code, which would result in damages in the case of non-performance, but rather a contractual *fin de non-recevoir* preventing the beneficiary from validly invoking his guarantee without firstly having fairly informed the guarantor of the reasons for it being invoked’.

Chega-se, assim, a uma primeira conclusão: a natureza do dever do credor de mitigar o seu prejuízo varia de acordo com o sistema jurídico enfocado: no BGB é considerada uma *Obligenheit*, isto é, uma obrigação cuja exigência de cumprimento reveste-se de menor intensidade; no Direito francês, a justificativa estaria na boa-fé ou no abuso de direito; na Common Law, é uma decorrência do próprio sistema, isto é, aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem consideração à culpa ou à negligência.

Ora, como exposto nas citações dos autores estrangeiros deste tópico, vê-se que nos Estados Unidos, Inglaterra, Suíça, Alemanha, etc., a natureza jurídica é sempre a mesma: ônus (ou *obligenheit*, *incombance* – que se trata do mesmo instituto), o que difere entre eles não é a natureza jurídica, mas sim o lastro. Realmente, nos países que seguem a sistemática da *common law*, o princípio da mitigação é autônomo, é aplicado sem justificá-lo em nenhum outro instituto, isso porque, naquela sistemática, as normas vão sendo criadas a partir das decisões judiciais, então apenas cita-se o precedente.

Ou seja, nos países da *common law*, não é necessário um lastro para justificar a teoria. Mas pela sistemática da *civil law*, já as normas decorrem da interpretação da lei, a teoria da mitigação deve estar prevista em lei ou ter respaldo em algum outro instituto previsto em lei, razão pela qual, aqui no Brasil, foi sugerido que esse ônus decorreria do princípio da boa-fé objetiva.

Apenas a título de visualização – já que esse assunto será melhor abordado em tópicos seguintes – na Alemanha (país que adota a *civil law*), a teoria da mitigação é entendida com natureza jurídica de *obligenheit* (ônus) e está prevista no § 254 do BGB vinculado à culpa concorrente, ou seja, para o Direito germânico, além não haver dúvida sobre sua natureza, ainda está previsto expressamente em lei, e possui lastro na culpa concorrente.

No entanto, António Menezes Cordeiro (apud MARTINS-COSTA, 2018, p. 610) propõe uma nova categoria jurídica para traduzir o *Obliegenheit*: *ônus ou encargo material*, seria um dever de comportamento, mas que não possa ter seu cumprimento exigido.

Daí porque Judith Martins-Costa se posiciona que, no Brasil, o dever de mitigação estaria a meio caminho entre ônus jurídico (no sentido tradicional) e a do dever de proteção.

Ainda que haja esse posicionamento do jurista português, parece que de fato não há controvérsia, pois o sentido brasileiro de ônus é justamente um dever de menor gravidade que não pode ser exigido; a pessoa não pode ser constrangida a cumpri-lo, mas uma vez que não cumpra deverá suportar algumas consequências.

Assim, seja como queira que se chame, o “dever” de mitigação é uma obrigação que não pode ter seu cumprimento exigido, mas que há consequências negativas pelo seu descumprimento.

Ou seja, na prática, não pende controvérsia sobre a natureza jurídica da teoria: é ônus (ainda que Judith Martins-Costa se baseie na nomenclatura criada por Menezes Cordeiro, na prática seu conceito é de ônus), no que realmente pende controvérsias e quanto ao instituo que irá respaldá-la dentro do sistema jurídico, sendo que tais temas serão melhor abordados a seguir.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA MITIGAÇÃO NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

Nos países de tradição romano-germânica é comum observar que o “dever” de mitigar os danos se relaciona predominantemente a uma ideia de causalidade.

Causalidade nada mais é do que a relação entre causa e efeito, é a ideia de identificar a ação que está ligada à ocorrência do dano, Paul Ricoeur (2008, p. 48), apresenta da seguinte forma,

O que compete então pensar são fenômenos como iniciativa e intervenção, nos quais se surpreende a ingerência do agente da ação no curso do mundo, ingerência que causa efetivamente mudanças no mundo. O fato de só podermos representar essa influência do agente humano sobre as coisas, por meio do curso do mundo, como uma conjunção entre várias espécies de causalidade deve ser francamente reconhecido como uma injunção conceitual ligada à estrutura da ação como iniciativa, ou seja, começo de uma série de efeitos no mundo.

E no caso de mais de uma causa concorrendo, desenvolveu-se a ideia de causalidade adequada para determinar qual delas foi determinante para a ocorrência do resultado.

4.1 A MITIGAÇÃO CONSUBSTANCIADA NA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

A norma de mitigação é “preto ou branco” porque a decisão sempre será entre duas pessoas: ou se trata de um caso em que caberia esforços razoáveis do prejudicado em evitar ou mitigar a perda, e então a responsabilidade por esta parte é somente dele; ou se trata de um caso em que não são cabíveis ações substitutas e então o devedor deverá suportar toda a perda.

Ainda que tenha uma imagem difundida de “mitigação” de apenas reduzir a cobrança de perdas evitáveis, fato é que tal teoria elimina completamente o direito do autor de se recuperar dos prejuízos que poderia ter evitado, ainda que estejam ligados à conduta ilícita do réu. Daí porque se colocar que a doutrina da mitigação seja idêntica à doutrina da culpa exclusiva da vítima. (ADAR, 2013, p. 801)

Quando o juiz ou tribunal não tem dúvidas de que o prejudicado falhou em tomar medidas razoáveis na mitigação, nenhum peso é dado à conduta do inadimplente, ou seja, não se considera que o erro da vítima não teria ocorrido se não fosse pelo erro inicial do réu.

Ou seja, na jurisdição da *common law*, de fato a teoria da mitigação se assemelha muito à culpa exclusiva da vítima.

Primeiro, sob ambas as doutrinas, a conduta relevante pode ser tanto uma ato ou omissão, pelo qual o autor de alguma forma participa na causação do dano para si mesma. Em segundo lugar, sob ambas as doutrinas, a conduta do autor deve ser considerada irracional nas circunstâncias, isto é, defeituoso e inaceitável, do ponto de vista social. (...) Em segundo lugar, sob ambas as doutrinas, a conduta do autor deve ser considerada irracional nas circunstâncias, isto é, defeituoso e inaceitável, do ponto de vista social. (...) Em terceiro lugar, o padrão de conduta à luz do qual a conduta do autor deve ser avaliada parece ser idêntico. Este é o padrão objetivo do homem razoável, situado no mesmo conjunto de circunstâncias.⁸⁹ (ADAR, 2013, 802 – 803)

Tanto a culpa exclusiva da vítima quanto a teoria das consequências evitáveis conduzem à imposição de responsabilidade⁹⁰ ao prejudicado por sua perda evitável, em outras palavras, tem que ser o inadimplente ou prejudicado – mas nunca ambos – os responsáveis pela perda.

No entanto, a doutrina anglo-americana a costuma alocar como se fosse próxima da culpa concorrente, tal como se verifica em acórdão da Suprema Corte de Michigan (apud ADAR, 2013, p. 802): “O conceito de consequências evitáveis também funciona como um tipo de negligência comparativa [culpa concorrente] (...) requer que o júri primeiro faça um julgamento que reclamante foi

⁸⁹ Do original: First, under both doctrines, the relevant conduct can be either an act or an omission, by which the plaintiff in some way participates in the causation of harm to herself. Second, under both doctrines, the plaintiff's conduct must be considered unreasonable under the circumstances, that is, faulty and unacceptable, from a social point of view. Third, the standard of conduct in light of which the plaintiff's conduct is to be assessed seems to be identical. This is the objective standard of the reasonable man, situated in the same set of circumstances”.

⁹⁰ Uma diferenciação feita na doutrina estrangeira é quanto à alocação de cada um deles. Que a culpa exclusiva da vítima seria decorrente da responsabilidade civil, a teoria da mitigação pertenceria ao direito contratual. No entanto, John Everett (1970, p. 133) “While the doctrine of mitigation of damages developed in the law of contracts, the courts had little difficulty in extending its application to the law of torts as well.” Yehuda Adar (2013, p. 793) observar que princípio mitigatório foi absorvido pela lei de responsabilidade civil onde é frequentemente invocado pelos réus em seus esforços para reduzir o escopo de sua responsabilidade em danos aos autores lesados. Ademais, também na CISG a norma da mitigação (art. 77) está ligada à responsabilidade civil, já que está incluída na Seção II: Danos (artigos 74-77).

negligente (...)”⁹¹

Ao que Yehuda Adar (2013, p. 806) observa,

Ao contrário do que muitas vezes é assumido por comentaristas e tribunais, a mitigação de danos é muito mais semelhante à culpa exclusiva da vítima do que à culpa concorrente. É verdade que essas doutrinas se assemelham no sentido de que sua aplicação (pelo menos em um caso de negligência) normalmente não levará à derrota da causa de ação do autor; em vez disso, ambos normalmente afetam apenas o escopo da recuperação. Essa semelhança enganou tanto os tribunais quanto os comentaristas, fazendo-os acreditar que a mitigação dos danos é uma forma de negligência comparativa, que permite uma repartição das perdas de uma vítima entre um autor do delito e a vítima do delito.

Essa tendência do Direito anglo-americano de tentar relacionar a teoria da mitigação com a culpa concorrente pode estar ligado a um sentimento de injustiça vinculado na abordagem do “tudo ou nada”,

Desde a virada do século XX, uma quantidade notável de energia acadêmica foi investida em demonstrar as muitas deficiências da doutrina do direito comum de negligência contributiva. Deixando de lado a literatura moderna de direito e economia, parece que a esmagadora maioria dos escritores que abordaram o assunto apoiou a passar de contributiva para negligência comparativa [culpa concorrente], principalmente por razões de justiça em relação vítimas feridas. O principal argumento de justiça que sustenta essa visão da maioria é que todos regra ou nada empregada sob negligência contributiva deixa de expressar a moral responsabilidade tanto do autor quanto do réu por causar o dano evitável⁹². (ADAR, 2013, p. 822)

Ademais, à primeira vista, em razão da terminologia “mitigação”, pode parecer que esta teoria reparte o dano entre ofensor e ofendido. No entanto, isso apenas pelo fato de a mitigação se aplicar após a ocorrência do inadimplemento, fazendo o ofendido suportar a perda que poderia ter evitado após o inadimplemento do devedor. Mas, como se vê, cabe ao credor suportar integralmente a perda caso não aja razoavelmente para evitar ou mitigar a perda, de fato, trata-se de um “tudo ou nada” (após o inadimplemento, já que o devedor

⁹¹ Do original: “The concept of avoidable consequences operates as well as a type of comparative negligence . . . it requires the jury to first make a judgment that plaintiff was negligent . . .”

⁹² Do original: “Since the turn of the twentieth century, a remarkable amount of scholarly energy was invested in demonstrating the many deficiencies of the common law doctrine of contributory negligence. Leaving aside the modern law and economics literature,¹³⁴ it seems that the overwhelming majority of writers who addressed the issue supported the move from contributory to comparative negligence, mainly for reasons of fairness towards injured victims.¹³⁵ The main fairness argument supporting this majority view is that the all-or-nothing rule employed under contributory negligence fails to express the moral responsibility of both plaintiff and defendant for causing the avoidable harm”.

continua responsável pelos danos que possa ter inicialmente causado) pois não considera a culpa do devedor em razão do inadimplemento, ou seja, não considera que o inadimplemento do devedor também contribuiu para a ocorrência posterior do dano, ficando tudo a cabo do credor.

Diferentemente, sob a culpa concorrente, quando dois atos ilícitos subsequentes se combinam gerando uma lesão, o primeiro infrator não é automaticamente absolvido de responsabilidade apenas porque seu ato foi seguido por outro ato ilícito, ou seja, ambos os atos ilícitos são considerados causas legais da perda.

Daí porque Yehuda Adar (2013, p. 805) concluir que negligência contributiva [culpa exclusiva da vítima] e a mitigação de danos são doutrinas essencialmente idênticas⁹³.

Tanto que o direito italiano, ao importar a teoria, entendeu sua aplicação desta mesma forma, a ver,

[Código Civil Italiano] Artigo 1.227. Concurso de fato culposo do credor. Se o fato culposo do credor tiver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é reduzido de acordo com a gravidade da culpa e a magnitude das consequências daí derivadas. O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando ordinária diligência (2.056 e seguintes).⁹⁴

Apesar da evitabilidade estar prevista em um artigo que tem por título a culpa concorrente, a doutrina italiana entende que há duas normas diversas previstas neste artigo. A primeira parte trataria verdadeiramente da culpa concorrente, já que o ato culposo apenas colabora para se chegar ao resultado dano. No entanto, a segunda parte, que trata sobre a minimização do dano, versaria

⁹³ Para se chegar a esta conclusão, o autor se baseou em SALMOND & HEUSTON, (expressando a visão de que “[o] dever de mitigar danos é realmente uma aplicação do amplo princípio da negligência contributiva”); PROSSER & KEETON (concluindo seu breve tratamento do assunto afirmando que “as doutrinas da negligência contributiva e as consequências evitáveis são, na realidade, as mesmas.”). Ademais, Yehuda Adar (2013, p. 804) “(...) em um sentido diferente e mais amplo, tanto a negligência contributiva quanto a mitigação parecem impor um dever legal - o dever de tomar medidas razoáveis para evitar causar auto ferir. Certamente, esse dever não cria um direito correlativo para impor o desempenho do dever. Trata-se, porém, de dever jurídico público, cuja violação sujeita o autor a uma sanção legal. A sanção é a “incapacidade” de recuperar a compensação por qualquer perda sustentado como resultado da falha em cumprir o dever de evitar a automutilação”. (tradução livre)

⁹⁴ Do original: Art. 1227. Concurso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

sobre a culpa exclusiva da vítima, já que apenas uma das partes seria prejudicada, assim também se posiciona o italiano Nicola Distaso (apud LOPES p. 64) “pressupõe que o comportamento do autor tenha sido a única causa eficiente do referido evento, e se refere às consequências posteriores que, devido à falta de ordinária diligência da parte do credor prejudicado, agravaram o dano”.

Essa ideia se dá porque a consequência da culpa exclusiva da vítima é o rompimento do nexos causal, razão pela qual o prejudicado não poderá ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado. Nas palavras de José de Aguiar Dias (1995, p. 693),

admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pela qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.

E a ideia de relacionar a norma de mitigação com a culpa exclusiva da vítima não é estranha, curiosamente, há mais de cem anos, Theodore Sedgwick (apud ADAR, p. 797) comentou que “a aplicação da doutrina da negligência contributiva [culpa exclusiva da vítima] e da consequências evitáveis muitas vezes produzem resultados que se assemelham muito”⁹⁵. Apesar de terem muitos pontos que se comunicam, o autor pontua que diferem, visto que a negligência contributiva [culpa exclusiva da vítima] anula a ação em si, já que rompe o nexos causal, e a negligência comparativa [culpa concorrente] e a teoria da mitigação apenas limitam a recuperação do autor.

Informa Yehuda Adar (2013, p. 826) que os tribunais ingleses, desenvolvendo a doutrina durante os séculos XVIII e XIX, frequentemente recorriam a conceitos de causalidade para explicar a doutrina. De acordo com as decisões da época, ao não reagir razoavelmente a uma conhecida violação de seus direitos, o autonegligente demandante tornar-se-ia uma causa interveniente ou substitutiva, que “quebra a cadeia de nexos de causalidade” entre o inadimplemento perpetrado pelo devedor e o prejuízo do credor.

No entanto, hoje, na jurisprudência americana, pela teoria da mitigação, a sanção imposta aos autores imprudentes raramente é conceituada em

⁹⁵ Do original: “[t]he application of the doctrine of contributory negligence and of that of avoidable consequences often produce results that closely resemble each other.”

termos de causalidade. Mas, pode-se dizer que no direito anglo-americano, em razão das bases individualistas de tal sistema, a teoria da mitigação se assemelha muito à culpa exclusiva da vítima – muito mais do que à culpa concorrente que será vista no próximo tópico.

Inclusive, William L. Prosser (1953, p. 04), em artigo sobre “contributory negligence”⁹⁶ [culpa exclusiva da vítima], explica que a origem de tal teoria reside na atitude meramente individualista do direito consuetudinário do início do século XIX, e para ilustrar a teoria, cita o caso de um senhor que bateu seu cavalo em um poste e quis processar o proprietário do poste pela perda como um caso paradigma sobre o instituto de culpa exclusiva da vítima (PROSSER, 1953, p. 03), o que se assemelha também ao primeiro caso relatado sobre a aplicação da teoria da mitigação, que vem a ser o caso dos cavalos de Ipswich relatado na introdução desta pesquisa⁹⁷.

Já a doutrina brasileira não entende que a teoria da mitigação possa ser encarada simplesmente como culpa exclusiva da vítima, nas palavras de José Eduardo Martins (2014, p. 127)

No duty to mitigate the loss, diferentemente, a vítima não impede os prejuízos decorrentes do dano causado pelo agente. Já na culpa exclusiva da vítima, o agente é o único causador do dano, não havendo qualquer nexos de causalidade entre o dano e a conduta daquele acusado como agente. Nestes termos, não há falar em duty to mitigate the loss, haja vista estar ausente qualquer dano de autoria do agente que enseje a mitigação dos prejuízos dele decorrentes.

Entretanto, há que se lembrar novamente que tal teoria não deve ser estudada levemente, os fundamentos que a estruturam na *common law* não são os mesmos que a estruturam na *civil law*. E nos países que seguem o direito consuetudinário anglo-americano, como já exposto neste tópico, de fato, a teoria se assemelha sim à culpa exclusiva da vítima em razão da dicotomia intrínseca a esta: se o ofendido não tiver empenhado esforços razoáveis na redução do prejuízo, o

⁹⁶ A citação original: “The defense of contributory negligence originated in 1809 with the case of *Butterfield v. Forrester*.” The defendant, who was repairing his house, had left a pole projecting across part of the highway; and the plain-tiff, riding home from a public house in the dusk, did not see the pole, rode into it, and was thrown from his horse and injured. Lord Ellenborough disposed of the matter very briefly with the statement that “A party is not to cast himself upon an obstruction which has been made by the fault of another, and avail himself of it, if he did not himself use common and ordinary caution to be in the right”

⁹⁷ Quem menciona esse caso de 1677 como o primeiro é Edward Allan Farnsworth (2004 apud COMINO, 2015, p. 18)

ofensor não terá responsabilidade alguma por esta parcela⁹⁸.

Com essa ideia maniqueísta, o direito consuetudinário anglo-americano transmite uma mensagem errada de que um comportamento negligente de uma das partes – por exemplo, o credor sem tomar medidas para reduzir ou evitar o prejuízo – é uma desculpa moral para a outra parte também se manter inerte – já que pela norma da mitigação, uma vez que o prejudicado se mantenha inerte, qualquer dano advindo a partir daí será suportado por si mesmo, o que desincentiva o devedor a tentar colaborar na minimização dos danos⁹⁹.

Não se deve deixar de mencionar que há muitos casos sim em que a atitude do prejudicado beira à “culpa exclusiva da vítima”, tanto que Anne Michaud (1986, p. 299) cita o caso trazido por Hart e Honoré, em que um agricultor fez a compra de determinado tipo de semente, e mesmo percebendo que o produto entregue tinha qualidade inferior à esperada, plantou a semente. Nesse caso, o agricultor não pode ser indenizado por todos os danos decorrentes desta colheita, visto que, ciente da falta de qualidade, deveria ter sido prudente, e não as plantado. Ou seja, essa conduta representa uma reação tão irracional ao dano infligido, que haveria o rompimento de qualquer relação causal entre o vendedor e a colheita do produto inferior.

Aqui pode-se também utilizar da noção de previsibilidade apresentada pelo juiz Brennan J. (apud BARNETT, 2016, p. 805) no julgamento Burns x MAN Automotive (Aust) Pty Ltd, nos seguintes termos: “A previsibilidade se estende até que seja irracional para a parte lesada deixar de agir para mitigar sua perda, e o ônus de provar tal falha recai sobre a parte infratora”.

Outro exemplo apresentado é o do autor que reclamava indenização por ter sido obrigado a manter sua livraria fechada desde o dia do acidente, até sua recuperação, razão pela qual seu negócio foi à falência. O réu e sua seguradora argumentaram que, se o autor tivesse obtido a ajuda de um funcionário temporário, prontamente disponível em Montpellier, ele poderia ter reaberto sua loja logo após

⁹⁸ No entanto, tal visão radical não explica os casos em que a falha na mitigação é desculpável. O exemplo dado por Yehuda Adar (2009, p. 836) para este caso é o de um paciente que recebe um medicamento errado por parte do farmacêutico, e mesmo percebendo que tem algo errado com seu corpo não consulta um médico, o que faz com que seu quadro se agrave. Neste ponto, o autor faz um questionando se a atitude de procurar um médico era tão óbvia assim, e diante dessa pequena falha desculpável o farmacêutico deve ficar isento de responsabilidade.

⁹⁹ Ao que Yehuda Adar (2013, p. 822) também complementa que isso resulta em injustiça para com as vítimas de delitos que podem permanecer sem compensação por danos injustos que eles não teriam sofrido se não fosse pela conduta ilegal de seus agressores.

deixar o hospital. Ou seja, o que a ré alegou foi que a perda de renda do autor após deixar o hospital ocorreu por sua própria culpa, por não contratar ajuda, e não pelo acidente. Tendo Anne Michaud (1986, p. 315) feito a juntada da decisão do Tribunal francês, a ver:

[Considerando que o queixoso] não pode alegar a impossibilidade de obter a ajuda a que a sua relativa impotência o justificava ter de recorrer; que, de fato, a competência dos balconistas de livraria colocados sob a autoridade direta do empregador não exige qualidades excepcionais, sendo numerosos os pedidos de emprego dessa natureza em Montpellier; — Considerando que é, portanto, conveniente excluir o encerramento da livraria como consequência necessária do acidente; (...) ¹⁰⁰

O que o tribunal disse de fato é que o autor poderia facilmente mitigar sua perda contratando um funcionário. Não o tendo feito, o consequente agravamento do seu prejuízo foi consequência direta de sua própria conduta, ou seja, não era consequência direta do acidente. Ainda que o Direito Francês não tenha, atualmente, se aprofundado no estudo da norma da mitigação, por esse caso apresentado nota-se a vinculação do ônus de mitigação à ideia de causalidade. Ao que Anne Michaud¹⁰¹ (1986, p. 315) comenta, “embora a culpa do réu permanecesse uma condição de todo o dano, era apenas a própria culpa do autor que era uma *causa adequada* da perda inevitável e, portanto, era o autor que deveria arcar com a responsabilidade por essa perda.”¹⁰²

Mas também não há um encaixe perfeito entre a culpa exclusiva da vítima e a teoria das consequências evitáveis em razão daquela não conseguir explicar a possibilidade de o credor exigir reembolso pelos custos que teve ao tentar mitigar o dano¹⁰³ (se tal tentativa foi bem-sucedida ou não) – aliás, a justificativa de tal reembolso é dado pela teoria da alocação de riscos (difundida amplamente na

¹⁰⁰ Do original: “[Attendu que le demandeur] ne saurait exciper de l'impossibilité de se procurer l'aide à laquelle sa relative impotence justifiait qu'il eût à recourir; qu'en effet la compétence des commis de librairie placés sous l'autorité directe de l'employeur ne requiert pas de qualités exceptionnelles, les demandes d'emploi de cette nature étant nombreuses à Montpellier; — Attendu qu'il convient dès lors d'écartier la fermeture de la librairie au-delà du 15 février comme conséquence nécessaire de l'accident;”

¹⁰¹ No entanto, Anne Michaud (1986, p. 299) entende que há casos sim em que existe uma relação causal entre o inadimplemento do devedor e a perda não mitigada pelo credor, ou seja, haveria casos que se tratam da culpa concorrente.

¹⁰² Do original: “Although the defendant's fault remained a condition of the whole damage, it was only the plaintiff's own fault which was a *cause adéquate* of the unavoided loss, and therefore, it was the plaintiff who had to bear responsibility for this loss”.

¹⁰³ Isso porque esses custos são considerados previsíveis, e portanto, compensável junto ao dano.

teoria dos contratos nos países que seguem a jurisdição anglo-americana), por entender que é previsível que o prejudicado teria custos para tentar reduzir os prejuízos, razão pela qual caberia ao ofensor fazer esse reembolso – . Assim como mencionado no tópico “2.2 Fundamentos filosóficos e jurídicos” a teoria que deu origem e que melhor justifica as particularidades da norma da mitigação é a da alocação dos riscos.

A seguir, então, serão expostos os fundamentos de jurisdições que consideram a aplicação da culpa concorrente junto à norma de mitigação, apresentando também noções da causalidade adequada, teoria essa que se aplica tanto a culpa concorrente quanto à culpa exclusiva da vítima agora vista.

4.2 A MITIGAÇÃO CONSUBSTANCIADA NA CULPA CONCORRENTE

No que diz respeito à teoria da mitigação, “qualquer autonegligência que está casualmente ligada à perda do credor resultará inevitavelmente na negação do direito do autor de ser compensado dessa perda”¹⁰⁴ ¹⁰⁵(ADAR, 2013, p. 809). Dessa forma a responsabilidade é absoluta. Na noção de negligência comparativa [culpa concorrente], a responsabilidade é relativa, pois fundada no peso combinado de dois fatores: o grau de culpa de cada uma das partes, ao que Yehuda Adar (2013, p. 790) pontua como extensão do desvio da norma da razoabilidade, e ao impacto que cada conduta teve sobre a ocorrência dos danos.

Inclusive, tal como já mencionado, Fabrizio Cafaggi (2009, p. 11) observa que quando a ênfase está no empreendimento cooperativo, a negligência comparativa [culpa concorrente] torna-se mais apropriada do que a mitigação dos danos, igualmente compartilha deste entendimento Yehuda Adar (2013) quase integralmente em seu artigo aqui citado.

Enquanto a teoria da mitigação tem um viés individualista, a culpa

¹⁰⁴ No original, “That is to say, as far as mitigation of damages is concerned, any self-negligence which is causally linked to the plaintiff’s loss (hereinafter: contributory self-negligence) will inevitably result in the denial of the plaintiff’s right to be compensated for that loss.”

¹⁰⁵ Também é de se pontuar que Yehuda Adar aproxima o conceito do *Duty to Mitigate the Loss* ao da doutrina da culpa concorrente e da culpa exclusiva da vítima, que essa falha na mitigação dos danos muitas vezes apresenta-se sob o aspecto de negligência e dá como exemplo a falha em seguir o conselho médico após um acidente, falha em reparar a propriedade danificada, etc), no entanto, também pode se manifestar sob a forma de imprudência, exemplificando-se na tentativa negligente de tratar um ferimento ou de parar um incêndio, levando ao aumento da lesão inicial (ADAR, 2013, p. 802).

concorrente é mais coletivista, e isso tem repercussões na perspectiva do ser humano, ao contrário das teorias individualistas, as coletivistas percebem os seres humanos não como ilhas isoladas, mas como seres sociais que cumprem seus objetivos e podem se realizar apenas dentro de uma comunidade, por essa razão que há a ênfase nos valores sociais da solidariedade e cooperação mútua.

E mesmo que a doutrina da mitigação e a culpa concorrente tenham se desenvolvido em circunstâncias diferentes, Yehuda Adar (2013, p. 784) observa que elas carregam semelhanças substanciais: “ambas permitem um tribunal ou júri para reduzir a indenização por danos com base em algum tipo de inadimplência do autor”. E que ambas aplicam a mesma regra básica: “o réu não é responsável por qualquer dano causado por sua conduta ilícita, se o autor poderia e deveria ter evitado sofrer esse dano.”¹⁰⁶ (ADAR, 2013, p. 799)¹⁰⁷

A negligência comparativa, mais do que a mitigação, pode ser fundamentada na justiça corretiva, reduzindo perdas recuperáveis 'causadas' pela conduta negligente do credor, enquanto o uso de previsibilidade e mitigação pode ser mais bem justificado em bases consequencialistas. A negligência comparativa [culpa concorrente], cuja introdução também pode ser justificada por razões de eficiência, recorda o conceito de reciprocidade e a obrigação de 'proteger' o interesse da outra parte. Não o fazer impor um ônus adicional e injusto ao devedor.

Seguindo as noções de negligência comparativa [culpa concorrente] tão marcantes no Direito Europeu continental, o Código Civil Alemão (BGB) assim prevê,

§ 254 Negligência comparativa [culpa concorrente]

(1) Se o dano tiver ocorrido por culpa do lesado, a obrigação de indenizar e o montante da indemnização a pagar dependem das circunstâncias, dependem da medida em que o dano foi predominantemente causado por um ou os outra parte.

(2) Isso também se aplica se a culpa do lesado se limitar ao facto de não ter chamado a atenção do devedor para o risco de danos anormalmente elevados, que o devedor não sabia nem devia saber, ou de não ter evitado

¹⁰⁶ Do original: “In fact, both contributory negligence and mitigation of damages apply the same basic rule: Defendant is not liable for any damage caused by his wrongful conduct, if the plaintiff could and should have avoided suffering that damage.”

¹⁰⁷ Além disso, Yehuda Adar (2013, p. 795) explica que além das terminologias, as teorias também diferem na função: por exemplo, o princípio da mitigação muitas vezes é percebido como impondo um dever de mitigar ao demandante. Em contraste, no contexto da culpa exclusiva da vítima ou da culpa concorrente, nenhuma referência explícita é feita a qualquer tipo de “dever” ou obrigação do autor para com o réu.

ou mitigado os danos. A disposição no § 278 se aplica em conformidade¹⁰⁸.

No item 1, vê-se claramente a manifestação da culpa concorrente, reduzindo-se a indenização pelo grau de culpa do prejudicado¹⁰⁹. Já o segundo trata da necessidade de o devedor avisar ao credor da possibilidade de a extensão dos danos serem maiores que o esperado, e no final deste segundo, prevê a hipótese do que se chama de mitigação dos danos, na medida em que se reduz a indenização caso o lesado não tenha buscado evitar ou mitigar os danos, ou seja, usa-se a parcela de culpa do lesado para reduzir a indenização.

E apesar de a razoabilidade estar entre os pressupostos do *Duty to Mitigate the Loss*, não está presente na culpa concorrente, mas isso não é um problema porque a diligência normal exigida¹¹⁰ também engloba a noção de razoabilidade.

Para explicar essa noção, aqui se utilizará do ensinamento de Agostinho Alvim (1949, p. 226) que assim situa a culpa:

Definindo culpa, aludem os autores ao dever violado (elemento objetivo), e à imputabilidade (elemento subjetivo).

A imputabilidade, por sua vez, compreende dois elementos: a) possibilidade, para o agente, de conhecer o dever; b) possibilidade de observá-lo.

Dessa forma, faz-se uma análise da possibilidade de o credor evitar o prejuízo com as medidas ao seu alcance, e caso não aja com essa diligência, perde ou reduz seu direito à indenização tendo em vista seu grau de culpa.

No mesmo sentido se posiciona o Direito Português, a ver:

¹⁰⁸ Do original: § 254 Mitverschulden

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

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

¹⁰⁹ O equivalente no Código Civil Brasileiro (2002) é o artigo 945. “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

¹¹⁰ Para que não se configure a negligência, imprudência ou imperícia.

Art. 570 (Culpa do lesado)

1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, 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.

2. Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar.

Sendo assim, o inadimplemento deve ser entendido como o ato culposo do ofensor que poderá dar ensejo à existência do dano, ou seja, na sistemática da *civil law*, não há como se considerar que apenas a vítima tem culpa, já que o primeiro a romper seu dever foi o polo oposto.

Entretanto, sob a teoria da mitigação, qualquer constatação de autonegligência tem por consequência a penalidade ao credor de suportar integralmente o prejuízo, ou seja, não há colaboração, a doutrina da mitigação conduz a resultados parciais, pois não considera a culpa antecedente do ofensor e espera mesmo assim que o ofendido tenha consciência que deva agir. Toleram-se qualquer culpa que o devedor tenha tido, mas não se admite grau nenhum de negligência do credor em minimizar o dano. Um exemplo da impropriedade deste mandamento pode ser vista no caso de um médico prescrever alguns remédios ao paciente, esquecendo-se de outra comorbidade que o assola; e o paciente, mesmo sentindo-se mal, não ter a atitude de procurar novamente o médico. Caso isso agrave seu quadro, diante da teoria da mitigação, o médico não seria responsável pelo agravamento da situação, já que o paciente teria sido imprudente ao não fazer uma nova consulta.

E é justamente na abordagem diferente para a alocação de automutilação evitável que reside a maior diferença entre a teoria da mitigação e a culpa concorrente. Enquanto esta divide a responsabilidade entre ambos os seus criadores, a mitigação sempre atribui o dano exclusivamente ao autor.

E isso não é sem razão, não se pode esquecer que tais teorias diferem desde suas bases: enquanto a base da norma da mitigação é evitar o desperdício econômico, ou seja, possui um fundamento individualista; a culpa concorrente tem por fundamento a cooperação e a solidariedade, já que ambas as partes teriam responsabilidades, Yehuda Adar (2013, p. 805) apresenta que foi o

surgimento de pensamento político comunitário durante o século XX, que explica a surgimento de negligência comparativa, e nessa visão comunitária, ao contrário das teorias individualistas, os seres humanos não são percebidos como criaturas atomísticas, mas sim como seres sociais que podem cumprir plenamente seus objetivos apenas dentro de uma comunidade, daí a ênfase em valores sociais como cooperação e consideração mútuas,

Na interpretação comunitária aqui oferecida, o imperativo da cooperação e solidariedade é dupla: obriga as pessoas a exercer o devido cuidado ex ante para sua própria segurança e a segurança de outros, e exige que eles aceitem alguma responsabilidade ex post pelo perdas que, agindo de forma negligente ou ilegal, tenham imposto a terceiros ou a eles mesmos¹¹¹. (ADAR, 2013, p. 817)

Ademais, a teoria da mitigação nasce com a teoria de distribuição de riscos, tal como já explicado no tópico “Fundamentos da mitigação dos danos”, aquele que estiver em melhor posição de controle do risco será aquele que também estará em melhor posição de reduzir a probabilidade de sua materialização, bem como a capacidade de lidar com as consequências do risco, caso ocorra.

Nos países que seguem o sistemática anglo-americana, a teoria das consequências evitáveis é muito conhecida¹¹², inclusive entre os civis, de forma que a norma/princípio da mitigação torna-se como uma cláusula tácita, as partes sabem previamente que caso ocorra um dano inesperado, e não tenha sido estabelecido anteriormente qual parte seria responsável por ele, caberá à parte prejudicada empenhar-se em ações para reduzir seu prejuízo, sob pena de suportá-lo. Também é um fato conhecido que, caso a parte dirija esforços na mitigação do dano, o ofensor deverá indenizá-la desses gastos, sendo este mais um incentivo à parte agir para reduzir o dano, visto que mesmo que tenha gastos, eles ainda serão

¹¹¹ Do original: “Under the communitarian interpretation offered here, the imperative of cooperation and solidarity is twofold: it obliges people to exercise due care ex ante for their own safety and the safety of others, and it requires them to accept some responsibility ex post for the losses which by acting carelessly or unlawfully they have imposed on others or on themselves”.

¹¹² Interessante pontuar que enquanto a teoria da distribuição dos riscos é pouco conhecida no Brasil – e países da Europa Continental – o mesmo ocorre com a teoria da culpa concorrente [ou negligência comparativa] nos países que se tem por fundamento jurídico o direito consuetudinário. Sobre isso, Fabrizio Cafaggi (2009, p. 12) observa que, “A inexistência de negligência comparativa [culpa concorrente] nos EUA, quando considerada juntamente com a implantação de outras formas de compartilhamento de riscos e rateio de perdas decorrentes de quebra de contrato, conforma a ideia de que o direito contratual é direcionado principalmente para a alocação de riscos”.

ressarcidos pelo polo oposto.

Entretanto, diante do exposto até aqui, percebe-se que um sistema dualista (“tudo ou nada”) e individualista – que se observa na teoria das consequências evitáveis – não é compatível com a constitucionalização e personalização do Direito Civil, e não é compatível com a noção da obrigação como um processo destinado ao adimplemento e aos princípios da boa-fé e da cooperação.

Ademais, esse sistema maniqueísta do princípio mitigatório desconsidera que nem sempre é fácil decidir qual decisão substitutiva tomar e em qual grau. Charles Goetz e Robert Scott (1983, p. 981) explicam da seguinte forma,

Se o Vendedor subestimar as consequências da violação e, portanto, sua responsabilidade por danos compensatórios, ele investirá menos no comportamento de “salvaguarda” que, de outra forma, aumentaria a probabilidade de desempenho bem-sucedido. Um erro informativo na direção oposta resultará, é claro, em um investimento excessivo no comportamento de proteção e em uma relutância ineficiente em aceitar o risco de violação.

Yehuda Adar (2013, p. 835 – 837) apresenta o exercício mental que o prejudicado deve percorrer até concluir por um caminho, a ver,

Em primeiro lugar, a vítima é obrigada a avaliar razoavelmente a natureza e a extensão dos riscos latente na ofensa ou na lesão já sofrida. Em segundo lugar, a vítima deve examinar maneiras razoáveis de minimizar esses riscos e escolher razoavelmente um deles. Finalmente, depois de ter decidido sobre um meio específico de mitigação, a vítima precisa razoavelmente determinar quanto investir (em termos de dinheiro, tempo e esforço) em prevenção medidas¹¹³. (ADAR, 2013, p. 835)

Nenhuma dessas decisões são simples, vários fatores devem ser sopesados, e mesmo que bem avaliados, até mesmo por especialistas, na prática podem se mostrar como escolhas equivocadas.

Ou seja, reagir adequadamente a uma situação de inadimplência exige que a vítima faça uma escolha; escolha essa que nem sempre é óbvia. O prejudicado pode imaginar, em razão de determinadas circunstâncias, que o

¹¹³ Do original: “First, the victim is required to reasonably assess the nature and the extent of the risks latent in the wrong or the injury already suffered. Second, the victim must examine reasonable ways to minimize these risks and to reasonably elect one of them. Finally, after having decided on a specific means of mitigation, the victim needs to reasonably determine how much to invest (in terms of money, time, and effort) on preventive measures”.

devedor cumprirá em breve a obrigação, o que o impediria de fazer operações substitutivas em tempo hábil.

No Brasil, as doutrinas¹¹⁴ que tratam sobre a teoria da mitigação dos danos, rechaçam que haja relação do *Duty to Mitigate the Loss* à culpa concorrente.

O primeiro argumento que se usa é a ausência de exigibilidade da norma, Christian Sahb Lopes (2013, p. 180) defende que primeiro deve-se analisar a exigibilidade da conduta, e depois analisar se essa observância pode ser imputada ao credor, e como, no entender do autor, o direito não impõe ao prejudicado esse dever, então que haveria culpa. Reforçando seu argumento, ainda cita Laithier:

Se a culpa é definida como a violação de uma obrigação legal, será necessário indicar qual é a norma jurídica que erige a minização em dever para que se possa qualificar de culposa a recusa em diminuir os prejuízos. No entanto, não sendo essa norma especificada, é tautológico o raciocínio de fundar na culpa do credor a obrigação de limitar o dano.

No mesmo sentido, José Eduardo Andrade Martins (2014, p. 127) pontua que,

parece ilógica a limitação dos danos da culpa concorrente sem que haja uma norma jurídica anterior que a fundamente. Se não existe uma regra anterior que abrigue a compreensão de que determinada conduta é ilícita e culposa, não há sentido em imputar à própria vítima a responsabilidade pelos danos sofridos. Neste cenário, a causa da configuração do dano acaba por ser apenas do agente.

Outro empecilho colocado para relacionar a mitigação dos danos à culpa concorrente é quanto ao momento temporal de ocorrência de cada um deles. Christian Sahb (2013, p. 180) observa que na culpa concorrente, a ação do prejudicado é concomitante ou anterior à ação do devedor, sendo que são as ações ou omissões culposas de ambos que geram o dano; e que no caso da norma de mitigação a ação culposa que provocará o dano é só do devedor, e que a ação ou omissão do credor interfere apenas posteriormente, quando poderia ter evitado ou mitigado os prejuízos.

Igualmente se posiciona José Eduardo Martins (2014, p. 126 – 127) sobre a culpa concorrente e a mitigação dos danos, a ver:

¹¹⁴ Vide por exemplo Cristian Lopes (2013, p. 178 – 180), José Eduardo de Andrade Martins (2014, p. 125 e ss.) e Milton Rodrigo Gonçalves (2021).

(...) do caso da culpa concorrente, consiste na necessária concomitância de condutas do agente e da vítima ou até mesmo de o dano ter se iniciado com a conduta da vítima e continuado com a atuação do agente. Ora, a mitigação do prejuízo causado pela vítima (credor), por ordem lógica, é posterior ao dano causado pelo agente (devedor). No âmbito da mitigação, a intervenção da vítima só poderá ser posterior à do agente porque é o cenário de impedimento de agravamento do dano. Assim, é impossível que haja concomitância de condutas.

No entanto, com todo respeito ao trabalho dos autores, há que se esclarecer alguns pontos.

Primeiramente, é de se pontuar que a questão da culpa concorrente é vista hoje muito próxima à causalidade adequada. Inclusive, esse entendimento se encontra consolidado no Enunciado 630 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil (2018),

Enunciado 630: Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios:

(i) há diminuição do *quantum* da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o **percentual causal** do agir de cada um.

O Enunciado tenta extrair do texto do art. 945, CC/2002 uma norma puramente causal, que foi consubstanciado no termo “percentual causal”, ou seja, o fato da ação ou omissão determinante para a ocorrência ou agravamento do dano ter provindo de outra pessoa já limita o nexo causal.

Inclusive, na justificativa de tal Enunciado, foi pontuado que “o que se mede, no confronto entre a conduta do lesante e a da vítima, é em que medida o comportamento de um e de outro gerou eficácia causal”, reforçando a ideia da causalidade.

Paul Ricoeur (2008, p. 48) expõe que há que se pensar nos fenômenos como “iniciativa e intervenção, nos quais se surpreende a ingerência do agente da ação no curso do mundo, ingerência que causa efetivamente mudanças no mundo”.

Ademais, esse é o posicionamento majoritário da doutrina¹¹⁵. Assim, aquele que não tiver em nada contribuído para o resultado danoso deverá ser indenizado integralmente do prejuízo que sofreu, ou, caso tenha sido imputado como responsável, deverá indenizar de acordo com sua “contribuição” ao resultado danoso.

Aguiar Dias (1995, p. 693 - 694) apresenta como justificativa dessa proposição o seguinte exemplo,

É fácil de ver a vantagem que resulta de tal concepção, mais ampla que a da simples culpa, mediante um simples exemplo. Não responde, decerto, uma empresa de transportes urbano, pela morte do indivíduo que se atira voluntariamente sob as rodas do ônibus. Aí, é possível menção à culpa da vítima. Suponhamos, entretanto, que esse indivíduo é louco. Não se pode cogitar de culpa de louco. Mas, por isso, responderá a empresa, quando o fato foi de todo estranho à sua atividade? Claro que não.

Assim, naturalmente pode-se deduzir que a questão da culpa concorrente é mais por uma concorrência de ações ou omissões do que por uma concorrência de culpa em si, já que, do contrário, qualquer ação de um inimputável, mesmo que determinante para a ocorrência de um dano, não poderia reduzir ou retirar a responsabilidade da outra parte.

Ademais, caso ainda sim tome-se por necessário reconhecer a norma exigível para que configure a culpa, pode-se também se utilizar da doutrina alemã de Ludwig Enneccerus (1954, p. 82) que justifica a culpa concorrente – no caso da mitigação – numa culpa imprópria, a ver:

A conduta do prejudicado contribuinte ao dano tem que ter sido culposa. De culpa do prejudicado só se pode falar em sentido impróprio, já que, na realidade, sua conduta não viola nenhum dever jurídico que venha imposto no interesse de outras pessoas, mas só infringe o mandato de atender devidamente a seu próprio interesse (“culpa contra si mesmo”, Zitelmann). Trata-se da omissão da diligência exigida no tráfego, em virtude da qual poderia ter-se evitado o dano próprio.

E ainda que se entenda que a causalidade adequada não pode ser vista sem a ideia de culpa, pode-se pensar também na ideia da obrigação como um

¹¹⁵ Entre outros, ver: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 11. ed. Atualizado por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 388; CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, p. 58-60 e 86-87; MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 360-362; CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexa causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 166

processo destinado ao adimplemento, de forma que ambas as partes devem cooperar para lograr êxito, isso decorre do princípio constitucional da solidariedade e também da dignidade humana, “isso porque, ao deixar de agir de maneira razoável diante de uma conhecida violação de seus direitos, a vítima do ato ilícito sinaliza seu desrespeito aos valores fundamentais da cooperação, solidariedade e consideração mútua”. (ADAR, 2013, p. 821) Assim, o descumprimento da cooperação seria uma atitude culposa.

Também poderia se cogitar na aplicação da limitação ao exercício abusivo de um direito, que também se configura como ato ilícito nos termos do art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”¹¹⁶.

De forma que a suposta ausência de culpa não seria um impeditivo da vinculação do *Duty to Mitigate the Loss* com a culpa concorrente.

Já quanto ao segundo argumento, de que na culpa concorrente a ação do ofensor e o ofendido concorrem para o dano, e que no caso da mitigação, a ação ou omissão do ofendido seria após a ocorrência do dano, ou seja, os momentos seriam distintos; não condiz com a realidade.

Tal argumento contém graves impropriedades, primeiro que a norma da mitigação aduz que após o inadimplemento, cabe ao ofendido tomar medidas para evitar ou reduzir o dano, ou seja, o dano pode nem mesmo ter ocorrido, a única coisa que deve ter ocorrido é o inadimplemento.

E para a ocorrência do dano, pode-se juntar o inadimplemento do devedor/ofensor com a omissão ou negligência do credor/ofendido, dessa forma, há perfeitamente a concorrência de culpas se encaminhando para o dano.

Assim, não se pode confundir a ocorrência do inadimplemento com a ocorrência do dano, tanto que isso se vê claramente em um fato emblemático sobre mitigação ocorrido na Inglaterra com a companhia Underground Electric Railways Co of London Ltd. Os demandantes adquiriram turbinas a vapor para uso em sua ferrovia, no entanto, a eficácia das turbinas era diferente das especificações

¹¹⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

contratuais, o que fez com que pouco tempo depois adquirissem turbinas mais potentes de outra empresa. Então, pleitearam dos primeiros vendedores o custo desta substituição e a quantidade de combustível excessiva que tiveram que utilizar para que as turbinas funcionassem. No entanto, constatou-se que eles estavam em melhor situação do que com as turbinas antigas, razão pela qual um dos lordes julgadores concluiu que a diminuição da perda poderia ser levada em consideração e operada para reduzir os danos dos queixosos a zero, já que na verdade estavam tendo lucro – e não prejuízo – com a substituição (BARNETT, 2016, p. 810 – 811).

Ou seja, o inadimplemento não está vinculado necessariamente ao dano. Ainda que seja incomum o queixoso ter lucros a partir do inadimplemento, fato é que mesmo nos casos corriqueiros pode ser observada essa diferença entre dano e inadimplemento. Como no exemplo do comprador não receber as mercadorias, nesse caso, até aquele momento, o vendedor não tem prejuízo, o prejuízo só ocorrerá se ele não conseguir alguma operação substituta para aquelas mercadorias, como por exemplo, vender a outra pessoa, ou armazenar adequadamente até que localize o comprador para receber as mercadorias.

Ademais, nem mesmo a simultaneidade é inerente no conceito de culpa concorrente, o alemão Ludwig Enneccerus (1953, p. 82) pontua que,

A omissão da diligência pode consistir em que o prejudicado contribua para causar o nascimento do dano, ou em descuidar de que seja evitado ou minimizado, quando possível, ou em ter omitido fazer presente ao devedor o risco de um dano extraordinariamente elevado.

Aliás, tal informação também consta no Enunciado 630 da VIII Jornada de Direito Civil (já citado acima, mas aqui se dará mais destaque em outros pontos), a ver:

Enunciado 630: Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do *quantum* da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, **ou o seu agravamento**, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas **ou sucessivas**, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um.

No tópico I se extrai que não se exige que o credor tenha contribuído efetivamente para o dano em si, sua ação ou omissão pode ter sido determinante apenas para o agravamento do resultado. Ademais, no tópico II se observa que as condutas não precisam ser simultâneas, podendo ser sucessivas.

Tanto que na doutrina estrangeira, a culpa concorrente está ligada a uma causação branda, ao que se explica o adjetivo “branda” da seguinte forma,

A teoria merece o título de “suave” por três razões. Primeiro, porque permite que tribunais e júris realizem uma avaliação do nexos causal relativo contribuição de cada parte com base em uma avaliação aproximada do grau de risco criado por a conduta de cada parte, mesmo quando parece não haver forma científica de verificar a precisão de tal avaliação; e segundo, porque a repartição não é puramente causal, mas também se baseia em uma avaliação do grau relativo (comparativo) de culpa manifestado na conduta culposa de cada uma das partes. Em terceiro lugar, sob comparação negligência, a negligência do autor não é necessariamente considerada como quebra do nexos causal ligação entre a conduta ilícita do réu e a perda evitável do autor¹¹⁷. (ADAR, 2013, p. 809)

Também pode-se inferir que a culpa concorrente esteja ligada à causalidade concorrente¹¹⁸: “uma condição que concorre para a produção do dano junto com a conduta inicialmente imputada, modificando o curso normal do processo causal iniciado”. (MULHOLLAND, 2009, p. 105)

Por fim, também pode ser usado o argumento de que a teoria da mitigação está alocada no Direito contratual enquanto a culpa concorrente pertence à responsabilidade civil. No entanto, Yehuda Adar (2013, p. 793) observar que princípio mitigatório foi absorvido pela lei de responsabilidade civil onde é frequentemente invocado pelos réus em seus esforços para reduzir o escopo de sua responsabilidade em danos aos autores lesados. Assim, ainda que se diga que tal teoria não pertence à seara da responsabilidade civil, é aí que repousa e é

¹¹⁷ Do original: “The theory deserves the title “soft” for three reasons. First, because it allows courts and juries to perform an assessment of the relative causal contribution of each party based on a rough assessment of the degree of risk created by the conduct of each party, even when there seems to be no scientific way of verifying the precision of such an assessment; and second, because the apportionment is not purely causal, but is based also on an assessment of the relative (comparative) degree of fault manifested in the faulty conduct of each of the parties. Third, under comparative negligence, the plaintiff’s negligence is not necessarily regarded as breaking the causal link between the defendant’s wrongful conduct and the plaintiff’s avoidable loss.”

¹¹⁸ E a doutrina hoje pontua diversas espécies de causalidades, como por exemplo, Fernando Noronha (2003, p. 647) observa que na causalidade colateral, cada uma das partes seria suficiente para causar todo o dano; na causalidade concorrente, as práticas das partes são necessárias para a ocorrência do dano, e a causalidade cumulativa seria aquela “de independente causação por cada pessoa, cada uma praticando um fato diferente, de uma parte delimitada do dano”.

massivamente aplicada.

Todavia, ainda que os argumentos apresentados pela doutrina nacional possam ser rebatidos, há que se considerar que, de fato, há pontos realmente distintivos entre as teorias.

Além da diferença de fundamentação entre a culpa concorrente e da teoria da mitigação, há outras singularidades, ao que Anne Michaud (1984, p. 309) expõe que,

A mitigação parece estar intimamente relacionada com outras doutrinas que também desempenham um papel na medição da extensão das perdas recuperáveis, nomeadamente causalidade, negligência contributiva e afastamento, mas a mitigação possui certos atributos particulares que a diferenciam dessas outras doutrinas. Esses atributos são encontrados principalmente em seus fundamentos legais, considerações de política, como evitar o desperdício e a eficácia das transações.

Outra diferença é apontada por Anne Michaud (1986, p. 300), que pontua que não há como considerar a teoria da mitigação e a culpa concorrente como uma coisa só porque a teoria da mitigação tem inclusa uma norma: o ônus de mitigar seu próprio prejuízo, enquanto a culpa concorrente não a possui.

Também difere quanto ao resultado em si: no caso da teoria da mitigação, o esforço deve ser na tentativa, não se exige, entretanto, que o prejudicado seja capaz de efetivamente evitar o dano.

Assim, há que se mencionar que é comum os países de origem romano-germânica vincularem a mitigação à ideia de causalidade, seja através da culpa exclusiva da vítima ou da culpa concorrente. No entanto, verifica-se que há similaridades, principalmente com relação à culpa exclusiva da vítima, mas nenhuma delas se amolda completamente à referida teoria do direito consuetudinário.

4.3 A NORMA DE MITIGAÇÃO EM SOLO BRASILEIRO

Diante das considerações feitas até agora, observa-se que, apesar da teoria do *Duty to Mitigate the Loss* ser originária dos países que adotam o direito consuetudinário, esta se dispersou amplamente pela Europa, atingindo também os países de tradição romano-germânica.

Tal é a notoriedade da norma que a Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG; ou Convenção de Viena de 1980; instrumento internacional que prevê normas uniformes de venda internacional de bens – em seu artigo 77 dispõe sobre a mitigação dos danos, a ver:

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.

Inclusive o Brasil é um dos signatários desta Convenção em Viena (1980), sendo que em outubro de 2014 foi promulgada pelo Governo Federal através do decreto nº 8.327.

Em princípio, tal artigo não teria aplicação no Direito interno brasileiro porque a CISG tem validade somente quanto ao comércio internacional.

Mas então veio a jurista Véra Fradera.

Tendo o Artigo 77 a CISG como ponto de partida, a mencionada jurista sugeriu na III Jornada de Direito Civil o seguinte enunciado, “o credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo”, após as discussões de praxe, foi editado com a seguinte redação “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” (Enunciado 169 do CJF).

Não se pode esquecer que, nos países que se utilizam do sistema da *common law*, o *Duty to Mitigate the Loss* é instituto autônomo. José Eduardo Martins (2014, p. 17) observa a autonomia do instituto da seguinte forma,

Sob diversas alcunhas, como mitigation principle ou doctrine of avoidable consequences, a norma de mitigação foi desenvolvida paulatinamente pela doutrina e pela jurisprudência dos países de common law, sendo traçados os seus próprios contornos, o que contribuiu para estabelecê-la como um instituto autônomo.

Quanto à natureza jurídica, entende-se que o “dever” que o prejudicado tem de reduzir o próprio prejuízo não pode ser considerado um dever propriamente dito, do contrário, isso daria direito ao devedor de acioná-lo

judicialmente pleiteando obrigação de fazer em face do credor para mitigar o dano que teve origem com a inadimplência do próprio devedor. Assim, o credor seria penalizado duplamente: primeiro em razão da inadimplência, e em um segundo momento por uma ação judicial que lhe obrigaria a abster-se de seu próprio prejuízo. Isso porque, vez que é o próprio credor que terá que suportar o prejuízo caso não tome atitudes, também se não agir, o direito não pode lhe obrigar a não receber o dano caso queira senti-lo.

Assim, é um tanto pacífico que a natureza jurídica é de ônus, tal como já apresentado no tópico 2.4 desta dissertação.

No entanto, nos países que adotam o sistema da *Civil Law*, já que as normas decorrem da interpretação da lei, faz-se um esforço para estabelecer seu lastro, como exemplo, está o Direito alemão que coloca tal ônus junto à culpa concorrente.

Isso também decorre da própria Constituição Federal Brasileira¹¹⁹, vez que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, vige o princípio da legalidade, permitindo que alguém só seja obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei.

A questão, então, a ser discutida aqui, é qual o fundamento legal da norma, para que o credor possa ser penalizado com a perda da indenização caso não tome atitudes para mitigar seu próprio prejuízo, isso porque, apesar de o *Duty to Mitigate the Loss* não ser um dever propriamente dito, ele possui uma consequência negativa de impedir o credor de ser indenizado dos danos que poderia ter evitado.

Assim, para que a teoria da mitigação [também prevista no art. 77 da CISG] pudesse ter aplicação nas relações internas brasileiras, a jurista Vera Fradera sugeriu o enunciado (En. 169) que atribui ao credor o ônus de reduzir o próprio prejuízo em razão da boa-fé objetiva.

Em razão de tal preceito, majoritariamente entende-se no Brasil que tal teoria está vinculada ao princípio da boa-fé objetiva.

Bruno Terra de Moraes (2019, p. 55) explica a vinculação da referida norma de mitigação à boa-fé,

¹¹⁹ Constituição Federal, art. 5º, II: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

(...) se, após o inadimplemento contratual, o credor não age para mitigar seus danos, mas mesmo assim vem cobrar indenização por eles, essa atitude, indubitavelmente, violará a boa-fé objetiva. Para que fique mais claro: ainda que se entenda que a não mitigação, por si só, não atinge a esfera jurídica alheia (...) em caso de posterior cobrança pelos danos não cobrados, estar-se-á infringindo a boa-fé objetiva.

Também, nesse sentido, explica Vera Fradera (2005, p. 175),

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, de acordo com o disposto no art. 422, o duty to mitigate the loss poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação.

A boa-fé objetiva se constitui por um agir correto, é a conformidade de uma ação com a honestidade, lealdade e probidade. Fazendo a correlação com a Constituição, a boa-fé seria a própria expressão da dignidade humana no âmbito privado (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 61).

E a escolha de tal princípio não foi aleatória, além de ter esse significado de probidade, lealdade, ainda foi inserido no Código Civil sob a forma de cláusula geral, e tal como já mencionado no decorrer desta pesquisa, são “normas (parcialmente) em branco” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 329); normas jurídicas abertas permitindo ao aplicador do direito amoldar a norma ao caso concreto.

Basicamente são dirigidas ao juiz, como um mandato, para que, “à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 303)

Mas cláusula geral não se confunde com princípio, Pietro Pierlingieri (2003, p. 17-18) esclarece a diferença,

A norma é instrumento de valoração do comportamento: no princípio, o parâmetro valorativo é certo (é o valor que o princípio determina que se aplique no que for possível), mas é incerto o nível de satisfação concreta do valor; na cláusula geral, é incerto o parâmetro de valoração, pois a disposição que contém uma cláusula geral tem sentido vago. Ocorre um procedimento ulterior de atribuição de um significado claro à cláusula geral, e, conseqüentemente, de individuação e aplicação da norma.¹²⁰

¹²⁰ Do original: La norma è strumento di valutazione del comportamento: nel principio il parametro di

Por exemplo, no caso do art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, cabe ao juiz decidir na situação de fato se a conduta dos contratantes foi guiada pela boa-fé, para tanto, ele deve fazer um juízo de valor a respeito do que seria agir com boa-fé em certa situação, o julgador será então remetido a um padrão de conduta aceito em determinado tempo e espaço.

Assim, no Brasil, judicialmente a teoria da mitigação veio sendo aplicada, majoritariamente como dever anexo da boa-fé de forma autônoma; ou ligada ao dever anexo da cooperação; ou ainda ligada à função da boa-fé de limitação ao exercício abusivo, ou seja, sua utilização está ligada ao princípio da boa-fé objetiva. Assim, ainda que a norma de mitigação não esteja prevista expressamente em lei, sua aplicação no Brasil seria legítima, vez que decorreria da cláusula geral da boa-fé objetiva, com previsão expressa no art. 422 do Código Civil¹²¹, ou seja, teria validade em âmbito nacional.

No entanto, esse parece que também não é o melhor lastro da teoria; primeiro que os fundamentos diferem substancialmente, enquanto o princípio da mitigação tem bases eminentemente individualistas, a boa-fé tem fundamento humanista; ademais, enquanto o princípio mitigatório é dualista – tudo ou nada, caso o prejudicado não tenha tomado medidas para evitar ou reduzir o dano, terá que suportar integralmente o prejuízo, sem considerar a parcela de responsabilidade do devedor inadimplente –, já o princípio da boa-fé, em razão de suas bases, não fica alheio à atitude do ofensor.

Sobre isso, Yehuda Adar (2013, p. 838) também lembra que a teoria da mitigação não tem base cooperativa, porque no caso do credor descumprir o ônus de mitigação do próprio prejuízo, ele deverá suportá-lo integralmente; em momento algum se fala no inadimplemento do devedor influenciando o atitude do credor, ou seja, pela norma das consequências evitáveis mesmo que a atitude do devedor tenha sido propositalmente prejudicial do credor, não haverá a ponderação

valutazione è certo (è il valore che il principio comanda di attuare quanto più è possibile) ma è incerto il livello di soddisfazione in concreto del valore; nella clausola generale è incerto il parametro di valutazione poiché la disposizione che contiene una clausola generale ha un significato vago. Occorre un ulteriore procedimento per attribuire alla clausola un significato chiaro e, in conseguenza, per individuare e applicare la norma.

¹²¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

de atitudes para aquilatar a responsabilidade de cada um, simplesmente se desconsidera a atitude do devedor e o credor suporta integralmente caso não tenha agido pela mitigação.

Como o único beneficiado é o devedor, não se cogita a possibilidade de redução dos prejuízos suportados, ou, em outras palavras, que o devedor indenize parcialmente o credor no caso de atitudes desarrazoadas dele mesmo. Daí porque não se dizer que essa teoria tenha fundamento cooperativista.

A crítica que está sendo feita aqui não diz respeito à possibilidade de a teoria fazer com que o credor suporte os prejuízos caso não tome atitudes razoáveis para evitar o dano, mas sim porque a teoria não considera de forma alguma a conduta do devedor durante este processo.

Caso se quisesse afirmar que tal teoria está vinculada ao dever anexo de cooperação, chegar-se-ia a afirmar que a cooperação deveria valer apenas para o credor, que o devedor não teria tal incumbência.

Ou seja, a boa-fé não é o instituto mais apto a respaldar o princípio da mitigação.

Curioso que em 2018, na VIII Jornada de Direito Civil, foi editado um novo enunciado sobre o *Duty to Mitigate the Loss*, nos seguintes termos,

ENUNCIADO 629 – Art. 944: A indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização.

Nesse enunciado, vê-se que não há nenhum vínculo com a boa-fé, tal como havia no Enunciado 169 sugerido pela jurista Vera Fradera.

Ademais, na justificação, nota-se um caráter autônomo da norma de mitigação, a ver:

Justificativa: A inclusão de um artigo que verse sobre a “mitigação do prejuízo” pode ser de grande valia para se disciplinar o comportamento da vítima diante da ocorrência de um ato ilícito.

A previsão legislativa de caráter geral não deve confundir a mitigação com a culpa concorrente; não deve ser tratada como exceção ao princípio da reparação integral; não deve limitar a aplicação para a responsabilidade contratual ou extracontratual; não deve restringir o tema ao agravamento do

dano.

O texto deve tratar a mitigação como ônus jurídico; abarcar as condutas de agravamento e de evitabilidade; pautar a conduta na possibilidade de diminuir as consequências lesivas; prever o parâmetro da razoabilidade; incluir os custos, os danos extrapatrimoniais, a responsabilidade civil do Estado e o direito do consumidor. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018)

Na *common law* é possível a inserção de uma norma de forma autônoma, naquele sistema, o direito é construído justamente pelas decisões judiciais, assim, no caso concreto os tribunais podem criar normas de observância geral.

Ademais, tal como já explicado no tópico 2.2, a norma de mitigação decorre de uma ideia individualista de proteger os próprios interesses com o intuito de evitar o desperdício econômico, ou seja, não tem absolutamente nada a ver com o princípio da cooperação.

Assim, de fato, o Enunciado 629 do CJF é muito mais adequado ao princípio da mitigação de danos do que o 169, porque desse modo, não ocorre a impropriedade de vincular uma teoria que não tem base alguma de cooperação, de consideração para com o próximo, ao princípio da boa-fé objetiva.

Mas, apesar de o Enunciado 629 ser mais adequado, isso não quer dizer que a teoria da mitigação seja a mais adequada ao Brasil; o referido enunciado apresenta a idêntica solução americana e britânica acerca da teoria da mitigação: torná-lo um princípio autônomo, mas não significa que isso esteja alinhado com o ordenamento jurídico brasileiro.

Uma vez que se está diante da inserção de teoria estrangeira ao cenário nacional, seu conceito deve ser contextualmente compreendido para se evitar distorções.

Primeiro é de se pontuar que o princípio da sociabilidade, está presente nos países que tem por fonte o direito romano – como o Brasil – , isso porque, o *ius civile* romano se desenvolveu

em um processo de crescente humanização, sob o influxo do estoicismo, pelo apreço da humanitas e pela extraordinária benignidade do espírito cristão, culminando no estabelecimento de uma efetiva esfera diferenciada de proteção ao devedor, o que justifica pensar, a partir dele, em um verdadeiro favor debitoris. (MOTA, 2006, p. 315)

Antes disso, conhecidas eram as disposições da Lei das XII Tábuas pelas quais o devedor respondia pela dívida com o próprio corpo. Então, paulatinamente, esse rigor foi se amenizando. Em 326 a.C. a *Lex Poetelia Papiria*¹²² oficializou um sensível abrandamento nos meios de execução das dívidas impedindo que a execução recaísse sobre a pessoa do devedor, mas apenas sobre o seu patrimônio.

Séculos depois houve o aprofundamento do humanitas com os imperadores cristãos¹²³, tanto que no *Corpus Juris Civilis*, no Digesto (ano 530 d. C., aproximadamente), já havia a noção de cooperação, inclusive com sinais da teoria da mitigação, nos seguintes termos,

D. XIII. Ulpiano. Comentários ao Édito, livro XXXI. Sempre que um credor tenha dado instruções aos escravos em vários ofícios, uma contra-acção mentirá se eles já tiverem adquirido conhecimentos nestas matérias, ou se a instrução tiver sido dada com o consentimento do devedor. Mas se nenhum dos dois foi o caso, e os negócios foram necessários, a contra-acção mentirá, mas não na medida em que o devedor será obrigado a perder os

¹²² Em própria citação do jurista romano Tito Lívio: “Caio Públio se havia entregado a [Lúcio] Papírio como escravo para resgatar as dívidas de seu pai. A idade e a beleza do jovem, que deveriam ter provocado a piedade de Papírio, despertaram nele uma paixão viciosa. Considerando a beleza do jovem como um acréscimo de suas riquezas, tratou primeiramente de seduzi-lo com propostas obscenas. Como Públio permanecesse surdo e desprezasse aquela indignidade, passou a amedrontá-lo com ameaças, lembrando-lhe constantemente sua atual condição. Finalmente, ao ver que ele pensava mais em sua qualidade de homem livre do que em sua situação presente, mandou que o desnudassem e trouxessem as varas. Dilacerado pelos golpes, o jovem conseguiu escapar e correu pelas ruas da cidade, bradando contra a infâmia e a crueldade do usurário. Uma grande multidão, comovida pela idade do jovem e indignada com o ultraje, lembrando-se também de sua própria condição e da de seus filhos, acorreu ao Fórum e de lá partiu em coluna para a cúria. Forçados por aquele tumulto imprevisto, os cônsules convocaram o Senado. À medida que os senadores entravam, o povo se arrojava aos seus pés, mostrando-lhes o dorso dilacerado do rapaz. Naquele dia, em virtude da violência de um só homem desfez-se um dos mais fortes vínculos do crédito. Os cônsules receberam ordem de propor ao povo que, no futuro, nenhum cidadão ficasse sujeito à cadeia ou aos grilhões enquanto aguardasse o castigo, a menos que tivesse cometido algum crime. Os bens do devedor, e não seu corpo, responderiam pelas dívidas. Assim, libertaram-se todos os escravos por dívidas e tomaram-se providências para que, daí por diante, nenhum devedor fosse preso.” (LIVIO, 1989, p. 181 - 182)

¹²³ Inclusive Giovanni Pugliese (1998, p. 975) comenta sobre a origem do instituto do *favor debitoris* nos seguintes termos: “Este *favor debitoris*, por um lado, dependia com toda a probabilidade de razões econômicas inerentes ao empobrecimento geral, especialmente nas províncias ocidentais, pelo que a condição dos devedores era dificultada, por outro lado, e razoavelmente relacionada ao cristianismo e a sua difusão”. Do original: “Questo favor per il debitore, da nn lato, dipese con ogni probabilità da ragioni economiche inerenti al generale impoverimento, specie nelle province occidentali, onde la condizione dei debitori veniva resa dura, da un altro lato e ragionevolmente da mettere in rapporto col Cristianesimo e la sua diffusione”.

É de se pontuar que o termo “favor” significa uma posição mais vantajosa. E comumente está ligado a noção de favor debitoris, o instituto que se tornou verdadeiro princípio de direito, que possui representantes em vários artigos do Código Civil que beneficiam sobremaneira o devedor, entre tantos exemplos, cite-se o art. 133 do CC/02 apontado que presume-se o prazo em favor do devedor.

escravos por causa do montante da despesa; pois, tal como o credor não é prejudicado a negligenciar a propriedade por malícia e negligência, também não lhe é permitido colocar o que é penhorado em tal condição que a sua recuperação seria onerosa para o devedor; como, por exemplo, quando uma grande parcela de terra é dada em penhor por um homem que dificilmente a pode resgatar, e nem sequer a pode cultivar, e você, tendo-a recebido em penhor, cultiva-a de modo a torná-la de grande valor; como, de facto, **não é só que eu deva ser obrigado a procurar outros credores, ou a vender o que desejava recuperar, ou deixá-la nas suas mãos através da força da pobreza. Estes assuntos devem ser considerados pelo juiz, que deve tomar um rumo intermédio, para não ouvir as objecções triviais do devedor, ou as pretensões opressivas do credor.** (Digesto, tradução de 2022, p. 909 – 910)¹²⁴ (meu grifo)

Neste final se observa a menção a operações substitutivas que se deve fazer, ou então entregar tudo o que deve e ficar à mingua, em nítida da atuação da norma de mitigação, e que ao final, tudo isso deve ser considerado pelo juiz que deve escolher pelo caminho do meio, ou seja, não deve ficar adstrito “as objecções triviais do devedor, ou as pretensões opressivas do credor”, em outras palavras, há a preocupação com o ser humano em si, o melhor caminho não é aquele que coloca as partes em vantagem ou desvantagem desmedida, mas aquele em que ambos possam prosperar conjuntamente.

Assim, está na essência da *Civil Law* a noção de solidariedade, de humanidade.

Entretanto, o Direito não se desenvolveu da mesma forma nos países que seguem o direito anglo-saxão, pois não havia esse fundamento cooperativista, tanto que desde o século XVIII o princípio da mitigação é visto como impeditivo ao desperdício econômico, tendo raízes individualistas.

Além da boa-fé, a teoria da mitigação também não se coaduna com a moderna noção de obrigação, hoje entende-se a obrigação como um processo em que ambos os polos devem trabalhar para se alcançar o adimplemento.

¹²⁴ Nesse período também passa-se a admitir a exclusão de alguns bens da execução patrimonial para garantir a subsistência do devedor evitando que fosse reduzido à indigência, tudo de acordo com a noção mais humanizada do direito.

5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA DE MITIGAÇÃO PURA NO BRASIL

5.1 A TEORIA DA MITIGAÇÃO PODE SER CONSIDERADA FILHA DA BOA-FÉ OBJETIVA?

Tal como mencionado, no Brasil, a introdução da teoria da mitigação se deu oficialmente em 2004 com o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil estabelecendo que o princípio da boa-fé objetiva deveria levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Em razão da boa-fé objetiva estar redigida sob a forma de cláusula geral, e em razão das múltiplas funções que desempenha, há quem acredite que a norma da mitigação estaria junto ao dever da cooperação; outros que seria um dever anexo autônomo, tal como a cooperação; como sucedâneo da função vedadora do exercício de um direito abusivo; ou mesmo associado aos deveres laterais, tais como o *venire contra factum proprium*¹²⁵ – vedação do comportamento contraditório¹²⁶.

No início, tal teoria foi aplicada muitas vezes de forma radical. Por exemplo, no caso do Resp nº 758.518 - PR (2005/0096775-4¹²⁷) julgado em 2010 em

¹²⁵ Nesse sentido, observa Véra Fradera (2004, p. 174) que “O interessante é que a jurisprudência francesa utiliza outro conceito, também derivado da boa-fé, o da proibição de *venire contra factum proprium*, como justificativa para sancionar o comportamento do credor faltoso em relação à *obligation de mitigation*. A título de exemplo, vale referir o caso *Baillieux c. Jarety*, em que um locador permaneceu 11 anos sem cobrar os aluguéis e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer seu direito, com fundamento na proibição de *venire contra factum proprium*. Outra maneira encontrada pelos juízes franceses para solucionar a problemática do descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo está na invocação do conceito de abuso de direito, tão caro à doutrina daquele país”.

¹²⁶ Nesse último sentido, Bruno Terra de Moraes (2019, p. 79) explica a vinculação da referida norma de mitigação à boa-fé, “(...) se, após o inadimplemento contratual, o credor não age para mitigar seus danos, mas mesmo assim vem cobrar indenização por eles, essa atitude, indubitavelmente, violará a boa-fé objetiva. Para que fique mais claro: ainda que se entenda que a não mitigação, por si só, não atinge a esfera jurídica alheia (...) em caso de posterior cobrança pelos danos não cobrados, estar-se-á infringindo a boa-fé objetiva”.

¹²⁷ DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de

que o promitente-comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato em 1994, abandonando posteriormente o imóvel em setembro de 2001. Contudo o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse cominado com pedido de indenização.

O vendedor alegou que a demora no ajuizamento da ação de reintegração de posse (7 anos) jamais poderia acarretar penalidade para o vendedor, até porque na época, o prazo prescricional dessa ação era de 20 anos, ou seja, a ação foi intentada em menos da metade do prazo prescricional.

Entretanto, mesmo assim a decisão foi de redução da indenização para um ano de ressarcimento ao invés de sete, em face da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o ajuizamento “tardio” da demanda competente.

No caso, não houve abuso de direito nem o desrespeito de outros deveres anexos. Inicialmente o dever de pagar seria do comprador, e ele sabia disso. Reduzir os sete anos de indenização para tão somente um ano é interpretar erroneamente a teoria do *Duty to Mitigate the Loss* visto que o credor estava dentro do prazo para o exercício de seu direito.

Tanto que hoje houve a alteração do entendimento. Como se vê no julgado abaixo, a simples demora no ajuizamento da ação não é causa suficiente para afastar os encargos moratórios do contrato, devendo, ainda, ter sido promovida a criação de expectativas pelo credor de que a dívida seria cobrada menor ou mesmo não cobrada, ou, ainda, que tenha violado deveres anexos ao contrato,

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015 E

cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

(REsp n. 758.518/PR, relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17/6/2010, REPDJe de 1/7/2010, DJe de 28/06/2010.)

CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DA AUTORA. TEORIA DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser afastada a alegada violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

2. Não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção da prova solicitada quando demonstrada a suficiência da prova existente nos autos (para a formação do convencimento do julgador) ou quando constatada a inutilidade da prova requerida.

3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

4. Conforme a regra do art. 202, inciso V, parágrafo único, do Código Civil, qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor interrompe a prescrição, que voltará a ser contada somente após o trânsito em julgado da decisão judicial que ponha fim ao processo que a interrompeu.

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, **a simples demora no ajuizamento da ação não é causa suficiente para afastar os encargos moratórios do contrato, devendo, ainda, haver a criação de expectativa pelo credor de que a dívida seria cobrada menor ou mesmo não cobrada**, ou, ainda, que tenha violado deveres anexos ao contrato. Teoria do duty to mitigate the loss.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(AglInt no AREsp n. 2.079.543/GO, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 31/3/2023.) (meu grifo)

Outro exemplo é do Agravo de Instrumento 5018209-45.2021.4.04.0000 da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª região, de relatoria da Dra. Vivian Josete Pataleão Caminha, julgado em 09 de maio de 2021; trata-se de ação movida por empresa de turismo com loja em vários aeroportos pedindo a rescisão do contrato junto a Infraero e o afastamento da multa, visto que, em razão da pandemia, as lojas permaneciam fechadas por determinação pública, assim, a empresa continuava com a obrigação de pagar os alugueis e encargos, mesmo sem possibilidade alguma de rendimento.

Argumentou ainda a parte autora que, apesar de a Infraero ter proposto medidas para o enfrentamento da pandemia, tais medidas se revelaram insuficientes, visto que as empresas continuam sem fazer negócios.

E a decisão foi em um sentido ponderativo, de equidade entre as partes, da busca da justiça no caso concreto. Expõe a decisão que “se todos os locatários forem embora, a Infraero terá prejuízos maiores, significativamente maiores, do que os esperáveis se as pequenas empresas locatárias sobrevivessem e a reabertura do Aeroporto fosse feita com lojas iluminadas, mercadorias expostas,

vendedores em ação” (BRASIL, 2021). Entretanto, complementa dizendo que “de fato a concessão de medida para a rescisão do contrato, com a retirada de todos os equipamentos do lojista, é irreversível. Porém, igualmente irreversível para o lojista é a manutenção do contrato, com o aumento do montante das dívidas, imobilização dos recursos físicos que estão na área explorada e impossibilidade de gerar qualquer renda” (BRASIL, 2021).

Dessa forma, o Tribunal entendeu pela aplicação da teoria do *Duty to Mitigate the Loss*, justificando que inúmeras vezes há a constatação, na prática, de situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, vendo o prejuízo se avolumar, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.

No caso, não havia mais interesse das partes em manutenção do contrato, entretanto, a Infraero se manifestou pelo aceite da rescisão somente após o pagamento dos débitos locatícios e da multa; fato é que a continuidade artificial do contrato apenas geraria mais dívidas para a concessionária, a exigência de quitação dos débitos vencidos para o encerramento do negócio jurídico é um contrassenso, entendendo o Tribunal que o comportamento da Infraero foi no sentido de aumentar o montante da dívida, potencializando a geração de despesas próprias com medidas de cobrança e reintegração de posse da área.

Decidiu-se que, independentemente da discussão que poderia ser travada na esfera administrativa ou judicial sobre a forma de rescisão contratual e eventuais valores que deveriam ser pagos pelos envolvidos (multa rescisória etc.), deveria ter sido considerado encerrado o contrato no momento em que a empresa notificou a Infraero da rescisão para que fosse evitado o aumento da dívida da concessionária/autora e das despesas da Infraero/ré. (BRASIL, 2021)

Sobre a possibilidade da extinção do contrato justificada na teoria do *Duty to Mitigate the Loss* para reduzir os danos do devedor já expôs Judith Martins-Costa (2018, p. 608),

Se o caso concreto evidenciar que os danos seriam maiores se a parte não tivesse requerido a extinção, então a exigência parece justificada e a contraparte deve aceitar o exercício do poder extintivo, sob pena de caracterizar-se, pela negativa, um exercício jurídico disfuncional (ou abusivo), além do inadimplemento.

No caso, a decisão é bem clara pela aplicação da teoria do *Duty to Mitigate the Loss*, entendendo que a exigência da Infraero de que a empresa quitasse todos os débitos para que só então fosse formalizada a rescisão contratual fez com que se avolumasse o débito; há meios legais para realizar essa cobrança, não havia a necessidade de se aguardar o pagamento para se realizar a rescisão, dessa forma, afastou-se os débitos locatícios gerados após a notificação da Infraero sobre a rescisão.

Fato é que nas primeiras decisões sobre a teoria, ainda não havia muita discussão do que significaria o “dever de mitigar o prejuízo”, mas com o aprofundamento dos estudos, houve o refinamento de sua implementação, no entanto, ao que parece, com o simples dever de cooperação já se chegaria ao mesmo resultado, sem precisar invocar teoria nova.

À parte da natureza jurídica e dos princípios vinculados à teoria do *Duty to Mitigate the Loss*, certo é que no ordenamento jurídico nacional, não há um dispositivo legal determinado literalmente que o credor teve agir razoavelmente para impedir o incremento de seu próprio prejuízo ou, em outras palavras, que deva agir ajudar a reduzir o débito do devedor. No entanto, como se apresenta que o lastro de tal teoria seria o princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), teria sim legitimidade no ordenamento jurídico nacional.

No entanto, parece que não há um encaixe perfeito entre a teoria e esse princípio ético. Não se pode olvidar que uma violação à boa-fé objetiva se configura juridicamente como uma violação positiva do contrato, que foi encampada como uma das espécies de inadimplemento¹²⁸. E a consequência do inadimplemento é apresentada pelo art. 389 do Código Civil: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”, ou seja, numa análise simplista, o prejudicado responderia por perdas e danos no caso de descumprir a norma da mitigação. Ou seja, o prejudicado seria duplamente penalizado: por ter suportado o inadimplemento da outra parte e ao ter que se responsabilizar pelas perdas e danos do devedor em razão do seu descumprimento do ônus de mitigação.

¹²⁸ O tema inadimplemento e violação positiva do contrato já foi apresentado no tópico 3.3.1 “Inadimplemento da obrigação”.

Aliás, esse é o problema de relacionar a norma de mitigação (que é um ônus) ao princípio da boa-fé objetiva (que é um dever). Eles não se encaixam completamente, cria-se um Frankstein, um ônus dentro de um princípio que é dever.

Tal como já apontado nesta dissertação sobre a natureza jurídica, as consequências de ônus e de dever são diferentes. No mundo jurídico, o fato de alguém ter um dever confere ao polo oposto um direito, ou seja, o devedor – que descumpriu primeiramente a obrigação – poderia exigir que o credor tomasse atitudes para mitigar o prejuízo.

No caso do ônus, caso não se cumpra a prestação correspondente, não há coação nem indenização, mas a parte terá que se conformar com uma desvantagem jurídica, que geralmente consiste na perda de uma melhor posição jurídica, ou em outra desvantagem jurídica qualquer. Não havendo dúvida que as consequências do descumprimento de um ônus são bem diferentes do descumprimento de um dever.

Outra questão que é importante de ser trazida à tona é quanto aos efeitos da teoria.

5.2 DIFERENCIAÇÃO QUANTO AOS EFEITOS

A teoria da mitigação em solo americano e britânico incentiva o comportamento ao aplicar uma espécie de sanção: impedir o prejudicado de ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado, ao mesmo tempo que recompensa o bom comportamento fazendo com que o devedor indenize os gastos que o credor teve nas operações substitutivas para evitar ou reduzir o dano, e caso não tenha sido possível evitar completamente o dano, o devedor ainda terá que indenizá-lo desse restante.

No entanto, assim como mencionado, a teoria do *Duty to Mitigate the Loss* tem por base a mitigação dos danos e a redução da indenização – seja de forma voluntária, por meio do prejudicado aplicando medidas para evitar ou reduzir o dano, o que reduziria também a indenização; ou, de forma involuntária, quando o credor não toma as atitudes necessárias, mesmo quando essa se mostra como razoável e adequada, o que ocasionaria a supressão¹²⁹ da indenização quanto aos

¹²⁹ Supressão da indenização no que toca aos danos que poderiam ser evitados, quanto aos danos

danos que o credor poderia ter evitado – no entanto, o enunciado não apresenta claramente tal efeito.

O Enunciado 169 tem por intuito incentivar uma atitude colaborativa entre as partes; o que é bom, mas não consta em seu texto as consequências expostas acima – só se pode chegar à suposição de que se trata de uma norma dessa natureza analisando a justificativa do Enunciado, aqui exposto um pequeno trecho, a ver:

Esta manifestação tem o carácter de um esboço, merecendo o tema, inegavelmente, análise mais aprofundada, tanto por sua relevância prática quanto pelo fato de não ter o Código Civil brasileiro de 2002 cuidado desse aspecto relativo ao comportamento do credor, apesar da existência de exemplos legislativos recentes e eficazes da adoção dessa medida, como, por exemplo, o art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a Venda Internacional de Mercadorias .

O interesse pelo assunto surgiu, precisamente, da leitura do referido art. 77 da CISG, cujo texto é o seguinte: A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.

Chama a atenção outro detalhe, relativamente ao art. 77, que é o fato de estar situado no Capítulo V da Convenção, intitulado “Disposições Relativas às Obrigações do Vendedor e do Comprador”. Tal particularidade suscita a lembrança de outra disposição relacionada ao comportamento contratual, esta com a característica de ser dirigida ao vendedor, tendo a doutrina entendido, sempre, tratar-se de determinação endereçada a ambos os contratantes. Estamos nos referindo ao inúmeras vezes citado e comentado § 242 do BGB: o devedor tem a obrigação de executar a prestação tal como o exigem a confiança e a fidelidade, levando em consideração os usos de tráfico. (...) (FRADERA, 2004, p. 169)

Ora, somente na justificativa do enunciado que se pode extrair que da ausência de comportamentos tendentes a evitar o dano é que haveria a supressão da indenização.

Sabe-se que nem sempre a norma diz tudo que deveria, cabendo ao intérprete fazer a análise adequada, mas não é bem esse o caso. As Jornadas de Direito Civil tiveram início com a publicação do Código Civil de 2002: vários juristas se reúnem, debatem os artigos do Código para se chegar a conclusões sobre a

que não poderiam ser evitados, mantém-se a indenização. Daí porque as vezes ser mencionada a norma da mitigação como redutora da indenização: é possível se falar em redução quando se analisa a totalidade do montante devido (danos que não poderiam ser evitados com os danos que poderia sê-lo).

interpretação e utilização deles, assim, já que o Enunciado 169 propôs vincular a norma de mitigação ao princípio da boa-fé objetiva, poderia ter sido mais explícito quanto às consequências.

E tal como pontuado acima, a violação da boa-fé configura-se como uma modalidade de inadimplemento, qual seja, violação positiva do contrato, que faz com que o violador deva indenizar as perdas e danos da contraparte.

Ou seja, não há uma dedução lógica das consequências da norma da mitigação se apenas observar o princípio da boa-fé objetiva.

Ademais, o art. 422 do Código Civil não apresenta a consequência direta do desrespeito a esse princípio ético, e como esse tipo de violação é categorizado como violação positiva do contrato, as consequências são as mesmas do inadimplemento; e ao se admitir a norma de mitigação junto da boa-fé, estar-se-ia criando um efeito jurídico novo: supressão¹³⁰ da indenização.

E além de se estar criando um Frankenstein, esses efeitos nem mesmo foram inseridos expressamente no Enunciado 169 do CJF.

Assim, ainda que a doutrina force essa construção vinculando à boa-fé, talvez essa não seja a resposta mais adequada.

Sobre isso, é possível se basear no ordenamento jurídico estrangeiro para tentar buscar alternativas aplicáveis nos países que seguem a *civil law*. Aqui apresenta-se o exemplo da Alemanha: a teoria da mitigação está prevista expressamente no § 254¹³¹ do Código Civil (BGB) vinculando-a à culpa concorrente.

Apesar de ter um dispositivo que trata expressamente da boa-fé – § 242 do BGB: “o devedor tem a obrigação de executar a prestação tal como o exigem a confiança e a fidelidade, levando em consideração os usos de tráfico”, inclusive tal dispositivo serviu de inspiração para grande parte do Direito Civil contemporâneo

¹³⁰ É comum, no Brasil, pontuar o efeito dessa teoria como redução da indenização, mas na origem, se trata de redução/mitigação dos danos, e caso não haja essa minimização dos danos, o efeito na *common law* é a **supressão** da indenização, por isso se diz que é uma teoria do “tudo ou nada”, mesmo quando está no dispositivo legal, como no art. 77 da CISG, vê-se que há a menção da redução da indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada, ou seja, quanto à perda que poderia ser evitada, a supressão é total.

¹³¹ § 254 Negligência comparativa [culpa concorrente]

(1) Se o dano tiver ocorrido por culpa do lesado, a obrigação de indenizar e o montante da indemnização a pagar dependem das circunstâncias, dependem da medida em que o dano foi predominantemente causado por um ou os outra parte.

(2) Isso também se aplica se a culpa do lesado se limitar ao facto de não ter chamado a atenção do devedor para o risco de danos anormalmente elevados, que o devedor não sabia nem devia saber, ou de não ter evitado ou mitigado os danos. A disposição no § 278 se aplica em conformidade.

mundial – o Direito Germânico não cometeu a impropriedade de vincular um ônus a um dever, mas sim a uma questão de mensuração da participação de cada um para a ocorrência do resultado danoso, prevendo a mitigação autonomamente no § 254 do BGB.

No entanto, a jurista Véra Fradera mencionou o § 242 do BGB nos motivos do Enunciado 169, dando a entender que seria natural a teoria da mitigação estar vinculada à boa-fé, a ver:

Chama a atenção outro detalhe, relativamente ao art. 77, que é o fato de estar situado no Capítulo V da Convenção, intitulado “Disposições Relativas às Obrigações do Vendedor e do Comprador”.

Tal particularidade suscita a lembrança de outra disposição relacionada ao comportamento contratual, esta com a característica de ser dirigida ao vendedor, tendo a doutrina entendido, sempre, tratar-se de determinação endereçada a ambos os contratantes. Estamos nos referindo ao inúmeras vezes citado e comentado **§ 242 do BGB: o devedor tem a obrigação de executar a prestação tal como o exigem a confiança e a fidelidade, levando em consideração os usos de tráfico.**

Já o **Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 422**, aproxima-se da idéia do legislador da Convenção de Viena de 1980, ao impor certo comportamento a ambos os contratantes. Desse modo, segundo o mencionado dispositivo legal, Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (FRADERA, 2004, 169 - 170)

Diferentemente de como se dá a entender, não há vinculação alguma da boa-fé à norma mitigatória naquele país, e isso não foi por ausência de uma cláusula geral da boa-fé – porque ela existe, é o § 242 do BGB – o Direito germânico fez uma escolha completamente consciente vinculando a referida teoria à culpa concorrente.

Há que se mencionar que a doutrina alerta para o risco é o do esvaziamento do significado do que vem a ser boa-fé objetiva em razão desta ter se tornado uma panaceia para todos os males e a tudo embala no mesmo pacote. Nas palavras de Judith Martins-Costa (2018, p. 569),

Aliás, novamente aqui cabe o alerta: para não se recair no vício da superinvocação da boa-fé (que é o risco de sua diluição, pelo excesso), recorrendo-se a um emprego puramente formal, como «norma de legitimação» da vontade do julgador, o procedimento é: quando houver regra legal que colmate a lacuna, completando a regulamentação contratual, não se justifica o apelo à boa-fé.

No entanto, ainda que não fosse um problema vincular um ônus a um dever, e não houvesse diferenças das consequências da norma da mitigação e do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, ainda que estivesse correta a vinculação da teoria do *common law* ao princípio da boa-fé objetiva, seria aquela teoria em sua forma pura adequada ao ordenamento jurídico nacional? A partir dessa questão, serão apresentadas algumas considerações.

5.3 TEORIA DA MITIGAÇÃO NO ENUNCIADO 629

Já que o princípio mitigatório não se encaixa à boa-fé objetiva, seria melhor então que fosse encarado como um princípio autônomo, tal como na *common law*?

Antes de tentar responder a esse questionamento, é preciso recordar que em 2018, na VIII Jornada de Direito Civil, foi inserido o Enunciado 629 tratando do art. 944 do Código Civil, nos seguintes termos,

Enunciado 629 Art. 944: A indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização.

Curioso é que na justificativa de tal enunciado, nada foi mencionado sobre o princípio da mitigação já ter sido relacionado ao princípio da boa-fé objetiva, inclusive, nessas razões consta expressamente que não deve confundi-lo com a culpa concorrente e nem deve ser tratada como exceção ao princípio da reparação integral, ademais, consta expressamente que a mitigação é um ônus jurídico, nos seguintes termos,

Justificativa A inclusão de um artigo que verse sobre a “mitigação do prejuízo” pode ser de grande valia para se disciplinar o comportamento da vítima diante da ocorrência de um ato ilícito. A previsão legislativa de caráter geral não deve confundir a mitigação com a culpa concorrente; não deve ser tratada como exceção ao princípio da reparação integral; não deve limitar a aplicação para a responsabilidade contratual ou extracontratual; não deve restringir o tema ao agravamento do dano. O texto deve tratar a mitigação como ônus jurídico; abarcar as condutas de agravamento e de evitabilidade;

pautar a conduta na possibilidade de diminuir as consequências lesivas; prever o parâmetro da razoabilidade; incluir os custos, os danos extrapatrimoniais, a responsabilidade civil do Estado e o direito do consumidor. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018, p. 08)

Sendo essa a essência da teoria da mitigação nos países que seguem a *common law*.

No entanto, voltando a questão se essa norma poderia ser aplicada no Brasil, primeiro há que se pontuar que esse enunciado cria um ônus ao credor, no entanto, esse ônus não possui previsão em nenhum artigo de lei.

O Enunciado estaria se referindo a uma interpretação do art. 944 do Código Civil – “A indenização mede-se pela extensão do dano” – no entanto, essa não é a dedução lógica de tal dispositivo. Na *common law* há a tradição incumbir o prejudicado da minimização dos danos sob pena de suportar os prejuízos, é um ônus amplamente conhecido, mas tal tradição não é praticada no Brasil, ou seja, naturalmente o credor não tem ciência desse ônus.

E lembrando, aqui vige o princípio da legalidade, de forma que alguém só será obrigado a fazer algo em virtude de lei – incluindo-se aí também o ônus, já que isso pode causar prejuízos à parte. Assim, tal teoria não tem respaldo para aplicação de forma autônoma em solo nacional até que haja um dispositivo legal prevendo-a – ainda que os princípios também sejam fonte de direito, em razão das fontes puramente individualistas da teoria da mitigação, não há um encaixe adequado em nenhum princípio.

Ao ser vinculada à boa-fé objetiva (Enunciado 169), há um problema de congruência entre dever e ônus, mas ela poderia ser legitimamente aplicada. Por outro lado, no enunciado 629, não há um problema com a questão do ônus, mas cria-se uma incumbência que carece de respaldo legal, ou seja, há um problema de legalidade.

Assim, a teoria da mitigação, tal como prevista no Enunciado 629 do Conselho da Justiça Federal, carece de legitimidade em solo nacional.

5.4 TEORIA DA MITIGAÇÃO DE FORMA AUTÔNOMA COM PREVISÃO LEGAL

Diante do problema narrado acima sobre a falta da legitimidade, seria possível, então, a aplicação da referida teoria em sua forma pura caso houvesse previsão legal?

Para isso, primeiro há que se esclarecer se o princípio mitigatório é compatível ou não com o ordenamento jurídico nacional, o que será feito relembando algumas das considerações já feitas nesta dissertação.

Foi pontuado por vários autores americanos, inclusive por Robert Hillman, que o princípio da mitigação teria bases individualistas e egoístas, pois o foco seria evitar o desperdício econômico.

E isso não é sem razão, a referida teoria surgiu em um momento histórico de fomento do liberalismo, havia uma maior proteção da atividade econômica e circulação de riquezas. Nas palavras de F. H. Lawson (apud MICHAUD, 1986, p. 301) “a lei inglesa de responsabilidade civil parece ter sido muito influenciada pela necessidade de manter a máquina econômica funcionando com o mínimo de perturbação possível”¹³², e uma das maneiras de fomentar isso, foi “penalizando” a vítima que se mantivesse inerte diante de seu dano. Dessa forma, o princípio mitigatório desencoraja as atitudes economicamente desvantajosas em uma relação jurídica.

Friedrich Kessler e Grant Gilmore (1970, p. 1118) observam que, “Para a mente legal do século XIX valiam as proposições de nenhum homem era o guardião de seu irmão, que a corrida era para os mais rápidos e que o diabo deveria pegar quem ficar por último pareciam não penas óbvias, mas moralmente corretas”.¹³³

Esses argumentos são a caracterização do individualismo, não do coletivismo. Daí porque Yehuda Adar (2013, p. 786) dizer que “a doutrina da mitigação surgiu de uma ideologia individualista, que colocou forte ênfase na

¹³² Do original: “[the] English law of remedies seems to have been greatly influenced by the need to keep the economic machine running with the least possible disturbance”

¹³³No original: “To the nineteenth century legal mind the propositions that no man was his brother’s keeper, that the race was to the swift and that the devil should take the hindmost seemed not only obvious but morally right.

necessidade de cada indivíduo cuidar do seu próprio bem”¹³⁴.

Ademais, reforçando a noção individualista da doutrina da mitigação, a australiana Katy Barnett (2016, p. 807) trata que a motivação da teoria é o desejo de incentivar a autoajuda, a própria parte tomar medidas para não se prejudicar, que a norma da mitigação oferece incentivos para encorajar um autor racional a reparar a violação por conta própria quando isso for apropriado e possível.

Judith Martins-Costa (2000, p. 203) também endossa o argumento de relação do individualismo com o liberalismo político,

A liberdade de iniciativa econômica que está na base do capitalismo, era a liberdade efetivamente perspectivada pelos autores do Código para derrubar, de uma vez por todas, os entraves ainda decorrentes do Ancien Régime à liberdade de circulação de mercadorias, impostos e privilégios feudais, pelas corporações, grêmios e monopólios fiscais.

Sobre isso, em 1932, G. T. Washington (apud MICHAUD, 1984, p. 296), em artigo específico sobre o direito contratual na *common law*, pontua que

os Tribunais mostraram um ativo interesse em impedir que o autor impusesse ao réu as conseqüências de sua própria estupidez, lassidão ou inércia. Essa atitude, porém, manifestou-se em grande parte de forma indireta, e a lei de mitigação como a temos hoje é um crescimento muito recente, ainda em processo de adequação.¹³⁵

Isso apenas reforça a ideia individualista de que ninguém deve ser responsável pelo outro, “cada um por si”.

Razão pela qual, tal como recomendado no decorrer deste trabalho, esta teoria não deve ser analisada levemente no Brasil, os valores que a respaldam continuam diversos dos praticados aqui.

Percebe-se que um sistema dualista (“tudo ou nada”) e individualista – que se observa na teoria das conseqüências evitáveis – não é compatível com a constitucionalização e personalização do Direito Civil, e não é compatível com a noção da obrigação como um processo destinado ao adimplemento e aos princípios

¹³⁴ No original, “I argue that the mitigation doctrine arose out of an individualistic ideology, which put strong emphasis on the need of each individual to care for his own good”.

¹³⁵ Do original: “the Courts showed an active interest in preventing the plaintiff from saddling on the defendant the consequences of his own stupidity, laxity or inertia. This attitude, however, was for the most part indirectly manifested, and the law of mitigation as we have it to-day is a very recent growth, still in process of adjustment”

da boa-fé e da cooperação.

O direito contratual anglo-americano, embora possa acessoriamente fomentar a cooperação e prevenir oportunismos, ainda é predominantemente visto como um dispositivo de alocação ou distribuição do risco¹³⁶. (CAFAGGI, 2009, p. 11)

Inclusive, para Yehuda Adar (2013, p. 827), a norma da mitigação não tem fundamento coletivista, apenas individualista, e a que possui fundamento coletivo, nesse aspecto, é a teoria da negligência comparativa – chamada no Brasil da culpa concorrente –. No mesmo sentido, Fabrizio Cafaggi (2009, p. 11) observa que quando a ênfase está no empreendimento cooperativo, a negligência comparativa [culpa concorrente] torna-se mais apropriada.

Uma vez que o Brasil recepcionou as teorias do Pós-Positivismo inserindo valores humanistas na Constituição, e seguiu-se com a inserção de tais princípios no direito privado (constitucionalização do Direito Civil), pela sistemática atual, não é cabível um modelo de Direito que favoreça o individualismo, a ordem do dia é a cooperação.

Assim, ainda que a teoria da mitigação (em sua forma pura – tal como vem sendo aplicada na *common law* – na ideia de tudo ou nada, em que o prejudicado, se não agir para mitigar o prejuízo terá de suportá-lo integralmente) tivesse previsão legal, não seria realmente compatível com o ordenamento jurídico nacional, pois suas bases também seriam individualistas, desconsiderando a cooperação que deve haver entre as partes.

5.5 PROPOSTA DE APLICAÇÃO

Diante do exposto, o presente trabalho se propõe a apresentar uma forma de ônus mitigatório que se coadune com a sistemática brasileira, para tanto, a teoria deve observar os princípios constitucionais sociais, tal como a dignidade humana e a solidariedade, e também os princípios já incorporados no Código Civil, como da boa-fé objetiva, cooperação, equidade etc.

¹³⁶Em teoria, a alocação de risco pode ocorrer como sucedâneo do compartilhamento de riscos, decorrendo, então, do princípio da cooperação. No entanto, Fabrizio Cafaggi (2009, p. 11) explica que na prática os tribunais americanos continuam relutantes em abordar a alocação de risco por meio de um sistema de compartilhamento de risco baseado em rateio, o que é chamado lá de negligência comparativa [culpa concorrente].

Então, o modelo adequado será aquele que não seja individualista, mas que observe o coletivo, o ser humano em meio à sociedade, e incurso nela o dever de cooperação.

Quanto ao lastro do dever de cooperação anexo à boa-fé objetiva – ou a qualquer outro instituto ligado à boa-fé objetiva – já foram tecidas considerações no início deste capítulo, chegando-se à conclusão de que não são realmente compatíveis, visto que a boa-fé objetiva se traduz como um dever, enquanto que a mitigação é um ônus.

E antes de se apresentar a proposta deste trabalho, será relembrada a aplicação majoritária da referida teoria na Europa continental, que está relacionada à ideia de causalidade adequada.

A causalidade adequada é aquela que tenta buscar o motivo determinante para que o dano tenha ocorrido, e não somente aqueles que estavam na escala normal de ações. E isso pode traduzir-se de várias formas, seja excluindo a responsabilidade quando o fato decorreu de terceiro estranho à relação, ou alocando na culpa concorrente quando os dois polos da relação tiveram atitudes peculiares para que o dano ocorresse, ou recaindo a responsabilidade completa sobre o inadimplente (que é o normal), ou como culpa exclusiva da vítima, quando os dois polos tiveram atitudes determinantes para o resultado danoso, ou como culpa concorrente quando há o rompimento do nexo causal com o inadimplente, visto que foram apenas as ações do prejudicado que contribuíram para a existência do prejuízo.

Ainda que um tanto óbvio, é importante mencionar que a causalidade adequada é uma teoria do âmbito da responsabilidade civil, ou seja, é uma teoria para determinar quem terá o dever de indenizar, no que se insere a ideia de imputação, o que está relacionado a uma ponderação de méritos e deméritos, como expõe Paul Ricoeur (2008, p. 37),

o verbo latino *putare* implica cálculo, *comput*, sugerindo a ideia de uma estranha contabilidade moral de méritos e deméritos (...). Por sua vez, essa contabilidade bem específica sugere a ideia de uma espécie de dossiê moral, de *record* como se diria em inglês, de formulário para registro de dívidas e, eventualmente, de méritos (aqui, o que está mais próximo da ideia desse estranho dossiê seria o nosso registro de antecedentes criminais!). Assim remontaríamos às figuras semimíticas do grande livro das dívidas: livro de vida e de morte. Essa metáfora de um dossiê-balanço

parece bem subjacente à idéia aparentemente banal de prestar contas e à idéia aparentemente mais banal ainda de dar conta, no sentido de relatar, narrar, ao cabo de uma espécie de leitura desse estranho dossiê-balanço.

Aliás, por esse sentido exposto por Ricoeur, parece que sempre deve ser feito um juízo de ponderação, e que a culpa concorrente seja a vertente que melhor se adegue a essa questão.

Entretanto é de se lembrar também que a ideia de causalidade adequada não é estranha na *common law*, tal como já mencionado aqui, no caso *Hadley v. Baxendale* em 1854, o tribunal expressou sua mais famosa regra de contrato danos:

Agora pensamos que a regra adequada em tal caso como o presente é esta: - Quando duas partes fizeram um contrato que uma delas quebrou, os danos que a outra parte deve receber em relação a tal quebra de contrato devem ser tal que possa ser considerada justa e razoavelmente decorrente natural, ou seja, de acordo com o curso normal das coisas, de tal violação do contrato em si, ou tal como se pode razoavelmente supor que tenha ocorrido na previsão de ambas as partes, no momento momento em que celebraram o contrato, como resultado provável do incumprimento do mesmo. Ora, se as circunstâncias especiais em que o contrato foi efetivamente celebrado fossem comunicadas pelos autores aos réus, e assim conhecidas por ambas as partes, os prejuízos resultantes da violação de tal contrato, que eles razoavelmente contemplariam, seriam o valor de dano que normalmente resultaria de uma quebra de contrato sob essas circunstâncias especiais conhecidas e comunicadas. Mas, por outro lado, se essas circunstâncias especiais fossem totalmente desconhecidas da parte que quebrou o contrato, ela, no máximo, poderia apenas ter tido em consideração a quantidade de prejuízo que surgiria em geral, e em a grande multidão de casos não afetados por quaisquer circunstâncias especiais, de tal quebra de contrato. Pois, se as circunstâncias especiais fossem conhecidas, as partes poderiam ter previsto especialmente a quebra do contrato por termos especiais quanto aos danos naquele caso; e dessa vantagem seria muito injusto privá-los.¹³⁷

¹³⁷ Do original: Now we think the proper rule in such as case as the present is this: - Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. For, had the special circumstances been known, the parties might have specially provided for the breach of contract by special terms as to the damages in that case; and of this advantage it would be very unjust to deprive them.

E essa famosa regra expõe que nem todos os danos resultantes da violação devem ser compensados, mas apenas aqueles que poderiam resultar da violação no curso normal das coisas ou devido a circunstâncias especiais que foram informadas previamente, sendo a primeira conceituação exatamente a noção de causalidade adequada.

E a noção da causalidade também era exposta nos primórdios da teoria da mitigação na *Civil Law*. Antes da codificação da legislação francesa – ou seja, antes do Código Napoleônico de 1804 – há evidências da existência do conceito de mitigação de danos. No século XVII, com Domat, há a discussão da extensão da responsabilidade do infrator, discutindo-se entre os fatores determinante, se o autor tinha ou não a oportunidade de mitigar sua perda (MICHAUD, 1984, p. 309). Pothier, em 1761, também dá indícios de que a mitigação era conhecida, como se vê nos dois exemplos que ele coloca:

(...) Eu vendi meu cavalo a um cônego, e havia uma cláusula expressa na barganha, pela qual me comprometi a entregá-lo a ele em tempo suficiente para que chegasse ao local de seu benefício e a tempo de ganhar seus grandes frutos: se neste caso eu falhei por minha culpa, embora sem fraude, em cumprir minha obrigação, e que este cônego não pudesse encontrar facilmente outro cavalo, nem outra carruagem, eu serei responsável até mesmo por danos extrínsecos resultantes da perda ele fez de seus grandes frutos...

Da mesma forma, se eu aluguei minha casa a alguém na qualidade de comerciante, ou se a aluguei para servir de pousada, e o inquilino for despejado em seu gozo, os danos pelos quais sou responsável não serão limitados às despesas de desalojamento e às que possam resultar do aumento do preço das rendas... a perda que possa fazer das suas práticas, se não tiver conseguido encontrar outra casa no bairro, aí também terá de entrar para algo (...) ¹³⁸ (POTHIER apud MICHAUD, 1984, p. 309 - 310

Apesar de já ser possível perceber a tendência por um ônus mitigatório, este se apura ainda mais quando Pothier discute a distinção entre perdas diretas e indiretas, na seguinte ilustração:

¹³⁸ Do original: ... j'ai vendu mon cheval à un chanoine, et il y avait une clause expresse dans le marché, par laquelle je me suis obligé de le lui livrer assez à temps pour qu'il pût arriver au lieu de son bénéfice, et à temps pour gagner ses gros fruits : si dans ce cas j'ai manqué par ma faute, quoique sans dol, à remplir mon obligation, et que ce chanoine n'ait pu facilement trouver d'autre cheval, ni d'autre voiture, je serai tenu même des dommages extrinsèques résultant de la perte qu'il a faite de ses gros fruits (...)

Pareillement, si j'ai loué ma maison à quelqu'un en sa qualité de marchand, ou si je l'ai louée pour y faire auberge, et que le locataire soit évincé dans sa jouissance, les dommages et intérêts dont je suis tenu envers lui ne se borneront pas aux frais du délogement et à ceux qui peuvent résulter de l'augmentation du prix des loyers ... la perte qu'il pourra faire de ses pratiques, s'il n'a pu trouver d'autre maison dans le quartier, y devra aussi entrer pour quelque chose ...

(...) se um comerciante me vendeu uma vaca que sabia estar infectada com uma doença contagiosa, e que me escondeu esse defeito, essa ocultação é fraude da parte dele, o que o torna responsável pelo dano que sofri, não só na própria vaca que ele me vendeu, e que era objeto de sua obrigação original, mas também pelo que sofri em todos os meus outros rebanhos aos quais esta vaca comunicou o contágio...

(...) [Se] o contágio que foi comunicado aos meus bois pela vaca que me foi vendida me impediu de cultivar minhas terras, o dano que sofro por minhas terras permanecerem incultas, também parece haver um consequência da fraude deste comerciante que me vendeu uma vaca atingida pela peste: mas é uma consequência mais distante do que a perda que sofri de meu gado por contágio; este comerciante será responsável por este dano? E se a perda que fiz de meu gado e os danos que sofri pela falta de cultivo de minha terra me impediram de pagar minhas dívidas, meus credores tiveram minha propriedade realmente confiscada e decretaram preço vil, o comerciante também será responsável por esses danos? A regra que me parece dever ser seguida neste caso é que não se devem incluir nos danos pelos quais um devedor é responsabilizado por sua fraude, aqueles que não são apenas uma consequência distante, mas que não são uma necessidade necessária consequência, e que pode ter outras causas (...)

A perda que sofri pela falta de cultivo de minhas terras parece ser uma consequência menos remota da fraude desse mercador; no entanto, penso que não deveria ser sustentado por ela, ou pelo menos que não deveria ser sustentado inteiramente por ela. Esta falta de cultura não é uma consequência absolutamente necessária da perda do meu gado, que me causou a fraude deste mercador: eu poderia, apesar desta perda do meu gado, obviar esta falta de cultura, cultivando as minhas terras com outro gado que eu teria comprado, ou se não tivesse meios, que eu teria alugado, ou arrendando minhas terras, se eu não tivesse meios de apresentá-las eu mesmo. No entanto, como recorrendo a esses expedientes, não teria tirado tanto lucro de minhas terras como se as tivesse afirmado por mim mesmo, por meus bois que perdi com a fraude desse comerciante, que podem entrar por alguma coisa no danos pelos quais é responsável¹³⁹. (POTHIER apud

¹³⁹ (...) si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion...

(...) [Si] la contagion qui a été communiquée à mes bœufs par la vache qui m'a été vendue, m'a empêché de cultiver mes terres, le dommage que je souffre de ce que mes terres sont demeurées incultes, paraît aussi une suite du dol de ce marchand qui m'a vendue une vache pestiférée : mais c'est une suite plus éloignée que ne l'est la perte que j'ai soufferte de mes bestiaux par la contagion; ce marchand sera-t-il tenu de ce dommage? Quid, si la perte que j'ai faite de mes bestiaux, et le dommage que j'ai souffert du défaut de culture de mes terres, m'ayant empêché de payer mes dettes, mes créanciers ont fait saisir réellement et décréter mes biens à vil prix, le marchand sera-t-il tenu aussi de ce dommage? La règle qui me paraît devoir être suivie en ce cas, est qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes (...)

La perte que j'ai soufferte par le défaut de culture de mes terres paraît être une suite moins éloignée du dol de ce marchand; néanmoins je pense qu'il n'en doit pas être tenu, ou du moins qu'il n'en doit pas être tenu en entier. Ce défaut de culture n'est pas une suite absolument nécessaire de la perte de mes bestiaux, que m'a causée le dol de ce marchand : je pouvais, nonobstant cette perte de mes bestiaux, obviar à ce défaut de culture, en faisant cultiver mes terres par d'autres bestiaux que j'aurais achetés, ou si je n'avais pas le moyen, que j'aurais loués, ou en affermant mes terres, si je n'avais pas le moyen de les faire valoir moi-même. Néanmoins, comme en ayant recours à ces expédients, je n'aurais pas retiré autant de profit de mes terres que si je les avais fait valoir par moi-même, par mes

MICHAUD, 1984, p. 310 – 311)

Assim, Anne Michaud (1984, p. 338) informa que, na *civil law*, o fato de um demandante estar em posição de mitigar sua perda também foi considerado um fator importante para medir a extensão da indenização nos séculos XVII e XVIII. E que, no final do século XVIII, as posições da *civil law* e do direito consuetudinário com relação à mitigação eram de fato bastante semelhantes, no entanto, desde o início do século XIX, na *common law*, recebeu o status de princípio jurídico; e não haveria motivos para que uma evolução semelhante não ocorresse na *civil law*, exceto pelo fato que houve a codificação das normas, especialmente no Código Napoleônico de 1804, que influenciou as demais codificações da época, e a mitigação não foi inserida nele.

Razão pela qual, embora o conceito de mitigação exista inquestionavelmente na *civil law*, ele não possui o mesmo status que na *common law*. (MICHAUD, 1984, p. 338). Ademais, tal como já mencionado, a mitigação era aplicada em termos de responsabilidade civil.

E pode-se dizer que isso se manteve na Europa Continental, tanto que Portugal, Alemanha, Suíça, Itália entre outros, alocam a teoria da mitigação junto à culpa concorrente ou à culpa exclusiva da vítima. Ou seja, na Europa continental, a teoria da mitigação está relacionada a uma questão de causalidade.

No entanto, o Brasil, talvez com receio de copiar tal entendimento, desenvolveu a noção de que a mitigação dos danos seria filha da boa-fé objetiva, expressando os valores constitucionais da dignidade humana e da solidariedade.

Todavia, já foi demonstrado que não há um real encaixe entre a referida teoria e o princípio, visto que distam quanto à natureza jurídica (dever e ônus) e quanto aos fundamentos.

Assim, o que se propõe aqui é a inserção de um dispositivo legal vinculando o ônus da mitigação à culpa concorrente, tal como vem sendo aplicada na Alemanha, sendo que a previsão legal daria segurança jurídica, e a partir daí a exigência desse ônus seria incontestável.

Uma segunda proposta, antes de haver realmente um dispositivo legal fazendo a regulamentação do ônus mitigatório, seria a aplicação autônoma da

bœufs que j'ai perdus par le dol de ce marchand, cela peut entrer pour quelque chose dans les dommages et intérêts dont il est tenu.

culpa concorrente (Art. 945 CC/02¹⁴⁰), analisando-se somente o grau de negligência ou imprudência que o credor teve na ocorrência do resultado, e daí o respaldo desse “dever” violado a dar ensejo à culpa, seria a violação do dever de cooperação do princípio da boa-fé objetiva, mas ela também pode ser encarada simplesmente como uma questão de causalidade, sem mensurar culpas, aquilatando o percentual de cada ação sobre o resultado, tal como exposto no enunciado 630 do CJP interpretando o art. 945, a ver,

Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do quantum da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, **verifica-se ação ou omissão do próprio lesado** da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o **percentual causal** do agir de cada um. (meu grifo)

Nessa segunda proposta – seja na culpa concorrente ou na causalidade propriamente dita – é pertinente a também a aplicação do Art. 403 - “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” – que também se coaduna com a questão de redução da indenização tendo-se em vista a noção pura de causalidade.

No entanto, a culpa concorrente não explica o efeito positivo da teoria da mitigação: do credor ser indenizado dos custos que teve para a tentativa de redução do prejuízo em razão do inadimplemento da outra parte.

Todavia, isso pode ser compensado simplesmente olhando para os efeitos da mora (que é uma das espécies de inadimplemento) previstos no art. 395 do Código Civil: “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Nesse ponto, o dispositivo é bem aberto e prevê a indenização por qualquer prejuízo decorrente da mora, sendo cabível, então, inserir os valores pagos para a tentativa de mitigação dos danos.

Quanto à congruência dos princípios constitucionais nesse aspecto,

¹⁴⁰ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

é de se lembrar que com o Direito Civil na Realidade Constitucional, eles passaram a permear todos os ramos do Direito, inclusive, logicamente, a responsabilidade civil¹⁴¹.

A culpa concorrente recorda o conceito de reciprocidade e a obrigação de 'proteger' o interesse da outra parte. A divisão dos custos do dever de indenizar é justamente um dos efeitos da culpa concorrente.

Flávio Tartuce (2011, p. 368), parafraseando Jorge Mosset Iturraspe aduz que,

não se pode mais encarar a responsabilidade civil com a construção de culpabilidade total de certos indivíduos. Um sistema justo, equânime e ponderado de direito dos danos é aquele que procura dividir os custos do dever de indenizar de acordo com os seus participantes e na medida dos riscos assumidos por cada um deles.

Na culpa concorrente, em vez de estabelecer uma das partes como a responsável por toda a perda da vítima dependendo de qual delas teve a “última chance” de evitar - ou, nesse caso, qualquer outro critério predeterminado - a responsabilidade é compartilhada por ambas, e essa repartição é feita de acordo com o grau de responsabilidade de cada uma das partes — medida tanto por culpa quanto por causalidade. (ADAR, 2013, p. 816)

Ao invés do ônus de agir exclusivamente em sua autoproteção, em uma abordagem cooperativa a vítima também terá um “dever” para com o devedor, dever este de tomar precauções razoáveis, não apenas para salvaguardar-se dos próprios erros, mas também proteger o outro contratante – “obrigação de abster-se de agir de maneira que possa expor outro cidadão a responsabilidade legal futura com relação a uma perda que poderia ter sido evitada sem grandes dificuldades”¹⁴² (ADAR, 2013, p. 816) – . No entanto, o devedor também deverá obedecer a essa norma de solidariedade, ele também terá uma parcela em cima da causalidade por sua conduta irresponsável.

¹⁴¹ Mas também há que se apresentar o paradoxo atual: apesar de se falar em cooperação, humanização, cada vez mais há uma busca voraz por um culpado para responder pelo prejuízo integral, hoje há quem mencione inclusive uma “indústria de danos”, já que por qualquer razão já há a busca conflituosa por uma indenização correspondente, sobre isso, Paul Ricoeur (2008, p. 51) no livro Justiça observa que, “o paradoxo é enorme: numa sociedade que só fala em solidariedade, com a preocupação de fortalecer eletivamente uma filosofia do risco, a procura vingativa do responsável equivale a uma reculpabilização dos autores identificados de danos”.

¹⁴² Do original: “an obligation to refrain from acting in a manner which might expose another citizen to future legal liability with respect to a loss that could have been avoided without any great hardship.”

De outra sorte, tanto a culpa exclusiva da vítima quanto a teoria da mitigação dos danos colocam ou o autor ou o réu como responsáveis pela perda. Observe que o conectivo é “ou”, não se cogita que ambos possam ter contribuído para que se chegasse àquele resultado, apenas decide-se por um ou outro. Essa é uma ideia míope da realidade. Com certeza há casos sim em que o uma das partes pode realmente ter agido de forma tão desarrazoada que se configuraria como culpa exclusiva da vítima, e daí seria justo aplicar tanto a teoria da mitigação quanto a culpa exclusiva da vítima, mas esses são casos isolados.

Quando a falta de mitigação representa um erro de julgamento inocente, é um tanto injusto fazer o credor suportar todo o prejuízo que poderia ter sido evitando, já que foi causado inicialmente pelo devedor. Nesses casos, entende Yehuda Adar (2013, p. 787) que os tribunais e júris devem ser autorizados a repartir a responsabilidade pela perda evitável entre as partes com base em sua falha concorrente sobre essa perda.

Nesse ponto, vale lembrar que a Justiça é a própria essência do Direito, tanto que os romanos não chamavam o Direito de “direito”, chamavam-no de “jus”, ou justo, exatamente porque o Direito não é a lei, mas sim o justo. Na Roma antiga, o jurisconsulto Celso definia o Direito como “ius est ars boni et aequi” (O direito é a arte do bem e do justo) (CARMIGNANI, 2009, p. 117). Ademais, os romanos não se preocupavam com as características formais, buscavam realmente a justiça do caso concreto, sendo pertinente apresentar o saber de Maria Cristina Carmignani sobre o Direito romano (2009, p. 118),

Desta forma, para indicar o objeto e a essência do direito, os romanos utilizavam-se do termo Aequitas (aequi) que não correspondia a um conceito absoluto e imutável, estando vinculado diretamente ao momento social.

Ainda segundo Biondi, a aequitas seria a justiça do caso concreto: é pois entidade extremamente variável que impede o enrijecer do direito em uma fórmula definitiva. A aequitas tende a traduzir-se no ius; nela se inspiram o legislador, os juristas ao apresentarem sua doutrina, os magistrados na sua atividade.

Inclusive, a teoria da culpa concorrente é bem conhecida nos países de origem latina [ou seja, descendentes do Direito Romano), que não por acaso também são adeptos da *civil law*. E é interessante pontuar que enquanto a teoria da distribuição dos riscos é pouco conhecida no Brasil – e países da Europa

Continental – o mesmo ocorre com a teoria da culpa concorrente [ou negligência comparativa] nos países que se tem por fundamento jurídico o direito consuetudinário. Sobre isso, Fabrizio Cafaggi (2009, p. 12) observa que,

A inexistência de negligência comparativa [culpa concorrente] nos EUA, quando considerada juntamente com a implantação de outras formas de compartilhamento de riscos e rateio de perdas decorrentes de quebra de contrato, conforma a ideia de que o direito contratual é direcionado principalmente para a alocação de riscos.¹⁴³

Por outro lado, ainda que pouco conhecida, já têm surgido entendimentos considerando sua aplicação mais justa do que a da própria mitigação, tanto que no ano 2000, a “Restatement of the Law (3d) of Torts - Apportionment of Liability”¹⁴⁴, que teria como equivalente no Brasil as Jornadas de Direito Civil - propôs abolir a mitigação de danos face à lei de responsabilidade civil, pois no entender dos relatores, a regra do “tudo ou nada” seria supérflua e problemática, a ver:

Sob um regime de responsabilidade civil em que a negligência comparativa [culpa concorrente] desempenha um papel tão central, a doutrina das consequências evitáveis, que fornece uma regra de tudo ou nada, é supérflua e problemática. A doutrina deve, portanto, ser absorvida pela doutrina da negligência comparativa¹⁴⁵. (apud ADAR, 2013, p. 793)

Tanto que Yehuda Adar (2013, p. 818) alerta que tal mudança: de teoria da mitigação para culpa concorrente, não seria apenas uma mudança técnica, reflete um processo social muito mais profundo: “reflete um movimento geral de uma visão fortemente individualista a um regime muito mais comunitário de responsabilidade civil”¹⁴⁶.

¹⁴³ Do original: “The lack of comparative negligence in the US, when considered along with the deployment of other forms of risk- sharing and apportionment of losses stemming from breach of contract, conforms to the idea that contract law is mainly directed at risk allocation.”

¹⁴⁴ Numa tradução livre significa Terceira Declaração sobre a Distribuição de Responsabilidade.

¹⁴⁵ Do original: “A striking development in the history of the doctrine took place in the year 2000. Under a somewhat vague rule declaring that “special ameliorative doctrines for defining plaintiff’s negligence” are abolished, the Third Restatement on the Apportionment of Liability proposed to abolish the mitigation of damages doctrine from the face of tort law. According to the Reporters, under a regime of tort liability in which comparative negligence plays such a pivotal role, the avoidable consequences doctrine, which provides an all-or-nothing rule, is both superfluous and problematic. The doctrine should therefore be absorbed into the doctrine of comparative negligence.”

¹⁴⁶ Do original: It reflects a general movement from a strongly individualistic to a much more communitarian regime of tort liability.

Ainda que muito razoável, tal sugestão até agora foi ignorada, justamente pela teoria do *Duty to Mitigate the Loss* ser ainda tão presente.

Tal como já mencionado, há muitos casos sim em que a atitude do prejudicado é determinante para o resultado danoso, como o agricultor que mesmo ciente da má qualidade das sementes a planta.

Essa conduta representa uma reação tão irracional ao dano infligido, que haveria o rompimento de qualquer relação causal entre o vendedor e a colheita do produto inferior, nesse caso, plenamente cabível a responsabilidade do “tudo ou nada”, seja culpa exclusiva da vítima ou a teoria da mitigação dos danos.

Não o tendo feito, o conseqüente agravamento do seu prejuízo foi consequência direta de sua própria conduta, ou seja, não era consequência direta do acidente. Ainda que o Direito Francês não tenha, atualmente, se aprofundado no estudo da norma da mitigação, por esse caso apresentado nota-se a vinculação do ônus de mitigação à ideia de causalidade.

Ou seja, é bem visível que foi a culpa do autor a causa adequada da perda inevitável, assim, Anne Michaud¹⁴⁷ (1986, p. 315) comenta, “embora a culpa do réu permanecesse uma condição de todo o dano, era apenas a própria culpa do autor que era uma causa adequada da perda inevitável e, portanto, era o autor que deveria arcar com a responsabilidade por essa perda.”¹⁴⁸

Ademais, a ideia da teoria da mitigação não explica os casos em que a falha na mitigação é desculpável, ou seja, aqueles casos em que nem sempre seria fácil entender que deveria haver atitudes positivas para reduzir o dano. O exemplo dado por Yehuda Adar (2013, p. 836) é o de um paciente que recebe um medicamento errado por parte do farmacêutico, e mesmo percebendo que tem algo errado com seu corpo não consulta um médico, o que faz com que seu quadro se agrave. Neste ponto, o autor faz um questionando se a atitude de procurar um médico era tão óbvia assim, e diante dessa pequena falha desculpável o farmacêutico deve ficar isento de responsabilidade.¹⁴⁹

¹⁴⁷ No entanto, Anne Michaud (1986, p. 299) entende que há casos sim em que existe uma relação causal entre o inadimplemento do devedor e a perda não mitigada pelo credor, ou seja, haveria casos que se tratam da culpa concorrente.

¹⁴⁸ Do original: “Although the defendant’s fault remained a condition of the whole damage, it was only the plaintiff’s own fault which was a *cause adéquate* of the unavoided loss, and therefore, it was the plaintiff who had to bear responsibility for this loss”.

¹⁴⁹ Talvez é de se perquirir do por quê diante da teoria da mitigação, a vítima poder ser um tanto indulgente com o dano que teria que evitar, uma vez que que cabe a ela apenas comprovar que empenhou esforços para ser indenizada, não sendo necessário que tenha efetivamente evitado ou

A transgressão irracional da autopreservação, geralmente se manifesta em um desvio substancial de padrões aceitáveis, e daí sim tal conduta teria o condão de romper o nexos causal, imputando a responsabilidade a apenas uma das partes. Assim, quando não há um desvio substancial, se fizer o prejudicado suportar todo o prejuízo apenas porque não tentou mitigar um dano (mitigação essa que não parecia tão óbvia), a decisão beira a injustiça.

Nesse ponto há que se recordar que é da natureza do ser humano ser falível, nas palavras de Décio Antônio Erpen (1998, p. 50),

Não consigo afastar-me da idéia de que o ser humano é criatura e não criador. Com isto pretendo realçar a falibilidade do ser, no desempenho de algumas tarefas, onde o risco a integra. Refiro-me mais aos profissionais prestadores de serviço e que têm sido o alvo preferido das reclamações nos chamados "erros médicos", entre outros. Sei que o profissional não tem o direito de errar, mas errará, forçosamente dentro de uma faixa dita tolerável.

Reconhecendo essa margem de erro, é equivocado pensar que diante do inadimplemento da outra parte o credor sempre saberá como agir, as vezes pode ser que isso tenha-o abalado tanto que não saiba o que fazer para minimizar os danos; e fazê-lo suportar todo o prejuízo – mesmo que tenha sido o devedor que tenha dado causa – beira a injustiça, pois é algo desarrazoado, principalmente no Brasil em que não impera o livre-mercado¹⁵⁰, ou seja, nem sempre é rápido fazer operações substitutivas.

E curiosamente, da mesma forma, quando o devedor age propositalmente no inadimplemento, muitas vezes os tribunais americanos intuitivamente relutam em considerar que o prejudicado tenha agido de forma desarrazoada, impedindo a aplicação da norma de mitigação, ou seja, que caberia ao devedor mesmo indenizar o ofendido. Isso foi demonstrado em uma pesquisa realizada por Ralph Bauer em 1943 (ADAR, 2013, p. 829). Nessa pesquisa não foi declarado abertamente que a intencionalidade do devedor pode ser levada em

minimizado as perdas, ou seja, mesmo a vítima falhe, ela não é sancionada por isso. (ADAR, p. 836) Nesse ponto, a “doctrine of contributory negligence” [doutrina da negligência contributiva – chamada no Brasil de culpa exclusiva da vítima] pode justificar essa questão, já que quando a parte empenha esforços, ela demonstra que não ficou inerte, ou seja, não foi negligente, e que a ocorrência do resultado esperado não decorreu de uma falta sua, ou seja, retira o elemento “culpa”, não cabendo sua responsabilização, ou melhor, sua penalização.

¹⁵⁰ Fabrizio Cafaggi (2009, p. 07) pontua que a doutrina da mitigação tem aplicação lógica em países de livre mercado, em que o mercado é competitivo e é fácil conseguir opções substitutivas para realizar a mitigação.

consideração, mas admitiu-se o seguinte:

Sem dúvida, o deliberado e intencional, ao invés de meramente caráter inadvertido ou negligente da maioria dos delitos contínuos naturalmente desperta um sentimento de indignação na vítima, e entra propriamente na consideração de até que ponto a vítima pode ser obrigada a passar por problemas e despesa para evitar danos futuros que o próprio réu poderia evitar por cessando sua conduta ilícita¹⁵¹. (apud ADAR, 2013, p. 829)

Ora, a análise da conduta do ofensor não se coaduna com a teoria da mitigação dos danos, pois esta prega que aquele que não agir razoavelmente para mitigar seu prejuízo deverá suportá-lo; assim, nesses casos em que parece injusto fazer com a vítima suporte o prejuízo de um inadimplemento causado propositadamente pela outra parte, é uma prática do tribunal entender que o comportamento da vítima não foi desarrazoado, de forma a impedir a aplicação da teoria da mitigação dos danos.

Diante dessa possibilidade, o “Restatement” (apud ADAR, 2013, p. 830) explicitamente incorporou uma exceção na regra básica de mitigação em delitos: a Seção 918 (2) estabelece que a regra que nega a compensação por consequências evitáveis não se aplicará a delitos intencionais, a menos que a vítima “intencionalmente ou imprudentemente” não tenha tentado proteger os próprios interesses da vítima.

Ou seja, ainda que excepcionalmente os tribunais americanos entendam que a norma da mitigação nem sempre é uma opção justa, tal regra ainda é aplicada massivamente na forma do “tudo ou nada”, limitando-se apenas à análise da conduta do ofendido, sem considerar que a conduta do devedor possa ter sido também extremamente descuidada.

Daí porque pontua Yehuda Adar (2013, p. 793) que o “Restatement of the Law (3d) of Torts - Apportionment of Liability” propôs abolir a mitigação de danos face à culpa concorrente, já que seria mais justa e igualitária.

Em regime de responsabilidade comparativa [culpa concorrente], que visa a repartição de responsabilidades, tomando em conta os valores

¹⁵¹ Do original: Undoubtedly also the deliberate and intentional, rather than merely inadvertent or negligent, character of most continuing torts naturally arouses a feeling of indignation in the victim, and properly enters into the consideration of how far the victim may be required to undergo trouble and expense to avoid future injury which the defendant could himself avoid by ceasing his wrongful conduct.

comunitários de solidariedade e consideração mútua, é altamente problemático ignorar a natureza e o caráter da conduta ilícita do réu quando determinar a responsabilidade relativa da vítima pelas perdas evitáveis. É igualmente problemático, no entanto, ignorar totalmente a negligência da vítima, especialmente quando é extremo, pois tal conduta também representa um desrespeito aos mesmos valores¹⁵². Daí porque aquela previsão na Second Restatement Seção 918 (apud ADAR, 2013, p. 830) que previu a não aplicação da teoria da mitigação nos casos de atos ilícitos intencionais (ou seja, quando o devedor quis deliberadamente causar prejuízo ao credor), salvo quando a vítima “intencionalmente ou imprudentemente” não tenha tentado proteger os próprios interesses.

Ou seja, há a previsão de que caso o inadimplemento seja proposital a teoria da mitigação não é aplicada, exceto quando o prejudicado também tenha intencionalmente querido o dano. Em outras palavras, caso haja dolo de qualquer das partes, seria retirada a indenização, pois daí haveria o rompimento do nexo causal.

A jurista Anne Michaud (1986, p. 299) também compartilha deste entendimento ao observar que há casos em que o prejudicado tem atitudes muito desarrazoadas, como o já citado caso do agricultor que plantou as sementes de qualidade inferior, mesmo sabendo dessa condição antecipadamente, nessa circunstância, é como se houvesse o rompimento do nexo causal com o vendedor, exatamente como a consequência da teoria da culpa exclusiva da vítima. No entanto, às vezes, parece óbvio que existe uma relação causal entre o delito do réu e a perda não mitigada. Então, toda a responsabilidade não deveria recair somente no prejudicado. Ou seja, por vezes, não há como ficar alheio que tenha sido a atitude conjunta do credor e do devedor que conduziram ao resultado dano, sendo tal circunstância levada em consideração, exatamente como na culpa concorrente.

E tal como citado, a ideia da teoria da mitigação não explica os

¹⁵² Um exemplo de negligência extrema da vítima é citado por John Honnold (1999, p. 458 – 459) “Example 77B. On June 1 A and X made a contract for X to produce and deliver to A 10,000 sheets of steel on August 1 at \$50 per sheet. Buyer A needed the steel for use in manufacturing. On July 1 Seller X notified A that production difficulties in X’s steel mill would prevent delivery of the steel by August 1; X also stated that the production difficulties might persist for an unknown period after August 1 and urged A to obtain the steel elsewhere. Comparable steel was available in A’s area; the price at all times remained at \$50. For unexplained reasons A did not seek or obtain the steel elsewhere; as a consequence A’s production facilities were shut down for the month of August. Buyer A sued X for damages based on shut-down losses (Art. 74, “loss of profit”) of \$10,000 per day, or \$300,000. Seller X argued that, under Article 77, A failed to “take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss” so that there should be a corresponding reduction in the damages”

casos em que a falha na mitigação é desculpável, ou seja, aqueles casos em que nem sempre seria fácil entender que deveria haver atitudes positivas para reduzir o dano, tal como do exemplo do paciente que tomou os remédios errados recomendados pelo farmacêutico.

Assim, uma teoria individualista – como a teoria da mitigação em sua forma pura – não é compatível com a sistemática atual de inserção de princípios constitucionais no direito privado, como por exemplo, a solidariedade que se traduz no âmbito privado como cooperação, tanto que Pietro Perlingieri (2008, p. 142) observa,

com a passagem do individualismo à solidariedade constitucional, aquele particular negócio, que é o contrato, não diz respeito exclusivamente aos sujeitos estipuladores, mas, enquanto socialmente relevante, não se subtrai a um juízo de valor e, portanto, à positiva valoração do ordenamento.

Quanto à responsabilidade civil, pela noção individualista há apenas a imputação do resultado a uma das partes, e como dizem os dicionários, imputar é atribuir a alguém uma ação condenável, o que dá a entender que depois da reprovação o juízo de imputação leva ao juízo de retribuição, na qualidade de obrigação de reparar ou de sofrer a pena (RICOEUR, 2008, p. 36).

No entanto, no momento atual de desenvolvimento dos princípios axiológicos no âmbito jurídico, principalmente o da dignidade humana, a melhor atitude não é avaliar os polos da relação como inimigos, devendo-se reconhecer a responsabilidade dos infratores para com os ofendidos, esperando que o inadimplente ofereça à vítima assistência razoável (incluindo ajuda financeira), a fim de evitar-lhe o agravamento da situação. E se o autor da infração deixar de fazê-lo – especialmente quando o ofendido ainda lhe pediu para agir – sua omissão deve ser levada em consideração tanto como a falha da vítima para mitigar. Nessa perspectiva, ambas as partes serão incentivadas a agir, e não somente o credor prejudicado suportará tudo.

Como solução, Ricouer (2008, p. 53) propõe uma mudança desse movimento de procurar um culpado para uma posição mais elevada: o da prudência para prevenir o dano,

Pode-se então legitimamente perguntar se a suposta inflação do conceito

moral de responsabilidade não deve ser relacionada com um deslocamento "a montante" da própria responsabilidade jurídica, transferida para posição mais elevada que a ação e seus efeitos danosos, em direção às necessárias medidas de precaução e de prudência capazes de prevenir o dano. Em última análise, ao cabo de uma evolução em que a idéia de risco tivesse conquistado todo o espaço do direito da responsabilidade, subsistiria apenas uma única obrigação, a de garantir-se contra qualquer risco! Desse modo, o jurista estende a mão em direção ao moralista, sob o signo da prudência preventiva.

Nessa noção que afasta a simples imputação para uma análise de prudência preventiva, torna-se equivocada a noção de que o inadimplente tem o dever de responder por tudo – mesmo quando o credor pudesse ter agido para reduzir os danos – ; e também é incorreta a noção de que o credor deve ser responsabilizado por todos os danos que poderia ter evitado, seja qual for o grau de negligência que a outra parte teve.

Por esse viés mais humanizado, os dois polos devem ser prudentes e se precaverem dos danos, o que se encaixa perfeitamente também à noção de culpa concorrente, visto que caso qualquer das partes tenha sido imprudente em seu proceder, será imputada essa parcela de causa ao resultado final, repartindo-se a responsabilidade.

Ao fim e ao cabo, Ricoeur (2008, p. 52) apresenta isso como a necessidade de uma "paisagem recomposta" da responsabilidade jurídica em que imputação, solidariedade e risco encontrassem, respectivamente, seus justos lugares, e ainda complementa se seria o caso da solidariedade excluir a imputação, muito pelo contrário, elas se reforçariam mutuamente, nos seguintes termos,

Acaso não se poderia até dizer que, em vez de se oporem polarmente, imputação e risco se sobrepõem e se reforçam mutuamente, visto que, numa concepção preventiva da responsabilidade, o que nos é imputável são os riscos não cobertos? Enfim, o dilema criado pela questão dos efeitos colaterais da ação, entre os quais se classifica a poluição, levou-nos de volta à virtude da prudência. Mas já não se trata da prudência no sentido fraco de prevenção, e sim da *prudētia*, herdeira da virtude grega da *phrónesis*, em outras palavras, no sentido de juízo moral circunstanciado. De fato é a essa prudência, no sentido forte da palavra, que cabe a tarefa de reconhecer entre as inúmeras conseqüências da ação aquelas pelas quais podemos legitimamente ser considerados responsáveis, em nome de uma moral da circunspeção. Finalmente, é esse apelo ao juízo que constitui a mais forte defesa da manutenção da idéia de imputabilidade, submetida aos assaltos das idéias de solidariedade e de risco. Se esta última sugestão for válida, então os teóricos do direito da responsabilidade, preocupados em manter a justa distância entre as três idéias - imputabilidade, solidariedade e risco compartilhado - , encontrariam apoio e

incentivo em desenvolvimentos que à primeira vista pareciam fazer a idéia de responsabilidade derivar para bem longe do conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. (RICOEUR, 2008, p. 61)

O que também está de acordo com a culpa concorrente, a atitude inapropriada de uma das partes não isenta automaticamente a outra parte de toda a responsabilidade, ainda há que ser aquilatado a parte que coube a cada um no resultado. Yehuda Adar (2013, p. 790) aponta que essa repartição é feita por uma proporção equitativa que refletirá a responsabilidade relevante (causalidade adequada) de cada uma das partes na perda, que se traduziria em uma responsabilidade relativa,

Essa responsabilidade relativa é, por sua vez, determinada pelo peso combinado de dois fatores: primeiro, o relativo – comparativo – grau de culpa manifestado pela má conduta de cada uma das partes - ou seja, extensão do desvio do norma de razoabilidade; e, segundo, o impacto relativo – comparativo – causal que essa má conduta teve sobre a perda do autor e sua extensão. (ADAR, 2013, p. 790)

Na seara da responsabilidade civil, quando se insere o princípio constitucional da dignidade humana, ocorre a transferência de objeto da responsabilidade:

no plano moral, a responsabilidade é por outro ser humano, outrem. Tornando-se fonte de moralidade, o outro é promovido à posição de objeto do cuidado. O impacto desse deslocamento do objeto no plano moral é sentido no plano jurídico da responsabilidade: alguém se torna responsável pelo dano, porque, de início, é responsável por outrem. (FARIAS; BRAGA NETO; ROSENVALD, 2019, p. 39).

E não há dúvida de que o o princípio cooperativo, que dá preferência ao comportamento colaborativo está adequado ao ordenamento jurídico atual. Sob a ótica comunitária, o imperativo da cooperação é duplo: obriga as pessoas a exercer o devido cuidado preventivo para sua própria segurança e a segurança de outros, e exige que eles aceitem alguma responsabilidade pelas perdas que, agindo de forma negligente ou ilegal, tenham imposto a terceiros ou a eles mesmos (ADAR, 2013, p. 817).

No contexto de Constitucionalização do Direito Civil, entende Paulo Nalin (2006, p. 197) que se mostra intolerável a subordinação de um sujeito

(devedor) em face do outro (credor), o que deveria haver é uma relação de cooperação entre eles.

Na doutrina italiana¹⁵³ sobre cooperação, Angelo Falzea (apud NALIN, 2006, p. 193) destaca o surgimento de uma nova posição ao credor com a existência de um dever de cooperação imposto a este contratante, isso porque tal comportamento foi se perdendo, comenta Emilio Betti (apud NALIN, 2006, p. 196) que quando o homem se torna apenas carne, perde sua espiritualidade, sua capacidade de julgamento, ele afasta de si valores instáveis como o da cooperação.

Tanto que Pietro Perlingieri (1997, p. 210) afirma:

a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isso implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do credor.

Emilio Betti (2006, p. 30) apresenta um entendimento similar ao dizer que nas relações obrigacionais se resolve um “problema de cooperação”, e que “a ideia da cooperação é o fio condutor que serve para orientar o jurista nas grandes questões do direito das obrigações”. E ainda que a relação não é um fim em si própria, é instrumento para um fim de convivência, e esse fim é a tutela e a satisfação de um interesse do credor na cooperação do devedor. (BETTI, 2006, p. 33)

Obrigação, sintetiza Jorge Cesa Ferreira da Silva (2006, p. 31), “não é simplesmente dever de alguém frente a outro, mas, muito mais do que isso, é relação, e relação pautada por critérios de cooperação”.

Para Emilio Betti o Direito objetivo não é somente um complexo de normas abstratas, dissociadas da vida em sociedade; antes disso o fundamento do

¹⁵³ Segundo observa Thiago Luís Santos Sombra, “ainda hoje vige significativa controvérsia doutrinária em torno da profundidade da cooperação imposta ao credor. Conquanto delicado, é possível adiantar, no entanto, que prepondera perante os italianos a perspectiva da cooperação como ônus, sem o surgimento de um contraposto direito a adimplir; ao passo que para os portugueses, os quais trabalharam com maior acuidade o tema a boa-fé objetiva ao longo dos anos, vigora a ideia de cooperação como dever lateral ou de conduta. Infelizmente, a doutrina e a jurisprudência brasileiras são incipientes sobre o tema, embora existam ensaios e trabalhos altamente técnicos, profundos e específicos” (SOMBRA, 2011, p. 120-121)

Direito são os próprios laços da vida em sociedade¹⁵⁴ “naquele complexo de relações que liga os homens na realização de suas atividades, relações que dizem respeito a interesses individuais muitas vezes conflitantes, às vezes convergentes, mas reciprocamente limitativos” (BETTI, 2006, p. 29), sempre um ser humano vai precisar de outro cooperando para a realização dos fins.

O referido autor faz suas considerações em linguagem poética,

É breve a vida do homem: os limites, entre o berço e o túmulo, não são tão distantes como podem parecer ao indivíduo, em sua presunção. E, entre esses limites, quantos são os riscos que lhe tornam precária a existência, quantas as coisas de que necessita! (...) sempre, no eterno círculo das relações sociais, para obter bens e serviços ou para se defender dos riscos inevitáveis, necessita o homem da colaboração alheia. E tem de obtê-la, ora oferecendo a sua em troca, seja em comum, seja de forma unilateral e sem contraprestação, ora, porém mais raramente, a título gratuito. Do *contractus* ao benefício vai a gama numerosa de obras que satisfazem a necessidade de cooperação dos consociados. Na exigência de cooperação entre consociados está, portanto, a chave com que o jurista deve procurar entender o instituto da obrigação, considerando-o na sua função socioeconômica. (BETTI, 2006, p. 25)

O que significa dizer que, principalmente no campo das Obrigações, não há possibilidade de se atingir suas pretensões sem a cooperação de outrem, ainda que o ser humano¹⁵⁵, em sua individualidade assim o pense, isso não passa de uma falácia que não resiste ao crivo da realidade prática.

Daí porque Emilio Betti desenvolver amplamente em sua obra “Teoria Geral das Obrigações” a sistematização do que vem a ser cooperação, e justificando a necessidade de tal instituto, ele assim argumenta,

Com uma visão estática e paralisante - visão a que se inclina, às vezes, o abstracionismo dos juristas, habituados a operar com conceitos rígidos e fixos - pode ser difícil distinguir a obrigação de pagar uma soma (a título de

¹⁵⁴ O que vem ao encontro da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale de que o Direito não é apenas fato, ele também é fato. Que não é apenas valor, ele também é valor. E que não é apenas norma, ele também é norma. Ou seja, é uma tríade que se necessita mutuamente, o Direito é fato, valor e norma de forma intrínseca e imprescindível.

¹⁵⁵ É o que Emilio Betti (2006, p. 48) apresenta da seguinte forma: “O tipo de homem que essa nova barbárie da técnica educa e promove é o especialista, que conhece sua função num restrito ramo da indústria, da arte ou da ciência, mas que, fora desse ramo, não tem vivos interesses espirituais nem personalidade própria ou capacidade de julgamento: é homem-massa. Poder-se-ia dizer de semelhantes tipos humanos que são fragmentos de homens, em vez de homens completos. E exatamente disso se aproveita o preconceito hedonista e utilitário difundido pelo individualismo moderno. Aguilhoado por esse preconceito, o homem médio de hoje vai perdendo cada vez mais o gosto e o talento de colaborar com autêntica dedicação para obras que o transcendam e sejam destinadas a durar além de sua efêmera existência”.

indenização ou de ressarcimento) do precedente compromisso de cooperação, que tem caráter puramente virtual. Mas exatamente aqui se requer do jurista uma visão dinâmica e concreta, aderente à realidade do fenômeno jurídico. (BETTI, 2006, p. 63)

Aliás, tal como visto, a noção de obrigação como um processo também menciona a necessidade de cooperação das partes para que se chegue ao adimplemento, mas “é claro que a obrigação não estará cumprida enquanto o resultado não for atingido e posto à disposição do credor (...) se falta o resultado, por maior que tenha sido o esforço realizado pelo devedor, não existe adimplemento” (BETTI, 2006, p. 60), no entanto, há princípios a serem observados antes, durante e após a prestação, entre eles a cooperação.

Nessa ideia de cooperação, Décio Erpen (1998, p. 47) observa que,

Sei que temos responsabilidade um diante do outro. Devemos prestigiar o instituto da responsabilidade recíproca, mas sem abandonarmos sentimentos e valores que se inspiram no amor, na solidariedade, no equilíbrio, na temperança, no respeito ao próximo e porque não dizer, até na tolerância. A cobrança persistente e judicializada nos pequenos percalços, traduzida em litígios generalizados, vai tornar a vida insuportável.

Goetz e Scott (1983, p. 1011) já se mostravam cientes de que é difícil exigir uma ação futura que nem sempre é passível de ser prevista antecipadamente. E observam que para um contrato ser bem-sucedido é necessário cooperação das partes, e que um ótimo contrato encorajaria ambas as partes a empreender reajustes cooperativos no meio do caminho. Ademais, “a história mostra que as civilizações beligerantes foram inexoravelmente tragadas pelo próprio ódio, exatamente por serem conflituais, alimentadas por demandas internas e externas”. (ERPEN, 1998, p. 49)

Diante disso, conclui-se que a melhor opção é a aplicação da teoria da mitigação vinculada à culpa concorrente – ou mesmo a aplicação da culpa concorrente abarcando o *Duty to Mitigate the Loss*, tal como sugerido pelos magistrados norte-americanos – dessa forma há verdadeiramente a manifestação do princípio da cooperação na relação obrigacional, abrangendo também o respeito à dignidade humana quando ambas as partes se preocupam com o polo oposto e com o adimplemento da obrigação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde 2004, com a edição do Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, a teoria do *Duty to Mitigate the Loss* originária do direito consuetudinário britânico passou a ser aplicada no Brasil com lastro na boa-fé objetiva.

A referida teoria impõe que o prejudicado por um inadimplemento não será indenizado pelas perdas e danos que poderia ter evitado com esforços razoáveis, e como forma de incentivar esse comportamento proativo na mitigação, a teoria também possui uma face positiva que prevê a indenização ao credor por todos os gastos que teve na empreitada da redução dos danos. Como se vê, a norma de mitigação visa estimular o prejudicado a se empenhar para evitar o agravamento do dano.

No Brasil, essa atitude mitigatória foi entendida, em um primeiro momento, como uma atitude cooperativa entre as partes, o que fez com que seu respaldo jurídico pairasse na boa-fé objetiva, mais especificamente no dever de cooperação.

No entanto, por ser uma teoria originada de países com um sistema jurídico bem diferente do brasileiro, sua análise não pode ser leviana. Então, esse trabalho se propôs a analisar os fundamentos da referida teoria avaliando sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional, além disso, estudou a natureza jurídica e os possíveis institutos que são passíveis de lastreá-la.

E surpreendentemente, a primeira conclusão que se chega é que a norma da mitigação tem bases puramente individualistas, ela surge somente para impedir o desperdício econômico que resultaria do devedor indenizando aquilo que poderia ter sido evitados com esforços razoáveis, e, seu outro fundamento, que também é individualista, é o da necessidade de cada cuidar do seu próprio bem.

Ou seja, a teoria da mitigação não tem absolutamente nada de cooperação em suas bases. E ainda que esse patente individualismo seja um reflexo do momento histórico em que foi criada, fato é que ainda hoje suas bases permanecem as mesmas.

Do que se extrai que isso não é compatível com o ordenamento jurídico nacional.

Após as atrocidades bélicas e antissemitas ocorridas no século XX com respaldo legal, surgiu um movimento que previa a volta dos valores na sistemática jurídica, a tal movimento dá-se o nome de Pós-positivismo, o que acelerou a inserção de princípios sociais, como o da dignidade humana, em quase todas as Constituições do ocidente, com o fito que nunca mais a humanidade fosse testemunha de tamanhas barbáries.

E de forma a adequar todo o ordenamento à tais princípios, advém o movimento de Constitucionalização do Direito Civil, também chamado de publicização do Direito Privado, que se traduz na inserção desses princípios sociais constitucionais no âmbito privado, daí porque o atual Código Civil ser tão preocupado com as questões axiológicas, humanizando as relações, tal como o art. 422 que prevê a observância da boa-fé objetiva por ambos os polos da relação. Ademais, o dever de cooperação – que também está vinculado à boa-fé – passa a ter elevado destaque, devendo-se sempre privilegiar a cooperação entre as partes.

Há que se mencionar que a boa-fé foi inserida no Código Civil na forma de cláusula geral, ou seja, conceito aberto que permitem ao magistrado adequar a norma ao caso concreto, o que dá margem a várias interpretações do que vem a ser agir conforme a boa-fé em determinada situação fática, Em razão dessa elasticidade, foi justamente sugerida a inserção da teoria da mitigação junto à esse princípio.

Então, quanto à legitimidade formal de aplicação da teoria da mitigação no Brasil, caso estivesse realmente lastreada à boa-fé objetiva, teria legitimidade no ordenamento jurídico nacional.

No entanto, há que se mencionar que a natureza jurídica da norma de mitigação é pacificamente ônus, apesar do vocábulo “duty” (dever), esta não pode ser a real natureza da norma de mitigação; isso porque, numa relação jurídica, quando é imposto a uma parte um dever, é conferido a outra um poder, que seria o direito subjetivo de exigir o cumprimento. Caso o Duty to Mitigate fosse entendido como obrigação, sua violação seria um inadimplemento contratual, abrindo-se possibilidade para a aberração jurídica da vítima – credor – responder por perdas e danos, ou seja, notoriamente não se trata de um dever, sendo esse entendimento também calcificado na *common law*.

Como a única consequência negativa da aplicação da referida teoria é fazer o credor suportar seu próprio prejuízo, entende-se que sua natureza seja de ônus ou incumbência, isso porque, nesse tipo de instituto, a parte é livre para seguir ou não a norma, no entanto, deverá suportar alguma consequência negativa quando não o siga, como por exemplo no caso da apresentação da contestação no processo. A parte não é obrigada a apresentá-la, mas deverá suportar certos efeitos jurídicos ao não fazê-lo. Ademais, tanto na *common law* como na Europa Continental, é pacífico que sua natureza jurídica é de ônus, incumbência.

O problema então é que a natureza jurídica do art. 422 do Código Civil (boa-fé objetiva aplicada aos contratos) é de “dever”, não ônus. Ademais, a cooperação também é um dos deveres anexos à boa-fé objetiva. Assim, quando ocorre a ligação da teoria do *Duty to Mitigate the Loss* com a boa-fé objetiva cria-se um Frankstein, porque seria a previsão de um ônus dentro de um princípio que é dever.

Ou seja, não há um encaixe perfeito.

Tanto que em 2018, foi editado o enunciado 629 do CJF propondo a inserção da teoria da mitigação de forma autônoma, sem estar vinculada à boa-fé nem a outro instituto, como já é aplicada no direito americano e inglês.

No entanto, nesse caso, a pesquisa chega à conclusão de que o instituto carece de legitimidade jurídica, pois apesar de não se tratar da previsão de um dever, mas apenas de ônus, não há que se esquecer que essa situação também pode prejudicar o credor, devendo-se respeitar o princípio da legalidade.

Todavia, no tópico “d” do último capítulo dessa dissertação, abre a hipótese da adequação da teoria da mitigação no Brasil caso houvesse previsão legal expressa. Entretanto, pelas pesquisas realizadas, tal como já pontuado, chegou-se à conclusão de que a referida teoria tem bases predominantemente individualistas, os valores que a respaldam no direito anglo-americano continuam são diversos dos praticados aqui.

Percebe-se que um sistema dualista (“tudo ou nada”) e individualista – que se observa na teoria das consequências evitáveis – não é compatível com a constitucionalização e personalização do Direito Civil, e não é compatível com a noção da obrigação como um processo destinado ao adimplemento e aos princípios da boa-fé e da cooperação.

O direito contratual anglo-americano, embora possa acessoriamente fomentar a cooperação e prevenir oportunismos, ainda é predominantemente visto como um dispositivo de alocação ou distribuição do risco.

Assim, ainda que a teoria da mitigação **em sua forma pura** estivesse prevista em lei, não seria realmente compatível com a principiologia atual.

Ante o exposto, o presente trabalho se propôs a apresentar uma forma de ônus mitigatório que se coadunasse com a sistemática brasileira, observando os princípios constitucionais sociais, tal como a dignidade humana e a solidariedade, e também os princípios já incorporados no Código Civil, como da boa-fé objetiva, cooperação, equidade etc.

O modelo adequado será aquele que não seja individualista, mas que observe o coletivo, o ser humano em meio à sociedade, e incurso nela o dever de cooperação, nesse sentido, se propõe aqui a inserção de um dispositivo legal vinculando o ônus da mitigação à culpa concorrente, tal como vem sendo aplicada na Alemanha, ou ainda a aplicação autônoma da culpa concorrente, entendendo que somente a culpa concorrente já seria suficiente para atenuar o montante indenizatório caso o credor não tivesse uma atitude cooperativa.

Lembrando também que hoje não se vê a culpa concorrente somente pelo viés da culpa em si – dolo ou culpa stricto sensu – é encarada também pela influência no percentual causal, ou seja, o percentual de influência da ação de cada um no resultado, tal como já interpretado também pelo Enunciado 630 do Conselho da Justiça Federal.

Quanto à congruência dos princípios constitucionais nesse aspecto, é de se lembrar que com a constitucionalização do Direito Civil, eles também passaram a permear a responsabilidade civil, e aí o princípio cooperativo se manifesta no compartilhamento de riscos, razão pela qual a teoria da culpa concorrente seria adequada.

A culpa concorrente recorda o conceito de reciprocidade e a obrigação de 'proteger' o interesse da outra parte. A divisão dos custos do dever de indenizar é justamente um dos efeitos da culpa concorrente, caso os dois polos tenham contribuído para o resultado danos, os dois serão responsabilizados em certa medida, ou seja, não ocorrerá a injustiça de responsabilizar apenas um deles.

Ou seja, ainda que à primeira vista a teoria da mitigação se pareça

com a culpa concorrente, isso não procede; a norma da mitigação estabelece uma das partes como o responsável por toda a perda dependendo de qual deles teve a “última chance” de evitar, e no caso da culpa concorrente, a responsabilidade é compartilhada por ambos, e essa repartição é feita de acordo com o grau de responsabilidade de cada uma das partes — medida tanto por culpa quanto por causalidade.

Ao invés do ônus de agir exclusivamente em sua autoproteção, por uma abordagem cooperativa a vítima também terá um “dever” para com o devedor, dever este de tomar precauções razoáveis, não apenas para se salvaguardar dos próprios erros, mas também proteger o outro contratante. No entanto, o devedor também deverá obedecer essa norma de solidariedade, ele também terá uma parcela em cima da causalidade por sua conduta irresponsável.

Essa noção de repartição em razão da causalidade parece muito mais justa principalmente quando a falta de mitigação representa um erro de julgamento inocente. Fazer o credor suportar todo o prejuízo que poderia ter sido evitando, seria um tanto injusto, já que foi causado inicialmente pelo devedor.

E além de ter inspiração no direito alemão, essa proposta também se baseou em uma sugestão ocorrida por magistrados norte-americanos, que no ano 2000, na “Restatement of the Law (3d) of Torts - Apportionment of Liability”, propuseram abolir a mitigação de danos face à culpa concorrente, pois, no entender dos relatores, a regra do “tudo ou nada” seria supérflua e problemática, não havendo motivos que a impedisse de ser absorvida pela culpa concorrente. No entanto, até agora a norma de mitigação é aplicada massivamente naquele país, sendo a culpa concorrente ainda pouco aplicada.

Diante disso, conclui-se que, no Brasil, a melhor opção é a aplicação da teoria da mitigação junto à culpa concorrente – ou somente a aplicação da culpa concorrente como sugerido pelos magistrados norte-americanos – já que, em um regime de responsabilidade civil que esteja baseado em valores comunitários de solidariedade e consideração mútua, é altamente problemático ignorar a natureza e o caráter da conduta ilícita do réu e é igualmente problemático ignorar totalmente a negligência da vítima. Assim, uma teoria individualista – como a teoria da mitigação em sua forma pura – não é compatível com a sistemática atual de inserção de princípios constitucionais no direito privado. Ademais, uma nova visão da

responsabilidade civil está mais preocupada com a prevenção de danos do que na localização de um culpado para responsabilizar.

Por esse viés mais humanizado, quando se insere o princípio constitucional da dignidade humana, a responsabilidade é por outro ser humano, os dois polos devem ser prudentes e se precaverem dos danos, mas também devem ter o olhar para a outra parte, buscando impedir o incremento dos prejuízos do outro. O que se encaixa perfeitamente também à noção de culpa concorrente, visto que caso qualquer das partes tenha sido imprudente em seu proceder, será imputada essa parcela de causa ao resultado final, repartindo-se a responsabilidade. Nessa sistemática, imputação, solidariedade e risco se encontram e se reforçam mutuamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAR, Yehuda. Comparative negligence and mitigation of damages; two sister doctrines in search of reunion. **Quinnipiac Law Review**. Vol. 31, p. 783 – 842, 2013.

AGUIAR, Roger Silva. **O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro**. In: MELLO, Cleyson M. Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch** [BGB]. 1900. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em 10 de janeiro de 2021.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral; PONA, Everton William. Ampliando horizontes: expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia da sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas. In: KEMPFER, Marlene; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. (Org.). **Estudos em Direito Negocial e Sustentabilidade**. Curitiba: Editora CRV, v. , p. 9-42, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada. In: **Revista CEJ**, número 09, dezembro 1999.

AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement of the Law (Second) Contracts**. Saint Paul: American Law Institute, 1981.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**, teoria geral: relações e situações jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2010.

AUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis. **European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules**. Munich: European Law Publishers, 2008.

AZEVEDO, Antonio José. **Negócio Jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Revista De Direito Administrativo**, v. 139, pp. 1–10, 1980, <https://doi.org/10.12660/rda.v139.1980.43129>.

BARNETT, Katy. Substitutive Damages and Mitigation in Contract Law. **Singapore Academy of Law Journal**, vol.28, pp. 795-824, 2016. Disponível em <https://journalonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/513/ArticleId/1173/Citation/JournalsOnlinePDF>. Acesso em 03 de fevereiro de 2023.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In*: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONANNO, Claudio. La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali. **Giureta** – Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, v. VII, p. 1 – 44, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAVO, Federico Castro y. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial Civitas, 2016.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

CAFAGGI, Fabrizio. Creditor's Fault: *In*: Search of a Comparative Frame. **EUI Working Papers Law**. n. 2009/15, 2009. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551825. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

CARMIGNANI, Maria Cristina. A aequitas e a aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 115 – 129, 2009.

CASTRO, Paulo Roberto Ciola de. **Configuração do Dano Extrapatrimonial: norma ao caso concreto**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo**. Mestrado (Direito). Fundação Getúlio Vargas, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**: enunciados aprovados. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2005. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf> Acesso em 10 de outubro de 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil**: Enunciados aprovados. Coordenador geral: Ministro Raul Araújo. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em 01 de abril de 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. O Direito Como Parte da Ética. *In*: ALVES, Alaôr Caffé e outros. **O que é Filosofia do Direito?** Barueri/SP: Manole, 2004, p. 1- 10.

DAVID, René. **English Law and French Law**: a comparison in substance. London: Stevens & Sons, 1980.

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

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. Pós-positivismo. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil**. t.2: Derecho de obligaciones, por L. Enneccerus. 2. ed. rev. H. Lehmann. trad. B. Pérez González e J. Alguer. Espanha: Casa Editorial Bosch, 1953.

ERPEN, Décio Antônio. O dano moral e a desagregação social. **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 758, p. 43-52, dez. 1998.

EVERETT, John C. Mitigation of Damages: Effect of Plaintiff Choosing Among Reasonable Alternatives. **Arkansas Law Review**. v. 23, p. 132-135, 1969-1970.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: obrigações. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília. Janeiro-Março/2011. Ano 48. n. 189, p. 105-131.

Disponível

em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/rii_v48_n189.pdf#page=106>. Acesso em 27 de janeiro de 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. *In*: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio et al. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das Obrigações. *In*: Reale, Miguel e Martins-Costa, Judith (Coords.). **Biblioteca Estudos de Direito Civil – Estudos em Homenagem a Miguel Reale**, vol. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIUZA, César; ALMEIDA, Renata Barbosa de; LEITE RIBEIRO, Gustavo Pereira. Uma nova contratualidade. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 11-44, jul./dez, 2008.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Justificativa à proposta de Enunciado ao Art. 422: O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo. *In*: **III Jornada de Direito Civil**. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

FRANÇA. **Code Civil des français du 21 mars 1804**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>> Acesso em 10 de março de 2023.

FRANCE, Anatole. **Le Lys Rouge**. Paris: Calmann-Lévy Éditeurs, 1906.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos paradigmas contratuais. São Paulo: Saraiva. 2004.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation. **Virginia Law Review**. v. 69, p. 967-1024, setembro de 1983. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/399

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional**: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2021.

GONÇALVES, Milton Rodrigo. **Duty to mitigate e direito Bancário**. Londrina: Thoth, 2021.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre Obrigação, Dever e Ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 77, p. 177-183, 1982.

HILLMAN, Robert A. Keeping the Deal Together After Material Breach: Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts. **University of Colorado Law Review**. v. 47, p. 553-615, 1976.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. São Paulo: Del Rey, 2005.

HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3. ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. Disponível em https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/honnold.html#y1y. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

KESSLER, Friedrich; GILMORE, Grant. **Contracts: Cases and Materials**. 2. ed, Boston: Little, Brown and Company, 1970.

KRAMER, Adam. **The Law of Contract Damages**. Oxford: Hart Publishing, 2014

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Tradução M. Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: RDP, 1978.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017.

LIVIO, Tito. **História de Roma: Ab Urbe Condita Libri**, v. 2. São Paulo: Editora Paumape, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: obrigações: parte geral** (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003.

MARCHIONNI, Antonio. **Ética: A Arte do Bom**. São Paulo: Vozes, 2008.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENEGHETTI, Antonio. **Sistema e personalit a**. 2. ed. Roma: Psicologica Editrice, 1996.

MENEZES CORDEIRO, Ant nio Manuel da Rocha e. **Da boa-f e no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

MCGREGOR, Harvey. **McGregor on Damages**. 19 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MICHAUD, Anna. **Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract**. *Revue générale de droit*, 15(2), p. 293–340, 1984. <https://doi.org/10.7202/1059553ar>

MORAES, Bruno Terra de. **A aplica o de dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil: fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A prote o do devedor decorrente do favor debitoris como princípio geral do direito das obriga es no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, p. 297 – 377, dez. 2006.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presun o de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

MÜNCH, Ingo Von. Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania. *In: CODERCH, Pablo Salvador (org.). Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NAVOLAR, Ana Lúcia Maso Borba, MARQUES JUNIOR, Silvio Henrique. O Tridimensionalismo de Reale como ponte para o Pós-Positivismo. *In: Patrícia Gasparro Sevilha Greco; Andre Del Grossi Assumpção. (Org.). Reflexões sobre uma nova hermenêutica constitucional: leis, valores e sociedade*. Maringá: Vox Littera, v. 1, p. 35-55, 2022.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Nápoles: ESI, 2003.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92449>.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

PETTIT, Philip. Liberalismo y republicanismo. *In: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004.

POSNER, Eric. Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation, and Mitigation. In ELGAR, Edward. In. BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit De. **The Encyclopedia of Law and Economics**, Northampton; Edward Elgar, 2000, p. 162 – 178.

PROSSER, William Lloyd. Comparative Negligence. *In: California Law Review*, Vol. 41, No. 1 (Spring, 1953), pp. 1-37. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/3478120>. Acesso em 01 de fevereiro de 2023.

PUGLIESE, Giovanni. **Instituzioni di diritto romano**, v. 11 periodo postclasico e giustiniano. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1998, p. 975

RAMOS, César Augusto. O liberalismo político e seus críticos. **Crítica: Revista de Filosofia**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina. vol. 10, n. 32, p. 229-264, out. 2005.

RAMOS, César Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Transformação**, v. 34, n. 1, p. 43-66, 2011.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **A boa-fé no código civil**. Ago. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>> Acesso em 25 de novembro de 2021.

REINO UNIDO: Government Commercial Function. **Risk Allocation and pricing approaches**: guidance note. Maio de 2021. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987140/. Acesso em 03 de março de 2023.

RICARDO QUARTIM DE MORAES. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, Número 204, out./dez. 2014

RICOEUR, Paul. **O justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RIPERT, Gerges. **La règle morale dans les obligations civiles**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2006.

RUBIO, Delia Matilde Ferreira. **La Buena Fé**: El Principio General en el derecho civil. Madrid: Montecorvo, 1984.

RULLI NETO, Antonio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: Tepedino, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.113 – 146.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Le Droit des Obligacions**. T. 1. Paris: Auguste Durand Libraire-Éditeur, 1863.

SCHWENZER, Ingeborg; MUÑOZ, Edgardo. Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship. **Uniform Law Review**. Oxford University Press. Vol. 24, p. 149–174, 2019. <https://doi.org/10.1093/ulr/unz009>.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Adimplemento contratual e colaboração do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** (v. 3). 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. Rio de Janeiro: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: estudo na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, p. 8 – 37, jul./set. 2014.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. I. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

UNIDROIT. **Principles of International Commercial Contracts**, 2010. Disponível em <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2023.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAGHLOUL, Ramy; HARTMAN, Francisco. Construction contracts and risk allocation. *In: Paper presented at Project Management Institute Annual Seminars & Symposium*, San Antonio, TX. Newtown Square, PA: Project Management Institute, 2002. Disponível em <https://www.pmi.org/learning/library/construction-contracts-risk-allocation-1025>. Acesso em 20 de abril de 2023.