



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

CAROLINE MELCHIADES SALVADEGO GUIMARÃES DE
SOUZA LIMA

**A APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DANOS NO DIREITO
CONTRATUAL BRASILEIRO**

Londrina
2019

CAROLINE MELCHIADES SALVADEGO GUIMARÃES DE
SOUZA LIMA

**A APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DANOS NO DIREITO
CONTRATUAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre no Programa de
Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito
Negocial da Universidade Estadual de
Londrina.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner
Marquesi.

Londrina
2019

CAROLINE MELCHIADES SALVADEGO GUIMARÃES DE SOUZA
LIMA

**A APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DANOS NO DIREITO
CONTRATUAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre no Programa de
Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito
Negocial da Universidade Estadual de
Londrina.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner
Marquesi.
Universidade Estadual De Londrina - UEL

Profa. Dra. Rita de Cássia Resqueti Tarifa
Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Demétrius Coelho Souza
Pontifícia Universidade Católica do Paraná -
PUCPR

Londrina, 31 de julho de 2019.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente aos meus pais, por toda dedicação e esforços empregados na minha formação. Meu porto seguro para todos os momentos difíceis e para todas as conquistas desta caminhada. Sem vocês eu nada seria. Reconheço tudo o que fazem por mim, e este mestrado é uma forma de demonstrar a minha gratidão.

Ao meu noivo Luiz Augusto, por estar presente em todos os momentos, sempre me apoiando e incentivando. Com você as barreiras e desafios são mais fáceis de serem enfrentados.

Ao meu orientador Marquesi, por todos os ensinamentos e pela confiança que sempre depositou em mim. Especialmente agradeço pela dedicação e atenção durante a orientação deste trabalho.

À professora Rita por participar tão diretamente desta caminhada, que considero ter iniciado na graduação com a realização do PIBIC e o despertar para área acadêmica. Por sempre me aconselhar na busca de respostas para os questionamentos durante as pesquisas.

Ao professor Demétrius, que igualmente participou da minha formação e despertou o interesse pela área acadêmica. Agradeço especialmente por ter aceitado o convite de participar da banca, encerrando comigo mais esta conquista.

Aos meus sogros, Laryssa e Luiz Fernando, especialmente pelo incentivo à realização do mestrado, e por todos os conselhos nesta caminhada.

Aos meus colegas de trabalho, especialmente Marco Aurélio Grespan, pela compreensão quanto às minhas ausências para realização do mestrado, e por sempre confiar e apostar em mim.

Aos meus colegas de mestrado, e em especial aos amigos Ana Flávia, Juliana, Joice, Paulo, Pedro, Rebeca, Túlio e Uiara que diretamente participaram comigo desta caminhada, nas aulas, trabalhos, apresentações, projetos e tarefas do mestrado. Agradeço o companheirismo e suporte de todos vocês.

Aos professores do curso, que contribuíram para minha formação e aprimoramento.

Ao meu irmão Luiz Henrique e aos meus amigos, que indiretamente contribuíram para que esta caminhada fosse mais leve.

Muito obrigada a todos vocês, de coração.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza. **A aplicação da mitigação de danos no Direito Contratual brasileiro**. 2019. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

RESUMO

O presente trabalho dissertativo tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação da teoria da mitigação de danos no ordenamento jurídico pátrio, sopesando além da possibilidade, a forma considerada correta para que o emprego da teoria não desvirtue outros institutos existentes no ordenamento ou que então se torne prescindível, e, portanto, desnecessária a sua incorporação. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, tanto de doutrina estrangeira como doutrina nacional, com o foco de verificar o modo e aplicação da teoria nos mais diversos países. Como resultado, verifica-se que foi alcançado o objetivo pretendido com o presente estudo, no sentido de envolver a discussão acerca do tema e convalidar que a aplicação da teoria da mitigação traz grandes auxílio para uma melhor aplicação da boa-fé objetiva no ordenamento.

Palavras-chave: Mitigação do prejuízo. Duty to mitigate the loss. Boa-fé contratual. Estrangeiro. Aplicação.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza. **The implementation of damage mitigation in the Brazilian contract law.** 2019. 129 p. Dissertation (Master's degree in Negotiation Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to analyze the possibility of applying the theory of damage mitigation in the legal order of the country, considering beyond the possibility the form considered correct so that the use of the theory does not distort other existing institutes in the ordering or that then becomes and therefore unnecessary to incorporate it. The methodology used was the bibliographical research, both of foreign doctrine and national doctrine, with the focus of verifying the way and application of the theory in the most diverse countries. As a result, it was verified that the objective sought with the present study was reached, in order to involve the discussion about the theme and to validate that the application of mitigation theory brings great help for a better application of objective good faith in the planning.

Key words: Mitigation of damage. Duty to mitigate the loss. Contractual good faith. Foreign. Implementation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CIVIL	11
1.1 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL	11
1.2. OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS EM UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA	19
1.3. BOA-FÉ: ORIGEM, DIREITO ESTRANGEIRO E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	24
1.3.1. Funções Da Boa-Fé	34
1.3.2 Deveres Acessórios Da Boa-Fé.....	37
1.3.3 Figuras Parcelares Da Boa-Fé.....	40
1.3.3.1. <i>Surrectio E Supressio</i>	40
1.3.3.2. <i>Venire contra factum proprium</i>	43
1.3.3.3. <i>Tu quoque</i>	44
1.3.3.4. <i>Nachfrist</i>	45
1.3.3.5. <i>Conclusões finais a respeito do presente capítulo</i>	47
2. O <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> NO DIREITO ESTRANGEIRO	48
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO INADIMPLEMENTO NO DIREITO CONTRATUAL SOB A ÓTICA DOS SISTEMAS DA <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	49
2.2 APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DOS DANOS NOS PAÍSES DE <i>COMMON LAW</i>	51
2.3 APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DOS DANOS NOS PAÍSES DE <i>CIVIL LAW</i>	64
2.3.1 Alemanha	65
2.3.2 Itália	68
2.3.3 França.....	69
2.3.4 Canadá	71
2.3.5 Portugal.....	71
2.3.6 América Latina.....	72
2.4 REGRA DA MITIGAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL	75

3.	A RECEPÇÃO DA TEORIA DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	80
3.1.	A NATUREZA JURÍDICA DA MITIGAÇÃO DE DANOS	80
3.1.1.	Distinção Entre Ônus Jurídico E Dever Jurídico	80
3.1.2.	A Mitigação Do Prejuízo Como Ônus Jurídico.....	87
3.2.	A BOA-FÉ COMO FUNDAMENTO PARA A RECEPÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	94
3.2.1.	Enunciado 169 Da III Jornada De Direito Civil	96
3.3.	A AUTONOMIA DA MITIGAÇÃO DE DANOS E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO CONTRATUAL	97
3.4.	PRESSUPOSTOS PARA EXISTÊNCIA DA MITIGAÇÃO	98
3.5.	A RAZOABILIDADE COMO FORMA DE AFERIÇÃO.....	100
3.6.	ÔNUS DA PROVA QUANTO À MITIGAÇÃO	103
3.7.	CONSEQUÊNCIAS DO CUMPRIMENTO E DESCUMPRIMENTO DO ÔNUS DE MITIGAÇÃO	104
3.8.	APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DANOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	105
3.8.1.	Contratação De Substituição Para Evitar Prejuízos Ainda Maiores.....	106
3.8.2.	Questões De Locação E Fiador.....	108
3.8.3.	Limitação Da Taxa De Ocupação De Imóvel Nos Casos De Imóvel Alienado Fiduciariamente Pelo SFH.....	111
3.8.4.	Execuções Bancárias E A Limitação Dos Juros Pela Demora No Ajuizamento	113
3.8.5.	Mitigação Em Casos Em Que Não Há Inadimplemento	116
3.8.6.	Confusão Com Outros Institutos	117
	CONCLUSÃO	119
	REFERÊNCIAS.....	123

INTRODUÇÃO

O Direito Civil, sobretudo o ramo contratual, sofre constantes modificações e adaptações. Considera-se estritamente necessária a atualização do ordenamento jurídico, que muitas vezes não é realizada por meio de mudanças legislativas, mas sim inovações e alterações doutrinárias e jurisprudenciais.

Muito embora o Brasil não esteja inserido em um sistema jurídico da *common law*, a jurisprudência desempenha um grande e relevante papel na ordem judicial, porquanto é a partir dela que podem ser analisados casos análogos para dar uma aplicação melhor ao direito. Afinal, uma forma importante de aperfeiçoamento é espelhar-se em julgamentos corretos e que tragam justiça.

Todavia, o desenvolvimento do Direito brasileiro, em especial o Direito Civil, não está atrelado somente à uniformização e análise da jurisprudência. Pelo contrário, considera-se que a maior fonte de desenvolvimento para o Direito Civil é a própria evolução da sociedade e a percepção do poder judiciário e legislativo quanto às suas necessidades. Para tanto, é preciso buscar soluções aos conflitos por meio da interpretação dos princípios e das cláusulas gerais, o que por muitas vezes acaba gerando a importação de institutos de origem estrangeira ao ordenamento pátrio.

São exemplos de importação desses institutos as figuras parcelares da boa-fé, tais como *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio*, e atualmente o que vem ocorrendo com a mitigação de danos, utilizada no ordenamento jurídico, com maior frequência sob a denominação de *duty to mitigate the loss*. Expressão de origem inglesa que se traduz literalmente em um dever de reduzir as suas perdas.

É preciso considerar que a importação de todo e qualquer instituto oriundo do direito estrangeiro deve ser acompanhada com a máxima cautela, sob pena de uma aplicação não adequada ao ordenamento pátrio. Ao operador do direito, devem ser feitas algumas indagações a respeito da mitigação de danos: afinal, o ordenamento pátrio de fato pode recepcionar a teoria importada de outros ordenamentos? Em caso positivo, qual a natureza jurídica a ser adotada? Qual o fundamento para a recepção? E por fim, a jurisprudência está em sintonia com as conclusões dos questionamentos acima realizados?

O presente estudo dissertativo tem por objetivo encontrar as respostas aos questionamentos acima expostos, assim como realizar uma análise ampla acerca da aplicação da teoria abordada, com especial viés para o direito dos contratos, âmbito em que se originou e vem sendo aplicada de forma mais veemente. A presente pesquisa foi realizada, especialmente, pela análise doutrinária e jurisprudencial, tanto do direito nacional como internacional.

O primeiro capítulo consistirá em uma explicação a respeito da boa-fé objetiva, discorrendo sobre a evolução do direito contratual e a ordem principiológica, o conceito e evolução histórica da boa-fé, assim como a sua aplicação na ordem estrangeira e internacional. Também apontará as peculiaridades da boa-fé objetiva, especialmente a sua função de integração e criação de deveres colaterais. Justifica-se a elaboração deste capítulo na medida em que atualmente a mitigação de danos vem sendo aplicada com fundamento na boa-fé, tornando-se necessária uma análise acerca da referida cláusula geral para compreensão da possibilidade ou não de incorporação ao ordenamento, sob este fundamento.

Após a referida exposição acerca da boa-fé objetiva, tratar-se-á no segundo capítulo da própria teoria estudada, a ser analisada em um contexto do direito estrangeiro e da ordem internacional. O que se pretende com este capítulo é compreender as origens da teoria, e a forma de aplicação nos países de sistema jurídico *common law* e *civil law*. Busca-se, portanto, nesta segunda parte do trabalho, uma análise da mitigação de danos no direito estrangeiro, como Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, França, Itália, Portugal e países da América do Sul, acerca das principais características e peculiaridades para as mencionadas ordens jurídicas.

Por fim, o último capítulo cuidará da análise quanto à aplicabilidade ou não da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os fundamentos para uma possível recepção e a apresentação das particularidades de uma atenuação de danos no ordenamento pátrio, em especial a análise acerca da aplicação jurisprudencial em determinados casos.

Os resultados a serem alcançados com o presente trabalho contribuirão para o aprimoramento da doutrina nacional com relação à teoria da mitigação de danos advinda do direito estrangeiro.

1. A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CIVIL

O direito civil contratual tem grande alicerce na boa-fé objetiva, isso porque muitos conflitos judiciais são dirimidos com a aplicação da referida cláusula geral. O presente capítulo tem por objetivo uma análise acerca da cláusula geral da boa-fé, receptora das figuras parcelares no ordenamento jurídico brasileiro, tudo a fim de dar início à análise da mitigação de danos no direito contratual brasileiro.

1.1 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Para compreensão do direito civil tal como é atualmente, sobretudo as questões envolvendo os princípios contratuais, indispensável analisar o contexto, historicidade e evolução de alguns institutos. Um dos grandes marcos históricos que contribuíram para as alterações na legislação civil pátria foi a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Sob a perspectiva internacional, as revoluções originadas no século XVIII e XIX, especialmente a revolução burguesa, marcaram o início do Estado Liberal, no qual há prevalência do princípio da igualdade formal, transmitindo a ideia de que todos são iguais e possuem total liberdade para dirimir as suas relações como bem entenderem. Neste viés, convém destacar as palavras de Milton Friedman em sua obra “Capitalismo e Liberdade”, destacando os principais contornos do liberalismo:

À medida que se desenvolvia, em fins do século XVIII e em princípios do século XIX, o movimento intelectual que avançou sob o nome de liberalismo enfatizava a liberdade, como objetivo derradeiro, e salientava o indivíduo, como entidade máxima da sociedade. Ele apoiava o *laissez-faire* no país como meio de reduzir o papel do Estado em assuntos econômicos, ampliando, assim, a função do indivíduo; também defendia o livre-comércio com o exterior, como meio de interligar os países do mundo, de maneira pacífica e democrática. Em questões políticas, promovia o desenvolvimento de governos representativos e de instituições parlamentares, a diminuição dos poderes arbitrários do Estado, e a proteção das liberdades civis dos indivíduos.¹

Enfatiza-se que, na concepção liberal, o Estado não deve intervir nas relações jurídicas privadas. O conceito de liberdade foi amplamente valorizado, na medida em que o direito público estava designado apenas para a regulação do Estado e de sua estrutura, enquanto o direito privado cuidava das relações estritamente privadas. Em outras palavras, no Estado Liberal atribuía-se “aos órgãos

1 FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, [livro digital].

públicos, como única função, a manutenção da ordem e da segurança para a melhor fruição das liberdades civis. As atividades desenvolviam-se na vida privada, nunca na esfera pública”².

No modelo de um Estado Liberal, havia pouco ou quase nenhum espaço para os direitos sociais. Diz-se que as normas constitucionais correspondiam aos anseios do individualismo da burguesia, valorizando-se a liberdade dessa classe, o direito contratual, comércio, propriedade e indústria³. Destaca-se, portanto, o aspecto não intervencionista do modelo liberal, um Estado fundamentalmente neutro⁴, marcado por uma igualdade formal e prevalência do “ter”, ou seja, os aspectos patrimoniais.

No âmbito do direito brasileiro, percebe-se a nítida influência do Estado Liberal quando analisado o direito civil e a codificação de 1916, marcada por forte influência do liberalismo, com a valorização do princípio da autonomia da vontade e não interferência do Estado nas relações jurídicas entre os particulares, além de pouco espaço para interpretações legislativas e diretos da personalidade. Destaca-se, a esse respeito, o posicionamento da doutrina quanto ao modelo de igualdade abstrata presente no modelo liberal:

A igualdade, fundada na ideia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial. Foi este paradigma, inaugurado com a codificação francesa, o adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916.⁵

Voltando ao aspecto internacional e histórico, o Estado Liberal, em razão de suas peculiaridades, passou a apresentar grandes deficiências, especialmente em razão de problemas sociais enfrentados no Século XX. Neste modelo, a atividade do Estado era ineficiente no oferecimento de serviços sociais, e, portanto, a sociedade,

2 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 352.

3 MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 159.

4 SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 15.

5 RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 5.

marcada pela Revolução Industrial, clamava por maiores cuidados do Estado, o que não condizia com os ideais liberais.

Empolgados pelas novas ideias racionalistas, fortemente sedutoras mas impregnadas de misticismo, os construtores do Estado liberal perderam de vista a realidade. Desconheceram (e isto foi o seu maior erro) uma das mais importantes revoluções que a história política do mundo registra — a revolução industrial —, que se iniciara na Inglaterra em 1770 e que modificaria fatalmente a realidade social em todos os países, criando problemas até então desconhecidos mas perfeitamente previsíveis. Processada à ilharga da revolução popular francesa, continuaria pelos tempos modernos a hostilizar cada vez mais o Estado liberal, minando os alicerces da sua estrutura.⁶

Verifica-se que a sociedade demandava um maior apelo social, pois era nítida a necessidade de um Estado interventor para os anseios e problemas enfrentados pela população, que na época convivia com a ausência do Estado nos direitos fundamentais, ressaltando um ambiente em que eram inexistentes as políticas para garantia de saúde pública e previdência, assim como uma péssima qualidade no ambiente de trabalho.

Este cenário pós Revolução apresentou a verdadeira incompatibilidade na manutenção de um Estado puramente liberal. Houve necessidade de mudança de paradigmas, ascendendo o Estado Social, também denominado de Estado do Bem-Estar Social. Nas palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira, a “crise provocou o surgimento do Estado Social, que no século vinte procurou proteger os direitos sociais e promover o desenvolvimento econômico”⁷.

A ascensão do Estado de Bem-Estar Social, cuja expressão inglesa originária é *Welfare State*, veio a influenciar sobremaneira o direito brasileiro. O Estado Liberal apresentava sinais de fadiga nas primeiras décadas do século XX, ante a inexistência de instituições que regulassem as necessidades da população. Em outras palavras, “a percepção de que o ordenamento jurídico deveria agir para atenuar desigualdades e libertar indivíduos de necessidades propiciou o surgimento do intervencionista Estado social, o *welfare State*”⁸.

6 MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 162.

7 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 12.

8 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos dos Contratos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 33.

Nesta perspectiva, nota-se que o Direito não é fim em si, mas tem como intuito responder aos anseios sociais, provocando, conseqüentemente, modificações nos institutos jurídicos, da mesma forma que outros ramos das ciências. Orlando de Carvalho ensina que “nenhum direito ou ramo de direito admite paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em ação”⁹.

A concepção de um Estado Social trouxe enormes melhoras ao direito em geral, especialmente com relação ao ser humano enquanto pessoa detentora de direitos da personalidade. Neste cenário, é perceptível a alteração de paradigmas, início de uma perspectiva de cunho solidarista e com valorização da pessoa, isto é, nesta funcionalização há “suposição de se conceber o direito subjetivo não como um poder, porém a disposição de direitos em conformidade com a temática social”¹⁰.

A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada pelo Estado Social. Em sua construção e edição de artigos, nota-se que o legislador cuidou de inserir princípios voltados à solidariedade, especialmente em atenção à dignidade da pessoa humana. Nesta perspectiva, assenta-se destacar os ensinamentos de Paulo Bonavides ao comentar a influência de um Estado Social no ordenamento jurídico pátrio:

Desde a Carta de 1988, Estado social e nação se unificam na tradição brasileira, de duas décadas já vividas e atravessadas, numa sinopse axiológica que traduz a grandeza, a solidez e o vigor da solidariedade na alma do povo brasileiro, abraçado ao compromisso irrevogável de sua Carta Magna, dirigido à concretização da justiça social.¹¹

Destaca-se, portanto, que o Estado Social, especialmente no século XX, veio a influenciar o direito brasileiro, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que diversos princípios e valores foram inseridos na ordem legal e deveriam ser observados especialmente no âmbito privado¹².

9 CARVALHO, Orlando de. apud. NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

10 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

11 BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. Estud. av., São Paulo, v. 22, n. 62, Apr. 2008. p. 202.

12 Nesse sentido são as palavras de Irene Patrícia Nohara: “A Constituição de 1988, no entanto, representou, do ponto de vista do direito público, um efetivo momento de viragem histórica, em que se enuncia um Estado Democrático de Direito, que incorpora os objetivos do Estado Social, acrescentando-lhe aspectos de participação cidadã” (NOHARA, Irene Patrícia. Transformações

O Código Civil de 1916 foi pautado sobretudo em um aspecto individualista e patrimonialista. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 os juristas intensificaram a necessidade de alteração da legislação civil¹³, sendo incontroverso, que a alteração, para o atual Código Civil de 2002, recebeu marcante influência de um Estado Social, tomando por base a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo a respeito do Estado Social no contexto do direito civil brasileiro:

No Estado social (welfare state), todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse esse o critério, então inexistiria direito privado.¹⁴

Abordando de forma mais específica a própria teoria geral dos contratos, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal, ao comentarem sobre a influência do Estado Social no âmbito contratual, destacam que a autonomia foi relativizada com a inserção de um Estado Social, modificando sobremaneira a ordem privada:

O Estado Social introduziu uma ampla gama de normas de ordem pública cujo objetivo era frear a autonomia da vontade em relações jurídicas marcadas pela assimetria. Os códigos perdem o papel monopolista, passando a concorrer com a legislação emergencial. Nada obstante o acréscimo da intervenção estatal na vida privada, as bases do direito civil se mantinham sólidas. Afinal, as normas constitucionais mantinham o seu conteúdo meramente programático, como cartas de intenção. Apesar dos direitos fundamentais contarem com uma dimensão subjetiva, aponto de ensejarem pretensões negativas (de defesa) ou positivas (de prestação), ainda não alcançam a posição de princípios básicos da ordem constitucional.¹⁵

latentes das fronteiras entre público e privado: mutação ou retrocesso no direito administrativo brasileiro?. In: Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. Organização Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto.[et al.]. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 87)

13 A respeito da necessidade de alteração da legislação civil, observou-se pelos ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lobo já no ano de 1999, que o autor questionou a base do direito civil em detrimento as normativas da Constituição Federal de 1988, demonstrando assim a necessária alteração, o que na época já estava sendo discutida, no projeto de lei que perdurou anos para ser promulgado, assim em suas palavras: “Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988, estão a demonstrar que o paradigma de contrato neles contidos e o do Código Civil não são os mesmos. O Código contempla o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual. Refiro-me ao contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade” (LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 107).

14 LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 101.

15 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos dos Contratos. 2. ed. rev., ampl. e atual. – Bahia: Juspodivan, 2012, p. 33.

Nesta perspectiva, era nítida a necessidade de elaboração de um novo Código Civil que regulasse as relações privadas em atenção ao que dispunha a Constituição de 1988. Tal modificação, que já estava sendo discutida na doutrina e jurisprudência, foi externada com o advento do Código Civil de 2002 e surgimento de princípios contemporâneos, sobretudo no âmbito contratual. Neste viés, convém destacar que Teresa Negreiros¹⁶, já no ano de 2006, logo após a promulgação do atual Código Civil, demonstrou a necessidade de que a teoria geral dos contratos se voltasse para estabelecer critérios a fim de compor adequadamente os princípios constitucionais:

É de se pôr de parte, acima de tudo, a ideia de que é possível formular uma teoria verdadeiramente *geral* dos contratos. Ao contrário, em razão precisamente da fragmentação conceitual, a teoria contratual não deve preocupar-se com a unidade, seja esta unidade consentânea com o modelo clássico, seja dele discrepante. Ao invés, a teoria contratual deve voltar-se para o estabelecimento de critérios de diferenciação, de forma a compor adequadamente os princípios constitucionais. [...] Neste sentido, uma das mais importantes tarefas da teoria contratual é a de redefinir, à luz da tábua de valores constitucionalmente consagrada, os fatores que devem ser considerados para efeito de classificar e, conseqüentemente, determinar os princípios aplicáveis às diferentes espécies de contrato.

Essa mudança de paradigmas no direito civil, com a evidente inclusão da valorização do indivíduo no ordenamento jurídico, é um fenômeno denominado de “Constitucionalização do Direito Civil”, ou então o Direito Civil Constitucionalizado. A esse respeito, convém demonstrar as ponderações realizadas por Luciano Benetti Timm ao comentar esse período de transição para o Estado Social e valorização dos princípios constitucionais no âmbito do Direito Civil, especialmente após a promulgação do atual Código Civil:

No Brasil, o Direito Social, em regra, foi tratado como excepcional pela doutrina civilista, como se percebe nos principais tratados de Direito Civil, muito embora, em artigos e monografias, a “socialização” do Direito Privado já apareça de forma mais contundente, especialmente entre aqueles autores que propõem a “constitucionalização” do Direito Civil. Paralelamente à doutrina nacional, a produção legislativa social no século XX foi vasta no Brasil (CLT, CDC, Lei do Inquilinato etc.), causando o fenômeno da “descodificação” do Direito Civil. Entretanto, após a promulgação do Novo Código Civil, não há mais como tratar o geral como específico; o Direito Civil é fruto e, portanto, parte integrante do paradigma solidarista, e o Novo Código Civil (como a Constituição Federal), o seu eixo, dele devendo partir qualquer análise do direito contratual no Brasil. Dos institutos novos adotados pelo legislador no Novo Código Civil – lesão, abuso de direito, onerosidade excessiva, boa-fé, contrato de adesão e cláusula abusiva –, percebe-se a quebra de paradigma na concepção de contrato em relação ao Código Civil de 1916. Todos eles podem ser reconduzidos ao grande princípio solidarista da função social do contrato. No plano da ordem jurídica privada, portanto, o Estado Social virou realidade legal.¹⁷

16 NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 303-304.

17 TIMM, Luciano Benetti. Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95

Uma ressalva há de ser feita. A expressão “Constitucionalização do Direito Civil” não é um esvaziamento do direito civil e transferência de temas privados para a Constituição Federal, pelo contrário, é uma forma de “superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico”¹⁸.

Assim pode ser considerada a importância da “Constitucionalização do Direito Civil”, nas palavras de Gustavo Tepedino:

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil, que dessa forma perderia espaço como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-se, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.¹⁹

Reconhece-se que o Direito Civil Constitucional traz inúmeras mudanças axiológicas, o que “implica na substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde antes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social”²⁰.

A evolução do Direito Civil, sobretudo do direito contratual, apresenta-se como grande mecanismo para a promoção do aspecto solidarista, é necessário destacar que “o contrato, neste momento, deixa de ser um instrumento do egoísmo individual, atingindo o nível de serviço às necessidades humanas. Fala-se no contrato enquanto instrumento da paz social e ao bem comum, conectando-o à uma certa justiça contratual”²¹.

Em outras palavras, o Direito Civil Constitucional, por assim dizer, passa a demonstrar maior preocupação com os direitos existenciais da pessoa humana, destacando-se o posicionamento de Anderson Schreiber, no sentido de que essa mudança de paradigmas não se trata de uma extinção do conteúdo patrimonial do

18 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: Direito civil constitucional. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.

19 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 2, abril/junho 2006, p. 52.

20 NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

21 NALIN, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 200.

sistema jurídico civil, mas apenas a sua adequação, ou seja, uma mudança qualitativa:

O que a metodologia civil constitucional enfatiza, nessa seara, é justamente a necessidade de que os institutos jurídicos de direito civil, outrora compreendidos como meros instrumentos de perseguição do interesse particular, sejam redirecionados à realização dos valores constitucionais, em especial à realização da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. É nesse sentido que se afirma que o direito civil constitucional se caracteriza pelo “decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais”. Daí afirmarem alguns autores, em fórmula sintética, que o *ser* prevalece sobre o *ter*. A ideia, contudo, deve ser bem compreendida.²²

O ramo do Direito Civil, sobretudo, deve manter-se em constante aprimoramento. No “século XXI, uma das tarefas da doutrina civilista consiste em remodelar as bases da força obrigatória dos contratos. Conciliar o novo com o velho, reformar sem destruir”²³. Não é demais ressaltar que muito embora a “Constitucionalização do Direito Civil” e, por consequência, a readequação para um direito privado de cunho axiológico, tenham sido de grande importância para a contemporaneidade, ainda há muito a ser aprimorado no que diz respeito à teoria dos negócios jurídicos, especialmente para solucionar problemas que carregam uma eminente visão liberal, individualista e patrimonialista do Estado Liberal. Assim, nas palavras de Anderson Schreiber:

Tamanho foi o avanço nos últimos vinte anos que o leitor que chega agora periga acreditar que a obra está pronta. Ledo engano. Sem prejuízo de todo o esforço, há muito ainda por fazer. O direito civil continua impregnado da filosofia do século XVIII, sendo ainda tratado pela maior parte da doutrina e da jurisprudência sob a ótica liberal, individualista, voluntarista e patrimonialista.²⁴

A alteração de paradigmas desencadeou uma mudança positiva, especialmente no âmbito do direito contratual, de modo que os conceitos tradicionais do negócio jurídico passaram a ser aprimorados, como ocorre com os princípios contratuais clássicos que são mitigados e aperfeiçoados pelos princípios contemporâneos²⁵.

22 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: Direito civil constitucional. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 19.

23 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos dos Contratos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 155.

24 SCHREIBER, *op. cit.*, p. 12.

25 Para melhor compressão do referido aprimoramento acerca dos princípios são os ensinamentos de Antonio Junqueira de Azevedo: “Com a evolução do direito contratual, flexibilizaram-se os

1.2. OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS EM UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

A evolução do direito civil, sobretudo no âmbito do direito contratual, apresenta-se como grande mecanismo para a promoção dos direitos da personalidade, deixando de lado o aspecto meramente patrimonial, a fim de dar outra roupagem para a própria relação civil, em uma tendência socializadora, na medida em que:

Pode-se afirmar que a tendência sociabilizadora do Direito decorre de um processo pendular de sacrifícios sociais impostos pelo clássico liberalismo dos séculos XVIII e XIX, com os excessos do capitalismo, a industrialização que escraviza homens, mulheres e crianças e a conseqüente massificação das relações contratuais como via de escoamento do que se produzia nas indústrias. Nos últimos três séculos, o homem passou de vilão e vassalo a cidadão e, por fim, a consumidor. O contrato, neste momento, deixa de ser um instrumento do egoísmo individual, atingindo o nível de serviço às necessidades humanas. Fala-se no contrato enquanto instrumento da paz social e ao bem comum, conectando-o à uma certa justiça contratual.²⁶

O Código de 2002 é sedimentado em princípios contratuais clássicos e modernos²⁷, os quais atuam conjuntamente em prol do contrato e da prevalência de equilíbrio e justiça contratual entre as partes. Dentre os princípios contratuais clássicos destacam-se o princípio da autonomia privada, da obrigatoriedade dos contratos e o da relatividade dos seus efeitos, já entre os contemporâneos, ou também chamados de modernos, o princípio da função social, da boa-fé objetiva, e para alguns doutrinadores, o equilíbrio contratual.

O princípio da autonomia privada²⁸, assim denominado na contemporaneidade²⁹, está atrelado à própria vontade das pessoas diante de uma

princípios contratuais clássicos (autonomia da vontade) e introduziram-se novos princípios, quer normativos, como o da boa-fé e da função social, quer interpretativos, como o do equilíbrio econômico dos contratos, também dito, por vezes, princípio da proporcionalidade ou da equivalência" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278)

26 NALIN, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 200.

27 Sobre os princípios clássicos são as palavras de Caio Mário Pereira: "A função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos." (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 13).

28 Com relação à expressão autonomia privada, cabe aqui esclarecer que há correntes doutrinárias que apontam pontual diferenciação entre as expressões autonomia da vontade e autonomia privada, a primeira relacionada ao aspecto máximo liberal enquanto a segunda está relacionada a aplicação da liberdade contratual dentro dos limites legais apresentados pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "Há uma enorme distância entre aquilo que se concebia como autonomia da vontade e o conceito presente de

relação contratual, ou seja, a liberdade das partes regularem os seus próprios interesses por meio de um contrato. Trata-se de um princípio clássico que, por muito tempo, norteou de forma absoluta as relações jurídicas contratuais. Vale destacar que anteriormente, a autonomia encontrava-se sob o manto da expressão “autonomia da vontade”³⁰, especialmente em razão de uma visão individualista e liberal dos contratos, o que perdurou por muito tempo no ordenamento pátrio.

Atualmente, o referido princípio não apresenta um caráter absoluto da liberdade de escolha, isso porque foi gradualmente mitigado pelos princípios contemporâneos, especialmente a boa-fé objetiva, que trouxe à teoria geral dos contratos um aspecto solidário aos demais contratantes.

[...] modernamente, o signo “autonomia da vontade” é substituído pela idéia de autonomia privada. Já não mais se trata da velha noção de “autonomia da vontade” porque se trata a noção de autonomia não ao “querer individual” ou livre arbítrio, mas ao reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que se exerce, em larga medida, na vida comunitária, constituindo, por isto, uma “autonomia solidária.”³¹

Para Enzo Roppo, que utiliza a expressão “autonomia privada” como princípio norteador dos contratos, “nos limites impostos pela lei, as partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato”³², valendo novamente destacar que tal princípio atualmente é relativizado pelos princípios modernos da função social e da boa-fé objetiva³³.

autonomia privada”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos dos Contratos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 139).

29 A respeito da autonomia privada convém transcrever Karl Larez, citado por Fernando Noronha, no sentido de que “é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”. (LAREZ, Karl. apud. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 115).

30 Sobre o tema, destaca-se: “o princípio da autonomia da vontade é uma expressão cunhada por Gounot, em 1912, para simbolizar a visão individualista e liberal do começo do século XX (Noronha, 1994, p. 111). Em substituição a essa expressão, cunhou-se a expressão autonomia privada para designar a liberdade concedida pelo ordenamento jurídico para que as pessoas autorregulem seus interesses.” (ANNONI, Danielle. *Introdução ao direito contratual no cenário internacional* [livro eletrônico]. Curitiba: InterSabere. 2012, p. 66).

31 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 25, 2º semestre de 2003, p. 237.

32 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.

33 Ainda a respeito da liberdade de contratar e a liberdade contratual, vale destacar o posicionamento de Gisela Hironaka: “[...] a liberdade de contratar revela, exclusivamente, a liberdade que cada um tem de realizar contratos; ou de não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade. Por isso, é naturalmente ilimitada, um a tal liberdade. Mas, diferentemente, põe-se a liberdade contratual [...] a liberdade há de condicionar-se emoldurando-se na lei [...] Essa idéia dos limites impostos à liberdade contratual resulta do próprio fenômeno da publicização do Direito

Embora o termo não esteja previsto expressamente na legislação civil, a autonomia pode ser observada no Código Civil de 2002 “na expressão liberdade de contratar, utilizada pelo art. 421, cujo fim social é abrangente de todas as conotações que lhe são atribuídas”³⁴, ressaltando assim a sua importância para a contemporânea teoria dos contratos, muito embora o seu conceito tenha sido mitigado e ainda se encontre em constantes aprimoramentos.

Outro princípio clássico, a obrigatoriedade dos contratos, também abordado pela expressão *pacta sunt servanda*, “significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada”³⁵, tornando aquilo que foi pactuado verdadeira lei entre as partes. No ordenamento jurídico pátrio o surgimento e desenvolvimento do referido princípio foi influenciado pelas convicções liberais. Sua presença consta desde o Código Civil de 1916, pois embora não estivesse expressamente em um artigo, era possível notá-la nas bases essenciais do contrato. Sobre esse período cita-se Paulo Nalin:

Assim sendo, a intangibilidade contratual seguia uma linha dogmática e absoluta, por força da qual nem as partes, unilateralmente, nem o Estado (na figura do juiz), poderiam alterar os efeitos contratuais que vinham a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas patrimoniais: *pacta sunt servanda*³⁶

O princípio da obrigatoriedade, no atual Código Civil, permanece essencial para a teoria geral dos contratos, todavia, igualmente passa a ser mitigado pelos princípios contemporâneos, os quais trazem em suas orientações o aspecto social, capaz de relativizar a força obrigatória dos contratos e a liberdade contratual, perdendo o seu caráter absoluto.

Em arremate aos princípios clássicos, comenta-se o princípio da relatividade contratual, cuja origem é no direito civil francês³⁷, e é consectário lógico do princípio da autonomia privada, no sentido de que “o contrato tão somente vincula as partes,

Privado, por meio, então, da interferência estatal nas relações havidas entre particulares, e m atenção às exigências do bem comum e do interesse coletivo, num último passo” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 97, 127-138, 2002, p. 137).

34 LÔBO, Paulo. Direito civil: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57.

35 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 14.

36 NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. Revista Brasileira de Direito Civil, volume 1, jul/set 2014. ISSN 2358-6974, p. 116.

37 LÔBO, *op. cit.*, p. 61.

sendo infenso a terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico³⁸, ou seja, o contrato apenas vincula as próprias partes participantes, não podendo ser oponível a terceiros.

Assim como os demais princípios clássicos, a relatividade também sofreu aperfeiçoamento com a introdução de princípios contemporâneos, na medida em que “os terceiros integram necessariamente o âmbito social do contrato, que não apenas têm o dever de respeitá-lo, mas também de não serem por ele prejudicados”³⁹. Logo, atualmente há necessidade de serem observados os deveres perante terceiros que não fazem parte da negociação, especialmente quando o contrato causar impacto em direito coletivos e difusos.

O advento da atual legislação civil trouxe consigo a presença de princípios contratuais contemporâneos, os quais buscam complementar e dar substratos para uma melhor aplicação dos princípios clássicos, esclarecendo que os institutos jurídicos de direito civil, especialmente no que tange aos contratos, atualmente, deixam de ser mero instrumento de perseguição de interesses particulares, e passam a ser tratados como verdadeiro instrumento para realização de valores constitucionais, valorizador da pessoa, do qual busca a tutela dos direitos individuais, sobretudo de sua existência.⁴⁰

A função social do contrato, expressamente prevista no artigo 421 do Código Civil⁴¹, determina que os interesses das partes sejam exercidos em atenção aos interesses sociais e coletivos, “com a proteção da parte mais fraca na relação contratual, e a consequente distribuição mais justa dos benefícios do contrato entre os contratantes”.⁴² Ainda em relação a esse princípio, destaca que a atuação é justamente para aperfeiçoamento dos princípios clássicos como o do autonomia privada, conforme apresenta Caio Mário da Silva Pereira:

38 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos dos Contratos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 139.

39 LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 61.

40 SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. In: *Direito civil constitucional*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 19.

41 O artigo 421 do CC tem a seguinte redação: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

42 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 67.

A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório.⁴³

Da mesma forma, contribui para o aprimoramento da relatividade dos contratos, ao passo em que “serve como fundamento para que se dê relevância externa ao crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social, a respeito do qual os chamados ‘terceiros’, se não podem manter indiferentes”⁴⁴.

Considera-se a inserção do princípio da função social uma importante alteração realizada no direito contratual, ao passo que atribuir ao contrato uma função estritamente individual e restrita aos interesses das partes não é compatível com as normas constitucionais e a ordem econômica e social, sobretudo previstas no artigo 170 da Constituição de 1988, que “estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social”⁴⁵.

Enfatiza-se inclusive que o princípio da função social do contrato, assim como o próprio princípio da boa-fé, que será adiante abordado, tem origem e justificativa no princípio constitucional da solidariedade, de modo que a função social deve ser oponível de forma absoluta quando a questão envolva direitos sociais. Deste modo se exercerá: “o princípio de solidariedade preconizado pela ordem constitucional, cuja observância toca aos contratantes, bem como a qualquer pessoa que possa influir nos efeitos da relação contratual ou suportar suas consequências”⁴⁶.

O equilíbrio contratual é considerado para alguns doutrinadores como princípio contratual, traduzindo-se como mecanismo para evitar a existência de excessos de uma das partes e injustiça para a outra, no sentido de que “irrompe a concepção material de justiça e a concepção objetiva de equivalência”⁴⁷. Tanto é que para alguns juristas o referido princípio pode ser denominado de equivalência

43 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 12.

44 NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato. Novos paradigmas. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 498.

45 LÔBO, Paulo. Direito civil: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64.

46 THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e a sua função social. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

47 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos dos Contratos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 232.

material⁴⁸, na medida em que “[...] concedem ao Estado – por meio de atos legislativos ou jurisdicionais – a faculdade de determinar o conteúdo do contrato independentemente da vontade das partes, impondo aos indivíduos o dever de respeitar essa determinação”⁴⁹.

Nota-se, portanto, que os princípios clássicos continuam essenciais para a teoria geral dos contratos, no entanto, não possuem mais uma carga excessivamente liberal e individual de outrora, já que os princípios contemporâneos trouxeram consideráveis adequações à atual realidade do Direito Civil.

Não é demais ressaltar a importância do dirigismo contratual, segundo o qual traduz-se na “[...] necessidade do Estado em intervir nas disposições dos negócios e reduzir a liberdade contratual, impedindo a celebração de determinadas obrigações, adscrevendo cláusulas diretórias, negando valor a objetivos leoninos, exigindo certas contraprestações e disciplinando as preferências”⁵⁰. O dirigismo contratual demonstra efetivamente a mudança de paradigmas, com o Estado preocupando-se com a relação privada e intervindo para que não sejam realizados abusos e injustiças.

1.3. BOA-FÉ: ORIGEM, DIREITO ESTRANGEIRO E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A palavra boa-fé, ou em latim *bonna fides*, tem origem em conceitos oriundos do direito Romano. O termo *fides* aplicava-se a diversas áreas e níveis jurídicos, políticos e sociológicos, atribuindo-se inclusive como sinônimo de confiança, colaboração e auxílio mútuo nas relações entre iguais, e ainda como fundamento de justiça⁵¹. Em linhas gerais, o termo “boa-fé” traduz-se no aspecto de confiança, e a sua “etimologia reside na fides (*cum fides*), uma fides adjetivada como *bonna* isto é, como justa, correta ou virtuosa”⁵².

Ainda a respeito de sua origem romana, Antônio Menezes Cordeiro ensina que a “*fides bona* surge, desta forma, como um critério objectivo de regulamentação

48 LÔBO, *op. cit.*, p. 67.

49 FARIAS; ROSENVALD *op. cit.*, p. 232.

50 RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 32.

51 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 49.

52 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 25, 2º semestre de 2003. p. 231/232.

dos negócios e relações dele emergentes, expressando a forma correcta de actuação, em sede de comércio jurídico. A sua antítese – o modo de actuação abstractamente incorreto – é o *dolus malus*⁵³.

Oportuno destacar que a boa-fé, no aspecto jurídico, se classifica em subjetiva e objetiva. Em seu sentido subjetivo analisa-se a vontade interna da pessoa, suas crenças e ideais. Trata-se da verdadeira intenção do agente em querer ou não lesar um terceiro, devendo nestes casos o juiz analisar o estado de ignorância ou ciência da pessoa em violar o direito de outrem⁵⁴. Por outro lado, o aspecto objetivo da boa-fé diz respeito a uma “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”⁵⁵.

Neste aspecto, o presente capítulo tratará a respeito da boa-fé objetiva e a sua construção histórica no ordenamento jurídico.

Alguns autores consideram que a boa-fé surgiu no mundo jurídico com a edição do Código Civil Francês em 1804⁵⁶, especificamente no artigo 1.134, alínea 3ª parte final, cuja redação indicava que os acordos legalmente formados deveriam ser executados com a boa-fé⁵⁷. Todavia, o contexto histórico francês baseava-se em ideais liberais advindos da revolução francesa, com forte atuação da autonomia da vontade e esquecendo-se da solidariedade, o que impossibilitou o desenvolvimento da boa-fé objetiva, da forma como ela é vista atualmente⁵⁸.

53 CORDEIRO, António Menezes. Direito das obrigações. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 120.

54 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 396

55 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.

56 NERY, Rosa Maria de Andrade. Instituições de direito Civil, volume I, tomo I: teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 570.

57 A redação original do Art. 1.134, Código Civil Napoleônico é: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.” (NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 44).

58 A esse respeito, convém destacar os seguintes ensinamentos: “Outrossim, o princípio da boa-fé restava inteiramente absorvido pela hegemônica atuação do dogma da autonomia da vontade. Era evidente o fascínio dos cultores do direito pela primeira parte do citado artigo 1.134, ‘As convenções legalmente formadas têm lugar de lei entre as partes’ (alínea a), com desprezo pela parte final do dispositivo (alínea c), que fazia alusão à boa-fé. Ou seja, do ideário clássico da revolução francesa, ‘liberdade, igualdade e fraternidade’, a burguesia se apossou dos dois primeiros valores e comodamente se esqueceu do dever de solidariedade, que apenas ressurgiu 150 anos após.”

Por essa razão, considera-se que a boa-fé objetiva se desenvolveu e aprimorou em razão da interferência da doutrina e jurisprudência alemã, especialmente após o Código Civil Alemão (1896), o que posteriormente veio a influenciar os mais diversos ordenamentos jurídicos. Nesse sentido são as palavras de Anderson Schreiber:

A boa-fé objetiva, também chamada boa-fé contratual, embora conhecida em outros períodos da história do direito, foi amplamente desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs, a partir de 1896, com base no § 242 do BGB, em que se lê: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.⁵⁹

Diz-se que “a posição do BGB perante a boa-fé é exemplar do sentido juscultural duma codificação”⁶⁰. Em uma visão histórica considera-se, inclusive pela redação do § 242 do BGB, que o legislador alemão não limitou a aplicação da boa-fé, pelo contrário, a sua aplicação no ordenamento jurídico alemão pode ser conferida em diversas situações, assumindo, “através de uma atividade jurisprudencial verdadeiramente revolucionária, o *locus* privilegiado de fundamento convergente para os mais variados juízos de valor impostos pelas transformadas condições socioeconômicas”⁶¹.

Não se pode também ignorar outras codificações estrangeiras, a exemplo do Código Civil Italiano de 1942, o qual especificamente prevê, no art. 1.337, que os contratantes, “no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”⁶². De outro turno, destaca-se igualmente que para o ordenamento jurídico italiano o contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé (art. 1.366), eliminando qualquer falha ou omissão.

(FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos dos Contratos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 163).

59 SCHREIBER, Anderson, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 52.

60 CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé no Direito Civil. 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 328.

61 NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 52.

62 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.

Reconhece-se, outrossim, que a boa-fé no direito italiano serve para a interpretação de declaração de vontade, mas se presta principalmente para desempenhar uma função integrativa, para completar com base em fundamentos ético-sociais, a disciplina obrigacional formulada pela vontade dos contratantes.⁶³

No direito português, a presença da boa-fé é recorrente ao longo de todo o Código Civil (1966), inclusive estando positivada no terceiro artigo deste diploma legal, e em mais aproximadamente 14 outras aparições esparsas. Especificamente em relação ao direito contratual, encontra-se presente no art. 227⁶⁴ e no artigo 239⁶⁵ do Código Civil português (1966), ambas disposições refletindo a necessária observação da boa-fé na formação e execução dos contratos. No direito civil português, é notória a preocupação com a boa-fé, o que pode ser observado em António Menezes Cordeiro:

O Código Civil vigente consagra em múltiplas disposições o princípio da boa-fé. Deu-se um passo decisivo no sentido de estimular ou habilitar os tribunais a intervenções relativas ao conteúdo dos contratos, com vista à salvaguarda dos interesses de parte negocialmente mais fraca. Através da boa-fé, o intérprete dispõe de legitimidade para efectivação de coordenadas fundamentais do direito. O apelo ao conceito de ordem pública é outro alicerce⁶⁶.

Ainda sobre a aplicabilidade da boa-fé no direito Português, Clóvis do Couto e Silva ensina que: “O princípio da boa-fé atua defensiva e ativamente; defensivamente, impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga; ou ativamente, criando deveres [...]”⁶⁷ Destacando desta forma, que no direito português, a boa-fé adotada no ordenamento jurídico é a boa-fé objetiva:

63 THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e a sua função social. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

64 No original: “Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte” (PORTUGAL. Código Civil de Portugal, 1966).

65 No original: “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta” (PORTUGAL. Código Civil de Portugal, 1966).

66 CORDEIRO, António Menezes; COSTA, Mário Júlio de Almeida. Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de outubro. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 12.

67 SILVA, Clóvis do Couto e; FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org). O direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 52.

Quem diz direito diz *comandos genéricos dirigidos a condutas humanas*, isto é, *diz normas jurídicas*. A boa-fé, porque jurídica, terá de resolver-se em *preceitos de condutas contidos numa ou mais normas jurídicas*. Temos, assim, a boa-fé *enquanto regra de comportamento* a que, por se tratar de *Direito objectivo*, chamaremos boa-fé em sentido objectivo ou, simplesmente, *boa-fé objectiva*.⁶⁸

Verifica-se, portanto, que a boa-fé se desenvolveu muito antes no direito estrangeiro, o que certamente serviu para influenciar o referido regramento no ordenamento jurídico pátrio. De qualquer forma, é notável a sua importância perante os ordenamentos jurídicos estrangeiros:

Os códigos europeus, na sua quase totalidade, incorporaram o princípio da boa-fé mesmo que nem em todos a sua aplicação prática possua o mesmo papel fundamental do §242, BGB. Após destacar a força motriz da boa-fé e o seu papel fundamental para o desenvolvimento de um direito comum, na perspectiva de uma gradual formação de um direito privado europeu, Reinhard Zimmermann acentua que a boa-fé é enaltecida nos princípios de direito contratual europeu, sobremaneira pela cláusula geral do art. 1.106, segundo a qual, no exercício dos direitos e em cumprimento de suas obrigações, cada parte deve se comportar de acordo com os mandamentos de boa-fé e negociação leal.⁶⁹

Alguns autores consideram que o “primeiro dispositivo legal a prever a boa-fé no direito brasileiro foi o art. 131, inciso I, do Código Comercial de 1850 [...] A doutrina, entretanto, entendeu que a boa-fé nele aludida é subjetiva”⁷⁰ e, portanto, não houve ampla aplicação pelos tribunais. Assim como ocorre no Código Civil de 1916, pois a aparição da boa-fé em seus artigos induz um aspecto psicológico de erro ou ignorância, o que diz respeito a uma boa-fé subjetiva.

Considera-se que a pioneira e concreta positivação da boa-fé objetiva se deu com o advento do Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, inciso III e também no artigo 51, inciso IV, consagrando a boa-fé objetiva como forma de interpretação das relações consumeristas⁷¹. Nas palavras de Paulo Nalin, foi “por meio da legislação de consumo que no Brasil se estabeleceram novos padrões de

68 CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 126.

69 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos dos Contratos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 164.

70 GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 44.

71 ANNONI, Danielle. *Introdução ao direito contratual no cenário internacional* [livro eletrônico]. Curitiba: InterSabere. 2012, p. 71

conduta contratual, dela se salientando a boa-fé objetiva, enquanto básica de outros princípios derivados, v.g., confiança e equidade⁷².

Mais adiante, com a promulgação do Código Civil de 2002, especificamente no artigo 422, a boa-fé objetiva ganhou maior importância no ordenamento jurídico pátrio, tornando-se fonte de direitos e obrigações para as relações jurídicas, especialmente diante de uma relação contratual⁷³.

Considera-se que, mesmo antes da promulgação do Código Civil de 2002, a doutrina preocupava-se com a aplicação da boa-fé, especialmente no âmbito do direito contratual, isso porque assim era considerado:

Acredita-se que a identificação do conteúdo ético da boa-fé contratual, voltada ao momento do cumprimento obrigacional, está irrestritamente relacionada à ideia de solidariedade social. O critério mais adequado de verificação de cumprimento da prestação de boa-fé é o padrão da lealdade e cooperação. A boa-fé assim encarada é de incidência tanto para o credor quanto para o devedor.⁷⁴

Para Judith Martins-Costa, a boa-fé traduz-se em um “princípio geral de Direito que visa a tutelar a confiança, considerada como cimento da convivência social, como base para qualquer convivência humana”⁷⁵. O referido posicionamento também é adotado por Cristiano Chaves de Faris e Nelson Rosenvald, no sentido de que “no direito pós-clássico, a boa-fé se transforma em cláusula geral de direito material que domina todo o sistema contratual”⁷⁶. No direito estrangeiro, especificamente o direito lusitano, António Menezes Cordeiro menciona que:

[...] boa-fé objectiva, ou seja, a uma cláusula geral, que exprime um princípio normativo. Portanto, não se fornece ao julgador uma regra apta a aplicação imediata, mas apenas uma proposta ou plano de disciplina, exigindo a sua mediação concretizadora. Deixa-se aberta, deste modo, a possibilidade de atingir todas as situações carecidas de uma intervenção postulada por exigências fundamentais de justiça.⁷⁷

72 NALIN, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 203.

73 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16/17.

74 NALIN, *op.cit.*, p. 206.

75 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 25, 2º semestre de 2003, p. 232.

76 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos dos Contratos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 161.

77 CORDEIRO, António Menezes; COSTA, Mário Júlio de Almeida. Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de outubro. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 39.

Ressalta-se que o Código de 2002 se orienta por três grandes paradigmas fundadores e norteadores, que são a eticidade, a sociabilidade e a operabilidade, restando nítido que neste viés a “boa-fé é a maior demonstração de eticidade da obra conduzida por Miguel Reale. A ética é uma ciência que racionalmente objetiva conduzir o comportamento do homem à realização do bem comum, sua finalidade maior”⁷⁸.

Considera-se, portanto, a boa-fé objetiva como um modelo padrão de comportamento a ser seguido por todos da relação jurídica. Segundo observação de Paulo Nalin⁷⁹, a denominação de “standard ético contratual que impõe deveres de cooperação é a definição mais sintética possível para o princípio em tratamento, perspectiva esta compartilhada entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*”⁸⁰. A expressão *standard* também é utilizada por Judith Martins Costa, no sentido de que:

Esse *standard* considera modelar justamente um agir pautado por certos valores socialmente significativos, tais como a solidariedade, a lealdade, a probidade, a cooperação e a consideração aos legítimos interesses alheios, incluindo condutas omissivas sempre que o não-fazer, ou a abstenção, for o meio indicado para concretizar tais valores sociais que, mediante o princípio da boa-fé, adquirem *entidade jurídica*.⁸¹

A boa-fé objetiva é verdadeira cláusula geral. Veja-se que, por vezes, alguns autores falam em princípio e outras vezes em cláusula geral da boa-fé. Importante apenas ressaltar que as duas figuras existem, mas possuem conceitos diferentes. Quando se fala em cláusula geral, está se referindo a algo mais amplo, ou seja, expressões abstratas que buscam efetivar os princípios, e justamente por essa razão é que em seu enunciado pode conter algum princípio ou então permitir a sua formulação, como ocorre no caso da cláusula geral e princípio da boa-fé. Nas palavras de Rosalice Fidalgo Pinheiro:

78 FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 411.

79 Para o referido autor: “Brevemente, pode-se correlacionar a boa-fé brasileira com a teoria de FARNSWORTH, uma vez que este autor teoriza o princípio como um “[...] *standard that has honesty and fairness at its core and that is impose on every party contract.*” (NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. Revista Brasileira de Direito Civil, volume 1, jul/set 2014, p. 117).

80 NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. Revista Brasileira de Direito Civil, volume 1, jul/set 2014, p. 117.

81 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 25, 2º semestre de 2003, p. 233.

Muito próxima da cláusula geral, revela-se a concepção da boa-fé como um princípio jurídico. A similitude explica-se pelo fato de a primeira conter o segundo, reenviando ao valor que o princípio expressa. Contudo, essa similitude logo se desfaz: enquanto os princípios podem ser implícitos ou explícitos, as cláusulas gerais são sempre expressas, eis que se trata de uma técnica legislativa. Além disso, a cláusula geral constituiu-se em norma de reenvio, característica nem sempre presente nos princípios. Portanto, os limites que separam mencionadas figuras são tênues e imprecisos, levando a concluir-se, que na medida em que se constitui em categoria formal, a cláusula geral é a veste formal, a moldura legislativa do princípio jurídico.⁸²

Cláusulas gerais são disposições normativas de conceito aberto e abstrato, verdadeiras molduras nas quais o juiz irá aplicar o caso concreto, após a devida valoração acerca da solução mais adequada para a situação posta em análise, gerando assim as normas jurídicas, aptas a criarem direitos e obrigações. Conforme ensinamentos de Judith Martins Costa, cláusulas gerais:

[...] constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.⁸³

As cláusulas gerais não apresentam respostas para todos os problemas, cabendo este papel para a própria jurisprudência. As cláusulas gerais têm papel de dar orientação para que o juiz analise cada caso em concreto e as aplique objetivamente conforme a situação. Em outras palavras, “[...] por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas [...] as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social”⁸⁴.

Princípios, por outro lado, podem ser conceituados como “estruturas do ordenamento, viabilizando a integração entre valores e fatos, de modo que possuem

82 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015, p. 196-197.

83 MARTINS-COSTA, Judith, apud. LEÃO, Luís Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais de direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; STOCO, Rui (Org.). Doutrinas Essenciais: Direito Civil Parte Geral Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 611.

84 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 299.

extrema relevância para a operacionalização do sistema jurídico”⁸⁵. Em outras palavras, os princípios são mais específicos que a cláusula geral, quando individualizados atuam de forma mais concreta e pontual, enquanto a cláusula geral tem um conceito mais amplo e abrangente. Ainda acerca da distinção entre cláusulas gerais⁸⁶ e princípios, convém destacar novamente o posicionamento de Judith Martins-Costa:

A equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais decorre, fundamentalmente, da extrema polissemia que ataca o termo ‘princípios’; as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação.⁸⁷

Como forma de distinguir princípios e cláusulas gerais, considera-se válido o exemplo de Nelson Nery Junior, no sentido de que a expressão da boa-fé pode ser considerada um princípio ao analisar sua forma não positivada, ou então uma cláusula geral quando está diante da boa-fé objetiva:

[...] a mesma expressão abstrata, dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral de direito (v.g. princípio da boa-fé, não positivado), conceito legal indeterminado (v.g.. boa-fé para aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária – arts. 1.238 e 1.260, CC/2002) ou cláusula geral (boa-fé objetiva nos contratos – art. 422, CC/2002). No exemplo dado, o que discrimina a expressão boa-fé, como princípio geral, conceito indeterminado ou cláusula geral é a função que ela possui no contexto do sistema, positivo ou não, da qual decorre a aplicabilidade.⁸⁸

A boa-fé objetiva configura-se, portanto, como regra de condutas que deve ser seguida e aplicada de forma cogente às mais variadas relações jurídicas, ainda

85 LEÃO, Luís Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais de direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; STOCO, Rui (Org.). Doutrinas Essenciais: Direito Civil Parte Geral Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 619.

86 Ainda sobre a cláusula geral convém novamente destacar as palavras de Judith Martins-Costa no sentido de que: “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’, ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303).

87 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 315/316.

88 NERY JR. Nelson, apud. LEÃO, Luís Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais de direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; STOCO, Rui (Org.). Doutrinas Essenciais: Direito Civil Parte Geral Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 616.

que não tenha sido previamente pactuada entre as partes. Considera-se, assim como para a maioria dos autores mencionados acima, que a boa-fé objetiva constitui verdadeira cláusula geral, de modo a possibilitar a efetivação do conceito, ideais e diretrizes do princípio da boa-fé. Em outras palavras considera-se a existência do princípio da boa-fé como diretriz para os valores que ela exprime (confiança, cooperação, informação) e a cláusula geral da boa-fé um modo de possibilitar a efetivação do princípio em situações concretas.

Há que ser realizada uma observação quanto ao uso indiscriminado da boa-fé objetiva, pois, embora possa ser utilizada como argumento para diversas condutas, o seu uso deve ser cauteloso, a fim de não macular o seu conceito e finalidade de auxiliar a busca pela justiça. Deste modo, o conceito da boa-fé objetiva, assim como dos seus deveres acessórios e conceitos parcelares, deve ser estudado e compreendido para uma correta aplicação. Neste viés, Judith Martins-Costa argumenta que a boa-fé não deve ser utilizada de forma desregrada:

Não é possível submeter a boa-fé a uma plana subsunção, sempre igual em todas as suas manifestações. Porém, ao mesmo tempo, não se pode utilizá-la como uma panacéia para todos os males da realidade (o que, na verdade, só serve para mal disfarçar o voluntarismo interpretativo). Não é possível, por fim, considerar – nos sistemas jurídicos fundados na tripartição dos poderes e funções estatais - que a boa-fé objetiva serve para *substituir* a lei: ela serve para integrá-la, apontando a uma perspectiva substancial, e não meramente formal, do Ordenamento.⁸⁹

Nessa orientação se encontra o posicionamento de Franz Wieacker, no sentido de que:

[...] o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício [...] Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica reflectida do uso correcto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas.⁹⁰

Superada as questões a respeito da diferenciação da boa-fé subjetiva e objetiva, construção histórica no ordenamento jurídico e determinação de cláusula geral, considera-se a partir do presente momento a análise de alguns aspectos da boa-fé objetiva, sendo imprescindível analisar as suas funções no ordenamento jurídico pátrio.

89 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 25, 2º semestre de 2003, p. 231.

90 WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 546/547.

1.3.1. Funções Da Boa-Fé

No ordenamento jurídico pátrio, os princípios, sobretudo o princípio da boa-fé objetiva, atuam diretamente na intervenção da atividade privada, de forma menos autoritária, mas especialmente em decorrência da própria conduta do particular perante a sociedade. Os princípios exercem uma elevada carga ética, com finalidade de proteção, tal característica que para alguns autores denomina-se de “heteronomia não-autoritária”⁹¹. Nesse sentido é o posicionamento de Judith Martins Costa ao reconhecer que a boa-fé objetiva se traduz em verdadeiro critério para valorar condutas e comportamentos:

O princípio da boa-fé objetiva é paradigmático dessa “heteronomia não-autoritária” porque, traduzindo um modelo de comportamento não-enrijecido, mas apto a moldar-se segundo as circunstâncias concretas, dá o critério para a valorização judicial do comportamento, não a solução prévia.⁹²

Evidente a importância da boa-fé objetiva como princípio norteador de condutas e solução de conflitos. Destaca-se inclusive que grande parte da doutrina⁹³ entende que ela exerce no sistema jurídico uma tríplice função, “a saber: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) a função restritiva do exercício de direitos”⁹⁴.

A função de interpretação traduz-se na verificação da intenção e do sentido que as partes deram à declaração da vontade. Nas palavras de Orlando Gomes, “interpretar conforme a boa-fé é substituir o ponto de vista relevante, posicionando

91 Conforme explicação de Judith Martins Costa, os limites impostos pelos princípios “[...] não são ‘externos’: nascem da própria conformação do direito subjetivo à concreta situação jurídica subjetiva (existencial ou patrimonial) na qual está integrado e decorrem do que Castronovo denominou de “heteronomia não-autoritária aludindo a uma metodologia de técnica legislativa própria dos finais do século XX e que outros autores têm denominado de “legislação por princípios e cláusulas gerais”. Entre esses, estão os princípios da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da função social da propriedade e do contrato e da boa-fé objetiva.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 25, 2º semestre de 2003, p. 239).

92 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 25, 2º semestre de 2003, p. 240.

93 Destaca-se inclusive o posicionamento de Antonio Junqueira de Azevedo, no sentido de que: “a boa-fé objetiva nos contratos tem três funções, conforme meu entendimento: função interpretativa, função supletiva e função corretiva” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60).

94 SCHREIBER, Anderson, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 53.

no contexto do contrato um modelo de pessoa normal, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negociada caso houvesse percebido a deficiência⁹⁵. Tem-se, portanto, uma importante função para o direito civil de cunho hermenêutico, ressaltando as palavras de Anderson Schreiber:

Na primeira função, alude-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. A boa-fé impede, aí, por certo, interpretações maliciosas e dirigidas a prejudicar a contraparte, mas vai além, atribuindo à norma contratual o significado mais leal e honesto. Os códigos mais recentes consagram expressamente esta função hermenêutica da boa-fé, como faz o novo Código Civil brasileiro em seu artigo 113.⁹⁶

O direito lusitano igualmente preconiza a necessidade de os contratos serem interpretados conforme a boa-fé. Assim são as lições de Enzo Roppo ao comentar o artigo 1366 do Código Civil Português: “segundo o qual ‘o contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé’ (se, por exemplo, A sabia que B, ao concluir o contrato, lhe havia atribuído um certo significado, julgando-o compartilhado também por A, este não poderá pretender fazer valer um significado diverso)”⁹⁷.

A função de integração, ou supletiva⁹⁸, diz respeito à criação de deveres não pactuados expressamente entre as partes, isso porque da boa-fé “emanam deveres que serão catalogados pela reiteração de precedentes jurisprudenciais (art. 422 do CC)⁹⁹”. Nesse sentido destaca-se o ensinamento de Anderson Schreiber, a respeito da tão importante função de integração do princípio da boa-fé objetiva:

No que tange à segunda função, a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato, como o dever de informação, o dever de segurança, o dever de sigilo, o dever de colaboração para o integral cumprimento dos fins contratuais, e assim por diante. Na verdade, os deveres anexos – também chamados acessórios, instrumentais, ou tutelares – variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram, e a precisa identificação do seu conteúdo é, em abstrato, inviável. Isto não apenas os mantém a salvo de qualquer tipificação, mas também conserva o caráter aberto da cláusula geral de boa-fé objetiva.¹⁰⁰

95 GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 44.

96 SCHREIBER, *op. cit.*, 55.

97 ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 172.

98 Vide nota de rodapé número 63.

99 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos dos Contratos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 412.

100 SCHREIBER, Anderson, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 56.

Ainda com relação à função de integração¹⁰¹, destaca-se o posicionamento de Guido Alpa e Giovanni Iudica, no sentido de que “a boa-fé forma objeto de um verdadeiro e próprio dever jurídico [...] que desenvolve uma função de integração da relação contratual [...], vinculando as partes ainda além e contra a sua vontade”¹⁰². E no mesmo sentido são as lições de Clóvis do Couto e Silva: “Por meio da interpretação da vontade é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração”¹⁰³.

Por fim, a função de controle, ou função corretiva, relaciona-se com o caráter de controlar abusos de direito subjetivo, qualificando-o como ato ilícito, nos termos do artigo 187 do Código Civil. A referida função “atua principalmente no controle das cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas [...] destaca-se o adimplemento substancial [...] além de outras figuras ligadas ao abuso do direito”¹⁰⁴. Em arremate à função de controle da boa-fé objetiva destacam-se os ensinamentos de Anderson Schreiber:

A terceira função geralmente atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas. Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos standards impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé.¹⁰⁵

A doutrina pátria, em sua grande maioria, informa que as referidas funções da boa-fé objetiva auxiliam a sua compreensão no ordenamento jurídico, sendo

101 Convém destacar os estudos de Renata C. Steiner, a respeito da referida função da boa-fé objetiva: “Nessa linha de pensamento seria, no entanto, incorreto supor que a boa-fé viria exclusivamente a reafirmar a obrigatoriedade dos pactos. Se é certo que as obrigações nascem para serem cumpridas, extinguindo-se no exato momento em que se cumprem, não é igualmente acertado afirmar que o cumprimento visa, exclusivamente, à satisfação dos deveres decorrentes do exercício da autonomia da vontade. Nem todos os deveres contratuais decorrem da vontade das partes, e, na construção da obrigação como complexidade e processo, devem, todos eles, ser igualmente observados sob pena de descumprimento obrigacional”. (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: Boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier LAtin, 2014, p. 71).

102 ALPA, Guido e IÚDICA, Giovanni, apud. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.

103 SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. 11ª reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 36.

104 GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 45.

105 SCHREIBER, Anderson, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 56.

certo que a partir de suas funções é possível verificar a existência de seguimentos, como os seus deveres anexos e as suas figuras parcelares.

1.3.2 Deveres Acessórios Da Boa-Fé

Os deveres acessórios baseados na boa-fé objetiva decorrem, sobretudo, de sua função supletiva, e “costumam ser referidos sob a rubrica generalista de deveres secundários, laterais, anexos, acessórios ou instrumentais”¹⁰⁶ apresentando-se em um rol meramente exemplificativo, entre outros, “[...] destacam-se os deveres de informação, sigilo, custódia, colaboração e proteção à pessoa e ao patrimônio da contraparte”¹⁰⁷.

Neste aspecto, convém notar o enriquecimento do conteúdo contratual e obrigacional motivado pela aplicação da boa-fé objetiva, reconhecendo que os deveres expressos no contrato não são os únicos a serem satisfeitos e respeitados em uma relação jurídica, mas pelo contrário, há necessidade de “admitir que na fase da negociação já existam direitos e deveres, resultantes da boa-fé”¹⁰⁸.

Antônio Menezes Cordeiro, precursor dos estudos acerca da boa-fé, reconhece que, “[...] esses deveres chamam, a literatura jurídica alemã, deveres acessórios (Nebenpflichten) [...] na sequência, as doutrinas de outros países, tem vindo a proceder a enumeração, classificação e estudo dos deveres acessórios”¹⁰⁹. Para o autor, existe uma complexidade no direito das obrigações, que faz com que decorram deveres, a serem cumpridos tanto pelo credor como pelo devedor, de modo a cumprir a obrigação nos moldes devidos:

A complexidade intra-obrigacional desenvolve-se, também, num segundo nível, totalmente diferente. A simples contemplação de uma obrigação dá, pela interpretação da sua fonte, um esquema de prestação a efectivar. Mas isso é possível com danos para o credor ou sacrifício desmensurado para o devedor. O Direito não admite tais ocorrências: comina deveres – e, como se adivinha, poderão ser muitos e variados – destinados a que, na realização da prestação, tudo se passe de modo considerado devido. São os deveres acessórios, baseados na boa-fé.¹¹⁰

106 NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 236.

107 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 29.

108 SILVA, Clóvis do Couto e; FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org). O direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 51.

109 CORDEIRO, António Menezes. Direito das obrigações. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 149/150.

110 CORDEIRO, António Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil. 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 592.

Muito embora a correta delimitação realizada por Antonio Menezes Cordeiro, é preciso ressaltar que os referidos deveres acessórios não podem ser considerados em um conceito fixo, isso porque “sua concretização opera, sempre, conforme a existência, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis apenas no caso concreto”¹¹¹.

Importante frisar que o contrato e as obrigações devem ser encarados como um verdadeiro processo, na medida em que se desenvolve em várias fases para se alcançar o adimplemento. Nesta perspectiva, considera-se que o credor não tem apenas direitos e o devedor não possui apenas deveres, mais que isso, é preciso considerar que ambas as partes possuem direitos e deveres na mesma relação que foi constituída. Os deveres acessórios da boa-fé objetiva deixam clara essa posição, na medida em que permitem a observação de deveres sequer pactuados entre as partes, mas que devem ser respeitados. A esse respeito, é preciso destacar a contribuição de Clóvis do Couto e Silva: “Os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam. Podem até constituir o próprio conteúdo dos deveres principais [...]”¹¹².

Como acima mencionado, os deveres acessórios apresentam-se em um rol exemplificativo, isso porque o próprio conceito da boa-fé objetiva se amolda às mudanças da sociedade, tornando-se necessário adequar-se às novas circunstâncias e situações que surgem com o passar do tempo. Antônio Menezes Cordeiro apresenta a tripartição dos deveres acessórios em três categorias gerais, os deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade¹¹³.

Dentre todos os deveres instrumentais da boa-fé, destaca-se o dever de informação como um dos mais típicos e presentes. Para Álvaro Villaça Azevedo o “princípio da boa-fé objetiva tornou obrigatório o princípio da informação, tornando reticente, omissivo, o contratante que não informa, por exemplo, ao outro, o estado do objeto, em uma compra e venda”¹¹⁴. Ainda a respeito do dever de informação decorrente da boa-fé objetiva, diz-se Judith Martins-Costa:

111 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 449.

112 SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. 11ª reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 34.

113 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 592.

114 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

Para melhor compreender esta assertiva basta pensar na existência, na relação, dos chamados deveres de informação. Evidentemente, não é possível nem tipificar, exaustivamente, o conteúdo destes deveres, nem determinar, abstrata e aprioristicamente, nem a situação em que os mesmos se relevam, nem a medida de sua intensidade, que variará, por exemplo, quer se trate de uma relação em que as partes são fundamentalmente desiguais, que se trate de uma relação substancialmente paritária. Não é preciso supor, evidentemente, que estes deveres derivem da declaração negocial, ou de regra legal específica. A sua existência se atrela à incidência dos mencionados princípios e standards, em outras palavras, de exigências do tráfico jurídico-social viabilizadas pela boa-fé objetiva. É portanto, através do princípios da boa-fé- notadamente se inserido em cláusula geral – que o efetivo conteúdo destes deveres poderá, em cada relação concreta, ser densificado.¹¹⁵

Há de ressaltar que não só apenas no âmbito contratual este dever se faz necessário, mas especialmente no direito obrigacional, na medida em que se trata de um dever de esclarecimento da própria relação jurídica, envolvendo inclusive a expectativa que as partes depositam uma na outra¹¹⁶.

Podem ainda ser citados os deveres de cuidado, previdência e segurança, deveres de aviso e esclarecimento, deveres de proteção e cuidado, deveres de colaboração e cooperação, estes últimos relacionado ao “colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor”¹¹⁷.

O dever de colaboração relaciona-se diretamente à necessária observação de que as partes devem contribuir para o cumprimento do contrato, sedimentando a ótica de que os contratantes ou partes da relação jurídica não estão em sentido oposto e não devem levar vantagem excessiva e injustificada sobre a contraparte, isso porque “dos contratantes se exige uma atuação colaborativa, atenta aos legítimos interesses da contraparte e às suas ocasionais necessidades”¹¹⁸.

Com relação ao dever de proteção, importa esclarecer que toda relação jurídica está sujeita a sua observação, de modo que mesmo inexistindo qualquer dever expresso em contrato, ainda assim ele deve ser observado pelas partes. Em outras palavras, “considera-se que as partes, enquanto perdure um fenômeno

115 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 395.

116 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 581.

117 MARTINS-COSTA, *op.cit.*, p. 439.

118 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 425.

contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios”¹¹⁹.

Tem-se, portanto, que os deveres acessórios da boa-fé são de suma importância para o próprio emprego da cláusula geral, visto que trazem inquestionável concretude à sua aplicação no ordenamento jurídico, deixando de lado uma visão meramente teórica de boa conduta.

1.3.3 Figuras Parcelares Da Boa-Fé

A partir da boa-fé objetiva também é possível extrair alguns conceitos parcelares, ou também denominados simplesmente de institutos ou formas jurídicas, que se apresentam como verdadeiros instrumentos para afastar a abstração do conceito de boa-fé, tornando-se mais precisa a sua aplicação no ordenamento jurídico.

Tais institutos, quase em sua totalidade advindos de expressões estrangeiras, tiveram influência nos estudos de António Menezes Cordeiro, que apresentou classificação e conceito, dentre outros, para a *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*. Contudo, atualmente devem ser classificadas e conceituadas também as figuras do *duty to mitigate the loss* e o *nachfrist*.

1.3.3.1. *Surrectio E Supressio*

Em linhas gerais, tais figuras parcelares estão relacionadas, na medida em que a *supressio* significa a perda de um direito pelo não exercício durante um lapso de tempo. Em contrapartida, a *surrectio* é o surgimento para o devedor de um direito antes não existente, derivado da prática reiterada de atos e costume¹²⁰.

A *supressio* está relacionada à confiança depositada no outro contratante, isso porque a inércia de uma parte por considerável decurso de tempo cria uma expectativa de que determinado direito não será exercido, fazendo com que referido direito não possa ser oponível. Em outras palavras: “diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um

119 CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé no Direito Civil. 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 604.

120 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 226.

determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé¹²¹.

Destaca-se inclusive que para muito autores é desnecessária a busca pela aferição do elemento culpa ou dolo do titular do direito, “sendo deslealdade apurada objetivamente e com base na ofensa à tutela da confiança”¹²², nesse sentido, igualmente destaca-se que:

[...] a *supressio* não carece da prova da vontade: basta o decurso de razoável lapso de tempo, no qual são feitos, “reiteradamente”, pagamentos com certo atraso, tolerado pelo credor, que não protesta, e a confiança despertada no beneficiário, a ser averiguada objetivamente, segundo o parâmetro da “pessoa razoável”, sendo a boa-fé objetiva a matriz da *supressio*¹²³.

Há uma grande tendência doutrinária em considerar a *supressio* como uma derivação da *venire contra factum proprium*. Por outro lado, existem os que criticam a afirmação anterior, na medida em que, para a *supressio*, o fator tempo é algo essencial que pode ou não estar presente na outra mencionada figura parcelar. Do mesmo modo, na *supressio* não se exigiria um *factum proprium* mas só a inatividade. No entanto, é possível considerar que por *factum proprium* não se deve compreender apenas alguma conduta que seja comissiva.

Para Antonio Menezes Cordeiro: “factum proprium pode, afinal, ser qualquer eventualidade que, constituindo a base da imputação, a uma pessoa, de certas consequências, lhe seja própria. A não actuação de um direito subjetivo é, pois, facto próprio do seu titular”¹²⁴. Desta forma, considera-se que, “o decurso do tempo é a expressão da inactividade traduzindo, como tal, o factum proprium”¹²⁵.

A *surrectio*, por outro lado, é o surgimento de um direito em razão da prática reiterada de atos não convencionados e não impugnados pela outra parte durante um grande lapso de tempo¹²⁶. Em outras palavras:

121 CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé no Direito Civil. 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 797.

122 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos dos Contratos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 193.

123 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 451.

124 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 812/813.

125 *Ibidem*, p. 813.

126 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos dos Contratos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012, p. 194.

A *surrectio* tem sido utilizada para a constituição *ex novo* de direito subjectivos. Fale-se, aí, da *surrectio* em sentido próprio ou estrito. [...] os requisitos da *surrectio* [...] remete, praticamente, para a *supressio*: exige um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se actua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjectivo que vai surgir; requer-se uma conjução objectiva de factores que concintem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*.¹²⁷

A *surrectio* está diretamente interligada com a *supressio*, ou seja, existe uma identidade de causa entre elas, na medida em que ambas atuam em função de uma inércia da parte, seja em razão de não exercer um direito subjectivo, seja em razão de condutas reiteradas que constituem uma situação jurídica ainda não existente entre as partes. Tudo em razão da própria confiança depositada. Em outras palavras:

Se a *supressio* tem o condão de inibir o exercício de um direito subjectivo (até então reconhecido como legítimo), em virtude do seu longo e concludente não exercício, quando presentes a boa-fé e a confiança da contraparte, a *surrectio* opera em sentido oposto (qual seja, o de constituir uma situação jurídica nova entre as partes da relação obrigacional).¹²⁸

Um exemplo de ocorrência da *supressio* se dá na seguinte situação: um locatário, durante toda relação contratual, realiza pagamentos fora do prazo estipulado em contrato, e em contrapartida o locador nunca se opõe ao pagamento em atraso, não exigindo o valor da multa por mora. De forma inesperada, o locatário recebe uma cobrança do locador, exigindo as diferenças de valor, referente à mora nunca cobrada nos meses em que houve pagamento em atraso. A conduta do locador não é permitida em razão da *supressio*, justamente porque a sua inércia de não cobrar a mora, por um longo prazo, fez com que extinguisse o direito à cobrança.

127 CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé no Direito Civil. 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 821/822.

128 THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e a sua função social. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

1.3.3.2. *Venire contra factum proprium*

A expressão em latim do *venire contra factum proprium* traduz-se na ideia de que o contratante não pode ter um comportamento contraditório, mantendo-se a confiança e o dever de lealdade provenientes da boa-fé objetiva. Em outras palavras uma das partes contraentes não pode vir a exercer um direito que contrarie um comportamento anteriormente realizado por ela mesma¹²⁹. Nas palavras de Antonio Menezes Cordeiro, trata-se do “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente”¹³⁰.

O fundamento normativo da expressão encontra-se na boa-fé objetiva, uma vez que converge para a noção de tutela da confiança. Ou seja, a confiança depositada pelo outro contratante e a necessidade da manutenção do comportamento inicial. Reputa-se ainda que “o *nemo potest venire contra factum proprium* desempenha um papel mais amplo do que um princípio geral de direito, sendo aplicável a todas as relações que se incluam no âmbito daquela cláusula geral”¹³¹. Em outras palavras:

O seu fundamento técnico-jurídico – e daí a conexão com a boa-fé objetiva – reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.¹³²

Considera-se um exemplo atual de conduta contraditória um cliente bancário realizar uma operação bancária por meio eletrônico, contraindo uma obrigação de pagar e posteriormente vir alegar não ser devida a operação em razão do contrato originário de abertura da conta não prever a possibilidade de operações eletrônicas.

129 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 398.

130 CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé no Direito Civil. 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 742.

131 SCHREIBER, Anderson, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 65.

132 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 471.

Se o cliente utilizou o serviço, não pode posteriormente argumentar a sua ausência de previsão contratual, em nítido comportamento contraditório¹³³.

Importante ainda destacar que o *venire contra factum proprium* diferencia-se das figuras da renúncia tácita ou da proibição de beneficiar-se da própria torpeza, uma vez que essas figuras possuem como centro um elemento subjetivo do agente, seja a intenção de renunciar ou a própria torpeza, o que não ocorre na proibição do comportamento contraditório, isso porque “a proibição de comportamento contraditório assume caráter puramente objetivo: não se volta para a análise das razões de quem praticou o ato, mas para a proteção daquele que acreditou na conservação da atitude inicial”¹³⁴.

Verifica-se que a vedação ao comportamento contraditório possui em sua fundamentação similitudes a outras figuras parcelas, daí a necessidade de conhecer especificamente cada uma delas, e assim ser possível encontrar entre as similitudes, as diferenças que justificam a sua autonomia, como ocorre com a próxima figura a ser exposta.

1.3.3.3. *Tu quoque*

No ordenamento jurídico a expressão *tu quoque* é adotada no sentido de que determinada pessoa que violar uma norma jurídica não pode exercer direitos decorrentes da norma violada, ou seja, uma pessoa que violar determinado preceito normativo não pode se beneficiar e exigir o cumprimento desse preceito pela outra parte.

A expressão tem grande referência à confiança que se deposita na outra parte, de modo a prevalecer a proteção ao abuso de direito.

[...] regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. [...] a sua aplicação requer maior cautela. Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando, e depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento.¹³⁵

Percebe-se que a teoria se assemelha ao *venire contra factum proprium*, haja vista que a ideia das duas é proibir um comportamento contraditório. Alguns

133 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 478.

134 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

135 CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé no Direito Civil. 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 837.

autores, como Anderson Schreiber, classificam *tu quoque* como subespécie do *venire*¹³⁶. No entanto, em termos práticos é possível observar que a diferença entre elas se dá no sentido de que para o *tu quoque* observa-se uma repressão à má-fé do contratante, por outro lado no *venire* o que se busca é garantir um comportamento de confiança das partes.

Outro ponto de conversão entre as referidas teorias, se dá no reconhecimento de que tais figuras parcelares, *venire contra factum proprium* e *tu quoque*, são desdobramentos da teoria dos atos próprios, segundo a qual “se entende que ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé [...]”¹³⁷.

Tem-se, portanto, que a figura parcelar do *tu quoque*, embora se assemelhe com outras no ordenamento pátrio, ainda assim tem presença autônoma no direito brasileiro.

1.3.3.4. *Nachfrist*

A expressão *nachfrist* é outra figura parcelar da boa-fé objetiva, que não se faz positivada no direito interno. Vale apenas introduzi-la como forma de demonstrar outras vertentes da boa-fé e para enriquecimento do presente trabalho.

A expressão é de origem alemã e em tradução literal significa “prazo suplementar”, sendo exatamente este o sentido da expressão para o direito. Por essa figura parcelar, a parte, que pode ser o comprador, concede um prazo superior, considerado uma carência, à outra parte, que no caso pode ser o vendedor, para que ele cumpra a sua obrigação.

[...] o seu conceito é desconhecido na experiência nacional e que não há no direito brasileiro algo próximo. Aduzem que a referida expressão designa a possibilidade de concessão de prazo suplementar para cumprimento da obrigação, findo a qual também se poderá utilizar o remédio resolutório, independentemente da configuração do descumprimento fundamental.¹³⁸

136 SCHREIBER, Anderson, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 120.

137 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 460.

138 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. v.3, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 64.

O uso de tal figura parcelar se dá com maior intensidade no âmbito internacional, especialmente na CISG (Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias), em que há previsão no artigo 49 acerca da possibilidade de concessão de um prazo suplementar ao vendedor:

Artigo 49 (1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou (b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido.¹³⁹

A referida figura parcelar do *nachfrist* ainda não tem uma aplicação recorrente no direito brasileiro, isto porque a sua aparição é tímida no poder judiciário. No entanto, uma interessante aparição da figura parcelar deu-se no fundamento da decisão de um magistrado do Juizado Especial na cidade de Goiânia.

O magistrado, no caso em tela, entendeu que a impontualidade de dois dias na obrigação de pagar o cumprimento de sentença, aliada ao fato de que a Exequente se manifestou somente dias após o pagamento, afastaria a aplicação do artigo 523 § 1º do Código de Processo Civil de 2015. O fundamentado para a sua decisão foi entre outros, a figura do *nachfrist*. Assim foi o argumento apresentado pelo Juiz de Direito:

Assim, em face da pequena impontualidade, conluo não ser moderado e justo o valor ora buscado pela parte reclamante, não havendo mais motivo para a continuidade da execução, daí porque afastarei excepcionalmente a incidência do art. 523, § 1º, do Novo CPC, invocando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como aplicando o princípio da boa-fé objetiva, especialmente o seu desdobramento *nachfrist*, além do art. 6º da Lei 9.099/1995.¹⁴⁰

Tem-se, portanto, que a referida figura ainda precisa ser melhor desenvolvida no âmbito brasileiro, pois assim como a mitigação de danos, foi incorporada de um direito estrangeiro, sendo essencial uma análise correta de sua aplicação, sob pena de prejuízo ao próprio ordenamento jurídico.

139 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), 1988.

140 GOIÁS. Juizado Especial Cível de Goiânia. Sentença nº 5304632.33.2017.8.09.0051. Juiz: FREITAS, Aldo Guilherme Saad Sabino de. Publicado no DJe 06/07/2018.

1.3.3.5. Conclusões finais a respeito das figuras parcelares

Pela exposição das figuras parcelares acima mencionadas, tem-se clara a importância da boa-fé objetiva não só para o direito contratual, como para todos os ramos do direito.

Outra importante figura parcelar, que inclusive é objeto do presente estudo, trata-se do *duty to mitigate the loss*, popularmente conhecido com essa expressão, e que será objeto de estudo detalhado nos próximos capítulos.

De qualquer forma, a breve exposição individualizada dos institutos expostos, terá por objetivo demonstrar que a mitigação de danos não se confunde com as demais figuras parcelares, como será adiante explorado.

2. O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO ESTRANGEIRO

A *common law* é aplicada, sobretudo, nos Estados Unidos da América e Reino Unido, vindo a influenciar outros ordenamentos jurídicos a exemplo do Canadá e Nova Zelândia. A sua principal característica é a adoção da jurisprudência como norteadora das decisões, os chamados *leading cases*, e as poucas leis existentes somente são aplicadas e utilizadas de forma secundária para interpretação de um Tribunal.

Convém destacar que o sistema jurídico do Estados Unidos da América e do Reino Unido não são idênticos e possuem cada qual as suas peculiaridades, todavia, por ambos serem da tradição da *common law*, torna-se evidente a característica comum de um direito jurisprudencial.

Embora haja diversidade de sistemas jurídicos entre os Estados Unidos da América e a Inglaterra, fato é que o direito nessas nações é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial. A existência de uma quantidade considerável de leis não desnatura essa realidade, notadamente porque as regras estatuídas pelo Poder Legislativo são vistas com dificuldade pelo jurista norte-americano ou inglês na medida em que eles não a concebem como a fonte primária do direito, ou seja, típica regra de direito¹⁴¹.

Especificamente a respeito do sistema jurídico nos Estados Unidos, E. Allan Farnsworth ensina que o Poder Judiciário, sobretudo, a jurisprudência constitui uma verdadeira fonte de direitos para a *common law*, na medida em que:

O sistema judicial é o ponto de partida mais adequado para uma pesquisa sobre as fontes do Direito, pois, embora a jurisprudência esteja abaixo da legislação na hierarquia e além disso esteja sujeita à modificações pela lei, o Judiciário tem sido o tradicional nascedouro do Direito nos Estados Unidos, bem como nos países de tradição do direito inglês¹⁴².

É possível verificar, portanto, uma grande aplicação do posicionamento jurisprudencial para a própria evolução do direito, sendo esta a principal das fontes jurídicas na *common law*, diferentemente do que ocorre em países que adotam a *civil law*, a exemplo do Brasil, em que se baseiam em leis escritas de forma primária.

Os ordenamentos jurídicos baseados pela *civil law* “reconhecem-se como fonte do direito as normas legais, devendo as decisões judiciais serem fruto da

141 ROSSI, Júlio César. Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 54.

142 FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao Sistema jurídico dos Estados Unidos. Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense. 1963, p. 45.

interpretação e aplicação dessas normas (leis)¹⁴³, não se olvidando que existem outras fontes de direito que não apenas a lei positivada. A jurisprudência, nos países que adotam a *civil law*, continua com um papel importante, isso porque embora não seja a principal das fontes de direito, ainda assim apresenta-se como verdadeira orientadora para casos de lacuna ou omissão legislativa.

A distinção dos sistemas jurídicos justifica-se como forma de destacar o perigo de serem realizadas inserções de institutos jurídicos entre Estados diferentes, como ocorre com a teoria da mitigação dos prejuízos. É preciso conhecer a sua aplicação nos mais variados países, ao menos os pontos mais relevantes, a fim de verificar se no Brasil a referida teoria está sendo aplicada da melhor forma.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO INADIMPLENTO NO DIREITO CONTRATUAL SOB A ÓTICA DOS SISTEMAS DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Considera-se, em ambos os sistemas jurídicos acima analisados, que há violação ou quebra contratual quando um dos contratantes não cumpre com a sua parte no negócio jurídico, gerando assim o inadimplemento contratual, o que nos países de língua inglesa denomina-se *breach*.

A diferença de maior relevância entre os sistemas jurídicos, ao menos para este trabalho, se encontra na tutela a ser adotada, como regra, quando for evidenciada a violação do contrato. No sistema jurídico da *common law*, especificamente em relação ao inadimplemento contratual, a tutela aplicada como regra são os denominados *damages*, o equivalente às perdas e danos, que podem ser mensuradas por três medidas, a expectativa (*expectation damages*), a confiança (*reliance damages*) e a restituição (*restitution*)¹⁴⁴.

Nesse sentido, nos casos de violação ao contrato, o sistema da *common law* confere preferência à não manutenção forçada de uma relação jurídica, inclusive porque já se encontra fragilizada com o inadimplemento, não sendo viável a sua continuação. Desta violação decorre, portanto, a indenização pelos *damages*, perquirida judicialmente pelo credor. Neste cenário, dos remédios de danos, é que surgiu, e está inserida, a teoria da mitigação dos prejuízos, como será adiante

143 ROSSI, Júlio César. Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67.

144 LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

demonstrado em tópico próprio, mas convém apenas exemplificar o seu contexto, de modo que o credor que vê o contrato violado deve tomar todas as medidas para evitar a majoração de seu dano, sob pena de sofrer as consequências de sua omissão.

Na *common law*, a aplicação de tutelas específicas para cumprimento forçado do contrato é a exceção e não a regra. Isso porque, para este sistema jurídico a “(specific performance) estão disponíveis se o valor do dano não for satisfatório ou razoável, mas os juízos não determinarão a tutela específica se o pedido for difícil de executar ou trazer dano excessivo à parte”¹⁴⁵.

No direito baseado pelo sistema jurídico da *civil law*, diferente da *common law*, a execução forçada, ou também conhecida como a expressão anteriormente mencionada *specific performance*, é a regra e, portanto, os remédios de danos aparecem como forma suplementar¹⁴⁶. Acerca da comparação entre os dois sistemas no tocante ao inadimplemento contratual, convém destacar as palavras de Christian Sahb Batista Lopes:

[...] o sistema de tradição romano germânica e o da *common law*, diante de um inadimplemento contratual, têm diferentes preferências quanto à consequência a ser atribuída. Enquanto o primeiro tende a conceder a execução específica da obrigação descumprida sempre que possível, o segundo privilegia a solução via indenização pelas perdas e danos sofridas, reconhecendo direito à execução específica apenas excepcionalmente.¹⁴⁷

A rigor, a diferença entre os sistemas jurídicos, ao menos na teoria, é notável, especialmente porque condiciona a medida a ser tomada pela parte prejudicada com o inadimplemento. Ainda a respeito da preferência da aplicação da execução forçada na *civil law* e preferência pela indenização e remédios de danos da *common law* destacam-se as observações da doutrina estrangeira, especificamente de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau:

145 CAMELO, Bradson; PIRES, Marina Lemos. Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília. v. 2. n. 2, p. 321-340, jul/dez. 2011, p. 338.

146 TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*. Paris: ICC Publications, 2006, p. 79.

147 LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

[...] nos sistemas de common law, o princípio é conceder perdas e danos sendo a execução forçada (specific performance) concedida excepcionalmente, se as perdas e danos não representarem sanção adequada. [...] Diversamente, nos sistemas civilistas, a execução em espécie, no caso em que a isto se preste, é a regra, perdas e danos são a segunda opção.¹⁴⁸

O panorama realizado como forma de introduzir algumas peculiaridades dos sistemas da *common law* e *civil law* se justifica para a leitura dos próximos capítulos, em que serão apresentadas as formas como a teoria da mitigação dos prejuízos se apresenta em países distintos.

2.2 APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DOS DANOS NOS PAÍSES DE *COMMON LAW*

A teoria da mitigação dos prejuízos, acolhida no ordenamento jurídico pátrio com o nome de *duty to mitigate the loss*¹⁴⁹, criou os seus principais contornos no direito da *common law*, sendo atualmente aplicada em países como os Estados Unidos da América, o Canadá e países do Reino Unido. A ela são atribuídas diversas nomenclaturas, podendo ser encontrada na doutrina anglo-saxã como *doctrine of mitigation*¹⁵⁰, *mitigation principle*¹⁵¹, *duty to mitigate the damages*¹⁵² ou até mesmo *doctrine of avoidable consequences*¹⁵³.

A respeito da sua aplicação nos países de *common law*, é possível verificar que o sistema jurídico da *common law* utiliza a teoria como um princípio aplicado aos contratos, no sentido de que “a parte lesada não tem permissão para recuperar

148 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU Stéphane. Análise econômica do direito. 2 ed. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas 2015, p. 486.

149 Expressão popular para o assunto, mas que merece a devida ressalva, em razão das investigações realizadas neste trabalho, no qual será apresentada crítica a própria nomenclatura do termo. No entanto, durante o presente trabalho a expressão será apresentada.

150 BRIDGE, M. The Overlap of Tort and Contract. *Revue de Droit de McGill*, Montreal, v. 27, p. 872-914, 1982, p. 908.

151 Nesse sentido destaca-se o posicionamento da doutrina estrangeira: “*We have encountered several times the so-called ‘mitigation principle’ which implies that damages for breach of contract exclude any loss that the promise could have reasonably avoided. One important consequence of this rule is that the announcement of a breach of contract requires the promisee to decide how to respond. She may seek substitute performance—a covering transaction—or she may choose to delay covering and take her chances in the evolving market for the originally promised performance. Here is what the Restatement (Second) of Contracts has to say on the subject*”. (VERKERKE, J. H. *Contract Doctrine, Theory & Practice*. v. 3. Virginia: Cali Elangdell Press, 2012, p. 97).

152 CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *The law of contracts*. 3rd ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 610.

153 ADAR, Yehuda. Comparative negligence and mitigation of damages: Two sister doctrines in search of reunion. *Quinnipiac Law Review*, Hamden. v. 31, p. 783-842. 2013, p. 783.

danos que poderiam ter sido evitados por esforços razoáveis. Este princípio é frequentemente referido como o dever de mitigar os danos”¹⁵⁴.

A própria expressão *duty to mitigate the loss*, em tradução literal, inclina a transparecer essa conduta do credor. Entretanto, como acima demonstrado, a atenuação de danos não aparece apenas como uma única nomenclatura na doutrina anglo-saxã. De qualquer forma, a sua orientação e sentido convergem para o mesmo objetivo e propósito.

Nesta perspectiva, são as palavras de Jane M. Friedman, jurista norte americana, ao comentar a referida teoria de mitigação, dentro da realidade do seu ordenamento jurídico, mas utilizando duas das nomenclaturas, quais sejam a *avoidable consequences*, traduzida de forma literal para consequências evitáveis e o *duty to mitigate damages*, traduzido de forma literal para o dever de mitigar:

Embora os prejuízos causados a um demandante por parte dos prejudicados incluam os ganhos evitados e as perdas sofridas em razão da violação do réu, uma regra fundamental dos danos contratuais é que o autor não pode recuperar as perdas que ele “poderia ter evitado por esforço razoável e sem risco, despesa ou humilhação indevidos”. Da mesma forma, os ganhos que o demandante poderia ter tido por esforço razoável e sem risco, despesa ou humilhação indevidos, em virtude de oportunidades que ele não teria, exceto pela violação do réu, são deduzidos do montante que ele poderia recuperar etericamente. Este princípio é chamado de doutrina das “consequências evitáveis” ou do “dever de mitigar”.¹⁵⁵

A origem da teoria remonta à aplicação jurisprudencial, especialmente no âmbito do direito anglo-saxão. Contudo há controvérsias acerca de qual ordenamento jurídico tenha invocado a teoria em primeiro lugar¹⁵⁶. Muito embora

154 Tradução literal do texto original: “*An injured party is not permitted to recover damages that could have been avoided by reasonable efforts. This principle is often referred to as the duty to mitigate damages. The application of this principle varies according to the type of contract involved*” (EISENBERG, Melvin A. *Contracts*. 20 ed. Chicago: Harcourt Brace Legal and Professional Publications. 1993, p. 183).

155 Tradução literal do texto original: “*Although an aggrieved plaintiff's expectation damages include both the gains prevented and the losses suffered by virtue of defendant's breach, a cardinal rule of contract damages is that plaintiff cannot recover those losses which he 'could have avoided by reasonable effort, and without undue risk, expense or humiliation'. Likewise, gains that plaintiff could have made by reasonable effort, and without undue risk, expense, or humiliation, by virtue of opportunities that he would not have had but for defendant's breach, are deducted from the amount that he could otherwise recover. This principle is called either the doctrine of 'avoidable consequences' or the 'duty to mitigate damages'” (FRIEDMAN, Jane M. *Contract Remedies in a nutshell*. St. Paul: West Publishing. 1988, p. 24/25).*

156 No direito Inglês reconhece-se como primeira manifestação da mitigação de dano caso o *Vertue v Bird*, julgado em 1677, no qual, uma pessoa contratada para levar mercadorias para um destino permaneceu por horas esperando a outra parte indicar o local da entrega, fazendo com que os cavalos permanecessem expostos no sol e levando à sua morte. O contratado pediu a indenização pela morte dos animais, mas o Tribunal entendeu que ele poderia ter evitado o seu prejuízo retirando

exista a controvérsia acerca do pioneirismo da teoria, para este trabalho a questão histórica permanecerá apenas para demonstrar a origens e raízes da referida teoria e a sua importância para os determinados países.

A partir da análise do sistema jurídico da *common law*, verifica-se que a teoria do *duty to mitigate the loss* foi desenvolvida pioneiramente para um contexto de violação do contrato, estando diretamente ligada à limitação dos danos contratuais. Entretanto, atualmente ela pode ser observada em diversas outras situações, a exemplo da responsabilidade civil¹⁵⁷, o que não será explorado de forma ampla neste trabalho, mas apenas é necessário ressaltar a sua aplicação.

Ainda sob um contexto do sistema jurídico da *common law*, sobretudo em relação ao Direito Contratual, ponto principal para esta pesquisa, indispensável analisar as consequências e forma de reparação quando houver o *breach of contract* e os consequentes *damages*. Dito isso, é preciso destacar que, “em matéria contratual, a reparação das perdas e danos suportados pelo credor comporta três limitações: imprevisibilidade, incerteza e evitabilidade”¹⁵⁸, esta última remonta ao termo de *avoidability*, e que por sua vez está relacionada à redução do prejuízo, objeto deste trabalho¹⁵⁹.

Tem-se, portanto, que a teoria da mitigação dos prejuízos, ou, também conhecida por “doutrina dos danos evitáveis é bastante consolidada na *common law*, sendo inquestionável sua aplicação no direito contratual inglês e norte-americano”¹⁶⁰, nos quais os respectivos tribunais, gradualmente, passaram a aplicá-la e atualmente a teoria encontra-se sedimentada.

os animais do sol ou entregando a mercadoria em outro lugar. (KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 134).

157 Com relação a aplicação da mitigação à responsabilidade civil, destaca-se o posicionamento da doutrina estrangeira: “*In contrast to contributory negligence, the mitigation doctrine was originally developed in the context of actions for breach of contract. It occupies a central position within the law of contract damages. The principle, however, was soon absorbed into the law of torts as well, where it is frequently relied upon by defendants in their efforts to curtail the scope of their liability in damages towards injured plaintiffs*”. (ADAR, Yehuda. Comparative negligence and mitigation of damages: Two sister doctrines in search of reunion. *Quinnipiac Law Review*, Hamden. v. 31, p. 783-842. 2013, p. 793).

158 LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17/18.

159 Ainda a esse respeito, convém destacar o posicionamento de Gustavo Santos Kulesza: “Na *common law*, a reparação de danos comporta essencialmente quatro limitações: *causation, foreseeability, certainty* e *avoidability*. [...] note-se que a culpa (*fault*, na *common law*) não representa uma das limitações à indenização por inadimplemento no sistema anglo-saxão, ao contrário do que ocorre nos países de tradição romano-germânica”. (KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 128).

160 LOPES, *op.cit.*, p. 20.

Os autores Charles J. Goetz e Robert E. Scott, ao conceituarem a mitigação dos prejuízos, denominando-a de *duty to mitigate*, preceituam que: “O dever de mitigar é um princípio universalmente aceito do direito contratual, exigindo que cada parte faça esforços razoáveis para minimizar as perdas, sempre que eventos intervenientes impedirem os objetivos contratuais”¹⁶¹.

Nesse contexto, igualmente destacam-se as considerações de Christian Sahb Batista Lopes a respeito da origem da referida teoria no sistema da *common law*, a qual evoluiu sob a transição de dois aspectos da mitigação.

Destaca o referido autor que inicialmente era observado o seu aspecto positivo, baseado na ideia de que os danos efetivamente evitados pela diligência do credor deveriam ser extirpados da indenização devida pelo devedor em razão de sua inadimplência. Ocorre que, no aspecto positivo, a diligência do credor em buscar mitigar o seu prejuízo figurava apenas como uma faculdade a ele concedida de substituir o devedor e buscar indenização do devedor originário, ou seja, inicialmente a ausência de atenuação do prejuízo não lhe traria qualquer redução na indenização. Com o decorrer do tempo e o aprimoramento da jurisprudência, a faculdade passou a ser uma própria limitação, observando-se a mitigação em seu aspecto negativo, no sentido de não incluir na indenização devida pelo devedor os danos que poderiam ser evitados pelo credor. O aspecto negativo orienta a teoria desde o Século XVIII até o presente momento¹⁶². Em arremate às duas vertentes da mitigação de danos, tanto positiva como negativa, extrai-se que:

O aspecto positivo está relacionado à ausência de responsabilidade do devedor pela *perda evitada* (*avoided loss rule*). Deduzem-se do montante indenizatório as perdas potenciais (p. ex., lucros cessantes) que o credor evitou que ocorressem, ainda que não tivesse o ônus de fazê-lo. Nesse aspecto da mitigação de danos, o devedor inadimplente pode também pedir redução do montante indenizatório em proporção aos ganhos obtidos pelo credor. [...] O aspecto negativo refere-se à exclusão da indenização dos danos que poderiam ter sido evitados pelo credor com o emprego de medidas razoáveis (*avoidability* ou *duty to mitigate losses*).¹⁶³

161 Tradução literal do texto original: “*the duty to mitigate is a universally accepted principle of contract law requiring that each party exert reasonable efforts to minimize losses whenever intervening events impede contractual objectives*” (GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: Toward a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*, Virginia. v. 69. p. 967-1024. 1983, p. 967).

162 LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20.

163 KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 122-123.

Ainda considerando os apontamentos realizados no sistema da *common law*, especialmente no que diz respeito à origem da teoria, nota-se que a doutrina contemporânea fundamenta a teoria, inclusive na boa-fé, isso porque, “no caso de descumprimento obrigacional, as tendências atuais da lei do contrato, fortemente influenciadas pelo conceito de boa-fé, impõem à vítima da inadimplência, ao prejudicado, a obrigação de mitigar suas perdas”¹⁶⁴.

Muito embora haja capítulo dedicado apenas ao fundamento da mitigação de dano, não é demais enfatizar que a boa-fé, mesmo não ganhando grandes proporções nos sistemas de *common law*, ainda assim é um importante alicerce para justificar a necessidade de conduta da parte prejudicada. Nesse sentido Cristiano Saib Batista Lopes:

Além do nexos causal, aparecem como explicação para a doutrina dos danos evitáveis a imprevisibilidade de tais danos, a culpa concorrente, o fato ou culpa do credor, a violação ao dever de boa-fé, abuso do direito e *venire contra factum proprium*. Para os juristas da *common law*, entretanto, a busca pelo fundamento da limitação de *evitabilidade* não faz sentido. O importante é o fato de ela ter sido bem estabelecida pela jurisprudência, sendo mais produtivo discutir suas consequências e formas de aplicação, bem como a sua adequação em termos de política, isto é, se visa a promover o bem estar social ao tornar o direito contratual mais eficiente.¹⁶⁵

A aplicação da referida teoria na *common law* se dá nos mais variados tipos de contratos. Observa-se a sua aplicação em contratos de trabalho, considerando que o empregado demitido, ainda que injustamente, não pode ficar de braços cruzados e esperar receber uma indenização¹⁶⁶. Em outras palavras, “se o empregador rescindir indevidamente o emprego, o empregado tem o dever de mitigar os seus danos, procurando um emprego que se equipare ao antigo”¹⁶⁷. Em contratos de negociações de mercadoria, os danos advindos da violação do contrato

164 Tradução literal do texto original: “*In the case of failure to perform a contractual obligation, current trends of the law of contract, greatly influenced by the concept of good faith, impose on the victim of the non-performance, the injured obligee, an obligation to mitigate his losses*” (FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. Drafting international contracts: analysis of contract clauses. Nova York: Transnational Publishers, Inc. 2006, p. 204).

165 LOPES, Christian Saib Batista. Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22.

166 Nesse mesmo sentido, o posicionamento da doutrina estrangeira: “*An employee who has been wrongfully discharged cannot sit idly by and expect to draw his pay. A duty is imposed upon him to seek other work of the same general character*” (DILLAVOU, Essel R. et. al. Principles of Business Law. 7 ed. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1964, p. 298).

167 Tradução literal do texto original: “*If the employer wrongfully terminates the employment, the employee is under a duty to mitigate by looking for a comparable job*” (EISENBERG, Melvin A. Contracts. 20 ed. Chicago: Harcourt Brace Legal and Professional Publications. 1993, p. 184).

são medidos pela diferença entre o preço de mercado e o preço do contrato, considerando a atitude do prejudicado em minimizar seus danos comprando produtos similares no mercado aberto¹⁶⁸. Em contrato de construção, verifica-se que o “contratado tem o dever de não aumentar os danos do proprietário, continuando a trabalhar após o proprietário violar o contrato”¹⁶⁹. Entre outras diversas possibilidades de aplicação.

Importante destacar que, para a doutrina da *common law*, é necessário somente que os esforços para mitigar o prejuízo tenham sido realizados¹⁷⁰, ponderando ainda que a parte prejudicada não precisa agir se isso implicar despesas excessivas.¹⁷¹ Vale dizer, não existe um “dever” propriamente dito, mas sim apenas uma consequência para a sua não mitigação, que é a própria limitação do valor que tinha a receber.

Não é infrequente dizer que é “dever” da parte prejudicada mitigar os danos na medida do que seja possível por meio de esforço razoável. Entretanto, como não há penalidade judicial para a falta em realizar esse esforço, não é desejável dizer que a parte prejudicada está sob um “dever”. A recuperação [dos danos] contra o requerido será exatamente a mesma tenha o esforço sido feito, e a perda mitigada, ou não; mas se a parte prejudicada deixa de empregar o esforço razoável, com o resultado de que seu prejuízo será maior que poderia ter sido, o tribunal não incluirá em seu julgamento o valor do aumento evitável e desnecessário. O direito não penaliza a falta de ação da parte prejudicada; ele simplesmente não faz nada para compensar a perda que a parte prejudicada ajudou a causar por não tê-la evitado.¹⁷²

168 A respeito dos contratos de venda de mercadoria: “*Thus, the rule in sales contracts that damages for breach by the seller are measured by the difference between the market price and the contract price is based on the thought that in the event of breach the plaintiff can minimize his damages by purchasing similar goods on the open market*”(CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. The law of contracts. 3rd ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 611).

169 Tradução literal do texto original: “*a contractor is under a duty to not add to the owner's damages by continuing to work after the owner breach the contract. in particular, a contractor cannot recover for his expenses in continuing construction after the owner repudiates the contract*”. (EISENBERG, Melvin A. Contracts. 20 ed. Chicago: Harcourt Brace Legal and Professional Publications. 1993, p. 184).

170 Nesse sentido convém destacar o seguinte posicionamento a respeito da não adoção de medidas razoáveis para mitigar o prejuízo: “*Expenses incurred by the nonbreaching party in a reasonable effort to mitigate damages are recoverable as incidental damages, whether or not the effort was successful.*” (EISENBERG, Melvin A. Contracts. 20 ed. Chicago: Harcourt Brace Legal and Professional Publications. 1993, p. 184).

171 A respeito da conduta razoável, que não traga esforços excessivos: “*The doctrine merely requires reasonable efforts to mitigate damages. Thus, if reasonable, the efforts need not be successful. Under the rule of reasonableness, the wronged party need not act if the cost of avoidance would involve unreasonable expense.*” (CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. The law of contracts. 3rd ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 611).

172 CORBIN, Arthur L.; PERILLO, Joseph M. apud. LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

Ainda em relação à razoabilidade, consigna-se o posicionamento doutrinário no sentido de que a conduta deve ser razoável, sob pena de onerar ambas as partes, especialmente para evitar um excessivo sacrifício para a parte prejudicada, que já se encontra fragilizada pelo inadimplemento. Em outras palavras, “Tal dever, quando surge, deve ser qualificado. A referência à ‘razoabilidade’ aparece frequentemente em consideração às medidas que devem ser tomadas”¹⁷³, pelo prejudicado. Extrai-se, portanto, que ao menos no sistema da *common law*, serão observados os danos que eram razoavelmente possíveis de ser evitados pela parte prejudicada¹⁷⁴.

Interessante também notar que o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, no sistema da *common law*, converge no sentido de que é negada a recuperação dos danos que a parte prejudicada de forma não razoável deixou de evitar, e da mesma forma é possível que sejam recuperados os gastos incorridos com a execução de esforços para minimizar as perdas¹⁷⁵.

De forma mais específica, considerando a aplicação da referida teoria no ordenamento jurídico da *common law*, a doutrina indica a existência de três regras para a sua aplicação¹⁷⁶, quais sejam:

173 Tradução literal do texto original: “*Such a duty, where it arises, must be qualified. The reference to ‘reasonableness’ often appears in as the measures to be taken.*” (FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. Drafting international contracts: analysis of contract clauses. Nova York: Transnational Publishers, Inc. 2006. p. 205).

174 Nesta linha de raciocínio: “*As soon as a contract has been breached, it becomes the duty of the party suffering damages to reduce the actual loss to the lowest possible point. He cannot add to his injury or permit the damages to be enhanced when it is reasonably within his power to prevent such occurrence.*” (DILLAVOU, Essel R. et. al. Principles of Business Law. 7.ed. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1964, p. 298).

175 A respeito da necessidade limitar a indenização do prejudicado, mas ao mesmo tempo conceder a indenização pelos gastos dispendidos para a mitigação: “*The doctrine of avoidable consequences confirms this cost-minimizing conception of the mitigation principle, requiring a mitigator to bear the risk of his failure to minimize losses. It denies a mitigator recovery for losses he unreasonably failed to avoid, but allows him full recovery for costs incurred through any reasonable affirmative efforts to minimize losses.*” (GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: Toward a general theory of contractual obligation. Virginia Law Review, Virginia. v. 69. p. 967-1024. 1983, p. 973).

176 Nesse mesmo sentido, a respeito de regras para aplicação da teoria: “*The doctrine of mitigation, known also as the “avoidable consequences” doctrine, is an established principle in the common law of damages. 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.*” (ADAR, Yehuda. Comparative negligence and mitigation of damages: Two sister doctrines in search of reunion. Quinnipiac Law Review, Hamden. v. 31, p. 783-842. 2013, p. 792).

O requerente deve tomar medidas razoáveis para minimizar a causa da violação, o que se divide em três sub-regras:

O reclamante não pode recuperar danos em relação a qualquer parte de sua perda que ele poderia ter evitado tomando medidas razoáveis

O reclamante pode recuperar por quaisquer despesas que ele incorra em fazer esforços razoáveis para reduzir a perda que ele sofrerá, mesmo que esses esforços não sejam bem-sucedidos.

Se o requerente tiver de fato evitado a perda potencial que pode resultar da violação, ele não poderá recuperar a perda que ele evitou sofrer.¹⁷⁷

Oportuno destacar algumas circunstâncias específicas da aplicação da mitigação de danos em países da *commom law*, especialmente no direito dos Estados Unidos da América e na Inglaterra, isso porque em cada um desses países há especificidades, as quais serão abaixo abordadas.

Com relação ao direito norte-americano, convém destacar a necessidade de tomar medidas razoáveis para proteger interesses próprios, no caso da contraparte ser inadimplente no contrato:

A primeira e mais importante qualificação a ser feita para o princípio da perda de expectativa é a regra de que o autor deve "mitigar seu dano". O autor é compelido a tomar medidas razoáveis para proteger seus interesses quando o réu quebra o contrato, e ele só terá direito a indenizações por perdas de expectativas após ter tomado essas medidas. [...] O princípio é aplicado em todos os contratos e, na prática, faz uma grande diferença na medida que o autor tem direito a danos que representam sua expectativa perdida.¹⁷⁸

Naquele ordenamento jurídico é possível observar contornos da teoria da mitigação das perdas no *The Uniform Commercial Code*¹⁷⁹, especificamente nos §2-

177 Tradução livre do texto original: "*The claimant must take reasonable steps to minimize the loss cause by the breach. this breaks down into three sub-rules. The claimant cannot recover damages in respect of any part his loss that he could have avoided by taking reasonable steps. The claimant can recover for any expenses that he incurs in making reasonable efforts to reduce the loss that he will suffer, even if these efforts are unsuccessful. If the claimant has in fact avoided the potential loss likely to result from the breach, he cannot recover the loss that he has avoided suffering.*" (O'SULLIVAN. Janet; HILLIARD Jonathan. *The Law of Contract*. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 421).

178 Tradução livre do texto original: "*The first and most important qualification to be made to he lost expectation principle is the rule that the plaintiff must 'mitigate his damage'. The plaintiff is required to take reasonable steps to protect his interests when the defendant breaks the contract, and he will only be entitled to damages for such losses of expectations as remain after he has taken these steps. [...] The principle is applied across the board to all contracts, and in practice makes a large dent in the theory that the plaintiff is entitled to damages representing his lost expectation.*" (ATIYAH, P. S. *An introduction to the law of contract*. 5 ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 458).

179 A respeito da *Uniform Commercial Code*, as seguintes considerações podem ser tomadas: "Nos Estados Unidos, o regramento básico do direito está na Common Law [...] entretanto, a Comissão Nacional de Uniformização das Leis Estaduais, entendendo que as relações comerciais necessitavam de maior segurança e previsibilidade jurídica, elaborou regras escritas, conhecidas como o Uniform Commercial Code – UCC [...] Este diploma legal é formado por numerosos artigos que regulam diferentes áreas de direito comercial e, assim como no direito brasileiro, um dos princípios que devem reger os contratos, segundo o UCC, é o princípio da boa-fé. No que concerne ao direito contratual, entretanto, o UCC apenas regula a venda de bens (sale of goods), sendo todas as outras espécies de transações reguladas unicamente por leis estaduais e pela Common Law" (CAMELO, Bradson;

706 e §2-712¹⁸⁰, adotada na maioria dos Estados americanos, os quais preveem contratação substitutiva diante da razoabilidade da medida, ou seja, a possibilidade de o vendedor revender as mercadorias caso o comprador as recuse ou então o comprador comprar bens de outros lugares em caso de recusa do vendedor. Nas duas situações, se “a ação tiver sido tomada de boa fé e de maneira comercialmente razoável ou sem demora, a diferença entre os dois preços e os custos acessórios pode ser recuperada pela parte prejudicada”¹⁸¹.

Convém ainda destacar que, no direito norte-americano, a fórmula para o cálculo da indenização do comprador ou do vendedor inadimplido, em regra, é o critério concreto, ou seja, a indenização será quantificada pela diferença entre o preço do contrato e o valor da contratação substitutiva. No entanto, quando não houver a contratação substitutiva, mas for razoável de ser realizada, a indenização é calculada pelo critério abstrato, ou seja, diferença entre o preço do contrato e o valor de mercado¹⁸², estando a referida regra prevista nos §2-708 e §2-713¹⁸³.

Em comentário à referida lei, igualmente observam-se resquícios da teoria da mitigação do prejuízo no §2-715, especificamente no âmbito dos danos consequenciais, sendo que “o resultado da não execução não será incluído na compensação das perdas que o comprador poderia ter evitado, tomando medidas razoáveis”¹⁸⁴.

PIRES, Marina Lemos. Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília. v. 2. n. 2, p. 321-340, jul/dez. 2011, p. 325).

180 STATE UNIFORM COMMERCIAL CODES. Uniform Commercial Code, 2002; FARNSWORTH. E. Allan; YOUNG. William. *Selections for contracts: Uniform Commercial Code, Restatement Second, UN Sales Convention, Unidroit Principles, Forms*. New York, Foundation Press. 2001, p. 74/78.

181 Tradução literal do texto original: “*If such action has been taken in good faith and in a commercially reasonable manner or without delay, the difference between the two prices and incidental costs can be recovered by the aggrieved party.*” (TANIGUCHI, Yasuhei. *The Obligation to Mitigate Damages*. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*. Paris: ICC Publications, 2006, p. 79).

182 KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 151.

183 STATE UNIFORM COMMERCIAL CODES. Uniform Commercial Code, 2002; FARNSWORTH. E. Allan; YOUNG. William. *Selections for contracts: Uniform Commercial Code, Restatement Second, UN Sales Convention, Unidroit Principles, Forms*. New York, Foundation Press. 2001, p. 74/78.

184 Tradução literal do texto original: “[...] *en virtud del artículo 2-715 del UCC, dentro los perjuicios subsecuentes (consequential damages), resultado de la inejecución no serán comprendidas en la indemnización las pérdidas que el comprador hubiese podido evitar mediante la adopción de medidas razonables*” (TRONCOSO, María Isabel. *La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño*. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá. v. 21, 2011, p. 361).

Ainda com relação ao ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, muito embora a principal fonte de direitos seja a jurisprudência, considera-se de grande importância a *Restatement (Second) of Contracts*¹⁸⁵, conjunto de orientações doutrinárias, na qual há expressa previsão da teoria da mitigação como forma de limitação dos danos causados pelo inadimplemento contratual. Neste texto jurídico percebe a utilização da terminologia *avoidability* para referir-se à mitigação de danos, assim é a redação:

§ 347. Measure of Damages in General

Subject to the limitations stated in §§ 350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by (a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform.

(...)

§ 350. Avoidability as a Limitation on Damages

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

(2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss.¹⁸⁶

Extrai-se, especialmente do posicionamento doutrinário e dos textos jurídicos, que no direito norte-americano a referida teoria é comumente vista como um remédio de violação dos contratos, isso porque, espera que a parte prejudicada tome medidas razoáveis para mitigar os seus danos, estando fundamentada em princípios normativos como o da justiça, eficiência e justiça corretiva:

O princípio de mitigação é um princípio fundamental do direito dos contratos, que é comumente justificado em diversos princípios normativos, incluindo a justiça (a parte prejudicada tem um dever de cooperação e não deve incorrer em perdas mesmo à custa de um infrator deliberado), eficiência (é um desperdício encorajar a parte prejudicada a incorrer em perdas pelas quais ela evitaria por menor custo) e a justiça corretiva (quaisquer perdas que poderiam ter sido evitadas pela mitigação foram causadas pela parte prejudicada e não pelo infrator).¹⁸⁷

185 Acerca do conceito do Restatement of Contracts: “Além do UCC, existe o Restatement of Contracts, que é uma espécie de interpretação doutrinária feita pela mais renomada doutrina, tendo como base a jurisprudência estadunidense. O Restatement, portanto, não é lei e não vincula as decisões dos tribunais, mas, na prática, funciona como tal, pois os tribunais costumam observá-lo, visto que ele representa o teor das próprias decisões judiciais reunidas em formato de lei.” (CAMELO, Bradson; PIRES, Marina Lemos. Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília. v. 2. n. 2, p. 321-340, jul/dez. 2011, p. 325).

186 FARNSWORTH. E. Allan; YOUNG. William. *Selections for contracts: Uniform Commercial Code, Restatement Second, UN Sales Convention, Unidroit Principles, Forms*. New York: Foundation Press. 2001, p. 154/155.

187 Tradução literal do texto original: “The mitigation principle is a fundamental principle of contract law, one that is commonly justified on diverse normative principles, including fairness (the aggrieved party owes a duty of cooperation and ought not run up losses even at the expense of a deliberate

A atenuação dos danos no direito norte-americano constitui uma ótima ferramenta para a eficiência dos contratos, estando amparada em um aspecto econômico, e até, como já demonstrado, sendo justificada na própria boa-fé. Portanto, o instituto é de grande importância àquele ordenamento jurídico, no sentido de que “Na ausência da mitigação de danos, o credor não teria incentivos econômicos para adotar medidas que beneficiassem o devedor”¹⁸⁸. De outra perspectiva, mas ainda sob a ótica do ordenamento jurídico norte-americano, destaca-se que a mitigação de danos contribui efetivamente para o bom andamento dos contratos e das relações jurídicas:

Outro exemplo de lei contratual que leva em conta a culpa do autor é a doutrina de mitigação de danos que exige que os demandantes tomem medidas razoáveis para limitar a perda causada por uma quebra de contrato e nega os danos atribuíveis a uma falha em mitigar. Às vezes a doutrina opera de modo a diminuir a recuperação de modo a produzir um resultado semelhante ao rateio. Quando, por exemplo, um vendedor deixa de entregar mercadorias em um mercado crescente e o comprador demora a entrar no mercado para comprar bens substitutos, o comprador terá direito apenas à diferença entre o preço do contrato e o preço de mercado vigente na data da violação: ele não terá direito à perda adicional de mercado causada por seu próprio atraso. Mais frequentemente, a mitigação de danos produzirá uma solução de tudo ou nada.¹⁸⁹

Com relação ao direito inglês, igualmente observa-se a aplicação da teoria quando a parte prejudicada não emprega esforços para minimizar a sua perda, refletindo assim na quantificação dos danos a ser determinada nos casos de indenização por violação de contrato¹⁹⁰.

De forma positivada, no ordenamento jurídico inglês, é possível verificar a mitigação dos prejuízos na *Sale of Goods Act of 1979 (SGA)*, especificamente nos

breacher), efficiency (it is wasteful to encourage the aggrieved party to run up losses for which she is the least-cost avoider), and corrective justice (any losses that could have been avoided by mitigation were caused by the aggrieved party and not by the breacher)." (KATZ. Avery Wiener. The option element in contracting. *Virginia Law Review*, Virginia. v. 90, n. 8, p. 2187-2244, 2004, p. 2199).

188 KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 148.

189 Tradução literal do texto original: “Another example of contract law taking account of the plaintiff's fault is the doctrine of mitigation of damages which requires plaintiffs to take reasonable steps to limit the loss caused by a breach of contract and denies damages attributable to a failure to mitigate. Sometimes the doctrine will operate so as to scale down recovery in such a way as to bring about a result akin to apportionment. When, for example, a seller fails to deliver goods on a rising market and the buyer delays entering the market to purchase substitute goods, the buyer will be entitled only to the difference between the contract price and the market price prevailing at the date of breach: he will not be entitled to the additional market loss caused by his own delay.” (BRIDGE, M. The Overlap of Tort and Contract. *Revue de Droit de McGill*, Montreal, v. 27, p. 872-914, 1982, p. 908/909).

190 TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*. Paris: ICC Publications, 2006, p. 79.

itens 50 e 51¹⁹¹, os quais tratam das consequências pela recusa tanto do comprador como do vendedor em dar cumprimento ao contrato e possibilidade de contratação substitutiva para evitar que os prejuízos se alarguem.

A contratação substitutiva somente pode ser exigida quando houver razoabilidade da conduta, estando relacionada ao critério de disponibilidade do bem no mercado¹⁹². Nesse sentido, aquele que mitigou os seus danos de forma razoável pode requerer a indenização equivalente, sendo que “a medida de indenização deve ser verificada pela diferença entre a preço do contrato e do preço de mercado no momento em que deveriam ter sido entregues ou no momento da recusa”¹⁹³. Neste caso, o critério de apuração da indenização adotado pela Inglaterra é o critério abstrato¹⁹⁴, diferente dos Estados Unidos da América.

Em atenção à interpretação deste dispositivo, a parte lesada, seja o comprador ou o vendedor, deverá ser diligente para encontrar uma forma de minimizar os danos, a exemplo de, em situações de razoabilidade, encontrar um contrato substituto para mitigar os seus danos. Em outras palavras, analisando a redação das cláusulas, observa-se que “se as mercadorias não forem entregues, o comprador deve comprar mercadorias similares (de reposição) ao preço de mercado e, da mesma forma, se a mercadoria for rejeitada, o vendedor deve tentar vendê-las ao mesmo preço para um terceiro”¹⁹⁵.

191 UNITED KINGDOM, Sale of Goods Act, 1979.

192 A esse respeito, para melhor explicar o critério da disponibilidade do bem no mercado, vale trazer a guisa o posicionamento de Gustavo Santos Kulesza: “A disponibilidade do bem no mercado é auferida por quatro critérios: (i) equivalência *qualitativa* entre o bem substitutivo ofertado e aquele objeto da prestação descumprida; (ii) equivalência *quantitativa* entre a contratação substitutiva e o contrato original; (iii) proximidade temporal entre o descumprimento do contrato e a contratação substitutiva; e (iv) proximidade geográfica entre o local da prestação inadimplida e o mercado em que a prestação substitutiva está disponível.” (KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 140).

193 Tradução literal do texto original: “*the measure of damages is to be ascertained by the difference between the contract price and the market price at the time when they ought to have been delivered or at the time of the refusal to deliver (SGA 51(3). A similar provision is found for buyer's non-acceptance in 50(3)).*” (TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration. Paris: ICC Publications, 2006, p. 79).

194 O critério abstrato refere-se justamente a essa fórmula de indenização pelo valor de mercado do bem ou do serviço, sendo essa fórmula utilizada mesmo que haja a efetiva contratação substitutiva por outro valor. (KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 141).

195 Tradução literal do texto original: “*El principio se aplica de forma simétrica, así si la mercancía no le es entregada, el comprador deberá comprar mercancías similares (de remplazo) al precio del mercado, y del mismo modo, si sus mercancías son rechazadas, el vendedor deberá intentar venderlas al mismo precio a un tercero.*” (TRONCOSO, Maria Isabel. La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. Revista de Derecho Privado, Bogotá. v. 21, 2011, p.

Além da pequena diferença a respeito da nomenclatura da mitigação de danos, observa-se considerável diferença entre o ordenamento jurídico inglês e o dos Estados Unidos da América, na medida em que o “direito inglês fixa o montante dos danos a partir do momento da violação, enquanto a lei americana depende da revenda ou compra real condicionada à boa fé e razoabilidade ou rapidez”¹⁹⁶.

Outra grande diferença consiste no critério para a fixação da indenização, ou seja, abstrato ou concreto, pois enquanto na Inglaterra o critério é abstrato, nos Estados Unidos da América o critério é concreto, assim em outras palavras:

Note-se que o direito norte-americano afasta-se do direito inglês neste ponto. Como visto, na Inglaterra, a indenização do credor é sempre calculada segundo o critério abstrato (diferença entre preço contratual e preço de mercado), ainda que o credor tenha realizado uma contratação substitutiva. Em contraste, nos EUA, nos casos em que o credor efetua a contratação substitutiva, a quantificação de suas perdas levará em consideração o critério concreto, *i.e.*, a diferença entre o preço efetivamente praticado entre o credor e o terceiro e o contrato original.¹⁹⁷

Em arremate à importância do referido princípio da teoria geral dos contratos na *common law*, os estudiosos Charles J. Goetz e Robert E. Scott mencionam que “O reconhecimento de que a responsabilidade de mitigação de cada parte está inextricavelmente ligada à obrigação de desempenho de seu parceiro contratual é o passo-chave na adequação do princípio de mitigação a uma teoria geral da obrigação contratual”¹⁹⁸.

Considera-se que a redução dos prejuízos, guardadas as devidas diferenças entre os ordenamentos jurídicos estudados, tem papel essencial para o Direito Contratual da *common law*, especialmente como forma de trazer melhor justiça e economia para a relação jurídica. Vê-se que a sua aplicação traz benefícios para

361).

196 Tradução literal do texto original: “*The difference from English law seems to be that English law fixes the amount of damages as of the time of breach, while the American law depends on actual resale or purchase conditioned on good faith and reasonableness or promptness.*” (TANIGUCHI, Yasuhei. *The Obligation to Mitigate Damages*. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*. Paris: ICC Publications, 2006, p. 79).

197 KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 153.

198 Tradução literal do texto original: “*Recognizing that each party's mitigation responsibility is inextricably linked to the performance obligation of his contracting partner is the key step in fitting the mitigation principle into a general theory of contractual obligation.*” (GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. *The mitigation principle: Toward a general theory of contractual obligation*. *Virginia Law Review*, Virginia. v. 69. p. 967-1024. 1983, p. 968).

ambas as partes, tanto o credor que terá o seu prejuízo mitigado, como para o devedor que não será cobrado por nada mais além daquilo que der causa.

Muito embora a mitigação de danos já esteja há muito tempo presente na *common law*, o seu estudo continua sendo necessário especialmente para ser utilizada como forma de fundamentar decisões de maneira independente, conforme já orientavam John D. Calamari e Joseph M. Perillo, e pelas quais as suas considerações a respeito da teoria ainda são extremamente válidas: “Além de seu papel como uma premissa implícita em muitas outras regras e doutrinas, a teoria da mitigação dos prejuízos é frequentemente usada como uma base independente para uma decisão”¹⁹⁹.

Certifica-se, portanto, que o completo, e por assim dizer mais relevante, desenvolvimento da referida teoria se deu com maior relevância e veemência na *common law*, isto porque a sua aplicação aparenta ser mais viável nas circunstâncias de uma quebra contratual e de limitação da indenização. Certo é que o posicionamento da *common law* veio a influenciar outros ordenamentos jurídicos.

2.3 APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DOS DANOS NOS PAÍSES DE *CIVIL LAW*

Nos países da *civil law*, diante da preferência pela execução forçada nos casos de inadimplemento contratual, a aplicação da redução do prejuízo, da exata forma como é aplicada nos países da *common law*, pode não trazer um resultado prático considerável²⁰⁰. No entanto, é possível observar contornos da referida teoria nos países que adotam a *civil law*, tanto em disposições legais, mas especialmente na jurisprudência.

Forçoso reconhecer, e será individualmente indicado, que para alguns ordenamentos jurídicos a mitigação de danos não é vista de forma autônoma, mas sim relacionada à culpa concorrente, afastando-se assim da interpretação realizada

199 Tradução literal do texto original: “*In addition to its role as an implied premise in many other rules and doctrines, the doctrine of avoidable consequences is frequently used as an independent basis for a decision.*” (CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *The law of contracts*. 3rd ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 611).

200 Diz não ter resultado prático pois a mitigação de danos para o direito anglo-saxão é aferida como forma de limitação da indenização nos casos de quebra contratual, não se aplicando para os casos de execução forçada.

na doutrina de *common law* e de alguns outros ordenamentos jurídicos baseados na *civil law*²⁰¹.

2.3.1 Alemanha

Diferentemente do que ocorre na *common law*, no direito alemão inexistente para o comprador uma obrigação de adquirir o mesmo bem de outro lugar para evitar ou reduzir o dano que sofrerá, e também não existe a obrigação do vendedor procurar outro comprador para evitar danos, em uma situação de inadimplemento da contraparte²⁰². Entretanto, é possível observar a manifestação expressa da mitigação de danos no §254 do BGB.

Na legislação alemã, grande parte da doutrina considera que a teoria relaciona-se à culpa concorrente da vítima²⁰³, estando inserida na *contributory negligence*²⁰⁴, isso porque a primeira parte do §254 do BGB²⁰⁵ “estabelece que a

201 A exemplo da distinção entre a visão da *common law* e a *civil law*, extrai-se o seguinte fragmento: “A comparative analysis presented by Profs. Lando and Beale is illuminating: they distinguish three situations, namely: (1) where the aggrieved party’s conduct was a partial cause of the non-performance; (2) where the aggrieved party, though not in any way responsible for the non-performance itself, exacerbated its loss-producing effects by its behaviour; and (3) where the loss resulting from the non-performance could have been reduced or extinguished by appropriate steps in mitigation. According to Lando and Beale, English law treats situations (1) and (2) as falling within the concept of contributory negligence and situation (3) within the concept of failure to mitigate damages. On the other hand, most civil law systems do not distinguish between these two concepts, but obtain similar results by using concepts such as causation. I agree. Under the umbrella of the broad principle of good faith, failure to mitigate in a reasonable manner can either be construed as contributory negligence by itself or as outside of the bona fide expectation of the nonperforming party. However, as much interpretative freedom may be available in theory, the contract law doctrines in each system are history bound, and not all theoretical possibilities can be exploited in practice. Thus, some kind of nonnational system is needed to free national systems from their traditional bonds.” (TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration. Paris: ICC Publications, 2006, p. 82-83).

202 TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration. Paris: ICC Publications, 2006, p. 79.

203 Nesse sentido, em nota explicativa, os juristas Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau demonstram que o referido artigo está relacionado com a culpa concorrente da vítima, assim é a nota de rodapé: “254 (2) BGB, com o significativo título de culpa concorrente [faute partagée (Mitverschulden)]” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU Stéphane. Análise econômica do direito. 2 ed. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas 2015, p. 494).

204 Importante ressaltar que na *civil law*, especialmente na Alemanha, a concepção de *contributory negligence* difere da *common law*. Embora na *common law*, a doutrina por vezes traga a expressão *contributory negligence* indicando a culpabilidade da vítima do dano, esta nomenclatura dirigia-se a algo radical, sendo que atualmente, na *common law*, a referida expressão foi superada em favor da expressão *comparative negligence*, que indica a possibilidade de redução da pretensão da vítima conforme sua proporção de negligência. Nesse sentido imperioso destacar os ensinamentos de Ana Frazão: “No direito norte-americano, por exemplo, a culpa da vítima como causa de exoneração da responsabilidade (*contributory negligence*) foi gradualmente superada em favor da sua compreensão

responsabilidade e o escopo dos danos dependem do grau relativo de contribuição para a perda pelas partes e, no segundo parágrafo, que o mesmo se aplica quando a parte lesada negligenciou a prevenção ou a mitigação da perda”²⁰⁶. Nesse sentido, são as orientações de Reinhard Zimmermann:

A mesma política está subjacente no § 254 BGB, mesmo que essa regra distinga entre negligência contributiva (§ 254 (1) BGB) e falha para mitigar a perda que surgiu (§ 254 (2) BGB). Mas quando o § 254 (2) do BGB começa por declarar ‘isto também se aplica (...)’, é claro que se faz referência ao princípio da repartição previsto no § 254 (1) do BGB e que o BGB considera ambas as regras como nada mais do que manifestações individuais de uma e mesma idéia abrangente.²⁰⁷

Sob outra ótica, destaca-se que, embora o princípio da mitigação, majoritariamente, tenha sido acolhido na lei alemã com escopo na culpa concorrente, parte da doutrina “percebeu claramente [...] que o dever da parte

como causa de atenuação da responsabilidade e redução percentual da indenização (comparative negligence) [...] Já na Europa, Christian von Bar mostra que, embora a *contributory negligence defense* não possa ser usualmente deduzida das previsões do direito codificado, está presente em várias previsões especiais, que admitem tanto o afastamento como a redução do escopo da responsabilidade objetiva”. (FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016, p. 20-21). E no mesmo sentido: “*Notwithstanding the now unquestionable victory of comparative negligence—also known as comparative fault—over the old common law doctrine of contributory negligence, the doctrine of mitigation—also known as avoidable consequences—remains intact.*” (ADAR, Yehuda. Comparative negligence and mitigation of damages: Two sister doctrines in search of reunion. *Quinnipiac Law Review*, Hamden. v. 31, p. 783-842. 2013, p. 783).

205 A redação do referido artigo no inglês é: “*Section 254 - Contributory negligence - (1) Where fault on the part of the injured person contributes to the occurrence of the damage, liability in damages as well as the extent of compensation to be paid depend on the circumstances, in particular to what extent the damage is caused mainly by one or the other party. - (2) This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither was nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage. The provision of section 278 applies with the necessary modifications.*” (ALEMANHA. Código Civil Alemão (BGB), 2002, atualizado até 01 de outubro de 2013).

206 Tradução literal do texto original: “*In this connection, German BGB Art. 254 deals with contributory negligence (Mitverschulden). In its first paragraph, it provides that the liability and scope of damages depend on the relative degree of contribution to the loss by the parties and, in the second paragraph, that the same applies when the aggrieved party neglected to prevent or mitigate the loss. Thus, the obligation to mitigate damages is included under the general principle of contributory negligence.*” (TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*. Paris: ICC Publications, 2006, p. 79).

207 Tradução literal do texto original: “*The same policy underlies § 254 BGB, even if that rule distinguishes between contributory negligence (§ 254 (1) BGB) and failure to mitigate the loss that has arisen (§ 254 (2) BGB). But when § 254 (2) BGB commences by stating ‘This also applies (...)’, it is clear that reference is made to the principle of apportionment laid down in § 254 (1) BGB and that the BGB regards both rules as nothing more than individual manifestations of one and the same overarching idea.*” (ZIMMERMANN, Reinhard. Limitation of Liability for Damages in European Contract Law. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, p. 215-248, abr/jun. 2015, p. 12).

prejudicada de evitar ou mitigar a perda causada pela parte inadimplente tem uma natureza especial e não deve ser assimilado à apenas a culpa concorrente”²⁰⁸.

Para esta parte da doutrina, a referida teoria não está relacionada apenas à culpa da vítima, estando atrelada à própria boa-fé. Em outras palavras, a “obrigação corresponde a uma aplicação do princípio da boa fé consagrado no artigo §242 BGB: O devedor deve executar a obrigação conforme exigido pela boa fé e de acordo com o costume comercial”²⁰⁹. Assim, nas palavras de Karl Larenz:

O dever de fazer o exigível e o possível para evitar os danos que ameaçam (ou o agravamento dele já produzido) e diminuí-lo quando já ocorrido, constitui um dever de conduta que obriga os prejudicados contra a pessoa responsável a indenizá-lo e que, por outro lado parte, deve ser fundamentada na boa-fé e ser limitada por esta.²¹⁰

Outro aspecto interessante é a diferença na aplicação da teoria entre os ordenamentos jurídicos inglês e alemão. No primeiro, a apuração da não redução de danos é avaliada no dia da inexecução do contrato. Já no segundo, verifica-se que o ordenamento jurídico disponibiliza um mecanismo para que o devedor cumpra o contrato, da seguinte forma:

208 Tradução literal do texto original: “*German law has also adopted a broad mitigation principle under CC 254 which deals with contributory fault in general. Legal theory has clearly perceived, moreover, that the nondefaulting party's duty to avoid or mitigate the loss caused by the defaulting party has a special nature and is not to be assimilated to contributory fault in general*”. (VON MEHREN, Arthur Taylor. *A General View of Contract*, Ch. 1, v. 7. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982, p. 99).

209 Tradução literal do texto original: “*Esta obligación corresponde a una aplicación del principio de buena fe consagrado en el artículo §242 BGB: El deudor deberá ejecutar la prestación como lo exige la buena fe y según la costumbre comercial*” (TRONCOSO, María Isabel. *La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño*. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá. v. 21, 2011, p. 362).

210 Tradução literal do texto original: “*O deber de hacer todo lo exigible y posible para eludir el daño que amenaza (o la agravación del ya producido) y de disminuirlo cuando haya tenido lugar, constituye un deber de conducta que obliga al perjudicado frente al obligado a indemnizar y que, por otra parte, ha de fundarse en la buena fe y estar limitado por ésta*” (LARENZ, Karl. apud. KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 182-183).

Um aspecto que marca a diferença entre a lei inglesa e alemã com respeito a esta obrigação é que a lei inglesa para fixar o montante da compensação avalia o dano no dia da não execução enquanto a lei alemã estabelece um mecanismo completo para dar oportunidade ao inadimplente de executar a obrigação sob sua responsabilidade: Assim, a lei exige que o credor que sofre a inadimplência ponha o inadimplente em mora por meio de uma comunicação que também dará um prazo suplementar para cumprir a obrigação. Tudo isso antes de poder exigir uma compensação pelos danos causados. Como resultado, o montante da compensação, bem como a oportunidade de substituição será avaliada a partir da data de notificação da ação de reparação de prejuízos até o término do prazo suplementar concedido ao devedor porque o credor não pode recorrer a qualquer medida de reparação durante este período.²¹¹

Tratando-se de contratos mercantis, especialmente os contratos de compra e venda de mercadorias, há previsão acerca da contratação substitutiva, podendo o comprador ou o vendedor inocente escolher a referida medida ou não, como ocorre na *common law*, no entanto, para os contratos não mercantis a contratação substitutiva torna-se complexa, muito embora seja possível que o magistrado em sua decisão leve em conta a inércia da mitigação quando for apurar o dano²¹².

2.3.2 Itália

Na Itália há previsão expressa da atenuação de danos na segunda parte do artigo 1227 do Código Civil Italiano, sendo que igualmente ao ordenamento jurídico alemão, grande parte da doutrina entende que a teoria está relacionada à culpa concorrente²¹³.

211 Tradução literal do texto original: “*Un aspecto que marca la diferencia entre el derecho inglés y el derecho alemán respecto de esta obligación, es que el derecho inglés para fijar el monto de la indemnización evalúa el daño el día de la inejecución mientras que el derecho alemán establece todo un mecanismo para dar oportunidad a la persona incumplida de ejecutar la obligación a su cargo: Así, la ley exige al acreedor que sufre el incumplimiento poner en mora al deudor mediante una comunicación que le dará también un término suplementario para cumplir con la obligación. Todo esto antes de poder demandar la indemnización del daño que le ha sido causado. como consecuencia de esto, el monto de la indemnización, así como la oportunidad de remplazo, serán evaluadas a partir del día de la notificación de la acción solicitando la reparación del daño hasta la expiración del plazo suplementario concedido al deudor, pues el acreedor no puede recurrir a ninguna medida de remedio durante este término.*” (TRONCOSO, Maria Isabel. La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. Revista de Derecho Privado, Bogotá. v. 21, 2011, p. 363).

212 KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 186-187).

213 Nesse sentido: “*En Italia, la situación es muy similar. El artículo 1227 del Código Civil italiano (Codice civile) recoge en un mismo dispositivo la figura de la concurrencia de culpas o causas junto con el deber de evitar los daños*” (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018. p. 127).

A redação do referido artigo 1227 do Código Civil Italiano, especificamente na segunda parte, demonstra a presença da mitigação de danos, e assim dispõe em uma tradução livre:

Art. 1227 Concorrência do ato culposo do credor. (1) Se a culpa do credor contribuiu para o dano, a compensação é reduzida de acordo com a gravidade da falta e a magnitude das consequências que derivam dela. (2) A indenização não é devida a danos que o credor poderia ter evitado utilizando diligências razoáveis.²¹⁴

Verifica-se, portanto, a presença expressa da necessidade de redução de danos no direito italiano, diferente do que ocorre no Brasil, como será posteriormente visto de forma individualizada nos capítulos seguintes.

2.3.3 França

O ordenamento jurídico francês difere do direito italiano e do alemão, por não existir uma previsão expressa. Extrai-se da doutrina que no ordenamento jurídico francês a atenuação de danos é timidamente encontrada na jurisprudência²¹⁵, porque que não há uma aceitação pacífica para sua absorção pelo judiciário, muito em razão do “medo de ver afetado o princípio da reparação integral, já que os direitos da vítima podem ser afetados”²¹⁶, princípio tão festejado na cultura francesa. Assim, em outras palavras:

[...] para a doutrina tradicional francesa, o princípio da reparação integral seria afetado pela obrigação de mitigar os danos, e há também algumas decisões relativamente recentes da Cour de Cassation contrárias à admissão da figura (Domínguez, 2005, p.80; Palazón, 2016, p.1009), de tal forma que na última reforma da lei francesa de obrigações e contratos (portaria 2016-131) o dever de mitigar não foi incorporado.²¹⁷

214 Tradução literal do texto original: “Art. 1227. *Concorso 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*” (ITÁLIA. Código Civil Italiano, 1942).

215 TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration*. Paris: ICC Publications, 2006, p. 80.

216 Tradução literal do texto original: “*La razón de este rechazo es el temor de ver afectado el principio de la indemnización integral, ya que los derechos de la víctima se podrían ver afectados*” (TRONCOSO, Maria Isabel. La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá. v. 21, 2011, p. 366).

217 Tradução literal do texto original: “[...] *para la doctrina tradicional francesa, el principio de reparación integral se vería afectado por la obligación de mitigar el daño, y existen también algunas decisiones relativamente recientes de la Cour de Cassation contrarias a la admisión de la figura a*

No mesmo sentido, a respeito da contrariedade do ordenamento jurídico francês em recepcionar a mitigação de danos, cabe destacar que “[...] para questões contratuais e extracontratuais, argumentou-se que o dever de mitigar os danos é um critério para delimitar danos compensáveis fora da lei francesa e contrário ao princípio da reparação integral”²¹⁸.

A respeito da teoria da atenuação de danos, há quem entenda que ela esteve presente já na doutrina de Pothier, no momento em que o autor justificava a exclusão da indenização. Assim são as observações do jurista Daniel Ugarte Mostajo:

O dever de mitigar os danos - embora com argumentos que mencionem expressamente a causalidade - estaria presente no trabalho de Pothier ao justificar a exclusão da indenização da última classe de danos mencionada acima, isto é, a perdas devido à falta de cultivo da terra do comprador. Com efeito, para Pothier, não seriam indenizáveis pelo vendedor os danos que o comprador prejudicado poderia ter evitado, seja cultivando suas terras com outros animais que ele pudesse comprar ou alugar, ou alugando tais terras a terceiros; isto é, adotando as medidas que, no caso específico, teriam sido razoáveis para evitar ou pelo menos reduzir essas perdas. No entanto, salvaguarda o direito do comprador de exigir do vendedor a compensação (reembolso) pelas despesas ou perdas que possam surgir com a implementação dessas medidas (Pothier, 2007, p.94).²¹⁹

(Domínguez, 2005, p. 80; Palazón, 2016, p. 1009), a tal punto que en la novísima reforma del derecho francés de obligaciones y contratos (ordenanza 2016-131) no se ha incorporado el deber de mitigar” (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018, p. 125).

218 Tradução literal do texto original: “[...] para asuntos contractuales como extra-contractuales, se ha sostenido que el deber de mitigar los daños es un criterio de delimitación del daño resarcible ajeno al derecho francés y contrario al principio de reparación integral.” (BARRONE GONZÁLEZ, Jorge Luis. El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. Revista Verba Iuris, Bogotá. nº 39, pp. 81-106, 2018, p. 85).

219 Tradução literal do texto original: “El deber de mitigación de los daños —aunque con argumentos que hacen mención expresa a la causalidad— se haría presente en la obra de Pothier al momento de justificar la exclusión de la indemnización de la última clase de daños antes mencionados, es decir, de las pérdidas derivadas de la falta de cultivo de las tierras del comprador. En efecto, para Pothier no serían indemnizables por el vendedor los daños que el comprador perjudicado pudo haber evitado, ya sea cultivando sus tierras con otros animales que pudo comprar o alquilar, o bien alquilando a terceros dichas tierras; es decir, adoptando las medidas que, en el caso concreto, hubieran resultado razonables para evitar o al menos reducir esas pérdidas. Sin embargo, deja a salvo el derecho del comprador de exigir al vendedor la indemnización (reembolso) de los gastos o pérdidas que pudieran derivarse de la implementación de dichas medidas (Pothier, 2007, p. 94)” (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018, p. 122-123).

De qualquer forma, é preciso esclarecer que a teoria da mitigação de danos ainda não é acolhida de forma unânime no ordenamento jurídico francês²²⁰, fazendo com que não seja tão explorada neste cenário jurídico.

2.3.4 Canadá

No Canadá, aplica-se o sistema jurídico da *civil law* em algumas províncias, como por exemplo no Quebec. Desta forma, a aplicabilidade da teoria também é observada no ordenamento jurídico canadense, especificamente no Código Civil de Quebec²²¹, que foi alterado em 1991, introduzindo uma disposição para a obrigação de minimizar os danos no art. 1479²²², o qual determina que, “o devedor não responde por agravamento dos prejuízos que a vítima poderia evitar e, como princípio mais geral, o devedor não responde por mais do que as consequências imediatas e diretas de seu inadimplemento (art. 1607 C.c.Q.)”²²³.

Tem-se, portanto, que neste ordenamento jurídico há previsão expressa e, portanto, encontra-se positivada, no sentido de que os danos do devedor não se agravarão se a vítima puder evitar esse agravamento.

2.3.5 Portugal

Em Portugal a doutrina entende que a mitigação dos danos está presente no artigo 570 do Código Civil, que dispõe a respeito da culpa do lesado, levando a crer que para o ordenamento jurídico português a atenuação de danos está atrelada à culpa concorrente, assim é a redação do referido artigo:

220 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU Stéphane. Análise econômica do direito. 2. ed. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas 2015, p. 495.

221 A respeito da codificação do Quebec: “*Incidentally, it is interesting to note that the Quebec Civil Code was amended in 1991 and introduced an Express provision for the obligation to minimize damages (Art. 1479)*”. (TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration. Paris: ICC Publications, 2006, p. 80).

222 A redação do referido artigo no original é a seguinte: “*A person who is bound to make reparation for an injury is not liable for any aggravation of the injury that the victim could have avoided*”. (CANADÁ. Código Civil de Quebec, 1991).

223 MACKAAY; ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 146.

Artigo 570.º (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.²²⁴

Verifica-se, portanto, que em Portugal a questão foi superada com o artigo citado, dando a perspectiva de que a mitigação está relacionada com a culpa do lesado.

2.3.6 América Latina

Na América Latina, atualmente, é possível verificar a recepção da referida e diversos países, como o próprio Brasil e também o Chile, Argentina, Peru e Colômbia.

No Peru a teoria está prevista expressamente no artigo 1.327 do Código Civil de 1984, cuja redação é: *“El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”*²²⁵. Foi inspirado no artigo 1.227 da lei civil italiana, mas difere por ser mais específico que a norma inspiradora, posto que a mitigação está expressa em um artigo único e separado. Tendo em vista que não trata a respeito do ressarcimento de danos que o credor tiver sofrido com a mitigação, caberá ao juiz analisar cada caso em concreto para determinar o reembolso daquele que mitigou o seu prejuízo²²⁶.

Ademais, o referido artigo 1227 indica a possibilidade de as partes estabelecerem um acordo em contrário, tendo a seguinte interpretação: “ [...] ou

224 PORTUGAL. Código Civil de Portugal, 1966.

225 PERU. Código Civil Peruano, 1984.

226 Nesse sentido: “La norma peruana es escueta y, en consecuencia, no se pronuncia expresamente sobre el reembolso o indemnización al acreedor de los gastos que tuvo que efectuar para evitar los daños. Tampoco se pronuncia sobre la procedencia o no del reembolso en el supuesto específico en el que las medidas mitigadoras adoptadas por el acreedor resultaron infructuosas a pesar de haber actuado diligentemente. Corresponderá, entonces, al juzgador valorar las circunstancias del caso concreto para ordenar el reembolso, evitando en todo momento un enriquecimiento indebido del deudor a expensas de la acción mitigadora de su acreedor, para lo cual deberá valerse de lo establecido en el artículo 1954 del C.C.” (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018, p. 138).

impor ao credor um nível de diligência maior que o usual no momento de adotar as medidas destinadas a evitar os danos, ou para assegurar a compensação mesmo daqueles danos que poderiam ter sido evitados do credor usando diligência ordinária”²²⁷.

No ordenamento jurídico chileno verifica-se a recepção da teoria com certos traços da regra na *common law*, especialmente no que se refere à afirmação de que o credor deve mitigar os seus danos. Todavia, diferencia-se da *common law*, ao passo que a violação do referido princípio, no Chile, pode ser utilizada para justificar uma execução forçada do contrato, no sentido de fundamentar o dever do credor de reivindicar execução forçada antes de outra sanção²²⁸. A doutrina não é unânime a respeito do fundamento para recepção da atenuação de danos, no sentido de que:

No Chile, de acordo com Bahamondes et. al (2012, p.370) consideram o dever de mitigar os danos como expressão de boa-fé. Por outro lado, Domínguez (2005, p. 90 e 91) estima que a base técnica para mitigar os danos é encontrada no plano de causalidade e no que ele chama de "principio da auto-responsabilidade". Para esse autor, se aquele que sofre o dano, mesmo que não tenha intervindo em sua produção, se abstém de fazer o que é necessário para mitigá-lo, tal omissão intervém na magnitude final do dano. Sob a premissa anterior, afirma que a negligência do credor é culpável e, conseqüentemente, tem o efeito de romper o nexo causal entre a culpa do devedor que inicialmente causa o dano e o dano final.²²⁹

Na Argentina, o novo Código Civil de 2015 trouxe expressamente a previsão da mitigação de danos no artigo 1.710, especificamente nas alíneas “b” e “c”, cuja redação é a seguinte:

227 Tradução livre do texto original: “[...] o bien para imponer al acreedor un nivel de diligencia mayor a la ordinaria al momento de adoptar las medidas dirigidas a evitar los daños, o bien para asegurar el resarcimiento incluso de aquellos daños que podrían haber sido evitados por el acreedor usando la diligencia ordinaria”. (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018, p. 152).

228 WILSON, Carlos Pizarro. Contra el fatalismo del perjuicio: A propósito del deber de mitigar el daño. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso. v. 41. n. 2, p. 69-82, 2013, p. 73.

229 Tradução livre do texto original: “En Chile por Bahamondes et. al. (2012, p. 370) consideran el deber de mitigar los daños como una expresión de la buena fe. Por su parte, Domínguez (2005, p. 90 y 91) estima que el fundamento técnico de la mitigación de daños se encuentra en el plano de la causalidad y de lo que denomina como “principio de autorres-ponsabilidad”. Para este autor, si quien sufre el daño, aunque no hubiere intervenido en su producción, se abstiene de realizar lo necesario para mitigarlo, tal omisión interviene en la magnitud final del perjuicio. Bajo la anterior premisa, afirma que la negligencia del acreedor es culpable y, en consecuencia, tiene el efecto de romper con el vínculo causal existente entre la culpa del deudor que inicialmente causa el daño y el perjuicio final.” (BARRONE GONZÁLEZ, Jorge Luis. El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. Revista Verba Iuris, Bogotá. nº 39, pp. 81-106, 2018, p. 85).

ARTICULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.²³⁰

O referido artigo, diferentemente do Código peruano, prevê expressamente a necessidade de indenização pelos gastos tidos com a redução e atenuação de danos, considerando inclusive que a parte final, que menciona o enriquecimento sem causa, demonstra que o legislador pretende a indenização daquele que mitigou o prejuízo, mesmo que não tenha alcançado o objetivo pretendido²³¹.

Por outro lado, o Código Civil da Argentina não prevê expressamente uma consequência para não mitigação dos danos, ou seja, não prevê a redução da indenização na proporção dos danos que poderiam ser mitigados. Em que pese a omissão, é preciso considerar que não se trata de um obstáculo reconhecer de forma implícita a necessidade de redução da indenização como consequência lógica da não mitigação²³².

Por fim, na Colômbia a teoria está prevista somente para o contrato de seguro, especificamente no artigo 1074 do Código Comercial, que assim prevê:

Uma vez ocurrida a perda, o segurado será obrigado a impedir sua extensão e propagação, e fornecer salvamento dos itens segurados. A seguradora será responsável, dentro das regras que regulam o montante da compensação, por despesas razoáveis incorridas pelo segurado em conformidade com tais obrigações.²³³

230 ARGENTINA. Código Civil e Comercial da Nação, 2015.

231 Em complemento a esse raciocínio: *“Esta última referencia al enriquecimiento sin causa permite, en nuestra opinión, considerar que —al igual que en el caso peruano— el reembolso de los gastos procede aun cuando las medidas mitigadoras no hayan alcanzado el resultado esperado.”* (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018, p. 138-139).

232 Corroborando com este entendimento: *“Esta omisión, sin embargo, no es obstáculo para que, en el derecho argentino, se reconozca que la figura constituye un criterio delimitador del resarcimiento y tampoco para afirmar que tiene precisamente como finalidad contribuir con la determinación correcta del quantum respondeatur (Ubiría, 2015, p. 66). Es decir, la reducción de la indemnización es una consecuencia lógica, pero implícita, en la norma argentina.”* (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018, p. 139).

233 Texto original *“currido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo,*

Muito embora a previsão expressa seja restrita, parte da doutrina colombiana inclina-se para uma interpretação extensiva da mitigação, aceitando acolhe-la como um desdobramento da boa-fé ou como decorrência da culpa concorrente da vítima ao agravar o seu prejuízo²³⁴.

2.4 REGRA DA MITIGAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL

O estudo da teoria nos mais diversos ordenamentos jurídicos, decorre da uma busca para encontrar as justificativas de aplicação, e igualmente, os aspectos influenciadores de incorporação da mitigação em tais ordenamentos jurídicos. Importante frisar que há nítido processo de aproximação das regras dos Estados com as regras internacionais e vice-versa, sendo que a incorporação inadequada em determinado ordenamento pode causar insegurança jurídica.

A Convenção de Viena é resultado de um longo processo de unificação do direito de compra e venda de mercadoria no âmbito internacional, tendo nascido na Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) e entrado em vigor em 01/01/1988²³⁵. Atualmente ela é aceita em diversos países, incluindo o Brasil, é produto da cooperação internacional e integração entre o direito da *civil law* e *common law*²³⁶, sendo que neste diploma consta o artigo 77, cuja redação é a seguinte:

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.²³⁷

dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones" (COLÔMBIA. Código Civil, 1873).

234 (BARRONE GONZÁLEZ, Jorge Luis. El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. Revista Verba Iuris, Bogotá. nº 39, pp. 81-106, 2018, p. 93).

235 KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 47-48.

236 TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration. Paris: ICC Publications, 2006, p. 81.

237 Redação original: "A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), 1988).

A referida disposição traz inquestionável correspondência com as disposições da *Restatement (Second) of Contracts* e da *The Uniform Commercial Code*, anteriormente comentadas sob o aspecto do ordenamento jurídico americano²³⁸, sendo que especialmente indica o critério de razoabilidade para aferir as medidas não adotadas pelo prejudicado:

Disposições desse tipo aparecem em alguns instrumentos internacionais: A Convenção de Viena sobre as Vendas Internacionais de Mercadorias refere-se a “tais medidas razoáveis, de acordo com as circunstâncias” [...] As medidas a tomar devem ser “razoáveis”, mas também devem ter em conta as “circunstâncias”, ou seja, o fato de ser imposta uma obrigação à parte lesada. “Razoável”, neste caso, tem um significado restrito.²³⁹

A mitigação de danos, especificamente no âmbito da Convenção de Viena, diz respeito ao conjunto de medidas razoáveis a ser tomadas pela parte que sofreu uma violação do contrato, e com isso evitar que os seus danos se estendam. Considera-se inclusive que o referido artigo tem fundamento na boa-fé contratual, e também na própria questão econômica²⁴⁰.

Importante frisar que a CISG, embora seja tratada como uma *hard law* de efeito vinculante quando analisada no aspecto de conflitos internacionais dos Estados membros, não se limita apenas ao propósito de unificar o direito de compra e venda internacional de mercadorias entre os Estados que são signatários, isso porque também exerce influência para outros instrumentos internacionais, como ocorre com os Princípios UNIDROIT²⁴¹.

Um exemplo de regramento no âmbito internacional, que não possui efeito vinculante, são os Princípios UNIDROIT, considerados como *soft law*, na medida em que são criados no âmbito do direito internacional, mas são instrumentos não vinculantes, apenas exercendo o papel de influenciar e harmonizar o direito

238 FARNSWORTH, E. Allan. Damages and Specific Relief. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford. v. 27, p. 247-253, 1979.

239 Tradução livre do texto original: “Provisions of this type of appear in some international instruments: The Vienna Convention on the International Sales of Goods refers to ‘such measures as are reasonable under the circumstances’ [...] The measures to be taken must be ‘reasonable’, but must also take account of the ‘circumstances’ i.e, of the fact that an obligation is imposed on the injured party itself.. “Reasonable”, in this case has a restricted meaning.” (FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. *Drafting international contracts: analysis of contract clauses*. Nova York: Transnational Publishers, Inc. 2006. p. 205).

240 ALBÁN, Jorge Oviedo. El deber de evitar y mitigar el daño en la compraventa internacional. *El Derecho*, Buenos Aires. nº 14.295, ano LV, ed. 275, 2017, p. 1-2.

241 KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 49.

contratual²⁴². Dentro desta perspectiva, o papel dos princípios da UNIDROIT é fornecer um instrumento não vinculante, com regras e princípios para os contratos comerciais no âmbito internacional, estando sua versão atualizada no ano de 2016.

Os Princípios Unidroit exoneram o devedor inadimplente de indenizar o dano "... na medida em que (ele) poderia ter sido reduzido pela tomada de medidas razoáveis (pelo obrigado)" (Artigo 7.4.8). O mesmo critério de "razoabilidade" aparece, aqui sem a referência adicional às circunstâncias. Os comentários a esta disposição afirmam que "seria irracional do ponto de vista econômico permitir um aumento de danos que poderiam ter sido reduzidos pela adoção de medidas razoáveis". Uma referência dupla à "razoabilidade".²⁴³

É possível verificar expressamente o dever de mitigar no *Unidroit Principles Of International Commercial Contracts*, especificamente no artigo 7.4.8 (*Mitigation of harm*), com a seguinte redação:

(1) *The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.*
 (2) *The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.*²⁴⁴

A justificativa do referido artigo encontra-se no próprio documento elaborado, segundo o qual "é evitar que a parte prejudicada passivamente sentar e esperar para ser compensado por danos que poderia ter evitado ou reduzido. Qualquer dano que a parte prejudicada poderia ter evitado tomando medidas razoáveis, não será compensado"²⁴⁵. Neste aspecto, a referida norma indica que a parte prejudicada

242 Nesse sentido: "As organizações intergovernamentais que atual na aproximação jurídica (em especial, a UNICITRAL e o UNIDROIT) passaram a se valer de instrumentos de *soft law* para harmonizar o direito contratual a partir da segunda metade do século XX [...] Os instrumentos de *soft law* podem ser mais ágéis e eficientes que os instrumentos de *hard law* [...] Contudo, a sua eficácia harmonizadora depende de seu poder de *persuasão*." (KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 56).

243 Tradução livre do texto original: "*The Unidroit Principles exonerate the obligor in default from indemnifying the harm "... to the extent that (it) could have been reduced by the (obligee)'s taking reasonable steps" (Article 7.4.8). The same criterium of 'reasonableness' appears, here without the additional reference to circumstances. The Comments to this provision state that 'it would be unreasonable from the economic standpoint to permit an increase in harm which could have been reduced by the taking of reasonable steps.' A dual reference to 'reasonableness'!" (FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. Drafting international contracts: analysis of contract clauses. Nova York: Transnational Publishers, Inc. 2006. p. 205).*

244 Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. Também encontrada na obra de FARNSWORTH. E. Allan; YOUNG. William. Selections for contracts: Uniform Commercial Code, Restatement Second, UN Sales Convention, Unidroit Principles, Forms. New York: Foundation Press. 2001, p. 231.

245 Tradução livre do texto original: "The purpose of this Article is to avoid the aggrieved party passively sitting back and waiting to be compensated for harm which it could have avoided or

deverá limitar a extensão dos danos tomando medidas necessárias razoáveis para tanto, isso porque a referida norma permite que algumas despesas sejam recuperadas.

Em regra, as duas disposições sobre a mitigação do prejuízo, tanto na CISG e no *Undroit*, são semelhantes. Todavia há algumas peculiaridades que devem ser destacadas no que se refere à redação, mas sobretudo no segundo parágrafo da *Undroit*, que prevê a recuperação de despesas para redução de danos, o que não é encontrado na CISG²⁴⁶. Certo é que ambas as disposições visam à harmonização da *civil law* com a *common law*.

Ainda no âmbito do Direito Internacional, igualmente é possível verificar a atenuação do prejuízo com a proposta da União Europeia na elaboração da denominada “*Common European Sales Law*”, cuja proposta é a criação de uma lei comum europeia, que regule relações de consumo acerca de venda de mercadoria entre países membros da União Europeia, como forma de uniformizar a legislação e conceder orientações para o direito contratual europeu²⁴⁷.

Na referida proposta, encontra-se o artigo 163, que foi elaborado com fundamento no princípio da mitigação dos prejuízos, assim é sua redação atual:

Artigo 163.º Redução de perdas

1. O devedor não é responsável pelo prejuízo sofrido pelo credor, na medida em que o credor poderia ter reduzido a perda tomando medidas razoáveis.
2. O credor tem direito a recuperar quaisquer despesas razoavelmente incorridas na tentativa de reduzir a perda.²⁴⁸

Dito isso, importante ressaltar que existe um verdadeiro diálogo entre o sistema interno e o sistema internacional, visto que “os direitos estatais valem-se do

reduced. Any harm which the aggrieved party could have avoided by taking reasonable steps will not be compensated”. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.

246 TANIGUCHI, Yasuhei. The Obligation to Mitigate Damages. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration. Paris: ICC Publications, 2006, p. 82.

247 ZIMMERMANN, Reinhard. Limitation of Liability for Damages in European Contract Law. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 3, p. 215-248, abr/jun. 2015, p. 2.

248 Redação original do artigo: “Article 163 Reduction of loss: 1. The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps. 2. The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss”. Texto extraído do site <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52011PC0635>.

direito do comércio internacional para formarem seu conteúdo”²⁴⁹, existindo maior influência diante do direito contratual, especialmente em razão dos instrumentos apresentados.

A título de exemplo, a CISG além de ser influenciadora de outros instrumentos internacionais, também é “fonte de inspiração para a recepção do princípio da mitigação de danos nos direitos nacionais, especialmente de tradição romano-germânica”²⁵⁰, isso porque influencia, ainda que de forma indireta, a elaboração de leis internas, e é fonte de inspiração na resolução de conflitos do direito interno. Logo, é perfeitamente notável que o estudo e compreensão da aplicabilidade da teoria no âmbito internacional, é de grande relevância para a própria aplicação do instituto no direito interno, especialmente o brasileiro.

249 KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 89.

250 *Ibidem*, p. 92.

3. A RECEPÇÃO DA TEORIA DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Após uma análise dos ordenamentos jurídicos acima abordados comprova-se que a mitigação de danos, mesmo tendo o seu maior expoente em sistemas de *common law*, ganha forças nos países que adotam a *civil law*. Não restam dúvidas de que cada país tem a sua peculiaridade de aplicação, mas na grande maioria é possível observar que a essência da mitigação converge sempre para a mesma situação hipotética do credor mitigar danos que razoavelmente podem ser reduzidos.

3.1. A NATUREZA JURÍDICA DA MITIGAÇÃO DE DANOS

Ao tratar a respeito dos mais variados temas jurídicos, uma questão sempre vem à tona, a natureza jurídica. Embora seja algo mais teórico e doutrinário, definir qual seja a natureza jurídica é de suma importância para uma melhor aplicação de institutos do direito, pois a correta aplicação depende de uma análise exata quanto às consequências de aplicação.

Definir a natureza jurídica, nada mais é do que esclarecer de que modo um certo instituto jurídico pode ser aplicado no ordenamento, e quais são os seus principais aspectos estruturais e classificatórios.

Especialmente quando se está diante de institutos incorporados do direito estrangeiro, como ocorre com a mitigação de danos, a definição da natureza jurídica é ainda mais importante, pois é preciso delimitar a sua aplicação, para que não seja utilizada de forma indevida, pelo simples usar da teoria, ou muitas vezes desnecessária, quando existem outros institutos que melhor se adequam ao caso.

3.1.1. Distinção Entre Ônus Jurídico E Dever Jurídico

Comumente a expressão estrangeira *duty to mitigate the loss* cuja tradução literal ao português é o dever de mitigar as perdas, foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, estando presente na doutrina e jurisprudência. No entanto, é preciso analisar se a tradução literal de “dever de mitigação”, de fato, corresponde à verdadeira natureza jurídica pela qual pode ser acolhida no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste interim, como forma de iniciar o estudo acerca da natureza jurídica da mitigação de danos no ordenamento jurídico pátrio, passa a ser analisado o conceito de dever. A palavra “dever” comporta diversas conotações, especialmente em razão

de a língua portuguesa consagrar diversas interpretações para uma mesma palavra. A título de exemplo, da expressão “dever”, pode-se dizer que decorrem tanto o dever jurídico como o dever moral.

Obviamente que, analisando do ponto de vista da moral, a redução de danos enquadra-se perfeitamente como um dever moral oriundo inclusive da boa-fé. Todavia, a aplicação da teoria no ordenamento jurídico e o discorrer de seus efeitos demanda mais que apenas a análise de um aspecto moral²⁵¹. Especialmente porque o dever moral, embora determinante para certos contextos sociais, ainda não possui o aspecto cogente, característico e necessário em um ambiente jurídico. Nesse contexto, interessa ao trabalho analisar se a teoria da mitigação de danos configura um dever jurídico.

O dever jurídico está relacionado a uma sujeição legal, ou seja, imposta pela lei e obrigatória a ser seguida e cumprida, sob pena de o seu não cumprimento ser sancionado de alguma forma. Nas palavras de Eros Grau, conceitua-se dever jurídico como “[...] vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica — o seu não atendimento configura comportamento ilícito”²⁵².

No ordenamento jurídico, especialmente no âmbito civil, é possível constatar diversos deveres jurídicos, com o que se observa a previsão legal e sanção em caso de descumprimento, como ocorre no direito obrigacional. Uma obrigação, para fins jurídicos, constitui um vínculo entre uma pessoa devedora e uma outra pessoa credora, para fins de cumprimento de uma prestação²⁵³.

251 A respeito da dificuldade de retirar o sentimento moral das questões jurídicas, no sentido de que quase sempre as pessoas acabam cumprindo suas obrigações em razão de um dever de ordem moral, convém destacar o posicionamento de John Rawls: “Uma das principais consequências dessa doutrina é que os sentimentos morais são uma característica normal da vida humana. Não poderíamos eliminá-los sem, ao mesmo tempo, eliminar certas atitudes naturais. Entre pessoas que nunca agissem de acordo com o seu dever de justiça, a não ser segundo os ditames de motivações de interesse próprio e conveniência, não haveria laços de amizade e confiança mútua. Quando existem esses vínculos, reconhecem-se outros motivos para agir com equidade. [...] E também vimos (§§ 30, 72) que os sentimentos morais dão continuidade a essas disposições no sentido em que o amor à humanidade e o desejo de promover o bem comum contam com os princípios do direito e da justiça como necessários para definir seu objeto” (RAWLS, John. Uma teoria da justiça (Trad. Jussara Simões e Álvaro de Vita). 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 602-604).

252 GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982, p. 178.

253 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 27.

Todavia, o conceito de dever jurídico transcende à própria obrigação. De acordo com Mário Júlio de Almeida Costa, a obrigação tem o seu sentido lato e o seu sentido estrito, sendo que apenas em seu sentido amplo poderia se apresentar como sinônimo de dever jurídico. Em suas palavras: “Neste sentido lato, apresenta-se como sinônimo de dever jurídico e de sujeição ou estado de sujeição”²⁵⁴. Para o autor, afigura-se correto distinguir dever jurídico enquanto gênero, e obrigação como espécie desse gênero²⁵⁵.

O dever jurídico, portanto, torna-se mais amplo que o conceito de obrigação, importando no atendimento de um interesse alheio, sendo que o descumprimento é juridicamente sancionado. Corriqueiramente, o dever jurídico coloca a pessoa que deve cumpri-lo em uma posição de sujeito passivo de uma relação jurídica, em contrapartida o sujeito ativo torna-se credor de uma obrigação.

De acordo com o entendimento de Alf Ross, o termo “dever” pode ser substituído por prescrição ou proibição, relacionando-se inclusive com o conceito de que o não cumprimento do dever acarretaria em uma penalização pelo transgressor desse dever, sendo assim as suas considerações:

O mais conveniente seria aplicar o termo *dever* a situações nas quais uma pessoa pode ser objeto de uma pena, ou condenada a realizar certo ato, ou ao pagamento de indenização por danos e prejuízos. Uma definição desse tipo, contudo, não seria compatível com a função ideológica tradicional do termo. [...] A palavra *dever* pode ser substituída por *prescrição* ou por *proibição*, segundo as regras que se seguem. Afirmar que um ato está prescrito quer dizer que há o dever de realizá-lo; afirmar que um ato está proibido quer dizer que há o dever de não realizá-lo.²⁵⁶

Em arremate ao conceito de dever jurídico, especificamente no ordenamento jurídico pátrio é possível considerar que:

254 COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 49.

255 Nesse mesmo sentido, a respeito do entendimento de Mário Júlio de Almeida Costa: “Mário Júlio de Almeida Costa classifica a obrigação como dever jurídico, no sentido lato, recaído no efeito impositivo da norma jurídica de determinada conduta, em relação a uma (efeito particular) ou mais pessoas (efeito geral), sob pena de o infrator sofrer sanções previstas no ordenamento. O estado de sujeição, segundo referido autor, seria os direitos potestativos, ou seja, aquele que é exercido pelo ato de vontade de seu titular. [...] Por sua vez, o sentido estrito da obrigação, segundo a visão do jurista Mário Júlio de Almeida Costa, consiste nas relações obrigacionais ou creditórias”. (SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102-103).

256 ROSS, Alf. Direito e Justiça (Trad. Edson Bini – rev. Técnica Alysson Leandro Mascaro). 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2007, p. 193-194.

O dever jurídico é, portanto, a necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, a que tem direito o titular do direito subjetivo. A este se contrapõe. Se for descumprido do dever geral de abstenção, nos direitos absolutos pode configurar ato ilícito, enquanto nos direitos relativos consiste na infração do dever especial, gerando-se em ambos os casos, a obrigação de reparar o dano, a chamada responsabilidade civil.²⁵⁷

Por outro lado, existem situações que, embora a própria lei determine a realização de condutas ou atos jurídicos, não possuem direta correspondência com um direito e um dever jurídico. São situações, para a realização de determinado ato jurídico, que não colocam a pessoa em posição de sujeito passivo, nem sequer a contraparte em posição de titular de um direito. Dentre tais situações acima descritas encontra-se o ônus, que muito se diferencia de um dever jurídico.

O ônus possui conotação diversa, que não diz respeito a uma obrigação em sentido amplo, nem sequer a uma sanção em caso de descumprimento. Trata-se na realidade de uma necessidade de agir para a defesa de um interesse próprio.

Extrai das pesquisas que a noção de ônus jurídico, já com os contornos hoje definidos, foi inicialmente desenvolvida por Carnelutti, tendo por conceito que ônus é “[...] o exercício de uma faculdade [...] definida 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”²⁵⁸. O vínculo de vontade continua sendo ponto convergente entre o conceito de ônus e dever, todavia, há um elemento diverso entre eles, isso porque no dever o vínculo é imposto em um interesse alheio, enquanto que no ônus o vínculo consiste em um interesse próprio²⁵⁹.

Diante de um ônus, diz-se que o sujeito verificará a sua própria vontade de realizar a conduta, ou seja, o seu próprio interesse, não se falando na priorização de um direito alheio. Ponto crucial para a diferenciação entre dever e ônus, isso porque um dever, assim como as próprias obrigações, importa na realização do ato para consagrar um interesse alheio. Desta forma, o não cumprimento de um ônus, diferentemente do que ocorre com um dever jurídico, não causa qualquer sanção

257 AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 8 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 249-250.

258 GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982, p. 180.

259 Nesse sentido, Orlando Gomes esclarece que: “O ônus jurídico, a necessidade de agir de certo modo para tutela de interesse próprio. No dever jurídico, a sanção é estabelecida para a tutela de um interesse alheio ao de quem deve observá-lo” (GOMES, Orlando. Obrigações. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 6).

para o sujeito, mas somente “a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido”²⁶⁰.

Cita-se como exemplo o ônus jurídico do credor hipotecário levar a registro o contrato no Registro de Imóveis e assim poder se valer do direito real de hipoteca. Nesse caso, não existe um dever jurídico do credor hipotecário, mas se não levar a registro sofrerá as consequências de não ter realizado o ato e não poderá fazer uso do direito posto.

Outro exemplo é o silêncio como manifestação da vontade. Ora, por vezes o silêncio assume características de um ônus à parte contratante, na medida que “tratar-se-á, em geral, de ônus de falar, e não de dever de falar, isto é, em geral se silenciar, corre o silêncio, por causa das circunstâncias em que o fato se dá, o risco de ver o seu silêncio interpretado como declaração de vontade”²⁶¹.

O ônus jurídico não é exigível pela contraparte e nem passível de indenização pelo eventual descumprimento do ato. Trata-se de um agir com a finalidade de obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem. Nas lições de Bruno Miragem, “é o comportamento que deverá ser adotado pelo sujeito para satisfação do próprio interesse, mas o qual ele não poderá ser obrigado ou constrangido a realizar”²⁶². E nesse mesmo sentido Eros Roberto Grau:

Descreve-se o ônus, assim, como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser adotado se não pretender ele arcar com consequências que lhe serão prejudiciais. Ou como um comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito.²⁶³

Infere-se, portanto, que enquanto o dever é uma necessidade de realizar um comportamento referente ao interesse de outrem, ocasionando um ilícito e sanção no caso de descumprimento, o ônus “é a necessidade de realização de um comportamento no próprio interesse. É o imperativo do interesse próprio [...] Quem

260 GRAU, *op.cit.*, p. 181.

261 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130.

262 MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 32.

263 GRAU, Eros Roberto. *Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982, p. 181.

dele não se desincumbe, deixa de lograr vantagem, ou evitar desvantagem”²⁶⁴, e a consequência do seu não cumprimento não será configurada um ilícito, nem sequer uma sanção.

Importante ressaltar que, para os países latinos, cujo idioma é o espanhol, o termo relaciona-se à expressa “carga”²⁶⁵. Na doutrina alemã, por outro lado, a expressão ônus relaciona-se com o termo *obliegenheiten*, no sentido de que o cumprimento se verifica somente no interesse do destinatário, assim nas palavras de Eros Roberto Grau em comentário de Karl Larenz:

A exposição de KARL LARENZ, a propósito delas — que passo a reproduzir é extremamente expressiva. As *Obliegenheiten*, segundo ele, devem ser distinguidas dos deveres jurídicos *Rechtspflichten*. Àquelas correspondem condutas cujo cumprimento se verifica basicamente no interesse daqueles de quem foram elas exigidas.²⁶⁶

Suficiente, esclarecer, portanto, que o cumprimento de um ônus satisfaz um interesse do próprio sujeito e não um interesse alheio, não importando ao descumpridor do ônus uma sanção jurídica²⁶⁷. Considera-se ainda que não há uma imposição legal para realização do ônus, e, portanto, não pode ser confundido com um dever. Assim, nas palavras de Eros Roberto Grau:

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.²⁶⁸

264 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentário ao artigo 188 do CPC de 2015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 288.

265 Nesse sentido são as seguintes considerações: “*En palabras de Roppo (2007, pp. 55-56), la carga es la situación de aquel que debe efectuar un determinado comportamiento si quiere tener la posibilidad de utilizar alguna situación activa suya, porque las normas subordinan dicha posibilidad a la condición de que él realice tal comportamiento. En ese sentido, la carga tiene una doble naturaleza: por un lado, participa de las situaciones activas, porque el objetivo final es atribuir alguna utilidad al sujeto o realizar un interés suyo, pero al mismo tiempo participa de las situaciones pasivas, porque consiste en un vínculo impuesto para su acción*”. (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018. p. 130).

266 GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982, p. 181.

267 Nesse sentido, convém destacar o posicionamento de Francisco Amaral: “Próxima à noção do dever jurídico é a do ônus, necessidade que o agente tem de comportar-se de determinado modo para realizar interesse próprio [...]” (AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 8 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250).

268 GRAU, *op.cit.*, p. 181.

Em arremate à distinção entre dever jurídico e ônus jurídico, Francisco Amaral demonstra que no ônus o comportamento do agente é livre e voltado para um interesse próprio, tratando-se apenas de uma faculdade, ou seja, a lei não impõe que a conduta seja obrigatória, como ocorre no dever. Como consequência lógica, o dever tem duas alternativas, ou o cumprimento e prática de ato lícito, ou o descumprimento e prática de um ato ilícito, assim nas palavras do autor mencionado.

A diferença entre o dever e o ônus está no fato de que no primeiro, o comportamento do agente é necessário para satisfazer interesse do titular do direito subjetivo, enquanto que, no caso do ônus o interesse é do próprio agente. No dever, o comportamento do agente vincula-se ao interesse do titular do direito, no ônus, esse comportamento é livre, embora necessário, por ser condição de realização de interesse próprio. O ônus é, por isso, o comportamento necessário para conseguir-se certo resultado que a lei não impõe, apenas faculta. No caso do dever, há uma alternativa de comportamento, um lícito (o pagamento, por exemplo) e outro ilícito (o não pagamento); no caso do ônus, também há uma alternativa de conduta, ambas lícitas, mas de resultados diversos, como se verifica, por exemplo, da necessidade do adquirente de um imóvel registrar seu título aquisitivo (CC, art. 1.245). Se não registrar, não adquire a propriedade.²⁶⁹

Vale destacar que o não cumprimento de um ônus acarreta apenas a não obtenção ou perda de um interesse jurídico, às vezes sendo considerado um direito²⁷⁰, assim nas palavras de Eros Roberto Grau, pode-se considerar que o ônus jurídico é a gestão de um interesse pessoal e não algo obrigatório:

Sopesadas as observações acima alinhadas, poderemos referir o ônus como vínculo que a lei impõe à vontade do sujeito como condição à obtenção ou conservação; pelo próprio sujeito, de um interesse seu; neste sentido, na dicção de Von THUR, o ônus é expressão da gestão de um interesse pessoal; o sujeito vinculado pelo ônus não está juridicamente compelido a cumprir o seu objeto, tal como ocorre no dever e na obrigação; o seu não-cumprimento não implica imposição de sanção jurídica ao sujeito vinculado pelo ônus, mas tão-somente a não obtenção ou não conservação de um direito.²⁷¹

Sopesada a distinção entre ônus e dever, verifica-se que ela é muito mais que uma simples nomenclatura, especialmente diante da sua aplicação em

269 AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 8 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250.

270 No mesmo sentido, são as considerações de Mário Júlio de Almeida Costa, no entanto não se fala em direito e sim em vantagem: "o acto a que o ónus se refere não é imposto como um dever, tutela-se um interesse do onerado – traduzido na consecução de uma vantagem nova ou em evitar-se a perda de uma vantagem preexistente". (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 50).

271 GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982, p. 181.

determinadas figuras do direito. Tal circunstância ocorre com a mitigação de danos, especialmente porque são distintas as consequências ao analisá-la sob o aspecto de um dever ou sob o aspecto de um ônus.

3.1.2. A Mitigação Do Prejuízo Como Ônus Jurídico

A mitigação de danos foi recebida no ordenamento jurídico pátrio e é frequentemente utilizada no Judiciário, no entanto a doutrina brasileira não possui um entendimento uniforme acerca da sua natureza jurídica. Como exposto em tópicos anteriores, é de suma importância a classificação da natureza jurídica de um instituto, sob pena de não ter a adequada aplicação, e assim ocasionar problemas com a própria segurança jurídica.

Partindo do pressuposto de que a teoria foi importada do direito estrangeiro, o primeiro ponto a ser analisado é a natureza jurídica pela qual o instituto foi recebido nestes países, a fim de aplicá-la corretamente no ordenamento jurídico pátrio.

Como visto no capítulo acerca do direito comparado, a maioria dos ordenamentos jurídicos entende que não existe um dever de mitigação, mas que ela estaria relacionada a um ônus jurídico. Nesta perspectiva, o não cumprimento do ônus de mitigação de danos acarretaria apenas uma limitação do crédito/indenização do credor. Assim são as considerações acerca do ordenamento jurídico da *common law*:

A nomenclatura utilizada em inglês para definir essa regra – duty to mitigate ou dever de mitigação – é reconhecidamente equivocada e pode levar a confusões desnecessárias. Não existe, segundo a formulação tradicional, propriamente um dever de mitigação, dado que a parte inocente não será punida e nem poderá ser processada caso não adote as medidas mitigadoras que uma dada situação requeria ou autorizava. Apenas se considerará que abriu mão dos danos evitáveis (avoidable losses), ou seja, que poderia ter evitado com medidas razoáveis mas que não evitou. Aproxima-se, portanto, da figura do ônus ou encargo.²⁷²

272 MAGALHÃES, José Carlos de; VISCONTE, Débora. A Mitigação de Danos pelo Credor. In: VENOSA, Silvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (org.). A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 469.

Não somente no sistema da *common law* a atenuação de danos deixa de ser vista como dever, mas também em diversos ordenamentos jurídicos da *civil law*²⁷³. Como exemplo, nos países latinos americanos a figura da mitigação de danos se assemelha a uma “carga” o que na expressão latina significaria ônus, especialmente em razão de apenas limitar a indenização:

Nesse sentido, o chamado “dever de mitigar” não poderia ser conceituado como nenhuma das situações jurídicas mencionadas, uma vez que seu exercício não visaria satisfazer o direito subjetivo de um terceiro. Pelo contrário, a figura em questão seria mais um ônus que recai sobre o credor prejudicado pela quebra de um contrato, segundo o qual o referido credor não pode reclamar do seu devedor a indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados ou mitigado pela adoção de medidas razoáveis de acordo com as circunstâncias do caso específico.²⁷⁴

De forma mais específica, diz tratar-se a mitigação como natureza jurídica de ônus, na medida em que as consequências de seu não cumprimento decorrem apenas a limitação da indenização, assim em outras palavras:

Foi também afirmado que, em consequência do dever de mitigar os danos, o credor deve ser compensado pelo custo das medidas adotadas para o fazer e, além disso, a compensação por perdas que poderiam realmente ser evitadas é excluída. Da mesma forma, o descumprimento do ônus de mitigar os danos afeta apenas a indenização por danos decorrentes do inadimplemento do devedor, mas não o uso de outros recursos que o credor tenha.²⁷⁵

273 A respeito da natureza jurídica de ônus da mitigação em outros ordenamentos jurídico, convém destacar o seguinte posicionamento Jorge Luis Barrone González: “*La posición mayoritaria asumida por la doctrina es que el deber de mitigar los danos corresponde a una carga (Troncoso, 2011, p. 357; Rodríguez, 2008, p. 114; Vidal, 2007, p. 442; Díez-Picazo, 1999, p. 322; Soler, 1998, p. 622), lo que además refleja el entendimiento que se tiene de esta figura en el Common Law. En efecto, Farnsworth (2004, p. 789) sostiene que el acreedor no incurre en responsabilidad por no adoptar las medidas razonables para mitigar el daño, sino que simplemente se verá imposibilitado para recuperar los perjuicios derivados de su inactividad. Ello es compartido por Treitel (2003, p. 1059), para quien la inobservancia del deber de mitigar impide recuperar el daño adicional que por tal causa se hubiere producido, sin que para ello el autor refiera la existencia de una acción de disminución de perjuicios en cabeza del deudor.*” (BARRONE GONZÁLEZ, Jorge Luis. El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. Revista Verba Iuris, Bogotá. nº 39, pp. 81-106, 2018, p. 87).

274 Tradução livre do texto original: “*En este sentido, el llamado ‘deber de mitigar’ no podría ser conceptualizado como ninguna de las situaciones jurídicas antes mencionadas, pues su ejercicio no tendría por finalidad satisfacer el derecho subjetivo de un tercero. Por el contrario, la figura que nos ocupa se asemejaría más a una carga que recae en el acreedor perjudicado por el incumplimiento de un contrato, conforme a la cual dicho acreedor no podrá reclamar de su deudor la indemnización de aquellos daños que pudo haber evitado o mitigado adoptando medidas razonables de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.*” (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018, p. 130).

275 Tradução livre do texto original: “*También se ha afirmado que, como consecuencia del deber de mitigar los daños, debe resarcirse al acreedor el costo de las medidas adoptadas para ello y, además, se excluye la indemnización de pérdidas que se pudieron efectivamente evitar(13). Asimismo, la inobservancia de la carga de mitigar los daños solo afecta la indemnización de perjuicios derivados*

Entretanto, no Brasil ainda há grande divergência acerca da natureza jurídica a mitigação de danos, especialmente em razão de ter sido inicialmente recepcionada como um dever.

Para os que entendem que a natureza jurídica é um dever, a justificativa constitui-se especialmente na função criadora de deveres secundários, conferida à cláusula geral da boa-fé. Por essa interpretação, os deveres gerais de conduta da boa-fé constituem deveres jurídicos, e portanto, estar-se-á interpretando que a sua violação gera sanção ao sujeito que o descumprir²⁷⁶. Nesse sentido, alguns doutrinadores entendem que a mitigação de danos constitui um dever colateral/secundário da boa fé, especialmente aplicada aos contratos, e portanto, nesta visão, devem ser assemelhados a deveres jurídicos. Assim é o exemplo citado por Bruno Miragem, a respeito do segurado não agravar intencionalmente o risco do sinistro:

No contrato de seguro, ao lado do dever principal de pagar o prêmio, o segurado tem o dever secundário de não agravar intencionalmente o risco de sinistro. Os deveres acessórios, de sua vez, não dizem respeito diretamente ao interesse do credor. Resultam do próprio ordenamento jurídico, de seu sistema de princípios e valores, e destinam-se, prioritariamente, à proteção de interesses das partes ou de terceiros, em relação a interesses pessoais e patrimoniais dignos de tutela. Dizem-se acessórios ou anexos, conforme compreendendo a lealdade, respeito e consideração mútua entre as partes, como são os que derivam da boa-fé objetiva.²⁷⁷

Veja-se inclusive que, na citação acima, o autor destaca que os deveres acessórios da boa-fé não dizem respeito apenas a interesses do credor, mas

del incumplimiento del deudor, pero no la utilización de otros remedios de los que el acreedor dispone" (ALBÁN, Jorge Oviedo. El deber de evitar y mitigar el daño en la compraventa internacional. El Derecho, Buenos Aires. nº 14.295, ano LV, ed. 275, 2017, p. 2).

276 Dentro dessa perspectiva, de que a violação de deveres secundários da boa-fé gera sanção são as palavras de Bruno Miragem: "Também surgem da relação obrigacional deveres de conduta, gerais e específicos, como serão os casos do dever de informar ou do dever de não lesar a contraparte. Afirma-se, nesse caso, tratar-se de deveres jurídicos, de prestação ou de conduta, porque individualizados em determinado titular. É dever jurídico porque exigível do respectivo titular, e no caso de ausência de cumprimento espontâneo, pode ser submetido à sanção pelo direito. Há deveres principais, secundários e acessórios. Os deveres principais dizem respeito à própria prestação, o comportamento essencial de dar, fazer, não fazer ou suportar. Os deveres secundários são os que têm função instrumental de complementação ou para viabilizar a realização dos deveres principais conforme o interesse do credor. Podem ser ajustados pelas partes ou decorrer de lei". (MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 28).

277 MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 30.

também a interesses do devedor, logo, não se trataria de um ônus, mas sim um dever jurídico, nos moldes já expostos²⁷⁸.

Nesse mesmo sentido, é possível extrair da obra de Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Braga Netto, que os referidos autores se coadunam com a corrente da mitigação de danos ser um dever jurídico, atrelada aos deveres anexos decorrentes da boa-fé e com isso, o não cumprimento se igualaria ao ato ilícito, passível de sanção e indenização correspondente. Assim nas palavras dos autores mencionados:

Certamente, o dever anexo de cooperação e lealdade impõe ao credor atuar, concretamente, para não agravar a situação do devedor. Por isso, quando o seu comportamento implica em agravamento da situação do devedor, haverá abuso do direito de ser credor, produzindo as consequências naturais do ato ilícito objetivo.²⁷⁹

Importante destacar que, para Vera Lucia Fradera, precursora do presente estudo no ordenamento jurídico brasileiro, em sua justificativa para o Enunciado 169 da Jornada de Direito Civil, que será melhor exposto nos tópicos seguintes, a mitigação dos prejuízos do credor deveria ser vista como um dever, assim em suas palavras:

Esperamos que, a exemplo do ocorrido no passado e sob o império do Código de 1916, a doutrina e a jurisprudência nacionais, mediante o auxílio do Direito comparado e com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, reconheçam a existência de um dever, imposto ao credor, de mitigar o seu próprio prejuízo.²⁸⁰

A diferenciação entre a natureza jurídica de ônus e dever traz implicações maiores do que apenas uma simples nomenclatura. Isso porque a adoção da mitigação como um dever jurídico induz reconhecer que este dever pode ser exigível

278 É importante ressaltar que o autor não ignora a possibilidade de existir ônus jurídico em uma relação obrigacional, no entanto na redação do texto há notário preponderância para o entendimento de que a mitigação de danos se enquadra como um dever jurídico, passível de ser sancionado em caso de descumprimento. A respeito da possibilidade de existir ônus em uma relação jurídica, são suas palavras: “Da relação obrigacional também podem surgir outros efeitos que – ao lado da relação básica entre o direito à prestação do credor e o dever de realizar a prestação do devedor, como consequência desta relação básica – derivam, ou da própria obrigação pela vontade das partes, ou da lei. Será o caso dos direitos protestativos, assim como das faculdades, exceções e ônus definidos conferidos às partes” (MIRAGEM, Bruno Direito civil: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 30).

279 BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 236.

280 FRADERA, Vera Maria Jacob de. Justificativa a proposta de Enunciado: O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo (art. 422). In: III Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Jurídicos, 2005, p. 178.

da parte que está sofrendo com o não cumprimento. Em outras palavras, caso o credor descumprisse o sugerido “dever”, poderia ser demandado a uma eventual condenação em perdas e danos, o que já não é possível no viés de um ônus jurídico, assim já foi considerado por Vera Lucia Fradera:

A consideração do dever de mitigar como dever anexo justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos. Como se trata de dever e não de obrigação contratualmente estipulada, sua violação corresponde a uma culpa delitual.²⁸¹

Não obstante os fundamentos para recepção da teoria como dever, a corrente que adota a natureza jurídica de ônus é mais adequada para a recepção da mitigação no ordenamento jurídico pátrio, especialmente diante da necessidade de uma adequada incorporação da teoria que se originou no direito estrangeiro, não sendo apropriado ignorar as suas origens.

É preciso considerar que o descumprimento da mitigação de danos não importa em um ato ilícito. O credor pode escolher agir ou não para evitar que os seus danos se estendam, trata-se de uma escolha livre, e o dano ocorrerá ao próprio patrimônio do credor. Em uma primeira análise, portanto, é ele o maior interessado em mitigar o seu dano. Dentro dessa perspectiva, o devedor não pode exigir do credor a interrupção dos prejuízos que estão sendo causados.

Para esta concepção, em atenção à própria liberdade do credor, e tendo em vista a impossibilidade do devedor obrigar que o credor tome medidas para mitigar o seu dano, não é adequado atribuir uma natureza jurídica de dever. A situação fica clara, na medida em que se reconhece que o maior interessado em mitigar os danos é o credor e não o devedor, e por se tratar de uma ação voltada para o credor, não pode exigir que ele a adote. Inexiste, portanto, um direito subjetivo do devedor exigir que o credor tome medidas para o seu patrimônio ser menos prejudicado.

Todavia, a partir do momento em que o credor não adotar as medidas razoáveis para mitigar os seus danos o ordenamento jurídico não pode permitir que o devedor arque com maiores prejuízos, que seriam desnecessários se o credor os mitigasse. Sendo assim, o devedor somente poderá utilizar o argumento da “não mitigação” quando for cobrado indevidamente pelos prejuízos que o credor não mitigou. Ou seja, somente após uma cobrança indevida é que o devedor poderá se

281 FRADERA, *op.cit.*, p. 177.

insurgir, em eventual defesa. Não há razão para o devedor exigir que o credor mitigue os seus danos.

Neste aspecto, a atenuação de danos mais se assemelha a um ônus, na medida em que o credor pode optar por cumpri-lo em interesse próprio, e no caso de não cumprimento sofrerá as consequências de tal ônus.

A aplicação como ônus encontra respaldo na maioria dos ordenamentos jurídicos estudados e traz melhor aplicabilidade ao instituto, pois seria um contrassenso ao direito obrigacional a possibilidade do devedor exigir que o credor adote medidas para evitar os seus prejuízos, quando na realidade cabe ao devedor o próprio cumprimento da obrigação e com isso a liquidação de qualquer prejuízo do credor.

No ordenamento jurídico pátrio, assim como na *common law*, é possível ver a aplicação da norma de mitigação como forma de limitação de danos, na medida em que o credor que não adotar medidas razoáveis para mitigar o seu dano, não poderá exigir valores superiores do devedor, em função da sua conduta contrária à própria boa-fé. Neste ponto, mais uma vez, fica clara a natureza jurídica da mitigação de danos como um ônus, isto porque, o cumprimento do ônus importará a realização de um interesse próprio do credor, qual seja, a não limitação do seu crédito perante o devedor.

Não se ignora o fato de que a redução danos pelo credor importa indiretamente em um interesse do devedor, porém esse interesse é apenas indireto e não tem o condão de tornar a natureza jurídica de um dever. Aliás, o interesse do devedor somente nascerá quando ele for cobrado pelo prejuízo não mitigado.

Na mesma esteira corre o entendimento de Cristiano Sahb Batista Lopes, que afirma ser a mitigação um ônus jurídico, do qual o cumprimento acarretaria apenas uma realização de um interesse do credor, senão vejamos:

A norma de mitigação atua, portanto, como ônus jurídico imposto sobre o credor. Se age em conformidade com a norma, terá direito à reparação de todos os prejuízos sofridos. Se não agir, não verá surgir o direito à indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados. O ônus impõe, assim, um requisito para que se constitua, em benefício do credor, o direito à indenização pelos danos decorrentes do inadimplemento.²⁸²

282 LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

A par desta conceituação, recentemente foi elaborado o Enunciado 629 na VIII Jornada de Direito Civil, cuja justificativa está na interpretação de que a teoria da mitigação deve ser entendida como um ônus jurídico, convergindo para as percepções do presente trabalho. Assim é a redação do Enunciado e a sua respectiva justificativa:

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.

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.²⁸³

Ainda que o Enunciado diga respeito à matéria de responsabilidade civil e não propriamente à matéria de contratos, mostra-se relevante a sua indicação neste trabalho para demonstrar que a doutrina diverge quanto à natureza jurídica da mitigação.

Considera-se, por fim, que o seu conceito e fundamento da teoria engloba mais que simplesmente um mero ônus jurídico. Muito embora a sua natureza jurídica seja a de um ônus, ela não tem a finalidade única de cumprir um interesse próprio do credor, pelo contrário o seu cumprimento relaciona-se com a necessidade das partes agirem com boa-fé²⁸⁴ justificando assim o próprio fundamento da mitigação no ordenamento jurídico pátrio, demonstrando inclusive, a importância do instituto para o Direito Contratual.

283 III Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Jurídicos, 2018.

284 No mesmo sentido: *“Como consecuencia de lo anterior, la mitigación de los daños se presenta como algo más que una carga en sentido técnico, pues lejos de constituir una situación jurídica cuya única finalidad es la salvaguarda del propio interés de su titular, supera esos límites y se presenta como un imperativo de la buena fe que emana de la necesidad de cooperación con la esfera jurídica ajena, cuyo fundamento último, según se dijo, puede encontrarse en la sociabilidad constitutiva de la persona, en su condición ontológica de ser en relación.”* (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018, p. 136).

3.2. A BOA-FÉ COMO FUNDAMENTO PARA A RECEPÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Assim como os demais países que adotam a *civil law*, o Brasil vem aplicando a mitigação de danos no poder judiciário, demonstrando grande afeição à recepção do instituto no direito contratual brasileiro.

Todavia, diferentemente de alguns países, a teoria não se encontra positivada no ordenamento pátrio, levando à algumas incertezas a respeito da sua recepção, fundamento, natureza jurídica e aplicação.

Para países como Alemanha e Itália, a teoria está atrelada à culpa concorrente, diferente do que ocorre no sistema da *common law*. Para o Brasil, considera-se adequada a recepção da mitigação pela cláusula geral da boa-fé.

A boa-fé objetiva é fonte norteadora de condutas probas entre as partes de uma relação jurídica. Dentro dessa perspectiva, e com mais claro escopo da doutrina, a mitigação de danos foi recebida no ordenamento jurídico brasileiro pela própria cláusula geral da boa-fé.

Seja qual natureza jurídica atribua-se à teoria, é perfeitamente verificado que sua incorporação ao sistema jurídico pátrio decorre da boa-fé, sendo que o dever de cooperação, em sentido lato, justifica a sua necessidade de observação em uma relação jurídica, especialmente contratual. Em outras palavras: “De fato, o ônus de mitigar os danos decorre do dever de cooperação entre as partes contratantes como um dever de comportamento ético decorrente do dever de agir sempre em boa-fé e da vedação ao abuso de direito”²⁸⁵.

Como visto acima, em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, como Itália e Alemanha, o fundamento principal da atenuação de danos é a culpa concorrente. Todavia, parte da doutrina daqueles países entende que a boa-fé deveria ser a justificativa para o recebimento da mitigação. Nesta linha de raciocínio, percebe-se igualmente que a boa-fé contratual é o fundamento dominante para justificar a teoria em outros ordenamentos, como ocorre na Argentina²⁸⁶.

285 MAGALHÃES, José Carlos de; VISCONTE, Débora. A Mitigação de Danos pelo Credor. In: VENOSA, Silvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (org.). A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 485.

286 Nesse sentido: “*El fundamento, en nuestra opinión, tiene que ver con las razones (causas en un sentido filosófico) por las cuales se hace recaer sobre el acreedor perjudicado, víctima del daño, determinadas reglas de conducta que, además, deben estar razonablemente dirigidas a evitar o reducir las pérdidas que él mismo ha sufrido —o que puede sufrir— como consecuencia del*”

A boa-fé objetiva condiciona as partes de uma relação jurídica, que ajam com comportamento voltado para o coletivo, isso é, não prevalecendo a individualidade das pessoas. Relaciona-se inclusive com um verdadeiro comportamento ético, de modo a unir o mundo jurídico da própria moral, demonstrando a necessidade de que a própria sociedade indique aquilo que seja uma atitude de boa-fé, daí o seu conceito de cláusula geral. Dentro desse aspecto, a boa-fé é o melhor fundamento para recepcionar o ônus de mitigação, assim nas palavras de Gustavo Santos Kulesza:

A concepção da mitigação de danos como um ônus está em consonância com sua fundamentação jurídica na boa-fé objetiva. Entende-se que um dos efeitos da violação à boa-fé é justamente impedir que a parte se valha de um direito que estaria legitimada a exercer se tivesse agido de acordo com a boa-fé. Trata-se do efeito corretivo da boa-fé, que impede o exercício de pretensões contrárias ao padrão de comportamento esperado do contratante de boa-fé.²⁸⁷

Neste cenário, ainda que se considere a boa-fé como fundamento para a recepção, é preciso avaliar que a mitigação não pode ser confundida com os deveres secundários da referida cláusula geral. *Prima facie*, pode até encontrar semelhanças com o dever de cooperação, no entanto muitas são as diferenças, sendo a natureza jurídica a principal delas. Em segundo ponto, tem-se que o dever de cooperação pode ser exigido pelo devedor em qualquer fase contratual, já a mitigação de danos possui requisitos para sua configuração ou não, a começar pela necessidade do inadimplemento do devedor e que haja prejuízo razoavelmente evitável pelo credor. Em terceiro ponto, o descumprimento do dever de cooperação atinge diretamente o devedor, porém o descumprimento da mitigação atingirá indiretamente o devedor e somente se o credor cobrar indevidamente os prejuízos evitáveis.

Outra circunstância determinante para diferenciar os deveres secundários da boa-fé com o ônus de mitigação se dá na medida em que o dever de cooperação se faz necessário para que o devedor tenha certa facilitação para o cumprimento da

incumplimiento imputable a su deudor. Estas reglas de conducta que, prima facie, podrían considerarse poco o nada adecuadas para una situación gravosa como la que atraviesa la víctima de un daño, parecen, sin embargo, encontrar respuesta en el principio de buena fe contractual." (MOSTAJO, Daniel Ugarte. La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018, p. 132).

287 KULESZA, Gustavo Santos. Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 222.

obrigação. A mitigação está direcionada a analisar os prejuízos evitáveis que ocorreram após o inadimplemento. Em outras palavras, o dever de cooperação tem por finalidade facilitar o cumprimento da obrigação, diferente da mitigação, que analisa a questão após o inadimplemento.

De qualquer forma, ainda que a mitigação de danos tenha características e requisitos autônomos para configuração, que a diferencia de um dever de cooperação, resta clara a submissão com este dever, posto que, ao cumprir o mencionado ônus o credor inquestionavelmente está cumprindo com o dever de cooperação. E de outro modo, no caso da violação do dever de cooperação, certamente poderá ocasionar o inadimplemento contratual e com isso poderá haver a necessidade de observar a não mitigação de danos pelo credor, cooperando para que prejuízos maiores não sejam causados.

Nesta perspectiva, levando-se em conta a carga de cooperação e reciprocidade que as partes e contratantes devem ter umas com as outras, fica claro que a cláusula geral da boa-fé é o fundamento dominante para a recepção da teoria no ordenamento jurídico pátrio.

3.2.1. Enunciado 169 Da III Jornada De Direito Civil

Como forma de prever expressamente a mitigação de danos, no Brasil foi editado o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, cuja redação ensina que o "Princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo".

A justificativa e edição do Enunciado foi desenvolvida por Vera Lucia Fradera. Segundo a autora, em estudo apresentado no ano de 2005, a redução dos prejuízos do credor poderia sim ser recebida no ordenamento jurídico pátrio, e tal recepção traria enormes benefícios às partes:

Isso posto, surge a pergunta: seria possível ao Direito Privado nacional recepcionar o conceito do duty to mitigate the loss em matéria contratual? Acreditamos que sim. Antes, porém, é necessário realizar uma série de indagações, para chegarmos ao fundamento dessa, por ora, mera probabilidade de acolhimento do conceito pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro, com situações em que o credor se mantém inerte em face do descumprimento do devedor, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.²⁸⁸

288 FRADERA, Vera Maria Jacob de. Justificativa a proposta de Enunciado: O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo (art. 422). In: III Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy

Este trabalho reconhece a grande contribuição de Vera Lucia Fradera no ordenamento jurídico brasileiro para o início dos estudos acerca do tema, considerando-a como pioneira em uma abordagem tão específica e minuciosa sobre a atenuação de danos.

A justificativa do referido Enunciado é muito bem fundamentada pela autora e faz menção expressa à cláusula da boa-fé objetiva como norma que recepciona a mitigação de danos no sistema jurídico brasileiro. Valendo transcrever um dos trechos retirados da justificativa:

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.²⁸⁹

Como visto neste trabalho, considera-se adequado o fundamento da boa-fé para a recepção da mitigação de danos. No entanto diverge-se do posicionamento do Enunciado no tocante à natureza jurídica da teoria, isso porque, como já exposto, o referido Enunciado traz a mitigação como um dever jurídico, enquanto este trabalho defende ser um ônus jurídico.

De qualquer forma, é de grande importância a redação do Enunciado não somente para resolução de conflitos contratuais, mas especialmente como forma de fomentar a discussão acerca do tema, como faz este trabalho, e assim encontrar a melhor aplicação para a teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3. A AUTONOMIA DA MITIGAÇÃO DE DANOS E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO CONTRATUAL

É preciso diferenciar a figura parcelar da mitigação do prejuízo das demais figuras parcelares da boa-fé, destacando-se assim a necessidade de considerar a atenuação dos danos como uma figura autônoma, a auxiliar na solução de conflitos resultantes na relação contratual.

A diferença entre o *venire contra factum proprium* se dá no sentido de que a conduta do credor que não mitiga o próprio prejuízo “não é apta a gerar no ofensor a confiança de que ele não irá pleitear a indenização integral pelos danos sofridos,

Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Jurídicos, 2005, p. 170.

289 FRADERA, *op.cit.*, p. 175.

elemento fundamental para a aplicação do *venire contra factum proprium*²⁹⁰. Em outras palavras, inexistente qualquer contradição por parte do credor, que não mitigou o seu prejuízo, em pedir a indenização pelos danos sofridos, isso porque a conduta de deixar que os prejuízos ocorram não inspira confiança na contraparte, e, portanto, não configura o *venire contra factum proprium*.

Diferencia-se também da *supressio* e *surrectio*, na medida que ambas figuras parcelares necessitam de um lapso de tempo para ser configurada, enquanto o ônus da mitigação de dano não. Basta que se verifique o prejuízo causado pelo devedor e a possibilidade ou não de atenuação dos danos. Da mesma forma, na mitigação de danos não se analisa a confiança despertada na outra parte, como exige as outras figuras parcelares.

A figura parcelar do *tu quoque* se caracteriza pela surpresa de uma das partes em relação a conduta da contraparte em utilizar a seu favor uma norma jurídica que havia sido violada por ela mesma. Diferencia-se da redução dos danos em razão de que o *tu quoque* está mais relacionada a impossibilidade de exercer um direito antes violado, e a mitigação está relacionada com a limitação da indenização pelo prejuízo não mitigado.

3.4. PRESSUPOSTOS PARA EXISTÊNCIA DA MITIGAÇÃO

Do estudo realizado, extrai-se que, para a configuração da mitigação de danos, são necessários três requisitos, quais sejam, que já tenha ocorrido o inadimplemento do devedor, a existência de um prejuízo evitável e imputável ao devedor e que exista alguma possibilidade razoável de evitar o aumento do prejuízo do credor.

A respeito dos pressupostos, convém destacar os ensinamentos de Cristiano de Sousa Zanetti, que assim os resumiu: “(i) inexecução contratual; (ii) existência de um dano imputável à parte inadimplente; e (iii) possibilidade de o credor conter a repercussão desse dano, se agir de acordo com diligência ordinária”²⁹¹.

290 DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, p. 32.

291 ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e Alocação da Responsabilidade. Revista Brasileira de Arbitragem nº 35, pp. 28-36, jul/set 2012, p. 31.

O primeiro a ser analisado é o inadimplemento do devedor. Para que se discuta em caso concreto o ônus de mitigação dos danos, é necessário o inadimplemento do devedor, pois do contrário não poderá ser apurado qualquer majoração de dano em razão do estado de inadimplência. Ora, o próprio conceito de uma atenuação dos danos é que o credor diligencie de forma razoável, para que em uma situação de inadimplência, os seus danos não proliferem. Logo, o estado de inadimplência é requisito para ser configurado o ônus de mitigação.

É preciso considerar que para uma perfeita aplicação da teoria, o inadimplemento deve ser considerado de forma abrangente, englobando o parcial e o total inadimplemento. Desta forma é possível trazer melhor aplicação e justiça contratual.

O segundo pressuposto, o prejuízo evitável e imputável ao devedor inadimplente, é muito importante na aferição do ônus da mitigação, isso porque somente será analisado a possibilidade ou não de atenuação de danos quando se falar em algum dano que surgiu ao credor em razão do inadimplemento do devedor. Dentre os danos evitáveis pode-se destacar, a depender da situação, custos do credor para manutenção da coisa ou continuidade do serviço, os lucros perdidos, o prejuízo a direito ou bens do credor. A esse respeito, Christian Sahb Batista Lopes: “Nesse caso, o montante da indenização será menor que o prejuízo total causado ao credor pelo inadimplemento, pois esse provocará danos evitáveis e inevitáveis e apenas os últimos que serão objeto da reparação”²⁹².

Os danos podem ser evitados com a adoção de medidas razoáveis, seja com a realização de contratações substitutivas, que ocorrem frequentemente na *common law*, seja com a adoção de medidas pertinentes que serão analisadas pelo judiciário. A título de exemplo de uma contratação de substituição, certa empresa de calhas e rufos é credora de uma fornecedora de matéria prima, que por sua vez está inadimplente e não fornece materiais, colocando em risco a própria lucratividade da empresa credora que poderá pleitear lucros cessantes e danos emergentes. Para cumprir o seu ônus de mitigação, a empresa de calhas e rufos pode adquirir matérias primas similares para continuar a sua produção, podendo posteriormente solicitar a indenização dos danos inevitáveis.

292 LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 203.

Como terceiro pressuposto tem-se a razoabilidade da conduta de mitigação, ou seja, que os danos sejam razoavelmente evitáveis. Por esse pressuposto, talvez o mais importante da teoria, depreende-se que o credor não tem o ônus de evitar todo e qualquer prejuízo causado pelo inadimplemento do devedor, mas que adote medidas razoáveis dentro das circunstâncias concretas.

3.5. A RAZOABILIDADE COMO FORMA DE AFERIÇÃO

O terceiro pressuposto deve ser analisado de forma meticulosa, na medida em que a palavra razoabilidade possui um conceito muito aberto, e podendo ter diversas percepções no ordenamento jurídico.

Ao longo deste trabalho verificou-se que a teoria da mitigação nos países estrangeiros pauta-se pelo critério da razoabilidade da conduta, ou seja, que a atenuação de danos seja verificada com a adoção de condutas razoáveis para evitar a majoração do prejuízo. No Brasil, como visto em tópico acima, o referido critério também deve ser utilizado, analisando cada caso em concreto.

Deve-se reconhecer que a norma, tal qual formulada acima, tem ainda um significativo caráter de indeterminação, representado pela vagueza da expressão razoavelmente. Com efeito, em linha com o tratamento dado pela mitigação nos ordenamentos jurídicos estudados e com seu fundamento na boa-fé, não se pode a priori listar as condutas que serão consideradas adequadas e aquelas que não o serão. Se o credor se desincumbiu ou não de seu ônus de mitigar será uma determinação que apenas poderá ser feita pelo julgador diante de cada caso concreto.²⁹³

A preocupação com a vagueza do termo “razoabilidade” não permanece apenas no Brasil, pois há certo movimento no âmbito internacional, para encontrar uma definição concreta do que seja razoável em termos de mitigação de danos. Observa-se a referida situação no Direito Internacional, especificamente no artigo o art. 5º da Common European Sales Law, que assim dispõe acerca da razoabilidade:

293 LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 204.

Artigo 5.º Carácter razoável

1. Importa apreciar objectivamente o carácter razoável, tendo em conta a natureza e a finalidade do contrato, as circunstâncias do caso e os usos e práticas do comércio ou das profissões em causa.
2. Qualquer referência ao que se pode esperar de uma pessoa, ou às expectativas desta, ou numa situação determinada, remete para o que se pode razoavelmente esperar.²⁹⁴

No entanto, é preciso considerar que, no direito interno, especificamente no ordenamento pátrio, não há dispositivos que atribuam concretude ao aspecto da razoabilidade, apenas posicionamentos doutrinários que são construídos ao longo dos anos e contribuem para melhor aplicação do direito. Nesse sentido:

A propósito, a doutrina brasileira já há algumas décadas afirmava que se deve aferir quem teve a melhor e mais eficiente oportunidade de conter o dano. Por outras palavras, no âmbito contratual, é necessário verificar se a melhor oportunidade tocou à parte que descumpriu o pactuado ou ao prejudicado pelo inadimplemento. Se o credor não tiver aproveitado a chance que lhe foi conferida pelas circunstâncias, não pode responsabilizar o devedor pelos danos sofridos. Trata-se de raciocínio que remete à análise econômica do Direito, cujos aportes talvez possam prestar uma contribuição para conferir concretude ao conceito de razoabilidade.²⁹⁵

A esse respeito, Christian Sahb Batista Lopes apresentou uma lista de catorze situações que se mostram como condutas razoáveis, as quais merecem ser expostas neste trabalho:

- (i) se o inadimplemento ocorreu quando o credor ainda não havia concluído a sua contraprestação, é razoável que a interrompa imediatamente, para evitar incorrer em custos desnecessários, salvo se a contraprestação consistir na fabricação de um produto que possa, depois de pronto, ser vendido a terceiros, sendo o resultado daí decorrente melhor para mitigar os danos que interromper a fabricação e vender as sucatas;
- (ii) é razoável que o comprador não utilize o produto, equipamento ou imóvel sabidamente defeituoso recebido do vendedor na fabricação de seus próprios produtos, na plantação ou de qualquer outra forma que incremente os danos;
- (iii) embora seja razoável que o credor tenha gastos com a adoção de medidas de mitigação, tais esforços não serão considerados razoáveis se implicarem dispêndio de um montante de que o credor não dispõe ou que seja excessivo em vista dos danos que se pretende evitar;
- (iv) não é razoável que, para mitigar os danos, o credor descumpra outro contrato seu, cometa ato ilícito, renuncie a direito ou comprometa um interesse seu, como, por exemplo, sua reputação, seu bom nome e seu crédito;

294 Redação original do artigo: *“Article 5 Reasonableness. 1. Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of the contract, to the circumstances of the case and to the usages and practices of the trades or professions involved. 2. Any reference to what can be expected of or by a person, or in a particular situation, is a reference to what can reasonably be expected.”* Texto extraído do site <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52011PC0635>.

295 ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e Alocação da Responsabilidade. Revista Brasileira de Arbitragem nº 35, pp. 28-36, jul/set 2012, p. 33.

- (v) o esforço muito arriscado, ou seja, aquele que tem apenas pequenas chances de evitar o dano ou que tem grande probabilidade de trazer danos ainda maiores, não é considerado razoável;
- (vi) é razoável que o credor não adote nenhuma medida para mitigar os danos se o devedor, embora inadimplente, faz promessas de que irá purgar a mora;
- (vii) a medida de mitigação não será considerada razoável se for tomada com atraso injustificável à luz das circunstâncias;
- (viii) não é considerado razoável que o credor faça novo contrato com o devedor inadimplente, salvo se essa for a única forma de evitar um dano cujo montante é substancialmente maior que os gastos com os novos termos propostos pelo devedor e se o credor não tiver que renunciar a direito seu;
- (ix) não é razoável a medida que implique humilhação indevida para o credor;
- (x) não é razoável que o comprador frete navio para o transporte das mercadorias nas datas contratadas, depois que vendedor informou que iria atrasar a entrega.
- (xi) a análise acerca da razoabilidade da medida de mitigação é feita com certa boa vontade em favor do credor, como forma de estimular a adoção de esforços para minimização dos danos e com o objetivo de não impor ao credor ônus excessivo como decorrência do inadimplemento do devedor;
- (xii) ao avaliar se a medida adotada era ou não razoável, o julgador deverá levar em conta as opções disponíveis ao credor nos momentos seguintes ao inadimplemento, considerando o tempo de que dispunha e a pressão a que estava sujeito como consequência do inadimplemento;
- (xiii) quando mais de uma conduta estava à disposição do credor, deve-se avaliar se aquela adotada parecia, no momento em que a decisão foi tomada pelo credor, como razoável e eficaz para reduzir os danos, independentemente do fato de ter ou não efetivamente mitigado os danos;
- (xiv) deve-se avaliar o custo dos esforços adotados, o valor dos danos que se visava evitar e a probabilidade de que a medida fosse eficaz, para se verificar se a medida *ex ante* parecia economicamente eficiente e, portanto, razoável.²⁹⁶

Muito embora a lista acima analisada, é preciso considerar que as condutas razoáveis não se resumem a um rol taxativo, especialmente em razão da própria cláusula geral da boa-fé ser o fundamento e marco teórico para a aplicação da teoria no Brasil.

O critério de razoabilidade será apurado tanto para verificar se o credor cumpriu o seu ônus, ou seja, se o credor poderia ter adotado condutas razoáveis para conter os danos, como para verificar se são razoáveis os custos com os esforços de mitigação, ou seja, se as condutas empregadas pelo credor foram razoáveis em termos financeiros, para assim evitar condutas contrárias à boa-fé.

296 LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205-206.

3.6. ÔNUS DA PROVA QUANTO À MITIGAÇÃO

Outro aspecto de relevância para o presente estudo é definir a quem cabe o ônus probatório em uma situação que envolver a mitigação de danos. Majoritariamente, aqueles que abordam o tema reconhecem que o devedor tem a incumbência de comprovar que o credor não mitigou os seus danos e teria condições razoáveis para o fazer:

Naturalmente, não se exige que o comportamento do credor decorra do elemento subjetivo, pouco interessando se teve, ou não, culpa. Até porque seria quase impossível evidenciar que o credor teve culpa em prejudicar, reflexamente, a si mesmo.²⁹⁷

Este aliás, é o posicionamento da doutrina estrangeira, como mencionado em alguns trechos do segundo capítulo. A exemplo, no ordenamento jurídico da Argentina a doutrina entende que o devedor tem a responsabilidade de provar a violação do ônus de mitigação pelo credor:

Além disso, pode-se considerar que a prova da violação do ônus da atenuação do dano corresponde ao devedor. Portanto, tendo em vista estar atrelada ao credor, alegar a sua inobservância corresponde a algo que o beneficia como devedor, na medida em que pode sustentar tal circunstância para evitar compensar os danos resultantes do seu inadimplemento.²⁹⁸

Vale apenas destacar que a distribuição do ônus da prova é algo relativo e depende muito do contexto das situações. Isso quer dizer que, embora a regra seja o devedor ter a obrigação de provar que o credor não mitigou os seus danos, muitas exceções podem ocorrer, a depender do caso, e em algumas situações o credor ter a obrigação de provar a sua mitigação, como se observa pelo seguinte trecho de exemplo:

Incumbe ao devedor o dever de provar que o credor deixou de tomar as medidas razoáveis para amainar os efeitos e os danos decorrentes do inadimplemento e requerer a redução desses efeitos. Há, no entanto, decisões judiciais e arbitrais que atribuem o ônus da prova ora ao credor, ora ao devedor.²⁹⁹

297 BRAGA Netto, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 236.

298 Tradução livre do texto original: "Además, puede considerarse que la prueba sobre la violación de la carga de mitigar el daño corresponde al deudor(16). Esto, pues, al estar asumida por el acreedor, alegar su inobservancia le corresponde a la parte que ello beneficia, como es el deudor, en la medida en que puede sostener dicha circunstancia para evitar tener que indemnizar los perjuicios como consecuencia de su incumplimiento." (ALBÁN, Jorge Oviedo. El deber de evitar y mitigar el daño en la compraventa internacional. El Derecho, Buenos Aires. nº 14.295, ano LV, ed. 275, 2017, p. 2).

299 MAGALHÃES, José Carlos de; VISCONTE, Débora. A Mitigação de Danos pelo Credor. In: VENOSA, Silvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (org.). A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 481.

Observa-se, portanto, que a regra é o devedor comprovar o descumprimento do ônus de mitigação pelo credor. A partir do princípio de que o ônus deve ser cumprido em razão de um interesse do credor, e o devedor apenas pode se valer dessa argumentação (descumprimento do ônus de mitigação) no caso de ser demandado pelos valores referentes à “perda não mitigada”, mostra-se correto que o próprio devedor comprove as suas alegações de que o credor não tomou as medidas razoáveis. A inversão do ônus da prova, em desfavor do credor, apenas poderá ser verificada quando existir impedimento ou impossibilidade absoluta do devedor comprovar suas alegações.

A distribuição do ônus muda de forma, quando o credor visa à obtenção de indenização pela gastos com a mitigação. Dentro dessa perspectiva, fica claro que o ônus da prova não deve ser do devedor, mas sim do credor, que deverá demonstrar os gastos e a necessidade de ter sido gasto.

Se o credor efetivamente realizou medidas para minimização dos danos, relacionará, dentre os prejuízos sofridos, aquelas despesas que incorreu com a mitigação, que serão indenizáveis de acordo com o § 347, “b” do Restatement (Second) of Contracts. O ônus da prova de que incorreu nessas despesas cabe ao credor, que será o autor da ação.³⁰⁰

Em síntese, há duas vertentes para se observar o ônus da prova na mitigação. A primeira verifica-se diante da insurgência do devedor pretender limitar a indenização cobrada pelo credor, sendo obrigação do próprio devedor comprovar a “não mitigação de danos pelo credor”, somente invertendo esse ônus quando existir justo motivo. A segunda é diante da situação do credor pleitear a indenização pelos gastos ocorridos com medidas para mitigar os danos, neste caso, nada mais justo que o ônus da prova recaia sobre o próprio credor, devendo demonstrar os gastos e as necessidade para tanto.

3.7. CONSEQUÊNCIAS DO CUMPRIMENTO E DESCUMPRIMENTO DO ÔNUS DE MITIGAÇÃO

A principal consequência do não cumprimento do ônus de mitigação é a limitação da indenização do credor. A doutrina, tanto nacional como estrangeira, converge para esta consequência.

300 LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

Por outro lado, em caso de cumprimento do ônus de mitigação, além do credor não sofrer a limitação da indenização, também poderá reaver as despesas empregadas para a realização das condutas de atenuação.

Por fim, a regra do item (c) explicita que o credor poderá recuperar do devedor inadimplente as despesas que houver feito na tentativa de mitigar os prejuízos. A partir do momento em que o ordenamento jurídico impõe ao credor o ônus de mitigar, as medidas adotadas para mitigar o dano passam a ser decorrência necessária do inadimplemento. Em outros termos, o descumprimento contratual, em um ordenamento em que exista a norma de mitigação, causará a realização de esforços razoáveis pelo credor. Assim, os custos incorridos com as medidas de mitigação são parte das perdas e danos sofridas pelo credor e devem integrar a indenização devida.³⁰¹

As consequências do ônus de mitigação somente reafirmam a própria natureza jurídica do termo, isso porque, seja para o cumprimento ou para o descumprimento do ônus, o que está levando em conta é o próprio interesse do credor, sendo que o devedor apenas poderá utilizar tal argumento como forma de defesa e jamais como forma de ação contra o credor.

3.8. APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DE DANOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Superada a análise teórica do ônus de mitigação no ordenamento jurídico brasileiro, e como forma de tornar o presente trabalho mais prático, foram analisados perante o poder judiciário alguns casos de aplicação da teoria, especificamente relacionados a questões contratuais.

A presente análise jurisprudencial é parte integrante da pesquisa, como forma de avaliar a aplicação no poder judiciário e sua sintonia com as conclusões do presente estudo.

De início é preciso considerar que, na maioria das decisões analisadas, majoritariamente é utilizada a expressão *duty to mitigate the loss*, em analogia ao termo utilizado no direito estrangeiro. Todavia, como já exposto neste trabalho o termo *duty*, cuja tradução é “dever”, não proporciona a ideal aplicação da teoria no ordenamento pátrio, pois coaduna-se com o entendimento de que a mitigação de danos seja um ônus jurídico.

Desta forma, embora a maioria das decisões tenham utilizado a referida expressão estrangeira, e até mesmo, às vezes referenciando a mitigação como um

301 LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208.

dever no sentido lato³⁰², a análise quedou a verificar se aplicação no caso concreto está em sintonia com as conclusões do presente trabalho.

3.8.1. Contratação De Substituição Para Evitar Prejuízos Ainda Maiores

Um exemplo de aplicação adequada do ônus de mitigação foi sedimentado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em diversos processos versando sobre secagem de fumo. O caso envolve pedido de indenização dos fumicultores em desfavor da empresa de energia elétrica pela interrupção do fornecimento de energia durante o processo de secagem do fumo.

Muito embora não se trate de um típico caso de credor objetivando o seu crédito decorrente de um contrato, ainda assim o caso envolve indiretamente um contrato de prestação de serviços de energia elétrica, em que os credores da prestação de energia objetivam a indenização por prejuízos que dizem ter sido causados pelo inadimplemento da concessionária de energia elétrica, logo há possibilidade de aplicação do ônus de mitigação.

No caso em tela, os fumicultores na condição de credores da prestação do serviço se dizem prejudicados pela interrupção dos serviços de concessão de energia elétrica durante a secagem do fumo, o que levou a uma perda de produção. Inúmeras ações com causa de pedir idênticas foram ajuizadas por diversas pessoas, tanto que o próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a grande gama de processos, e a solução para o devido caso foi baseada na mitigação de danos.

Após a análise de vários casos, verificou-se que muitas das pretensões dos fumicultores baseavam-se em interrupções de energia em período inferior a 24 horas, ou seja, um período curto de tempo se considerar a possibilidade de uma interrupção por vários dias. Por essa razão, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que os fumicultores que foram atingidos pela interrupção do fornecimento de energia deveriam ter adotado a conduta razoável de mitigar os seus danos, com a instalação de um gerador para assim evitar a majoração do seu próprio prejuízo.

302 Pela análise das jurisprudências que utilizaram a expressão dever, percebe-se que a palavra dever veio em seu sentido lato, sem a devida diferenciação de dever e ônus, ou seja, não foi utilizada para indicar um dever jurídico propriamente dito, que tem o condão de gerar um direito subjetivo ao devedor. Em outras palavras, a palavra dever foi utilizada somente como uma expressão de “conduta necessária”.

Com esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que a responsabilidade pelos danos da interrupção de energia, em período inferior a 24 horas, deveria ser limitada na proporção de 2/3 de responsabilidade dos fumicultores que não procuraram mitigar os seus danos e de 1/3 de responsabilidade da concessionária de energia.

APELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SECAGEM DE FUMO. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEVER DO FUMICULTOR DE ADOTAR PROVIDÊNCIA PARA EVITAR O DANO. ESPECIFICIDADE DE SUA CULTURA AGRÍCOLA. NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO DE GERADOR PRÓPRIO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. HAND FORMULA. CHEAPEST COST AVOIDER. ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA ACOLHIDA APENAS EM PARTE. REPARTIÇÃO DOS RISCOS. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. Contam-se aos milhares os processos judiciais ajuizados por fumicultores de nosso estado, pretendendo a responsabilização civil das concessionárias de energia elétrica, em razão de perdas de produção do fumo devidas à interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem. Diante do aumento do número de processos judiciais e da elevação das pretensões indenizatórias, esta câmara passou a entender ser razoável exigir-se dos fumicultores que estejam preparados para as inevitáveis e previsíveis intempéries climáticas anuais em nosso estado, adquirindo geradores de energia que possam ser ativados em caso de interrupção da luz. Duty TO mitigate the loss. Constatando-se que os custos para instalação de um gerador não é elevado, ficando abaixo de boa parte das pretensões indenizatórias apresentadas, é razoável, econômica e juridicamente, exigir-se que os fumicultores adotem providências para evitar os danos. Como fundamento para tal exigência, invoca-se a doutrina do duty TO mitigate the loss, que vem tendo boa acolhida doutrinária e jurisprudencial em nosso país, além de ser bastante conhecida no direito comparado, inclusive com consagração normativa internacional. À míngua de legislação específica, tal doutrina coaduna-se perfeitamente como uma das aplicações do princípio (ou cláusula geral) da boa-fé objetiva, dentro de uma visão cooperativa de relacionamento contratual e dentro da função de criação de deveres instrumentais, laterais ou anexos, inerentes à boa-fé objetiva. [...] O novo entendimento desta câmara restringe-se às hipóteses em que os danos sofridos pelo demandante derivam da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante tempo inferior a 24 horas ininterruptas. Nessa hipótese, os prejuízos sofridos pelo fumicultor serão por ele suportados à razão de 2/3, imputando-se à concessionária de energia elétrica o restante 1/3. Nas hipóteses de interrupção por período superior a 24h, a responsabilidade é integralmente da concessionária, ressalvadas as hipóteses de força maior e a orientação jurisprudencial da câmara. Caso concreto em que no período de 11 a 12 de fevereiro de 2017 a interrupção do fornecimento de energia elétrica ocorreu por poucas horas, aplicando-se, portanto, o entendimento unificado firmado, no sentido de o autor ser indenizado na proporção de 1/3 dos danos comprovados. E no período de 09 a 10 de março de 2017 a interrupção ultrapassou as 24 horas, devendo o autor ser integralmente ressarcido pelo prejuízo, pois ausente comprovação da ocorrência de alguma causa de excludente de responsabilidade. Sentença mantida. Apelações desprovidas.³⁰³

303 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 0367433-11.2018.8.21.7000. Relator: FACCHINI NETO, Eugênio. Publicado no DJe 23/01/2019.

O referido caso é um exemplo de adequada aplicação do ônus de mitigação, pois restou demonstrado que os credores (fumicultores) foram prejudicados pelo inadimplemento do devedor (concessionária de energia). No entanto, havia conduta razoável para os danos serem mitigados (instalação de gerador), razão pela qual a inércia na mitigação implicou na limitação da indenização dos prejuízos causados pelo devedor. Ou seja, o devedor não deverá ser penalizado integralmente pelos danos que o credor poderia ter diminuído.

Aliás, este é um clássico exemplo de aplicação da mitigação nos países de *common law*, podendo ser até comparada com a contratação por substituição, no sentido de que o credor, a fim de diminuir o seu prejuízo, poderia contratar a instalação de um gerador para lhe garantir energia necessária para não interrupção constante e momentânea da energia.

O que poderia ser acrescentado no caso hipotético acima, considerando o estudo realizado, é que os credores fumicultores que realizaram a instalação de um gerador poderiam solicitar a indenização pelo valor da instalação dos geradores se assim comprovassem que a instalação foi necessária para evitar maiores prejuízos³⁰⁴.

3.8.2. Questões De Locação E Fiodor

Outros casos para aplicação da teoria se dão em contratos de locação com a cobrança do credor/locador em desfavor dos devedores/locatários e fiadores.

O primeiro caso analisado, julgado no Estado do Rio de Janeiro, envolve um locador que estava cobrando alugueis do locatário e do fiador até a data de 18/10/2010 em que houve a imissão de posse por ação de despejo. Em sua defesa o locatário argumentou que anteriormente à ação de despejo, no dia 17/11/2009 havia sido proposta ação de consignação de chaves pela desocupação do imóvel.

Muito embora a ação de consignação de chaves não tenha sido julgada procedente por questões processuais, o locador, ora credor reconheceu que houve a desocupação do imóvel naquele período, mas somente foi ajuizar ação de despejo meses depois, caracterizando a sua intenção de majorar o seu débito.

304 A prova de tal situação poderia se demonstrada com a apresentação de histórico de quedas de energia e o correto funcionando do gerador, fazendo com que o credor não tivesse seu prejuízo majorado justamente em razão da instalação do gerador.

O Tribunal do Estado do Rio de Janeiro entendeu que a conduta do credor, ora locador, vai contra a mitigação de danos, posto que era mais razoável que logo após o conhecimento da desocupação pelo devedor, ora locatário, o credor pudesse se imitir na posse do imóvel e assim evitar prejuízos, especialmente o acúmulo de cobrança de alugueis. Portanto, no julgamento foi limitada a indenização do credor, para que fossem retirados da execução os alugueis posteriores à data da consignação de chaves e desocupação pelo locatário. Assim foi a ementa do julgado:

HIPÓTESE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELOS FIADORES NO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ONDE SE ORIGINAM OS CRÉDITOS QUE CONSUBSTANCIAM O TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL QUE APARELHA A EXECUÇÃO, NOS TERMOS DO ENTÃO VIGENTE ARTIGO 585, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (NORMA HOJE REPRODUZIDA NO ARTIGO 784, VII, DO CPC/2015). [...] Consignação em pagamento ajuizada pelo locatário em face do ora recorrente. Ação de despejo e cobrança de alugueis ajuizada pelo ora recorrente em face do locatário e dos fiadores (ora recorridos). [...] Em visita aos autos da ação de consignação de chaves ajuizada pelo então locatário, constatou-se que este havia requerido a consignação das chaves em juízo desde de 17.11.2009. O que foi indeferido pelo juízo de primeiro grau daquele feito. Ora recorrente que, em resposta ao agravo retido interposto pelo locatário, declarou possuir ciência da desocupação do bem naquela data, apesar de invocar argumentos de natureza unicamente processual em desfavor da pretensão de devolução das chaves. Ao assim proceder, o apelante tornou manifesto o seu propósito em deixar o débito de seu inquilino aumentar, fato que perdurou até 18.10.2010, data em que ocorreu a sua imissão na posse na ação de despejo nº. 0026896-60.2009.8.19.0002.10. Violação da figura parcelar da boa-fé objetiva conhecida como "duty TO mitigate the loss": O contratante tem o dever de minimizar os próprios prejuízos. A deliberada omissão na conduta tendente a mitigar as perdas torna antijurídica a pretensão de obter de terceiro qualquer benefício decorrente dos prejuízos que poderiam ser evitados por ato da própria pessoa prejudicada. 11. Ainda pior: Consta da ação de consignação em pagamento acima mencionada a relação de depósitos levados a efeito pelo locatário (apesar de não haver notícia de levantamento das verbas depositadas, por quem quer que seja). Assim, mais uma vez, se o ora recorrente não procedeu às diligências necessárias para levantar o crédito incontroverso que lhe cabia, não se pode imputar aos recorridos as draconianas consequências que uma execução lastreada no crédito decorrente de um contrato de locação acarreta para o fiador. 12. Nessa esteira, o valor da planilha deve ser readequado para satisfazer as seguintes exigências: Expungir da base de cálculo a cobrança de valores decorrentes de período posterior à data da desocupação do bem (17.09.2009); e descontar os valores depositados pelo locatário na ação de consignação em pagamento acima mencionada. Tudo porque tais créditos jamais existiriam, se não fosse a abusiva postura do ora recorrente em não aceitar o pagamento e a devolução do bem no momento em que oferecidos. [...].³⁰⁵

305 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 0015635-88.2015.8.19.0002. Relator: OLIVEIRA, Carlos Santos de. Publicado no DORJ 21/06/2018.

O caso acima explorado é exemplo de adequada aplicação do ônus de mitigação, na medida em que, houve um inadimplemento, o credor (locador) foi prejudicado pelo devedor (locatário), no entanto, havia conduta razoável para os danos serem mitigados (imissão da posse quando soube da desocupação), razão pela qual a inércia de realizar qualquer conduta causou a devida limitação da indenização pelos prejuízos causados pelo devedor.

Uma segunda situação a ser examinada diz respeito à limitação do crédito do locador em relação ao fiador. Neste aspecto, foram analisados dois casos jurisprudenciais, ambos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos quais os credores estavam pleiteando valores dos fiadores após uma longa inércia dos próprios locadores, mesmo já tendo sido realizado o despejo do locatário.

Em vista da inércia dos locadores, em suas defesas, os fiadores alegaram que os credores não procuraram mitigar o seu dano de buscar a pronta cobrança da dívida, somente para que o prejuízo fosse maior no momento da execução, com isso não teriam cumprido as orientações da boa-fé objetiva. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu a defesa dos fiadores sob o argumento da teoria da mitigação de danos.

LOCAÇÃO. EXONERAÇÃO DE FIANÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR PARALISAÇÃO DO FEITO POR PERÍODO SUPERIOR A UM ANO. DESCABIMENTO. INTIMADO A DAR ANDAMENTO AO FEITO SOB PENA DE EXTINÇÃO, O AUTOR MANIFESTOU-SE OPORTUNAMENTE. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO FIADOR PELAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO DE LOCAÇÃO QUE PERDURA ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES. INTELIGÊNCIA DO ART. 39 DA LEI N. 8.245/91. Inércia da locadora em executar a sentença que decretou o despejo do inquilino nos autos de anterior ação de despejo por falta de pagamento. Interesse configurado pela necessidade de exoneração da fiança a partir do trânsito em julgado da referida sentença. Mérito. Sentença anterior que resolveu o contrato de locação. Insubstância da cláusula de renúncia ao direito de exoneração. Permanência do inquilino no imóvel após o trânsito em julgado da sentença que decretou o despejo. Mera tolerância da locadora. Não se admite que o fiador seja prejudicado pela inércia da locadora em executar o julgado. Dever do locador de mitigar o prejuízo do fiador, executando a sentença de despejo que já havia sido decretado. Responsabilidade do fiador que não pode durar indefinidamente após o trânsito em julgado do Decreto de despejo. Dever de boa-fé objetiva na fase pós-contratual. Recurso improvido.³⁰⁶

306 SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Acórdão nº 0025441-73.2005.8.26.0562. Relator: BDINE, Hamid. Publicado no DJESP 07/08/2014.

EMBARGOS À EXECUÇÃO. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. FIADOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. DEVER DE O CREDOR MITIGAR SEU PREJUÍZO. EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE AÇÃO. Preliminar. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Concessão de moratória. Tese defendida que exige mera qualificação jurídica. Mérito. Omissão da locadora quanto à comunicação da inadimplência do locatário e protraimento abusivo do exercício do direito de ação de despejo ou de execução, causador de dano ao fiador. Violação da boa-fé objetiva. Doutrina. Dever de o credor mitigar o próprio prejuízo. Redução do valor devido pelo fiador a prazo razoável. Sucumbência. Recurso provido em parte.³⁰⁷

Considera-se adequada a aplicação do ônus de mitigação nestes casos, porque restou demonstrado que o credor (locador) foi prejudicado pelo locatário, no entanto, mesmo já sabendo do despejo e/ou da possibilidade de despejo, optou por não executar o seu crédito sabendo que teria o resguardo do fiador pagar a dívida. Tal conduta de inércia não coaduna com a mitigação de danos, isso porque trata-se de um prejuízo razoavelmente mitigável, não podendo o fiador ser responsabilizado pela inércia proposital do credor, e, portanto, correta a limitação de danos em desfavor do fiador.

3.8.3. Limitação Da Taxa De Ocupação De Imóvel Nos Casos De Imóvel Alienado Fiduciariamente Pelo SFH

Uma recente menção ao ônus de mitigação foi realizada no Informativo número 574 do Superior Tribunal de Justiça, após julgamento do REsp 1401233 / RS, especialmente no tocante ao termo inicial da taxa de ocupação de imóveis em casos de alienação fiduciária.

O exemplo se dá em situações envolvendo o Sistema Financeiro de Habitação, nas quais há um devedor fiduciante em mora e do outro lado o credor fiduciário que visa obter a taxa de ocupação do imóvel quando o leilão extrajudicial for frustrado.

O referido caso foi julgado no ano de 2015 e segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, naquela época o artigo 37-A da Lei nº 9.514/1997³⁰⁸

307 SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nº 0019917-78.2012.8.26.0068/50000. Relator: BDINE, Hamide. Publicado no DJESP 09/04/2014.

308 Redação antiga do artigo Art. 37-A: "O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento

dispunha acerca da possibilidade de cobrança da taxa de ocupação “desde a data da alienação em leilão”.

Nessa perspectiva, somente após o leilão extrajudicial poderia o credor exigir a taxa de ocupação do imóvel. O referido julgado considerou que o artigo 27 da mesma Lei n. 9.514/1997³⁰⁹ traz em sua essência a regra da mitigação de danos, na medida em que impõe um prazo exíguo para a realização do leilão extrajudicial, tanto o primeiro (30 dias seguintes do registro) quanto o segundo (15 dias seguintes ao primeiro), justamente como forma de evitar que a dívida seja incrementada com uma taxa de ocupação pela inércia do credor em realizar o leilão judicial.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TAXA DE OCUPAÇÃO. INCIDÊNCIA ANTES DA ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IMÓVEL. DESCABIMENTO. ART. 37-A DA LEI 9.514/97. DISTINÇÃO ENTRE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E PROPRIEDADE PLENA. 'DUTY TO MITIGATE THE LOSS'. HIPÓTESE DE LEILÃO FRUSTRADO. 1. Controvérsia acerca da incidência de taxa de ocupação no período anterior ao leilão extrajudicial de imóvel ocupado por mutuário inadimplente. 2. Previsão expressa no art. 37-A da Lei 9.514/97 de que a taxa de ocupação somente começa a incidir depois da alienação do imóvel. 3. Distinção entre propriedade fiduciária e propriedade plena. 4. Afetação da propriedade fiduciária ao propósito de garantia, não dispondo o credor fiduciário do 'jus fruendi', enquanto não realizada a garantia. **5. Dever da instituição financeira de promover o leilão extrajudicial no prazo de 30 (trinta) dias da consolidação da propriedade (cf. art. 27 da Lei 9.514/97), com o objetivo de evitar o crescimento acentuado da dívida. 6. Dever de mitigação das perdas do devedor (mutuário), atendendo aos deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva ("duty to mitigate the loss").** 7. Extinção compulsória da dívida na hipótese de leilão frustrado (cf. art. 27, § 5º, da Lei 9.514/97). 8. Incidência da taxa de ocupação somente após a extinção da dívida. Julgado específico da Quarta Turma. [...] ³¹⁰

O referido artigo 37-A da Lei nº 9.514/97³¹¹ foi alterado pela Lei nº 13.465/2017, passando a prever a incidência da taxa de ocupação “desde a consolidação da propriedade fiduciária”. Acredita-se que a alteração legal pode

do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel.”

309 Redação do artigo Art. 27: “Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel”.

310 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1401233/RS. Relator: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Publicado no DJe 26/11/2015.

311 A redação atual do artigo é: “Art. 37-A. O devedor fiduciante pagará ao credor fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a 1% (um por cento) do valor a que se refere o inciso VI ou o parágrafo único do art. 24 desta Lei, computado e exigível desde a data da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciante até a data em que este, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)”.

acarretar grandes discussões jurídicas a respeito do termo inicial da cobrança da taxa de ocupação.

De qualquer modo, mesmo que seja por mera analogia, considera-se que a utilização da teoria da mitigação de danos neste contexto está adequada, isso porque percebe-se a concretude dos requisitos para a sua aplicação. De um lado o credor (credor fiduciário) que foi lesado pelo devedor (inadimplente em mora), sendo sua prerrogativa colocar o imóvel com garantia fiduciária para leilão extrajudicial e assim extinguir a dívida. A lei determina a obrigação do devedor pagar uma taxa de ocupação do imóvel caso ele se recuse a sair do bem, porém o credor não pode se manter inerte apenas para que essa taxa seja somada.

O fato de a lei impor prazos exíguos para a realização do leilão é uma forma de forçar com que o credor realize logo a venda do bem e não se utilize da taxa de ocupação para onerar o devedor.

Não obstante, a alteração legal pode abrir brechas para discussão do termo inicial da taxa de ocupação, sendo que a mitigação de danos pode ser invocada como fundamento de defesa do devedor para eventual credor que deixar ultrapassar o prazo para realização do leilão e requerer a cobrança da taxa de ocupação por período anterior à realização do leilão. Considerando a ocorrência deste caso hipotético, entende-se adequado que a taxa de ocupação seja devida somente após a realização do leilão e cumprimento das diligências atenuantes do prejuízo pelo credor.

3.8.4. Execuções Bancárias E A Limitação Dos Juros Pela Demora No Ajuizamento

Um interessante ponto a ser analisado é a questão das execuções bancárias, o assunto de análise complexa, não sendo possível a aplicação genérica da mitigação de danos. Em outras palavras, nas execuções bancárias entende-se que é possível sim a aplicação da atenuação de danos, no entanto, a sua aplicação deve ser muito bem analisada sob pena de trazer insegurança jurídica à aplicação de outros institutos.

Quando do início da incorporação da mitigação de danos no ordenamento jurídico brasileiro, os Tribunais começaram a aplicar a teoria de forma desmedida, no sentido de que o banco, na condição de credor, não poderia demorar para o

ajuizamento da ação de execução sob pena de configurar inércia e violação à teoria³¹².

Ocorre que o entendimento acima destacado foi superado pelo recente entendimento de que a teoria não pode ser aplicada somente em razão da demora no ajuizamento da ação. Para aplicação da teoria, é necessário que na situação em concreto fique evidenciado que o credor agiu em desacordo com a boa-fé, este aliás é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - COBRANÇA DE HONORÁRIOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. [...]

3. A Quarta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do Resp n. 1.201.672/MS, firmou a tese de que "O ajuizamento de ação de cobrança muito próximo ao implemento do prazo prescricional, mas ainda dentro do lapso legalmente previsto, não pode ser considerado, por si só, como fundamento para a aplicação do duty to mitigate the loss. Para tanto, é necessário que, além do exercício tardio do direito de ação, o credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor". 3.1. Situação que não ocorreu no caso concreto, razão pela afasta-se a aplicação da teoria do duty to mitigate the loss ao presente caso concreto. [...]³¹³

A partir do estudo realizado neste trabalho, entende-se que a mudança de entendimento jurisprudencial foi adequada, pois traz à mitigação de danos uma aplicação autônoma e sem interferência em outros institutos. Isto é, por não se tratar de um dever jurídico, o não cumprimento da atenuação de danos não configura um ilícito por parte do credor, logo não é possível que o devedor exija do credor uma atuação.

De qualquer forma, como abordado no estudo, para aplicação da teoria é necessário que a mitigação seja realizada diante de condutas razoáveis ao credor. De certo ponto de vista, o ajuizamento imediato de uma demanda judicial é razoável, mas não se pode olvidar a existência do direito de prescrição do credor. Vale dizer

312 Com este entendimento, destaca-se a ementa do ano de 2009: "SÚMULA Nº 121 DO STF. USURA. MULTA. 2%. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. Se a instituição financeira permanece inerte por longo período, aguardando que a dívida atinja montantes astronômicos, impõe-se-lhe a aplicação do princípio denominado duty TO mitigate the loss, que impõe, nestes casos, por penalidade, a redução do crédito do mutuário deveria, nos termos do princípio da boa-fé objetiva, evitar o agravamento do próprio prejuízo. [...] (TJMS; AC-Or 2009.022658-4/0000-00; Campo Grande; Terceira Turma Cível; Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay; DJEMS 24/09/2009; Pág. 12)".

313 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial nº 1154040/SP. Relator: BUZZI, Marco. Publicado no DJe 04/12/2018.

também que existe um custo para a via judicial, que o credor pode optar por se privar momentaneamente e somente decidir ajuizar a ação em momento posterior.

Nesse sentido, entende-se que outras medidas para mitigar o seu dano são consideradas ainda mais razoáveis, a exemplo da cobrança extrajudicial, realização de acordos viáveis, entre outras situações a serem analisadas.

Dessa forma, caso o devedor tente se valer da aplicação da mitigação de danos para limitar os juros a serem aplicados na relação contratual, deve efetivamente comprovar que o credor não adotou medidas razoáveis para mitigar o seu crédito à exemplo das citadas, não admitindo que a mera demora para o ajuizamento seja o fundamento principal, posto que está amparada no instituto da prescrição.

Em outras palavras, em um caso hipotético, mesmo que o banco demore para ajuizar a ação judicial, mas for provado que o credor tentou a realização de acordos extrajudiciais ou busca de satisfação da dívida, obviamente demonstra a sua tentativa de mitigar o dano e, portanto, cabível a cobrança de juros por todo o período. Diferente seria, se o banco ajuizasse a ação no último dia do prazo da prescrição e não tivesse tentado contato com o devedor, ou tenha ignorado as tentativas de acordo e solução da dívida, neste caso evidente que o credor se manteve inerte ao descumprimento para majorar o seu prejuízo, podendo ser aplicada a teoria da mitigação no caso em comento.

Este entendimento aliás está sendo adotado em alguns casos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. NOTAS PROMISSÓRIAS. CONVERSÃO EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. REJEITADA. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. TERMO A QUO. A PARTIR DA CITAÇÃO. ART. 397, INAPLICÁVEL. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. OCORRÊNCIA. COBRANÇA EXTRAJUDICIAL NÃO DEMONSTRADA. INÉRCIA DO CREDOR. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA NÃO OBSERVADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Consoante doutrina abalizada, A sentença extra petita é tradicionalmente considerada como a sentença que concede algo diferente do que foi pedido pelo autor. 1.1 O fato de o juízo de origem entender que a morosidade do credor em aviar pretensão ao recebimento de um crédito emitido há mais de 05 (cinco) anos, com valor certo e vencimentos variando entre 15 de junho de 2013 e 15 de junho de 2014, e que tal pretensão deveria ter observado os parâmetros da boa fé, buscando o credor meios céleres para minimizar suas perdas, sem, contudo, agravar a situação jurídica do devedor, não caracteriza julgamento extra petita, mormente porque não foi concedido nada além do pedido inaugural, mas tão somente decotada a pretensão alusiva aos juros de mora incidentes desde o vencimento da obrigação, porquanto patente a inércia do credor. 2. Embora seja aplicável à hipótese a disposição contida no art. 397 do Código Civil, não há o que se justifique a demora do autor/apelante em adotar as providências adequadas e imediatas para o recebimento do alusivo crédito,

violando com isso o princípio da boa fé objetiva. 3. Como corolário da boa-fé objetiva, entende-se, modernamente, que o credor possui o dever de minorar as suas próprias perdas (duty TO mitigate the loss), evitando, assim, que, em razão de sua inércia, a situação do devedor se agrave. Ou seja, o credor não pode deixar de adotar providências para aumentar o ônus do devedor. 3.1 Nesse sentido, aliás, o Conselho de Justiça Federal elaborou o didático Enunciado nº 169 na III Jornada de Direito Civil: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo. 4. Não se afigura razoável admitir que, vencendo a primeira obrigação em 15/06/2013 e a última em 15/06/2014, o autor somente tenha tomado providências adequadas para o recebimento de seu crédito em 19/02/2018, quando ajuizou a presente ação monitoria. 5. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.³¹⁴

Portanto é notório que a aplicação do instituo nas execuções bancárias deve ser permitida, desde que sopesadas as circunstâncias indicadas.

3.8.5. Mitigação Em Casos Em Que Não Há Inadimplemento

Um caso jurisprudencial encontrado no Tribunal de Santa Catarina invoca a teoria. Após compra de um veículo em loja de seminovos, a cliente alega o desconhecimento de que o bem era proveniente de leilão, e, portanto, pretende a indenização pela desvalorização do bem adquirido. A decisão é de improcedência do pedido, com o fundamento de que a compradora do veículo deveria analisar o histórico do bem para evitar o seu próprio prejuízo, não o fazendo configuraria a sua inércia de mitigação.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. Aquisição de veículo seminovo em revenda de automóveis ("garagem"). Alegada constatação de vício oculto decorrente da procedência de leilão e consequente desvalorização do automóvel. Responsabilidade civil atribuída à requerida. Sentença de improcedência. Recurso do autor. Pretendida a reforma da sentença visando a restituição dos valores desembolsados a maior. Insubsistência. Perícia técnica a evidenciar a adequação do veículo ao fim a que se destina. Expert que atestou a ausência de defeitos e a segurança do automóvel. Carência de impugnação do laudo pericial neste tocante. Atendimento ao disposto no artigo 18, caput, do código consumerista pela requerida. Ademais, prova documental a evidenciar a anotação do leilão do veículo em sistema veicular. Possibilidade de consulta ao histórico do automóvel pelo próprio demandante a fim de evitar o próprio prejuízo. Aplicação por analogia da teoria do duty TO mitigate the loss. Conjunto probatório a demonstrar não ter o requerente se desincumbido do referido ônus a contento. Responsabilidade objetiva da requerida afastada. Dever de reparação inexistente. Sentença mantida. Honorários recursais. Majoração da verba honorária, ex vi do artigo 85, § 11, do código de processo civil. Sobrestada, contudo, a exigibilidade da verba por ser o autor beneficiário da justiça gratuita. Recurso conhecido e desprovido.³¹⁵

314 DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0702.16.2.192018-8070003. Relator: PINHEIRO, Gislene. Publicado no DJDFTE em 13/08/2018.

315 SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0301018-32.2016.8.24.0081. Relator: VOLPATO, Denise. Publicado no DJSC em 27/08/2018.

A referida aplicação não está adequada às conclusões deste trabalho, isso porque para aplicação da teoria de mitigação um dos requisitos é a existência de inadimplemento do devedor, o qual não existe no caso em comento, pois a vendedora não estava em mora.

Como se viu, dentre os requisitos para correta aplicação da teoria, o inadimplemento de uma das partes é essencial, pois do contrário, outros institutos poderiam ser explorados como solução do caso. No caso em tela, na ocasião da compra e venda não existiu a inadimplência da vendedora para que a compradora tomasse qualquer medida de mitigar o seu prejuízo.

Analisando a situação exposta, verifica-se que na realidade a ação trata de um pedido de indenização por violação à boa-fé, especificamente a violação do dever de informação da vendedora para com a compradora. Ora, era dever da vendedora informar que o carro a ser adquirido era proveniente de um leilão, situação que seria ponderada pela compradora na decisão de aquisição.

O não cumprimento do dever de informação poderia ser considerado uma violação positiva do contrato, e o fundamento para buscar a indenização pretendida, a qual poderia ser analisada sob outra perspectiva. Fato é que a mitigação de danos não se enquadraria para fundamentar a improcedência da ação na medida em que não se vislumbra uma situação de inadimplência da vendedora para que a compradora pudesse “mitigar os seus danos”.

3.8.6. Confusão Com Outros Institutos

Após a análise deste trabalho, nota-se na jurisprudência a aplicação do ônus da mitigação em determinadas circunstâncias que seriam desnecessária a sua aplicação. Tal análise, demonstra a real necessidade de a teoria ser pesquisada, para melhor aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Longe de realizar qualquer crítica ao julgado, mas somente procurando verificar se a aplicação no judiciário está de acordo com o que foi concluído neste trabalho, segue outro exemplo de aplicação em contradição às conclusões deste trabalho.

O caso diz respeito a um credor que por um período prolongado, optou por receber os pagamentos do devedor após o vencimento e sem a cobrança de multa

contratual. No final da relação contratual o credor ajuizou ação cobrando do devedor as diferenças que entendia serem devidas em razão do pagamento das prestações após o vencimento.

No entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal a conduta do credor foi contrária a boa-fé objetiva, e para proferir a sua decisão, utilizou tanto o argumento da *supressio* como do *duty to mitigate the loss* para afastar o pedido de cobrança.

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. ENCARGOS ACESSÓRIOS CONTRATO PARTICULAR DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PAGAMENTO INTEMPESTIVO. INÉRCIA DO CREDOR POR PRAZO RAZOÁVEL. SUPRESSIO. MITIGAÇÃO DO PREJUÍZO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. MAJORAÇÃO. 1. A *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa. (RESP 1202514/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 30/06/2011) 2. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao credor o dever jurídico de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), à luz do art. 422 do CC e Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil. 3. Diante da sucumbência recursal, os honorários advocatícios devem ser majorados nos termos do art. 85, § 11, do CPC. 4. Recurso conhecido e improvido.³¹⁶

De acordo com as conclusões deste trabalho, no referido caso a mitigação de danos não poderia ser utilizada para justificar a improcedência do pedido de cobrança. O caso mais bem se amolda na hipótese de *supressio*, o que foi levantado pelo Tribunal de Justiça, e deveria ser a única fundamentação. Ora, muito embora a inércia do credor tenha indiretamente majorado os seus prejuízos, a principal questão deste caso é a confiança despertada no devedor, o que não é um requisito para configuração do ônus de mitigação.

Aliás, como dito em tópico próprio, é preciso individualizar cada figura parcelar da boa-fé objetiva, justamente com a finalidade de evitar uma aplicação equivocada, assim como utilizar a aplicação que mais bem se amolda à situação em concreto. Vale dizer, não basta somente incorporar uma expressão estrangeira, é preciso que ela tenha uma aplicação adequada no ordenamento pátrio.

316 DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2016.01.1.093982-3. Relator: CANTARINO, Ana. Publicado no DJDFTE em 14/03/2018.

CONCLUSÃO

Para os ordenamentos jurídicos que foram analisados neste trabalho, a essência da mitigação de danos induz à interpretação de que o credor não pode se manter inerte diante do inadimplemento do devedor, sendo necessário buscar minimizar os seus danos para que estes não aumentem em grande escala. Caso o credor não busque alternativas para reduzir o seu dano, em regra, poderá sofrer as consequências de não evitar a majoração do prejuízo.

Como se viu em linhas passadas, muito embora a teoria esteja sendo aplicada no ordenamento brasileiro, a sua origem é o direito estrangeiro, por esta razão, a questão deve ser analisada com cautela para uma válida importação, sob pena de asoberbar o ordenamento pátrio com institutos aplicados de forma defeituosa ou muitas vezes desnecessária. É de suma importância definir qual o real papel e a necessidade de um conceito estrangeiro ser aplicado em determinado ordenamento jurídico.

Neste ponto subsiste a importância do presente trabalho, cuja finalidade foi verificar a possibilidade e a forma de aplicação do instituto no ordenamento pátrio, mesmo diante da ausência de positivação. A partir deste ponto de partida surgem outros importantes questionamentos e definições a serem analisadas, tais como fundamento para a recepção da mitigação no Direito brasileiro, a natureza jurídica do instituto e a consonância da jurisprudência com os resultados obtidos.

Após estudo doutrinário e jurisprudencial foram satisfatoriamente obtidas as respostas aos questionamentos propostos. A origem da teoria é um ponto importante para o discorrer do presente trabalho, assim como a sua aplicação em outros países.

A mitigação de danos foi aperfeiçoada e desenvolvida no direito da *common law* e é atualmente aplicada neste sistema jurídico como uma forma de apurar os danos após a quebra contratual, ganhando diversas nomenclaturas para a sua aplicação nos Estados Unidos da América e Reino Unido, tais como *doctrine of mitigation*, *mitigation principle*, *duty to mitigate the damages*, *doctrine of avoidable consequences*. É possível já em sua essência e nomenclaturas, reconhecer que o sistema brasileiro é capaz de absorver a mitigação, no entanto, o Brasil não adota a *common law*, sendo necessário uma melhor análise acerca da incorporação.

Ao longo do presente trabalho foi analisada a aplicação da mitigação em outros ordenamentos jurídicos, cujo sistema é a *civil law*. Para cada país foi possível verificar circunstâncias peculiares. Na Alemanha grande parte da doutrina entende que a atenuação de danos está atrelada à culpa concorrente e pode ser extraída da parte final do § 254 do BGB. Na Itália igualmente há previsão na parte final do artigo 1227 do Código Civil e relaciona-se com a culpa concorrente. Em Portugal, há previsão no artigo 570 do Código Civil e relaciona-se à culpa do lesado. Na França, diferentemente dos países acima citados, não existe uma positivação da teoria, e é pouco aplicada naquele ordenamento jurídico. Nos países da América do Sul, tais como Argentina, Chile, Peru e Colômbia também é aplicada. A importação da mitigação de danos nos mais variados países com sistema *civil law* demonstra a evidente possibilidade de adoção do instituto no ordenamento jurídico do Brasil, mas como proceder à referida recepção?

Em primeira conclusão, verifica-se que, mesmo se tratando de um instituto importado de ordenamento jurídico estrangeiro, mais especificamente do direito inglês, o qual não possui as mesmas regras do Brasil, a mitigação pode ser aplicada no ordenamento pátrio, como verdadeira forma de contribuição para a eficácia e efetividade contratual, aperfeiçoando a ordem contratual e contribuindo para a própria economia e ordem social. Todavia, a sua aplicação não deve ser apenas “permitida”. É preciso delimitar a sua forma de aplicação, para que seja correta e não venha a confundir-se com outros institutos, sob pena de banalizar o instituto, assim como gerar insegurança jurídica.

Desta forma realizou-se um estudo acerca da natureza jurídica da mitigação, especialmente com o objetivo de analisar a adequação, ou não, da tradução literal da expressão *duty to mitigate the loss*, corriqueiramente aplicada na jurisprudência oriunda dos Tribunais de Justiça. A resposta obtida com o presente estudo é negativa, pois o termo dever jurídico deve ser utilizado com cautela.

Esta é a segunda conclusão ao presente estudo, no sentido de que é mais adequado compreender a teoria como um ônus jurídico e não um dever jurídico. Ambas as figuras jurídicas coexistem no ordenamento e trazem consigo grandes diferenças especialmente em relação às consequências de sua violação. Portanto é fundamental diferenciar um “dever de mitigação” de um “ônus de mitigação”, uma vez que o descumprimento de um “dever” e de um “ônus” implica em consequências distintas.

O dever jurídico está atrelado ao atendimento de um interesse alheio, ou seja, a pessoa obrigada por um dever jurídico deve cumpri-lo sob pena de ser sancionada ao interesse da pessoa lesionada. Pode-se dizer que o descumprimento de um dever jurídico gera um ato ilícito e eventual sanção. Sob o viés de uma relação jurídica, o dever jurídico permite colocar uma pessoa em posição de sujeito passivo e outra como sujeito ativo. O ônus jurídico, por outro lado, está atrelado ao cumprimento de um interesse próprio e o seu descumprimento não gera um ilícito, mas sim a não obtenção de uma vantagem ao próprio descumpridor. No ônus jurídico, o descumprimento não é considerado um ilícito e muito menos interessa a outras pessoas exigir algum tipo de sanção, trata-se de uma faculdade do próprio “cumpridor” desse ônus.

Neste viés, entende-se adequada a compreensão de que a natureza jurídica da mitigação de danos no Brasil é de um ônus jurídico e não um dever jurídico propriamente dito. O não cumprimento desse ônus pelo credor traz consequências negativas ao descumpridor, especificamente em relação à limitação de sua indenização.

Conclui-se em terceiro momento que a teoria foi recepcionada no ordenamento jurídico pátrio pela cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual condiciona as partes de uma relação jurídica a um agir com comportamento voltado para o coletivo, isso é, não prevalecendo a individualidade. Deste modo, em razão da elevada carga de cooperação e reciprocidade que as partes contratantes devem ter umas com as outras, torna-se claro que a cláusula geral da boa-fé é o fundamento dominante para a recepção da mitigação de danos no ordenamento jurídico pátrio.

Vale destacar que, embora a mitigação de danos seja considerada um ônus jurídico, ainda assim o seu fundamento de recepção pode ser a cláusula geral da boa-fé, e não se confunde com os deveres laterais. Grandes são as diferenças, sendo a principal a inaplicabilidade do ônus de mitigação em qualquer fase contratual, pois somente é permitida a sua aplicação após o inadimplemento do devedor e se houver prejuízo razoavelmente evitável pelo credor, sendo que o eventual descumprimento do ônus somente poderá ser alegado se o credor demandar indevidamente os prejuízos evitáveis, do contrário o devedor não poderá opor o ônus em face do credor. Diferente do que ocorre com os deveres laterais, que são oponíveis a qualquer momento e por iniciativa de quaisquer partes.

Inquestionável a contribuição de Vera Lucia Fradera no Enunciado 169 da II Jornada de Direito Civil, do qual extraem-se os primeiros contornos acerca do fundamento para incorporação da teoria pela boa-fé objetiva. A única ressalva que se faz ao referido enunciado é que não encontra sintonia com as conclusões deste trabalho, na medida em que considera a mitigação do prejuízo um dever, enquanto as presentes conclusões levam a destacar a natureza jurídica de um ônus jurídico recepcionado pela cláusula da boa-fé.

Em última conclusão ao presente trabalho verifica-se que a teoria está sendo aplicada com mais veemência no poder judiciário brasileiro, o que demonstra a preocupação do operador do direito em encontrar respostas eficazes para os conflitos existentes. Porém, em muitos casos apresentados pela jurisprudência a aplicação da mitigação está em desacordo com as considerações e conclusões do presente estudo, especialmente em relação à sua nomenclatura e natureza jurídica.

Considera-se, por fim, que a aplicação da mitigação de danos no ordenamento jurídico deve ser permitida e trata-se de verdadeira contribuição para solução de conflitos no âmbito nacional, todavia, deve ser emanada da cautela quanto à nomenclatura, natureza jurídica, requisitos para aplicação, especialmente para não ser aplicado em confusão com outros institutos, evitando a insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ADAR, Yehuda. **Comparative negligence and mitigation of damages**: Two sister doctrines in search of reunion. *Quinnipiac Law Review*, Hamden. v. 31, p. 783-842. 2013. Disponível em: <http://law.haifa.ac.il/images/Publications/Quinnipiac_PUBLISHED_VERSION_20.12.13.pdf>. Acesso em 04 abr. 2018.
- ALBÁN, Jorge Oviedo. **El deber de evitar y mitigar el daño en la compraventa internacional**. *El Derecho*, Buenos Aires. nº 14.295, ano LV, ed. 275, 2017. Disponível em: <<http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/10/26102017.pdf>> Acesso em 29 ago. 2018.
- ALEMANHA. Código Civil Alemão (BGB), 2002, atualizado até 05 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0764> Acesso em 28 jun. 2018.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ARGENTINA. Código Civil e Comercial da Nação, 2015. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf> Acesso em 29 ago. 2018.
- ANNONI, Danielle. **Introdução ao direito contratual no cenário internacional** [livro eletrônico]. Curitiba: InterSabere. 2012.
- ATYAH, P. S. **An introduction to the law of contract**. 5 ed. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARRONE GONZÁLEZ, Jorge Luis. **El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual**. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. *Revista Verba Iuris*, Bogotá. nº 39, pp. 81-106, 2018. Disponível em <<http://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1319>> Acesso em 28 ago. 2018.
- BRAGA Netto, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1401233/RS. Relator: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Publicado no DJe 26/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial nº 1154040/SP. Relator: BUZZI, Marco. Publicado no DJe 04/12/2018.

BRIDGE, M. **The Overlap of Tort and Contract**. Revue de Droit de McGill, Montreal. v. 27, p. 872-914, 1982. Disponível em: <<http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5446393-bridge.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Reflexões sobre nação, Estado social e soberania**. Estud. av., São Paulo, v. 22, n. 62, Apr. 2008.

CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. **The law of contracts**. 3rd ed. St. Paul: West Publishing, 1987.

CAMELO, Bradson; PIRES, Marina Lemos. **Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro**. Economic Analysis of Law Review, Brasília. v. 2. n. 2, p. 321-340, jul/dez. 2011. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/2%20EALR%20321>>. Acesso em 15 abr. 2018.

CANADÁ. Código Civil de Quebec, 1991. Disponível em: <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-199>> Acesso em 30 jun. 2018.

COLÔMBIA. Código Civil, 1873. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html> Acesso em 29 ago. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013.

_____, António Menezes. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CORDEIRO, António Menezes; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Cláusulas Contratuais Gerais**: Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de outubro. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

COSTA, André Brandão Nery [et.al]. **Responsabilidade civil de profissionais liberais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>>. Acesso em 16 ago. 2017.

DILLAVOU, Essel R. et. al. **Principles of Business Law**. 7.ed. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1964.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 2: teoria geral das obrigações. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0702.16.2.192018-8070003. Relator: PINHEIRO, Gislene. Publicado no DJDFTE em 13/08/2018.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2016.01.1.093982-3. Relator: CANTARINO, Ana. Publicado no DJDFTE em 14/03/2018.

EISENBERG, Melvin A. **Contracts**. 20 ed. Chicago: Harcourt Brace Legal and Professional Publications. 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos dos Contratos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivan, 2012.

FARNSWORTH. E. Allan; YOUNG. William. **Selections for contracts**: Uniform Commercial Code, Restatement Second, UN Sales Convention, Unidroit Principles, Forms. New York: Foundation Press. 2001.

FARNSWORTH. E. Allan. **Damages and Specific Relief**. The American Journal of Comparative Law, Oxford. v. 27, p. 247-253, 1979. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/840031?read-now=1&refreqid=excelsior%3A6b4a6c128a3f9394f6404bee494dec64&seq=7#page_scan_tab_contents> Acesso em 11 abr. 2018.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao Sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Justificativa a proposta de Enunciado: O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo (art. 422). In: **III Jornada de Direito Civil**. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Jurídicos, 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/view>> Acesso em 14 ago. 2018.

FRAZÃO, Ana. **Risco da empresa e caso fortuito externo**. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Fraz%C3%A3o-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

FRIEDMAN, Jane M. **Contract Remedies in a nutshell**. St. Paul: West Publishing. 1988.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, [livro digital].

FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. **Drafting international contracts**: analysis of contract clauses. Nova York: Transnational Publishers, Inc, 2006.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. **The mitigation principle**: Toward a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*, Virginia. v. 69. p. 967-1024. 1983. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/pdf/1072737.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2018.

GOIÁS. Juizado Especial Cível de Goiânia. Sentença nº 5304632.33.2017.8.09.0051. Juiz: FREITAS, Aldo Guilherme Saad Sabino de. Publicado no DJe 06/07/2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

_____, Orlando. **Obrigações**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950/69560>> Acesso em 24 jul. 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Função social do contrato e contrato social**: análise da crise econômica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 97, 127-138, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537>>. Acesso em 20 mai. 2019.

ITÁLIA. Código Civil Italiano, 1942. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=430550> Acesso em 25 jul. 2018.

KATZ, Avery Wiener. **The option element in contracting**. *Virginia Law Review*, Virginia. v. 90, n. 8, p. 2187-2244, 2004. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1515643?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 13 jan. 2018.

KULESZA, Gustavo Santos. **Princípio da mitigação de danos**: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015.

LEÃO, Luís Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais de direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais**: Direito Civil Parte Geral Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

_____, Paulo. **Direito civil**: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de; VISCONTE, Débora. A Mitigação de Danos pelo Credor. In: VENOSA, Silvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (org.). **A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2015.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 25, 2º semestre de 2003.

_____, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOSTAJO, Daniel Ugarte. **La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú**. Revista de la facultad de Derecho PUCP, Lima. n. 80, pp. 119-159, 2018. Disponível em:
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/19954/19973>>
Acesso em 28 ago. 2018.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2018.

NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, volume 1, jul/set 2014. ISSN 2358-6974. Disponível em:
<<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume1/rbdcivil-volume-1.pdf>>.
Acesso em 15 mar. 2018.

_____, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo** (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito Civil**, volume I, tomo I: teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. Transformações latentes das fronteiras entre público e privado: mutação ou retrocesso no direito administrativo brasileiro?. In: **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides.** Organização Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto...[et al.]. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), 1988. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/legislacao>> Acesso em 25 mai. 2018.

O'SULLIVAN, Janet; HILLIARD Jonathan. **The Law of Contract.** 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle.** Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PERU. Código Civil Peruano, 1984. Disponível em: <<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>> Acesso em 28 ago. 2018.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2015.

PORTUGAL. Código Civil de Portugal, 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo** (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça** (Trad. Jussara Simões e Álvaro de Vita). 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 0015635-88.2015.8.19.0002. Relator: OLIVEIRA, Carlos Santos de. Publicado no DORJ 21/06/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 0367433-11.2018.8.21.7000. Relator: FACCHINI NETO, Eugênio. Publicado no DJe 23/01/2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS. Disponível em: <<https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>> Acesso em 20 mai. 2018.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça** (Trad. Edson Bini – rev. Técnica Alysso Leandro Mascaro). 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2007.

ROSSI, Júlio César **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0301018-32.2016.8.24.0081. Relator: VOLPATO, Denise. Publicado no DJSC em 27/08/2018.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Acórdão nº 0025441-73.2005.8.26.0562. Relator: BDINE, Hamid. Publicado no DJESP 07/08/2014.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nº 0019917-78.2012.8.26.0068/50000. Relator: BDINE, Hamide. Publicado no DJESP 09/04/2014.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Det Rey, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: **Direito civil constitucional**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____, Anderson, **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

_____, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 11ª reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

SILVA, Clóvis do Couto e; FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org). **O direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STATE UNIFORM COMMERCIAL CODES. Uniform Commercial Code, 2002. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/ucc/2>> Acesso em 20 mai. 2018.

STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual: Boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier LAtin, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TANIGUCHI, Yasuhei. **The Obligation to Mitigate Damages**. In: Yves Derains and Richard H. Kreindler (ed.). Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration. Paris: ICC Publications, 2006. Disponível em: <http://library.iccwbo.org/content/dr/ARTICLES/ART_0350.htm?I1=Dossiers&I2=Evaluation+of+Damages+in+International+Arbitration&AUTH=767>. Acesso em 04 abr. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 2, abril/junho 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e a sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TRONCOSO, Maria Isabel. **La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño**. Revista de Derecho Privado, Bogotá. v. 21, 2011. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2993>>. Acesso em 11 abr. 2018

UNITED KINGDOM. Sale of Goods Act, 1979, Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>> Acesso em 24 mai. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

VERKERKE, J. H. **Contract Doctrine, Theory & Practice**. v. 3. Virginia: Cali Elangdell Press, 2012.

VON MEHREN, Arthur Taylor. A General View of Contract, Ch. 1, v. 7. In: International Encyclopedia of Comparative Law. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WILSON, Carlos Pizzaro. **Contra el fatalismo del perjuicio**: A propósito del deber de mitigar el daño. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso. v. 41. n. 2, p. 69-82, 2013. Disponível em: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/904/815>>. Acesso em 11 abr. 2018.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 35, pp. 28-36, jul/set 2012.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Limitation of Liability for Damages in European Contract Law**. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, p. 215-248, abr/jun. 2015. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/114>>. Acesso em 28 abr. 2017.

III Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Jurídicos, 2018. Disponível em: <<http://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 24 nov. 2018.