

***DUTY TO MITIGATE THE LOSS À BRASILEIRA: UMA QUESTÃO ALÉM DO  
NEXO DE CAUSALIDADE***

**THE DUTY TO MITIGATE THE LOSS IN BRAZIL: AN ISSUE BEYOND THE  
CAUSALITY NEXUS**

**Denise Pinheiro**

**RESUMO**

O *duty to mitigate the loss*, figura da *common law*, que pode ser sintetizado como o dever de a própria vítima minimizar a sua perda, vem sendo invocado pela doutrina e jurisprudência brasileiras como um elemento novo para solucionar conflitos ligados à obrigação indenizatória. No entanto, defende-se que o processo de internalização está ocorrendo, em geral, de forma equivocada, já que o *duty to mitigate the loss* tem sido aplicado para situações clássicas e evidentes de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, bem como de danos indiretos. Desse modo, afirma-se que só faz sentido falar-se em *duty to mitigate the loss*, no direito brasileiro, quando, estabelecido o nexo de causalidade entre a ação do ofensor e o dano suportado pelo lesado, exigir-se deste o emprego de medidas razoáveis para mitigar o seu próprio prejuízo, contribuindo para a redução dos custos sociais que, inevitavelmente, toda ofensa gera. O presente artigo apontará os fundamentos, os parâmetros e as restrições de um *duty to mitigate the loss* à brasileira.

Palavras-chave: Dever de minimizar a perda. Nexo de causalidade. Culpa da vítima. Excludente de responsabilidade.

**ABSTRACT**

The *duty to mitigate the loss*, which is a *common law* object, can be synthesized as the obligation of the victim to minimize their own loss, and has been invoked in the Brazilian doctrine and jurisprudence as a new element to solve conflicts that are linked with compensatory obligations. However, it has been argued that the internalization process is generally taking place mistakenly, since the duty to mitigate the loss is being applied in

evident and classical situations of exclusive or concurrent fault of the victim as well as indirect damage. Therefore, it has been stated that it only makes sense to speak about the duty to mitigate the loss under the Brazilian law when, having established the causality nexus between the action of the offender and the damage supported by the injured one, the victim is required to apply reasonable measures in order to mitigate their own damage, thereby benefiting the agent, themselves, and contributing to the reduction of social expenses which every offense inevitably generates. This paper treats the fundamentals, the parameters and the restrictions of the duty to mitigate the loss in Brazil.

Keywords: Duty to mitigate the loss. Causality nexus. Victim's fault. Indirect damage.

## **1. Introdução**

Uma obrigação tem como elementos os sujeitos, que são o credor e o devedor, e o objeto, que é o cumprimento de uma prestação, cujo adimplemento é garantido pelo patrimônio de quem ocupa o polo passivo da relação jurídica. A origem desta relação pode estar em um negócio jurídico ou em uma lesão antijurídica provocada independentemente de uma negociação prévia entre as partes.

A partir de tão básicas informações, pode-se concluir pela existência da responsabilidade civil negocial e da responsabilidade civil extranegocial<sup>1</sup>, que, em suma, correspondem à obrigação de reparar os danos causados, respectivamente, pelo descumprimento do negócio jurídico ou pela lesão delitual indevidamente provocada.

Para que o lesado tenha direito ao ressarcimento de seu prejuízo, ele deverá provar o dano; a ação ou omissão do ofensor, que, na hipótese de responsabilidade civil subjetiva, dependerá da caracterização da sua ilicitude; e o nexo causal entre ambos.

De fato, são essas questões elementares. Todavia, em seu aprofundamento, uma grande complexidade é revelada, o que, por óbvio, é do conhecimento dos estudiosos de responsabilidade civil. Inúmeras são as discussões relativas ao dano - patrimonial e

---

<sup>1</sup> Adotar-se-ão as expressões responsabilidade civil negocial e responsabilidade civil extranegocial, e não contratual e extracontratual, a partir do pensamento de Pontes de Miranda que atesta a insuficiência do termo contratual, em razão da não abrangência dos negócios jurídicos unilaterais. (1966, p. 76)

extrapatrimonial - , à culpa, ao risco, sendo as dificuldades ampliadas, ainda mais, ao se tratar do liame de causalidade.

As dificuldades evidentes e as muitas questões ainda não adequadamente assimiladas e resolvidas pela doutrina e jurisprudência não podem ser empecilho para a inserção de novas figuras que tenham por objetivo a concretização de uma reparação adequada dos danos suportados. Pelo contrário, cabe ao operador jurídico buscar novas soluções, manter um olhar atento para o novo e mesmo para o que vem sendo desenvolvido em outros países. No entanto, a prudência e a cautela devem estar presentes. É preciso inserir o novo sem atropelar o contexto já existente. Deve-se fazer uma aproximação, verificando-se os pontos de sobreposição com institutos já vigorantes, concluindo-se, em um estudo de Direito Comparado, o que pode ser internalizado e afastando aquilo que colidir com o sistema brasileiro. Não é possível, portanto, adotar o novo como uma solução mágica para os problemas que se mostraram árdus.

É nesse contexto que o presente artigo preocupa-se em investigar, a “novidade” do *duty to mitigate the loss*, figura anglo-saxã, que, literalmente, pode ser traduzido como o “dever de mitigar a perda”, e analisar se a vítima tem a obrigação, o dever<sup>2</sup> de minimizar, de evitar a extensão do dano que lhe foi provocado.

Em outras palavras, em uma obrigação reparatória, o comportamento da vítima deve influenciar a indenização a ser paga pelo agente? Se positiva a resposta, em quais condições isto deve se dar?

O estudo do *duty to mitigate the loss* vem sendo, recentemente, invocado pela doutrina e jurisprudência brasileiras. O dever do lesado, em uma hipótese de responsabilidade civil negocial ou extranegocial, de minimizar o seu próprio dano parece começar a encantar autores e magistrados e, infelizmente, entende-se que o uso inadequado vem se destacando, principalmente, por se valerem dele em situações desnecessárias e mesmo impróprias.

É preciso atenção para não se chamar de *duty to mitigate the loss* a já conhecida excludente de causalidade ligada à atuação da vítima ou mesmo a conclusão genérica de inexistência de obrigação de reparar o prejuízo por se tratar de dano indireto.

Objetiva-se, portanto, analisar criticamente o recurso ao *duty to mitigate the loss* pela doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como examinar os fundamentos por elas utilizados.

---

<sup>2</sup> Obrigação e dever serão utilizados como expressões sinônimas.

Do mesmo modo, intenta-se contribuir para esta discussão, distinguindo-se, por um lado, as situações em que o uso de tal dever encobriu indevidamente, em virtude de uma sedução ao estrangeirismo, as soluções que tipicamente seriam encontradas a partir dos elementos tradicionais da responsabilidade civil (em especial, a questão da causalidade) e, de outro, as hipóteses em que é legítima a discussão, avançando-se, efetivamente, na obrigação de reparar danos, seja em um contexto negocial ou extranegocial.

## 2. Conceito

O *duty to mitigate the loss* tem sua origem no direito anglo saxão e a sua adoção vem sendo examinada também em países alinhados ao sistema romano-germânico.

O *Rapport d'Information* n. 558, registrado na Presidência do Senado francês em 15/07/2009, elaborado por uma comissão encarregada de um estudo acerca da reforma da responsabilidade civil no direito francês, conduzida pelos senadores Alain Anziani et Laurent Bêteille, apresenta o seguinte conceito para o *duty to mitigate the loss*:

Instituição da *common law*, a obrigação de diminuir o dano está presente tanto no direito inglês quanto no direito americano, em nível dos Estados federados e do Estado Federal. Ele deve ser considerado como a obrigação de o juiz levar em consideração no cálculo das perdas e danos, especialmente no âmbito contratual, os esforços “razoáveis” empregados pelo credor para limitar o seu prejuízo.<sup>3</sup> (2009, p. 69)

Interessante ainda destacar do já citado *rapport* (relatório):

Esta obrigação se traduz, segundo as hipóteses, seja por uma obrigação de agir ou de se abster. Em todo caso, quando a vítima emprega recursos próprios com o objetivo de diminuir seu prejuízo, ela tem o direito de recuperar as despesas efetuadas, mesmo que a medida empregada não tenha permitido uma diminuição efetiva do dano, desde que, razoavelmente, fosse apta para tanto<sup>4</sup>. (2009, p. 69)

---

<sup>3</sup> Em uma tradução livre. E, na versão original: Institution de la common law, l'obligation de diminuer le dommage est présente tant en droit anglais qu'en droit américain, au niveau des États fédérés et de l'État fédéral. Elle s'analyse comme le fait, pour le juge, de tenir compte dans le calcul des dommages et intérêts, le plus souvent dans un cadre contractuel, des efforts “raisonnables” fournis par le créancier pour limiter la valeur de son préjudice.

<sup>4</sup> Cette obligation se traduit, selon les hypothèses, soit par une obligation d'action, soit par une obligation d'abstention. En tout état de cause, lorsque la victime a exposé des dépenses particulières afin de diminuer son préjudice, elle a droit au recouvrement des frais ainsi exposés, même si la mesure prise n'a pas permis une diminution effective, dès lors que, raisonnablement, elle aurait pu le permettre.

Para os fins objetivados no presente estudo, conceitua-se<sup>5</sup> *duty to mitigate the loss* como a possibilidade de se exigir da vítima um comportamento voltado para a minimização da ofensa que lhe foi provocada de forma antijurídica, mediante o emprego de medidas razoáveis. Para a elaboração desse conceito, partiu-se da consideração de que o nexo de causalidade entre a conduta do agente e a lesão suportada pela vítima restou consolidado<sup>6</sup> e, ainda assim, poder-se-á exigir do ofendido uma atuação visando à redução do próprio prejuízo, beneficiando, com isso, o ofensor, que, então, pagará uma indenização menor justamente em virtude de um comportamento da vítima que, igualmente, será beneficiada pela redução do seu dano, devendo os seus esforços serem recompensados, por meio do ressarcimento do montante empregado para a minimização do prejuízo, havendo ainda que se considerar a vantagem da redução do custo social que, inevitavelmente, todo o dano representa.

### 3. Internalização do *duty to mitigate the loss*

No Brasil, é preciso destacar, inicialmente, a doutrina de Véra Maria Jacob Fradera que, na III Jornada do Conselho de Justiça Federal (2005), no estudo do artigo 422 do Código Civil<sup>7</sup>, sugeriu o seguinte enunciado: “*O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo*”.

Na justificativa ao enunciado, que foi aprovado sob o número 169, a autora<sup>8</sup> iniciou indicando a necessidade de um estudo mais aprofundado acerca do tema, principalmente por não ter a lei brasileira tratado expressamente do comportamento do credor quanto a este aspecto, não obstante a existência de normas eficazes que tratam desta questão, com destaque

---

<sup>5</sup> O desenvolvimento do pensamento que conduziu à elaboração deste conceito será tratado mais adequadamente ao longo do artigo.

<sup>6</sup> Poder-se-ia criticar que se trata de um *duty to mitigate the loss* à brasileira, como aliás se defenderá a seguir, mas sustenta-se, desde já, que é só neste contexto que faz sentido tratar o tema como uma inovação para o sistema jurídico brasileiro. Ao menos na interpretação das leituras empreendidas, não se observou claramente a caracterização do *duty to mitigate the loss* como uma questão além do nexo de causalidade. Deduz-se que este foi também o pensamento do autor de *La mitigation à la française* com o objetivo de estabelecer a distinção da abordagem do tema no direito francês e anglo saxão. Disponível em: <<http://www.legavox.fr/blog/droit-compare/mitigation-francaise-7752.htm>>. Acesso em: 27 julho 2012.

<sup>7</sup> Código Civil, Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>8</sup> No ano anterior a autora já havia publicado o artigo “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.

para o art. 77<sup>9</sup> da Convenção de Viena de 1980 que trata sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Fradera (2005, p. 174) apresenta um julgado da Corte Federal Alemã, que aplicou o art. 77 da Convenção de Viena de 1980, no qual uma empresa produtora de sementes de uva adquiriu uma cera específica com o objetivo de proteger as cepas de infecções e, apesar de ter a empresa identificado que o produto estava causando danos, continuou a utilizá-lo, sendo esta conduta censurada pelos magistrados, diante da inadequação às regras de comportamento contratual. Outro exemplo apresentado pela autora é do direito francês, que, conforme ela alerta, não se valeu propriamente da obrigação do credor de minimizar o seu próprio prejuízo, mas do impedimento de se adotar conduta contraditória (*venire contra factum proprium*), tendo sido o credor impedido de invocar a cláusula resolutória, não obstante o inadimplemento (não pagamento de alugueis) do locatário por 11 anos (caso *Bailleux c. Jarety*). Aponta, ainda, que no direito francês recorre-se, muitas vezes, à figura do abuso de direito para solucionar questões similares à apresentada.

Consoante o pensamento de Fradera (2005, p. 175-178), há uma aproximação entre o art. 77 da Convenção de Viena de 1980 e o art. 422 do Código Civil brasileiro, devendo o *duty to mitigate the loss* ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, podendo, ainda, a recepção fundamentar-se no *venire contra factum proprium* e no abuso de direito. E, conclui a autora, que o credor que agir para minimizar os danos, deve obter o ressarcimento das despesas efetuadas com este intento, porém, quando não intervir na mitigação do prejuízo, deverá responder por perdas e danos, o que deve ser tratado como culpa delitual, já que não haveria obrigação contratualmente estipulada.

Alguns anos após iniciada esta discussão, no Brasil, mesmo não tendo sido ainda o tema objeto de estudo de muitos, já é possível identificar alguns delineamentos que ultrapassaram a questão da relação negocial, avançando para a responsabilidade civil

---

<sup>9</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG (1980) – Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Convenção de Viena de 1980) - Art. 77 A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída. Na redação original: *Article 77A* 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. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>>. Acesso em: 10 agosto 2012.

extranegocial. Do mesmo modo, é perceptível o aumento da invocação do *duty to mitigate the loss* pelos tribunais brasileiros<sup>10</sup>.

Cabe, portanto, a análise de como vem se dando esse processo. É inevitável o questionamento de quais os fundamentos utilizados para o uso do *duty to mitigate the loss* e se, de fato, são aplicáveis às situações em análise e, ainda, se são compatíveis com a ordem jurídica brasileira.

#### **4. *Duty to mitigate the loss* e a questão da causalidade**

Inicialmente, saliente-se que, mesmo se sabendo que o estudo de uma possível obrigação de minimizar o dano esteja conectado diretamente com a responsabilidade civil negocial, a análise que será apresentada estende-se também para a extranegocial, sendo nesta, inclusive, que se acredita encontrar-se as maiores dificuldades. O tratamento conjunto deve-se à identidade nos elementos de uma obrigação reparatória, independentemente de estar sua origem em um negócio jurídico ou resultante da violação genérica de não causar danos a outrem (*neminem laedere*).

Já em um primeiro contato com o tema, visualizou-se que a maneira como a questão, normalmente, é apresentada remonta, constantemente, à análise de pontos imperativos para o estudo da causalidade. É comum, como ponto de partida para a discussão sobre a obrigação de a vítima minimizar a extensão do dano, fazer-se referência (NOVAIS DIAS, 2011, p. 84-87) ao clássico exemplo formulado por Pothier, por ocasião do estudo do nexos causal, em que a venda de um animal doente, que contaminou o restante do rebanho do comprador, acarretou

---

<sup>10</sup> Para se fazer esta afirmação, é fundamental esclarecer a metodologia de pesquisa utilizada. Inicialmente, deve-se firmar que a busca restringiu-se aos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). E limitou-se à pesquisa a acórdãos em que a expressão “*duty to mitigate the loss*” tenha sido utilizada, na ementa ou no inteiro teor da decisão colegiada. Sabe-se que a ideia de uma análise do comportamento do ofendido e uma suposta obrigação de a vítima reduzir o prejuízo a ela imposto pode estar presente em outras decisões sem o uso da referida expressão inglesa, até porque, como se apontará, há muita confusão entre os casos envolvendo culpa da própria vítima, nexos de causalidade, dano indireto e uma possível inovação pelo *duty to mitigate the loss*, no entanto, esta opção foi feita para que se analisassem acórdãos em que a figura foi, de fato, conscientemente invocada pelos julgadores. Dito isto, os resultados encontrados, em 22/08/2012, foram os seguintes: STJ [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) (1 documento encontrado); TJSC [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br) (há referências ao *duty to mitigate the loss* em 4 acórdãos, porém não é o fundamento imediato da decisão, tendo sido integrado ao acórdão através de citações doutrinárias e de decisões judiciais de outros tribunais); TJRS [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br) (43 acórdãos e em 6 deles com referência ao *duty to mitigate the loss* já na ementa); TJSP [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br) (66 acórdãos e em 20 deles com indicação expressa ao tema ora estudado também já ementa). Algumas destas decisões serão analisadas ao longo do texto.

inúmeros prejuízos, impondo-se a análise de quais teriam conexão com a ação do vendedor e, portanto, quais seriam indenizáveis.

Pothier formula a hipótese de um negociante ter-lhe vendido uma vaca que sabia estar infectada de uma doença contagiosa, tendo acarretado a morte não apenas do animal comprado, mas também de todo o seu rebanho que igualmente acabou contaminado. Para ele, não há dúvidas que o dano representado pelo perecimento dos animais deve ser indenizado pelo negociante, eis que diretamente relacionado com o seu dolo. Entretanto, ele questiona se os demais prejuízos, talvez mais remotos e indiretos, poderiam ser atribuídos ao devedor. Pothier exemplifica a impossibilidade de cultivo de suas terras e, em razão disso, o impedimento de pagamento dos seus credores e a tomada de suas terras por preço vil, concluindo pela obrigação indenizatória na primeira situação e pela impossibilidade na segunda, por não ser decorrência necessária do dolo do agente, pois podem esses prejuízos terem sido provocados por outras causas (1835, p. 100-101).<sup>11</sup>

Noronha (2003, p. 593), apresentando o exemplo de Pothier, incrementa-o dispendo: “Outro autor francês, que recontou a história, acrescentou: o comprador, caindo em desespero, suicidou-se, deixando na miséria viúva e filhos”.

Como se pode facilmente constatar, Pothier solucionou a questão sob o ângulo da causalidade e não por intermédio de um questionamento do possível comportamento da vítima para evitar a propagação do dano, não exigindo desta a adoção de medidas<sup>12</sup>. O liame

---

<sup>11</sup> Pela importância desta doutrina para a responsabilidade civil, cabe prestigiá-la, apresentando-a em sua versão no idioma de origem: “Par exemple, si un marchand m’a vendu une vache qu’il savait être infectée d’une maladie contagieuse, et qu’il dissimule ce vice; cette dissimulation et u dol de as part, qui le rend responsable du dommage que j’ai souffert, non-seulement dans la vache même qu’il m’a vendue, et qui a fait l’objet de son obligation primitive; mais pareillement de ce que j’ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a comunique la contagion; car c’est le dol de ce marchand qui m’a causé tout ce dommage. A l’égard des autres dommages que j’ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, em sera-t-il tenu? Par exemple, si, em retenant la même supposition, la contagion, qui a été communiquée à mes boeufs par la vache qui m’a été vendue, m’a empêché de cultiver mes terres, le dommage, que je souffre de ce que mes terres sont demeurées incultes, paraît aussi une suite plus éloignée que ne l’est l’aperte que j’ai soufferte de mès bestiaux, et le dommage que j’ai souffert du défaut de culture de mes terres, m’ayant empêché de payer mes dettes, mes créanciers ont fait saisir réellement et décréter mès biens à vil prix, le marchand sera-t-il aussi tenu de ce dommage? La règle qui me paraît devoir être suivie en c ecas, (et adoptée par nos lois) est, qu’on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu, pour raison de son dol, ceux qui non-seulement n’en sont qu’une suite éloignée, mais qui n’en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d’autres causes. Par exemple, dans l’espèce ci-dessus proposée, ce marchand ne sera pas tenu des dommages n’est qu’une suite très-éloignée et très-indirecte de son dol, et il n’y a pas une relation nécessaire; car quoique l’aperte de mes bestiaux, que son dol m’a causée, ait influé dans le dérangement de ma fortune, cé dérangement peut avoi eu d’autres causes.” (POTHIER, 1835, p. 100-101)

<sup>12</sup> Daniel Pires Novais Dias, porém, faz a seguinte análise: “Valendo-se, mais uma vez, do exemplo de Pothier da compra da vaca pestilenta, em que o vendedor vende uma vaca sabendo que ela estava doente a um comprador

causal foi o determinante para se concluir pela responsabilização do vendedor do animal doente, não alcançando a indenização a perda dos bens, eis que sem relação necessária e direta com o dolo do negociante.

Não se quer impor o entendimento de que seria equivocado valer-se do exemplo de Pothier para fundamentar a obrigação de a vítima minimizar os seus danos<sup>13</sup>, apenas acredite-se que estando no âmbito de caracterização do nexo de causalidade, esta construção é desnecessária, ao menos, para o sistema jurídico brasileiro e, crê-se, para os sistemas civilistas em geral, para afastar da obrigação indenizatória os danos que não foram causados pelo ofensor, seja por culpa da vítima ou por se tratar de um dano indireto ou remoto.

Novais Dias traz elementos interessantes para a discussão. O autor afirma que no sistema jurídico da common law “o *duty to mitigate the loss* não corresponde a um dever” (2011, p. 79), mas sim a um dos limites criados pela jurisprudência para o balizamento da devida indenização, ao lado, por exemplo, da consideração de que “o ofensor não deve indenizar danos que não poderia prever à época da contratação ou delito (*remoteness*), ou os danos decorrentes da intervenção de causa estranha que rompa o nexo de causalidade (*interventi cause*)” (2011, p. 79).

Como coloca o autor acima citado, no sistema da *common law*, o *duty to mitigate the loss* atua como um filtro. Seria, então, ele necessário para o direito brasileiro em que já se

---

que acaba tendo todo o seu rebanho contaminado e seguidamente morto. Neste ponto, diante da iminência do agravamento dos próprios danos por conta da falta de cultivo da terra, o comprador lesado poderia adotar medidas tendentes a evitar o agravamento do próprio prejuízo, como a compra de outros animais para poder preparar a terra para o cultivo, ou mesmo o arrendamento das terras para que terceiros a explorassem. Já o vendedor inadimplente, sofrendo com remorso pelo prejuízo que causou ao comprador, por mais que procurasse ajudá-lo no desempenho destas atividades mitigatórias, como por exemplo, oferecendo outros animais (desta vez saudáveis) para o lesado ou ajudando-o na busca por interessados em arrendar as terras, ele não teria como forçá-lo a adotar estas medidas e a assim minimizar o seu próprio prejuízo. Nesta perspectiva é que é possível falar que cabe a parte lesada a adoção de medidas para evitar o próprio prejuízo decorrente de lesão imputável a terceiro, porque ela é a única apta, ou ao menos a que em melhor posição se encontra, para fazê-lo. O reconhecimento de uma prescrição jurídica neste sentido, como já visto, tem a finalidade de dar coerência à imputação à vítima dos danos supervenientes à sua própria inércia. Assim, como o comprador inadimplido tinha o encargo de comprar outros animais ou arrendar a terra a terceiros, é possível afirmar que os prejuízos resultantes da ausência de plantio não devem ser indenizados porque foram causados, isto é, decorreram da culpa da própria vítima.” (2011, p. 108).

<sup>13</sup> No entanto, importante registrar que Novais Dias (2011, p. 108) interpreta o exemplo de Pothier de maneira diversa da aqui apresentada, pois para ele o autor francês concluiu que o comprador teria direito apenas à indenização relativa aos animais (vendido e o rebanho contaminado), enquanto da leitura por nós efetuada a indenização estende-se também para os prejuízos decorrentes do não cultivo da terra, não alcançando, porém, a venda da propriedade por preço vil, ou seja, sendo a causalidade eficiente para resolver a questão.

exige a apreciação do nexos de causalidade e, com isto, o exame de culpa ou fato<sup>14</sup> da vítima e as hipóteses de danos remotos e indiretos?

A obra clássica de Antunes Varela já realça a obrigatoriedade de se levar tal fator em consideração:

Outro princípio a ter em conta, na fixação da indenização, é o da dedução dos danos ou da parte dos danos imputáveis ao próprio lesado. Se no acidente concorreram a culpa do lesante e a culpa do lesado, ou se a vítima teve o seu internamento hospitalar prolongado, em virtude das imprudências que cometeu, tal circunstância não pode deixar de ser devidamente ponderada na fixação da indenização. (1977, p. 257)

É sabido que tais questões representam pontos de muita complexidade para a responsabilidade civil. Concluir pela imputação da obrigação indenizatória ao ofensor e definir a conseqüente extensão do dano, que é a medida da indenização, são tarefas árduas. Entretanto, sem aprofundar-se no estudo das teorias da causalidade<sup>15</sup>, cumpre destacar do Código Civil os seguintes dispositivos:

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

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.  
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

---

<sup>14</sup> Opta-se por considerar o fato, já que é possível o comportamento da vítima afetar o liame de causalidade sem que a ela possa atribuir qualquer conduta culposa. José de Aguiar Dias: “admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pela qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso. É fácil de ver a vantagem que resulta de tal concepção, mais ampla que a da simples culpa, mediante um simples exemplo. Não responde, decerto, uma empresa de transportes urbano, pela morte do indivíduo que se atira voluntariamente sob as rodas do ônibus. Ai, é possível menção à culpa da vítima. Suponhamos, entretanto, que esse indivíduo é louco. Não se pode cogitar de culpa de louco. Mas, por isso, responderá a empresa, quando o fato foi de todo estranho à sua atividade? Claro que não.” (2006, p. 944). E, Noronha, corretamente, trata o fato da vítima como espécie de caso fortuito ou força maior já que igualmente excludentes de causalidade, produzindo idênticos efeitos: “o caso fortuito ou de força maior é expressão sinônima de fato excludente da causalidade. Neste sentido, ele abrange três categorias diversas de excludentes: *o fato de terceiro, o fato do lesado e o caso fortuito ou de força maior em sentido estrito.*” (grifo no original) (NORONHA, 2003, p. 620)

<sup>15</sup> Normalmente, são apontadas a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), teoria da causalidade necessária e teoria da causalidade adequada.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Os artigos tratam, portanto, na divisão do Código Civil, da reparação dos danos, no âmbito do inadimplemento das obrigações negociais (402 e 403) e da responsabilidade civil extranegocial (art. 944 e 945) que, como não poderia deixar de ser, identificam-se.

No art. 402, há a referência aos danos emergentes (o que foi efetivamente perdido) e aos lucros cessantes (o que razoavelmente se deixou de lucrar). O art. 403 esclarece que a ilicitude do ofensor (quando for hipótese de responsabilidade civil subjetiva) é necessária para a configuração de sua responsabilidade, mas não é critério para a quantificação das perdas e danos que, na redação do dispositivo, só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. Na mesma linha, o art. 944 estabelece que a indenização corresponde exatamente à extensão do dano<sup>16</sup>. Assim, frisa-se que caracterizada a responsabilidade civil (subjetiva ou objetiva) a culpa não terá papel para a definição do valor da indenização.

O art. 945 introduziu de forma expressa a concorrência da vítima para a produção do evento danoso. O dispositivo faz referência à concorrência culposa da vítima para o dano e determina que se levará em conta a gravidade das culpas envolvidas.

Primeiramente, consoante já se apontou acima com a adoção do pensamento de José de Aguiar Dias, cabe falar em fato da vítima e não apenas em culpa da vítima. E seguindo este raciocínio, muito mais do que se estabelecer um confronto entre a gravidade da culpa do ofendido e do autor do dano, a equação deve ser estruturada de acordo com a participação causal de cada um para o evento.

Noronha auxilia na compreensão:

Os autores que defendem a divisão de acordo com a gravidade da culpa de cada um argumentam que a responsabilidade civil, além da função reparatória do dano, tem também uma função sancionatória (ou punitiva) e ainda uma função de prevenção (ou dissuasão) de novos danos. (...) Pelo menos de *lege ferenda*, a melhor solução é a da repartição conforme a causalidade. A solução da divisão de acordo com a gravidade da culpa de cada um pode atribuir a uma pessoa a responsabilidade por danos bem maiores do que aqueles que ela realmente causou. (2003, p. 645)

E o autor defende haver uma confusão na lei entre fatos excludentes de causalidade e excludentes da culpa (2003, p. 646), entendimento com o qual se compartilha.

---

<sup>16</sup> Como dizem os franceses, *tout le dommage, mais rien que le dommage* – todo o dano, mas nada que não o dano.

Do mesmo modo, contribui José de Aguiar Dias (2006, p. 945) ao examinar a possibilidade de a culpa de determinado agente excluir, ou não, a culpa de outro, dispondo que deve ser analisada a ação, devendo-se considerar que se a atuação de um deles, ainda que culposa, era inócua para o resultado, não poderá ele arcar com prejuízo algum.<sup>17</sup>

Ademais, a questão do liame causal exige do julgador um exame atento e mesmo uma sensibilidade para concluir pela sua configuração ou não. É o que se pode sintetizar com Noronha<sup>18</sup>:

o nexa de causalidade deve ficar provado, mesmo que muitas vezes tal prova seja inferida pelo juiz, a partir de presunções simples, isto é, das ‘regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece’, como se diz no art. 355 do Código de Processo Civil. (...) Quando existirem indícios suficientes para que o juiz possa admitir como provada a causalidade, ligada ao fato ou à atividade do indigitado responsável, este, para se eximir, terá de demonstrar que, apesar da adequação geral entre o fato que lhe é imputado e o dano, este, no caso concreto, aconteceu devido à ocorrência de um outro fato, a ele estranho e inevitável, por isso configurando uma causa nova, independente do fato ou da atividade que lhe são atribuíveis. (2003, p. 619)

Ou como afirma Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 82) que “*o que em verdade importa, depois desta incursão pelas doutrinas expostas, é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexa causal, ainda que presumido, entre uma e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir.*”

Desse modo, frise-se que o comportamento da vítima na contribuição do dano por ela suportado já é tido em conta quando da investigação da causalidade, para excluir ou atenuar a responsabilidade do indigitado ofensor. Não será mediante a introdução do *duty to mitigate*

---

<sup>17</sup> Muito interessante a nota de José de Aguiar Dias ao complementar o seu entendimento apresentado no parágrafo: “É a teoria norte-americana da causa próxima, *the last clear chance*. Por ela, a parte que teve por último a oportunidade de evitar o dano, não obstante a negligência ou imprudência da outra, é a responsável pelo evento. Assim, nega-se, nos Estados Unidos, a indenização reclamada pela vítima que falta ao dever de observar (*duty to look and list*). Essa doutrina pode ser aperfeiçoada mediante sua transposição do tempo para o espaço. Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade, o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em melhores condições de evitar o dano, de quem foi o ato que decisivamente influiu para o dano. Isso, aliado à indagação da idoneidade da culpa na produção do dano, dão critério seguro para a solução exata ao tormentoso problema da concorrência de culpa ou concorrência de atos produtores do dano. No acórdão do Supremo Tribunal de 05.08.42 mostrou o eminente Ministro Orozimbo Nonato que esse é o bom critério, assentando: ‘Se, apesar da imperfeição dos freios de um bonde, o desastre só se dá por culpa da vítima, não haverá, nessa hipótese, que invocar aquela circunstância desrelacionada com o fato, exclusivamente provocado pela vítima; assim, por exemplo quando esta se põe contra um bonde em disparada’ (Diário da Justiça de 21.01.43, p. 356).” (2006, p. 945)

<sup>18</sup> O autor (2003, p. 609) defende, ainda, que o problema da extensão dos danos a reparar não pode ser resolvido apenas em termos de causalidade, por acreditar que elas têm uma limitação, defendendo, então, a existência de um outro requisito da responsabilidade civil, que é o dano reparável ser um bem protegido pelo ordenamento jurídico.

*the loss*, que se concluirá não ter a vítima direito à indenização por ter sido ela a causadora do seu próprio dano, ter concorrido para ele ou para a sua propagação.

O comportamento da vítima é determinante, portanto, para a análise da causalidade, podendo excluir totalmente a obrigação indenizatória ou delimitar a extensão do dano ressarcível.

Nesse sentido, aliás, a posição de Patrice Jourdain, ouvido na elaboração do *rapport* já assinalado, que atentou para o fato de que a culpa da vítima já é levada em consideração na caracterização da responsabilidade e que o *duty to mitigate the loss* trata antes de qualquer coisa da determinação do nexos de causalidade.

Assim, concentrada a questão na causalidade, defende-se a impropriedade de se falar em imperiosa necessidade de adoção do *duty to mitigate the loss* para alcançarmos, por fim, a justa reparação dos danos. Como já salientado, crê-se que a doutrina não tem feito a distinção, entre a questão relativa ao nexos de causalidade e o *duty to mitigate the loss*, aqui proposta.

É o que se observa, por exemplo, na hipótese formulada por Pablo Stolze Gagliano:

Imagine que FREDIE BACANA conduz o seu carro no estacionamento da Faculdade. Em uma manobra brusca e negligente, colide com o carro de SALOMÉ VIENA. Esta última, vítima do dano e titular do direito à indenização, exige que FREDIE chame um guincho. Muito bem. Enquanto FREDIE se dirigia à secretaria da Faculdade para fazer a ligação, SALOMÉ – credora do direito à indenização – verificou que uma pequenina chama surgiu no motor do carro. Poderia, perfeitamente, de posse do seu extintor, apagá-la, minimizando a extensão do dano. Mas assim não agiu. Em afronta ao princípio da boa-fé e ao dever de mitigar, pensou: “quero mais é que o carro exploda, para que eu receba um novo”. Neste caso, se ficar demonstrado que o credor poderia ter atuado para minimizar o dano evitável (“avoid his avoidable damages”), não fará jus a um carro novo. Apenas receberá, por aplicação do *duty to mitigate*, o valor correspondente à colisão inicial.

Diverge-se frontalmente do exemplo dado como hipótese de aplicação do *duty to mitigate the loss* para o direito brasileiro e da sua apresentação como um novo elemento para a solução de questões ligadas à responsabilidade civil. Entende-se que é hipótese cristalina de culpa exclusiva da vítima, remetendo-se, portanto, ao apresentado acima.

Igualmente, conclui-se que os exemplos dados por Fredie Didier Jr (2009, p. 45-48), que, em defesa da boa-fé processual, identifica o dever do credor mitigar o próprio prejuízo, valendo-se essencialmente, para tanto, da hipótese de *astreinte* (multa coercitiva) prevista no art. 461, § 1º do CPC, são típicas situações de fato da vítima, ou seja, de causalidade, e quiçá até de litigância de má-fé. O autor apresenta duas situações em que o valor da multa mostrou-

se excessivo em razão do comportamento omissivo do credor autor da demanda. Em uma delas, a autora, beneficiada pela astreinte, concedida em juízo liminar para que o seu nome fosse retirado do serviço de proteção ao crédito, retirou os autos em carga e o devolveu apenas 51 meses após, pleiteando o pagamento da multa que no momento representava R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais). Na outra, o autor, que obteve medida liminar para a retomada do serviço de energia, sob pena de pagamento de multa diária, não notificou o juízo acerca do descumprimento da medida liminar, bem como não requereu a execução provisória da sentença.

Do mesmo modo, ainda nessa linha, pode se apontar o mesmo equívoco em alguns acórdãos.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, há um conjunto de decisões<sup>19</sup>, que trata de situações em que apesar da comunicação verbal do cliente, solicitando o encerramento de conta bancária, e da não movimentação desta, o banco permaneceu lançando tarifas, encargos e tributos por mais de dois anos, acarretando, inclusive na inscrição indevida do consumidor em órgãos de restrição ao crédito. O Tribunal reconheceu o direito do autor à indenização dos danos morais, além de declarar inexistentes os débitos, com base na violação ao princípio da boa-fé objetiva e do dever anexo de cooperação no adimplemento do contrato (falando o Tribunal expressamente em *duty to mitigate the loss*). Ademais, a corte fundamentou na cláusula contratual de encerramento da conta após 180 dias sem movimentação. Aqui, por se tratar de direito do consumidor, vários dispositivos poderiam ter sido invocados para proteger o cliente e atestar a ilicitude do banco, agravada pela inscrição do consumidor nos órgãos de restrição ao crédito. O banco simplesmente não é vítima, pelo contrário, é o causador real dos danos, ou seja, incabível falar-se em *duty to mitigate the loss*.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicou-se a teoria *do duty to mitigate the loss*<sup>20</sup>, para situações que, em razão de extravio de cartão, consumidores sofreram a realização de saques indevidos em suas contas-correntes, sendo o pedido de indenização

---

<sup>19</sup> TJSP. Apelação 0017135-02.2011.8.26.0564, Relator Des. Ricardo Negrão, data do julgamento: 06/08/2012; Apelação 9212771-58.2009.8.26.0000, Relator Des. Ricardo Negrão, data do julgamento: 08/11/2011; Apelação 9190362-88.2009.8.26.0000, Relator Des. Ricardo Negrão, data do julgamento: 08/11/2011; Apelação 9199639-02.2007.8.26.0000, Relator Des. Ricardo Negrão, data do julgamento: 19/10/2010; Apelação 9199617-41.2007.8.26.0000, Relator Des. Ricardo Negrão, data do julgamento: 28/09/2010). Todas da 19ª Câmara de Direito Privado.

<sup>20</sup> TJRS. Apelação Cível 70046086575, Relator Des. Liege Puricelli Pires; Apelação Cível 70046086575, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Liege Puricelli Pires, data do julgamento: 26/04/2012. E nesta mesma linha de entendimento, porém com aviso ocorrendo após uma semana do extravio (Apelação Cível Nº 70032014458, Relator Des. Liege Puricelli Pires, data do julgamento: 30/09/2009). Todas da 17ª Câmara Cível.

negado por caracterização de sua culpa exclusiva, em uma hipótese, por não ter o autor comunicado o extravio ao banco e nem explicado como terceiro teve acesso à senha, e em outra, não responsabilizando o banco pelos saques efetuados enquanto não se deu o aviso<sup>21</sup>; Sem adentrar no acerto da aplicação da legislação consumerista, pois se acredita não ter considerado a responsabilidade civil objetiva do banco e os riscos assumidos pela atividade, na linha adotada pelo TJRS entende-se tratarem-se, do mesmo modo, de hipóteses de culpa da vítima, ou seja, situações a serem resolvidas pela causalidade e não pelo *duty to mitigate the loss*.

Assim, sustenta-se a tese de que devem ser reservadas para o *duty to mitigate the loss* somente as situações não sanadas pelo exame da causalidade.

E é o que se faz a seguir.

### **5. Além da causalidade: possíveis fundamentos doutrinários para a aplicação do *duty to mitigate the loss* no Brasil**

Feitas essas considerações e sem descartar a possibilidade do *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro, a questão apresenta-se como um novo tema, considerando-se a sistemática brasileira, quando a vítima for obrigada a intervir para mitigar o dano, ainda que diante da causalidade estabelecida, ou seja, em situações em que o ofensor seja, de fato, o causador do dano por ela suportado e com possibilidades de propagação.

Para melhor esclarecer, interessante valer-se do tradicional exemplo do taxista que em virtude de abalroamento em seu veículo é compelido a ficar alguns dias sem trabalhar. A indenização, nesta situação, corresponderá aos prejuízos provocados no automóvel (dano emergente), bem como, a título de lucros cessantes terá direito ao pagamento das diárias a partir da comprovação do auferido em média. Há o dano e está estabelecido o liame de causalidade e, portanto, está configurada a obrigação indenizatória do ofensor que agiu ilicitamente. Nesta situação, será que é possível inquirir se o taxista poderia ter agido para minimizar o dano, fazendo com que, por exemplo, os lucros cessantes fossem reduzidos a um número menor de diárias, considerando que poderia ter trabalhado para um colega, ter obtido o empréstimo ou mesmo ter alugado outro veículo?

---

<sup>21</sup> TJRS. Apelação Cível n. 70029284296, Décima Oitava Câmara Cível, Relator Des. Pedro Celso Dal Pra, dá do julgamento 25/06/2009.

Ou, ainda, será que é possível exigir da vítima um determinado tratamento médico ou mesmo uma intervenção cirúrgica que segundo o ofensor, amparado por laudos técnicos, estariam aptos a reduzir a extensão da lesão e, conseqüentemente, o valor da indenização? A vítima pode optar, por exemplo, por submeter-se a sessões de fisioterapia ao longo da vida ao invés de fazer uma cirurgia que, consoante argumento do agente, limitaria o tempo do tratamento e teria um custo menor?

Por certo, são muitos os questionamentos e desafios daí decorrentes.

O primeiro deles é justamente saber da possibilidade de se exigir da vítima, afetada pela conduta de seu ofensor, um comportamento de minimização do dano.

Mas há muitos outros. Qual o fundamento para se exigir esta conduta? Se a vítima adotasse comportamento de minimização de dano, estaria dando origem a uma obrigação natural? Ainda, ao se exigir da vítima, ela não estaria sendo responsabilizada por um dano que não cometeu? Seria um caso de responsabilidade objetiva, caso se considerasse que não há ilicitude em sua omissão diante da presença da causalidade? O princípio da reparação integral não restaria afetado? Do mesmo modo, como se lida com a reparação *in natura*? Como a vítima seria compensada por este agir? Quais os riscos que a vítima assumiria ao intervir no dano? De quem seria o ônus de provar que o ofendido agiu corretamente ante o dano que lhe foi imputado?

Em busca de respostas, volta-se para o já apresentado pela doutrina.

Véra Maria Jacob Fradera, propulsora da discussão e defesa do *duty to mitigate the loss* no Brasil, reconhece ser de difícil definição a sua natureza jurídica e dispõe:

a natureza do dever do credor de mitigar o seu prejuízo varia de acordo com o sistema jurídico focado: no *BGB* é considerada uma *Obliegenheit*, isto é, uma obrigação cuja exigência de cumprimento reveste-se de menor intensidade; no Direito francês, a justificativa estaria na boa-fé ou no abuso de direito; na *Common Law*, é uma decorrência do próprio sistema, isto é, aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem consideração à culpa ou à negligência. Dessa forma, não é de estranhar que a Convenção de Viena, em seu já citado art. 77, estabeleça deva a outra parte *tomar medidas* para diminuir o prejuízo decorrente da violação. (2005, p. 174)

Carlos André Cassani Siqueira e Paula Soares Campeão (2011, p. 12907-12908) optam por não distinguir os fundamentos, reunindo-os:

(...) a postura do credor, contrária aos deveres anexos aludidos, fere a máxima valorativa construída pela boa-fé objetiva. Nesse sentido, os institutos do *venire contra factum proprium*, abuso de direito, *supressio* e *surrectio*, apresentam-se como contribuições fundamentadoras dos efeitos sancionatórios decorrentes do descumprimento do *dever de mitigar a própria perda pelo credor*. As sanções em

pauta se constituem na perda dos efeitos deletérios da dívida, de forma parcial ou total, conforme o potencial de mitigação da perda não realizado pela parte inadimplida, a partir do critério da razoabilidade da postura do ofendido.

Já Novais Dias (2011, p. 113-115) sustenta que se tem partido de uma premissa equivocada, para se acreditar que se estaria diante da recepção de um instituto estrangeiro, pois, na opinião dele, o uso que se vem fazendo no Brasil, em nome de uma lacuna, é incorreto. Além de não considerar o elemento causalidade como fundamento adequado para o *duty to mitigate the loss*<sup>22</sup>, ele afasta igualmente a figura do dever acessório fundado na boa-fé, seja porque a vítima ao buscar reduzir ou evitar os danos objetiva proteger o seu patrimônio e não necessariamente abrandar a situação do ofensor ou porque a resposta ao descumprimento pelo afetado pelo dano é apenas o não pagamento da indenização pelos danos que poderiam ser evitados. Dispõe que não pode ser considerado uma modalidade autônoma de abuso de direito, já que corresponderia ao *venire contra factum proprium* (figura típica de abuso de direito), e que, de qualquer modo, seria inviável, pois não pode o ofensor acreditar que a vítima não mais pleitearia o ressarcimento dos danos por não ter buscado reduzi-los. Por fim, defende que o *duty to mitigate the loss* é um encargo, o que permite concluir que não há um dever de a parte lesada evitar o próprio prejuízo, mas se assim não proceder, perderá o direito de ressarcimento dos prejuízos, cuja possibilidade de serem evitados estava ao seu alcance, já mitigando a perda terá direito ao reembolso dos gastos despendidos de forma razoável.

Christian Sahb Batista Lopes, em sua tese “A mitigação dos prejuízos no direito contratual”, faz um importante estudo sobre o *duty to mitigate the loss* (ou doutrina dos danos evitáveis, consoante ele coloca como sinônimo) e defende que o direito brasileiro impõe ao credor a mitigação do dano causado pelo inadimplemento do devedor, que tem a natureza de ônus jurídico e não de dever, a partir da cláusula geral de boa-fé prevista nos arts. 422 e 187 do Código Civil, reduzindo-se com isso os custos econômicos e sociais dos descumprimentos contratuais. Ele sustenta, em suas conclusões finais, que o credor não deve ser ressarcido dos prejuízos que poderiam ser evitados com o emprego de esforço razoável de sua parte; que da

---

<sup>22</sup> No presente artigo, como já trabalhado, defende-se igualmente que avaliação do nexos de causalidade e *duty to mitigate the loss* não se confundem. Entende-se, porém, que, diversamente do aqui apresentado, o autor não faz uma separação efetiva entre as situações em que a questão é resolvida pela análise da causalidade, até porque para interrompê-la ele faz exigência de culpa da vítima e não de um fato do lesado (que já se demonstrou romper igualmente o liame causal) e no estudo de comportamentos concorrentes para o dano. O autor promove uma interpretação literal do art. 945 do Código Civil, sem atentar para os demais dispositivos relativos ao nexos causal, o que se entende ser inadequado, com fundamento em razões já anteriormente apresentadas.

indenização deve ser reduzido o montante que a vítima auferiu em razão do inadimplemento<sup>23</sup>; que cabe o reembolso das despesas efetuadas com o intuito de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento; e que o ônus da prova de que o credor poderia ter mitigado o dano e qual a diminuição que teria tido o dano diante de tal providência é do devedor (2011, p. 247-249).

Ainda, em busca de fundamentos é interessante, mesmo que em breve exposição, pesquisar alguns elementos acerca do *duty to mitigate the loss* no direito francês (*obligation pour la victime de diminuer son dommage ou d'en éviter l'aggravation*) que, atualmente, vivencia um debate muito interessante.<sup>24</sup>

## 6. *Duty to mitigate the loss* e a reforma da responsabilidade civil em França

Ao se pesquisar o tema em França, é preciso citar, pelo menos, duas decisões de 2003 da Cour de Cassation. A primeira delas<sup>25</sup> trata de uma ação indenizatória proposta em razão dos prejuízos decorrentes de lesões corporais sofridas por uma senhora, proprietária de uma padaria, e por sua filha, em um acidente de trânsito, em setembro de 1984, e consequente

---

<sup>23</sup> Acredita-se que aqui diferentemente do *duty to mitigate the loss* está-se diante da *compensatio lucri cum damno* (VARELA, 1977, p. 256-261) e (SANSEVERINO, 2011, p. 63-67).

<sup>24</sup> É interessante apresentar-se esta análise até porque, para se defender a importância e a viabilidade da adoção do tema, no direito brasileiro, há quem o fundamente no direito francês, visualizando uma ampla aplicação por este, entendimento do qual, aliás, discorda-se. É O que afirmam, por exemplo, Carlos André Cassani Siqueira e Paula Soares Campeão (2011, p. 12891): “Na França, há larga aplicação do dever de mitigar a perda pelo credor, embora não lhe seja atribuído denominação específica. O instituto é tido como decorrência da boa-fé, de modo que suas conseqüências sancionadoras são fundamentadas no abuso de direito e na proibição de *venire contra factum proprium*.” De certa maneira, como já salientado, é o que também dispõe Vera (2005, p. 174): “A doutrina francesa atual reconhece ser a falta de identificação dessa obrigação [*duty to mitigate the loss*] a causa da diversidade de regimes. Béatrice Jaluzot, em seu importante estudo sobre a boa-fé, reconhece nas situações ora analisadas a existência de uma culpa, muito próxima da culpa delitual, dando lugar a uma ação por perdas e danos por parte do devedor, conduzindo à compensação entre as somas devidas contratualmente e aquelas surgidas da responsabilidade. Segundo a autora, tal solução seria *mais clara do que passar pela boa-fé ou pelo abuso de direito*. Isso revela a dificuldade dos juristas franceses com a utilização do princípio da boa-fé objetiva, justamente devido a sua vagueza e imprecisão conceitual. Embora se tratando de um país bastante reticente na recepção do conceito da boa-fé objetiva, a jurisprudência francesa vem adotando o dever de mitigar o próprio prejuízo com fulcro no princípio da boa-fé. O interessante é que a jurisprudência francesa utiliza outro conceito, também derivado da boa-fé, o da proibição de *venire contra factum proprium*, como justificativa para sancionar o comportamento do credor faltoso em relação à *l'obligation de mitigation*. A título de exemplo, vale referir o caso *Baillieux c. Jarety*, em que um locador permaneceu 11 anos sem cobrar os aluguéis e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer seu direito, com fundamento na proibição de *venire contra factum proprium*.” Como já dito, no entanto, não é o que se acredita possa se apreender do debate francês atual ao tratar especificamente do *duty to mitigate the loss*.

<sup>25</sup> Para leitura da decisão: Arrêt n. 931 de 19 juin de 2003, Cour de Cassation, Deuxième Chambre Civile. Disponível em: <[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/arret\\_n\\_705.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/arret_n_705.html)> Acesso em 01/08/2012.

incapacidade laborativa que redundou na inativação do seu estabelecimento até março de 1990. A Cour de Cassation anulou a decisão anterior, por julgar que esta violou o artigo 1382 do Código Civil, ao negar o direito da senhora à indenização pelo seu fundo de comércio e de sua filha pela perda da chance de recebê-lo em prósperas condições, sob o argumento de que a vítima poderia ter atribuído a um terceiro a exploração do espaço, evitando que o equipamento se tornasse obsoleto e que a clientela fosse perdida. Para a corte francesa cabe ao ofensor reparar todas as consequências do dano, não se podendo exigir da vítima a limitação do seu prejuízo em função do interesse do responsável. Na segunda decisão<sup>26</sup>, com o mesmo fundamento, o tribunal francês também anulou a decisão anterior, concluindo que a vítima não pode ser obrigada a se submeter a tratamento médicos, recomendados pelo neurologista para se tratar com fonoaudiólogo e psicólogo, com a finalidade de reduzir a indenização devida pelo ofensor em virtude de acidente de trânsito que lhe acarretou uma incapacidade permanente parcial.

Consoante MATET (2007, p. 8) este posicionamento foi reafirmado em 2006 quando a vítima de uma contaminação pelo vírus da hepatite C recusou-se a fazer um tratamento que segundo os médicos melhoraria as suas condições de saúde, não influenciando tal negativa na diminuição do montante indenizatório.

Esta linha da Corte de Cassação fez com que no relatório de estudos de alteração do Código Civil Francês<sup>27</sup> (2009, p. 67) se afirmasse que “*Le droit français de la responsabilité ne reconnaît pas d’obligation générale pour la victime de diminuer son dommage ou, à tout le moins, d’éviter son aggravation.*”<sup>28</sup>

Entretanto, do exame desse mesmo *rapport d’information*, verificam-se críticas a Cour de Cassation, por não admitir qualquer exceção<sup>29</sup>. Os fundamentos das críticas

---

<sup>26</sup> Para leitura da decisão: Arrêt n° 930 du 19 juin 2003, Cour de cassation - Deuxième chambre civile. Disponível em: [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/arret\\_n\\_705.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/arret_n_705.html). Acesso em 01/08/2012.

<sup>27</sup> Como explicado anteriormente trata-se de um relatório (*Rapport d’Information* n. 558), registrado na Presidência do Senado francês em 15/07/2009, elaborado por uma comissão encarregada de um estudo acerca da reforma da responsabilidade civil no direito francês, conduzida pelos senadores Alain Anziani et Laurent Béteille.

<sup>28</sup> Em tradução livre: “O direito francês da responsabilidade não reconhece a obrigação genérica da vítima de diminuir seu próprio dano ou, pelo menos, de evitar o seu agravamento.”

<sup>29</sup> O próprio *rapport* reconhece que, no direito francês, há alguns dispositivos isolados em que se poder afirmar haver relação com o tema. Em especial os artigos 172-23 do Code des Assurances: “L’assuré doit contribuer au sauvetage des objets assurés et prendre toutes mesures conservatoires de ses droits contre les tiers responsables. Il est responsable envers l’assureur du dommage causé par l’inexécution de cette obligation résultant de sa faute ou de sa négligence.” No Código Civil brasileiro, são equivalentes os artigos 769, *caput* e 771: Art. 769. O

relacionam-se com a desconsideração da equidade e das razões de interesse social e a importância de se reforçar o princípio da boa-fé, especialmente na seara contratual. Atesta-se que a vítima ao reduzir o seu próprio prejuízo contribui com a diminuição do impacto do custo social da reponsabilidade. Ainda, apoia-se na existência da obrigação de mitigação do dano em outros sistemas jurídicos, com destaque para o direito inglês e americano, e também escocês e irlandês, não sendo impeditivo a sua adoção em países de sistemas civilistas, como se dá no Código Civil de Québec (2009, p. 69). E indica que Geneviève Viney (2009, p.70), em um grupo de trabalho presidido por Pierre Catala, elaborou a redação do art. 1373 do anteprojeto de reforma do direito das obrigações francês, estabelecendo que o juiz poderá levar em conta, no arbitramento da indenização, a possibilidade que teve a vítima de minimizar o seu dano através de meios seguros, razoáveis e proporcionais, não cabendo, entretanto, a aplicação quando tais medidas envolverem redução da sua integridade física, evitando-se com isso, como sublinha Viney que a vítima seja responsabilizada.

Ademais, deve-se registrar que o grupo de trabalho deste relatório ouviu diversos estudiosos da França, chegando à conclusão que a obrigação de diminuir o dano recebeu uma acolhida relativamente favorável. E cita que Pascale Fombeur e Alain Bénabent posicionaram-se favoravelmente à inovação; enquanto Gaëlle Patetta opôs-se totalmente por entender que as vítimas passariam a ter de enfrentar sistematicamente a alegação de que poderiam ter reduzido o prejuízo (2009, p. 70).

Pode-se dizer que o grupo de trabalho concluiu pela instituição de uma obrigação de diminuição do dano tanto em matéria contratual, por se trata de um elemento de moralização, quando extracontratual por representar uma redução do custo social da indenização. No entanto, alertam para a problemática de aplicação no caso de danos corporais, tendo em vista o risco dos tratamentos que não se pode atribuir à vítima, a fim de evitar a sua penalização (2009, p. 72).

Diante destas considerações, o Rapport recomenda a inclusão no direito civil francês: “Recommandation n. 20 – Instituer l’obligation pour la victime d’un prejudice non corporel de diminuer ou de ne pas aggraver son dommage, cette obligation n’etant qu’une obligation

---

segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé. Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as conseqüências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüente ao sinistro.

de moyens, appréciée in concreto eu égard aux circonstances et à la personnalité de la victime.”<sup>30</sup> (2009, p. 72)

De qualquer maneira, é possível afirmar que, em França, o tema está longe de ser pacífico e que há, inclusive, uma proposta de modificação do Código Civil neste sentido. E isto mesmo considerando que no país já se encontra em vigor a Convenção de Viena de 1980, sendo, portanto, obrigada a sua aplicação quando de compras e vendas internacionais.

## 7. Contribuições à discussão

Apresentados os principais delineamentos do tema, intenta-se apresentar algumas contribuições para a discussão.

Inicialmente, cumpre reafirmar que só faz sentido falar-se em *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro se se estiver efetivamente diante de uma hipótese na qual se examina o comportamento da vítima que mitiga o seu próprio prejuízo, não obstante a responsabilidade indenizatória do ofensor decorrente da causalidade entre a ação deste e o dano suportado pelo lesado. E isto, independentemente tratar-se de responsabilidade negocial ou extranegocial.

E defende-se ser esta uma contribuição importante, diante do que vem apresentando a doutrina e a jurisprudência, que defendem a adoção da figura *duty to mitigate the loss* no Brasil a partir de situações clássicas e evidentes de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, ou mesmo fato da vítima, igualmente apto a romper o liame causalidade, além de invocá-la para sustentar não serem indenizáveis os danos indiretos. Como apresentado, apesar da complexidade do tema, Pothier já havia alertado para o problema e são muitos os dispositivos do Código Civil brasileiro que dão respostas satisfatórias ao problema.

Desse modo, pode-se concluir que se abrem algumas alternativas: 1) admite-se que o *duty to mitigate the loss*, como sabido de origem anglo-saxã, equivale à verificação da causalidade e dano e, com isso, é inócua a sua adoção para o direito brasileiro; 2) conclui-se que a matéria no direito anglo-saxão, assim como o faz a Convenção de Viena de 1988 em seu art. 77, exige da vítima uma intervenção mesmo que presente a causalidade, aproveitando-se diretamente as aplicações por eles efetuadas e transportando-as para o Brasil; 3)

---

<sup>30</sup> Em uma tradução livre – “Recomendação n. 20 – instituir uma obrigação para vítima de um prejuízo não corporal de diminuir ou não agravar seu dano, esta obrigação é de meio, devendo ser apreciada *in concreto* de acordo com as circunstâncias e à personalidade da vítima.”

considerando a sistemática diversa em que estão inseridos o direito anglo-saxão e a Convenção de Viena de 1980, reconhece-se um *duty to mitigate the loss* à brasileira<sup>31</sup>, mediante fundamentos específicos, para que, mesmo na hipótese de configuração do liame de causalidade e, portanto, de evidência que o dano foi causado por conduta do ofensor à vítima, conclua-se que esta pode intervir e promover a redução do prejuízo, seja em razão de uma conduta pautada na boa-fé, no não exercício abusivo de um direito e mesmo na redução dos impactos sociais e econômicos que, inevitavelmente, toda lesão gera.

No presente trabalho, opta-se pela terceira opção<sup>32</sup>.

E a construção dela é desafiadora, pois na busca de se responder aos muitos questionamentos anteriormente traçados, diversos são os obstáculos a serem ultrapassados.

O fato é que se está diante de um dano que foi causado por um agente, que, muitas vezes, demora em sanar sua inadimplência, permitindo o agravamento do prejuízo e provocando a necessidade de avaliação de intervenção da vítima. Por que transferir para a vítima o encargo de minimizar os prejuízos econômicos e sociais que não foram por ela causados? Há, sem dúvida, um dever dos contratantes de colaborarem mutuamente e agirem eticamente em uma relação negocial. No entanto, poder-se-á alegar que em uma situação de inadimplência os fatores se modificam, fazendo com que na hipótese de descumprimento do contrato por uma das partes, e sem que se possa dizer que a outra estaria ferindo a boa-fé objetiva e a eticidade, outros princípios passam a ser invocados, como por exemplo, a exceção do contrato não cumprido. E quando da responsabilidade extranegocial com mais razão a vítima não estaria obrigada a qualquer intervenção em seu dano tendo em vista total ausência de ligação prévia com o seu ofensor. Ademais, o ofendido tem direito à reparação integral, em

---

<sup>31</sup> E aqui, sem qualquer conotação negativa (como, por exemplo, infelizmente ocorreu ao se cunhar a expressão “adoção à brasileira”), pelo contrário, flexibilizando-se o tema e adequando-o ao cenário nacional.

<sup>32</sup> Até porque impossível ignorar as diferenças de aplicação de uma figura no sistema da *common law* e no romano-germânico, sendo em nosso caso, impossível ignorar a análise da causalidade diante do direito positivado. Interessante as observações de Lopes: A doutrina dos danos evitáveis é bastante consolidada na *common law*, sendo inquestionável sua aplicação no direito contratual inglês e norte-americano. Suas origens não são muito claras, tendo sido gradualmente desenvolvidas pelos Tribunais. Inicialmente, reconheceu-se o direito do credor, prejudicado pelo inadimplemento, de substituir o devedor por um terceiro a fim de receber prestação equivalente àquela devida, mantendo o direito de indenizar-se junto ao devedor inadimplente. A partir daí, devedores levaram aos tribunais o pedido de que se descontasse da indenização os danos que o credor, por meio de sua diligência, tivesse conseguido evitar. Os Tribunais firmaram, então, o aspecto positivo da mitigação, ou seja, o dano efetivamente reduzido pelo credor passou a não ser incluído na indenização devida pelo devedor. A faculdade gradativamente tornou-se uma limitação, com a consequência de não ter sido incluído na indenização o dano que poderia ter sido evitado se o credor tivesse agido diligentemente nesse sentido. Moldou-se assim o aspecto negativo da mitigação. A dedução dos prejuízos mitigáveis, que ficava à discricionariedade de cada Júri, foi erigida à norma, passando o Juiz a dar instruções específicas com relação apenas à apreciação dos fatos envolvidos na aplicação da limitação de evitabilidade.” (2011, p. 21-22)

especial, via execução específica, mesmo que o retorno ao *status quo ante* seja, de fato, uma ficção, com o ressarcimento do seu dano. Mas é nisso que se encontra o desafio e a necessidade de uma aplicação comprometida com a técnica e a racionalidade.

E ainda que o Código Civil ofereça dispositivo relativo ao abuso de direito<sup>33</sup> que, visto sob uma concepção objetiva, ou seja, independente da caracterização de culpa, mostra-se adequado para limitar o direito de a vítima pleitear a indenização, acredita-se ser importante, inclusive por uma questão de segurança jurídica, que, como nos moldes franceses, isto se dê mediante alteração legislativa.

É, portanto, prudente a normatização, indicando como deve a vítima agir para atenuar e mitigar os danos que lhe foram causados. No que tange ao agravar o dano, recorda-se que se o comportamento da vítima for decisivo para a ampliação do prejuízo, ou seja, for considerado causa, haverá a interrupção do nexo de causalidade e, para o presente trabalho, não mais se tratará, portanto, de *duty to mitigate the loss*.

A exemplo do relatório francês, deve-se investigar se a vítima valeu-se dos recursos razoáveis, cuja apreciação deve ocorrer de acordo com as circunstâncias e a situação concreta. Para a proposta francesa, deve-se levar em conta a personalidade da vítima, entendimento do qual se discorda, pela subjetividade provocada ao se afastar do padrão médio de comportamento e, destarte, de uma apreciação *in abstracto*. Volta-se, entretanto, a concordar com o *rapport* quanto ao ônus da prova. A prova de que a vítima comportou-se abusivamente é do ofensor. Quando o ofendido tiver empregado recursos próprios com o objetivo de diminuir seu prejuízo, terá o direito de recuperar as despesas efetuadas, mesmo que a medida empregada não tenha permitido uma diminuição efetiva do dano, desde que, razoavelmente, fosse apta para tanto. E, na hipótese, de a vítima não intervir, quando se concluir que o poderia ter feito, a sua indenização deverá sofrer uma limitação.

Ainda, em consonância com o estudo francês, sustenta-se que, na hipótese de danos corporais, não é possível exigir que a vítima se submeta a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. No Brasil, o fundamento está no art. 15 do Código Civil<sup>34</sup>, podendo-se ponderar que inexistente tratamento sem riscos, ou no direito fundamental de objeção ou escusa de

---

<sup>33</sup> Código Civil. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>34</sup> Código Civil. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

consciência, art. 5º, VIII da CRFB<sup>35</sup>. Desse modo, nesta hipótese não se pode falar na adoção de um critério abstrato, de avaliação a partir do padrão do homem médio, impondo-se o estudo da individualidade, já que não se poderá exigir, para reduzir o montante indenizatório do ofensor, por exemplo, que uma testemunha de jeová seja obrigada a uma transfusão de sangue ou que um vegetariano seja obrigado a se alimentar de carne<sup>36</sup>.

Por fim, refuta-se a aplicação do *duty to mitigate the loss* para os casos em que o fundamento é exclusivamente o exercício tardio de direito<sup>37</sup>. Esta situação está disciplinada suficientemente pelos prazos prescricionais e se trata, acima de tudo, de uma questão de segurança jurídica. Não cabe questionar, dentro do prazo prescricional, o tempo que a vítima levou para ajuizar a ação, sendo isto determinante para a fixação da indenização. O ofendido pode ter lidado com dificuldades de acesso à justiça, de contratação e pagamento de um advogado, pode ter ficado na expectativa de uma conciliação ou simplesmente ter administrado o tempo legal que possui para o exercício da pretensão. A certeza de um prazo prescricional não pode ser afastada por um juízo subjetivo de boa-fé. Ademais, não se pode esquecer que a causa de ampliação da dívida é, primeiramente, a inadimplência do devedor. O argumento de *duty to mitigate the loss* nesta situação, poder-se-ia argumentar, ser útil na defesa de consumidores na hipótese de superendividamento, alegando-se que a demora no ajuizamento da ação eleva a dívida a patamares exorbitantes. Mas, neste ponto, o problema não estaria nas abusivas taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras brasileiras?

E apesar da não concordância com o acima exposto, deve-se salientar que esta é a hipótese de maior aplicação do *duty to mitigate the loss*, no Brasil, mostrando o impacto da referência feita, por Fradera (2005, p. 174), do caso francês caso Bailleux c. Jarety, aqui já indicado.

---

<sup>35</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, VIII. Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

<sup>36</sup> Pela complexidade e especificidade desta questão, o estudo do *duty to mitigate the loss* na hipótese de dano corporal será desenvolvido em outro estudo, valendo-se dos princípios da bioética e do biodireito.

<sup>37</sup> Flavio Tartucce (2005), reconhecendo tratar-se de tema controvertido, une-se aos defensores do *duty to mitigate the loss* exemplificando a aplicação com um contrato de locação de imóvel, em que o locador, diante da inadimplência do devedor deverá prontamente ajuizar ação de despejo evitando que a dívida alcance valores excessivos, bem como, fundado no mesmo argumento se vale dos contratos bancários que por terem taxas de juros altas não pode permanecer inerte. Tartucce reconhece a importância do estudo de Fradera, entretanto, diverge quanto à imputação de culpa próxima à delitual e o consequente pagamento de perdas e danos, defendendo que o fundamento estaria na responsabilidade objetiva, em virtude da quebra de dever anexo ou caracterização do abuso de direito.

É a hipótese, por exemplo, do acórdão do STJ, REsp 758518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina),<sup>38</sup> que, nas palavras do relator “Cinge-se a controvérsia em saber se o promitente-vendedor pode ser penalizado pelo retardamento no ajuizamento de ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, sob o fundamento de que a demora da retomada do bem se deu por culpa do credor, em razão da não observância, por parte deste, do princípio da boa-fé objetiva”. O Tribunal de Justiça do Paraná assentou “que, não obstante o direito do promitente-vendedor à indenização pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não-fruição (período compreendido entre a data do início inadimplemento das prestações contratuais até o cumprimento da medida de reintegração de posse), a extensão da indenização deve ser mitigada (na razão de um ano de ressarcimento), em face da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o ajuizamento tardio da demanda competente.” Sem espaço para maiores detalhamentos fáticos, para o STJ ficou evidenciado o descaso com o prejuízo sofrido e o inadimplemento do dever de mitigar o próprio prejuízo, segundo a Corte, oriundo do princípio da boa-fé objetiva, eis que o promitente-comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em setembro de 2001, tendo o credor só realizado a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002, quando ajuizou a ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização.

O Ministro Relator, ainda, dispôs:

---

<sup>38</sup> “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido. julgamento em 17/06/2010

Desse modo, verifica-se que a recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

E a conclusão do voto atesta que não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, pois a não agilidade no exercício do direito, feriria o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais e a conduta da credora violou o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracterizou o seu inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária.

Sustenta-se que a decisão incorreu em dois equívocos: o primeiro em falar de *duty to mitigate the loss* por exercício tardio de direito, ainda que dentro de prazo prescricional, consoante já se defendeu a impropriedade no item anterior; o segundo em relação ao ônus da prova que foi exigido do credor, valendo-se de fundamento do Tribunal de Justiça do Paraná que asseverou “Ela também não justificou a demora na propositura da ação de resolução e nem por que não tomou antes a iniciativa de averiguar a situação da unidade (se o apartamento ainda estava ocupado ou não), embora o inadimplemento datasse do ano de 1994 e a última notificação do recorrido de 1998.”

Do mesmo modo, no TJSP encontram-se acórdãos que, fundamentando-se no *duty to mitigate the loss*, tratam da demora no exercício do direito, como, por exemplo, o acórdão que envolve a propositura de uma ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e cobrança de multa proposta pela Petrobrás Distribuidora S/A, em razão do descumprimento de cláusula de galonagem, por não terem os proprietários do posto de gasolina adquirido a quantidade mínima de combustível. O Tribunal decidiu pela impossibilidade da cobrança de multa (cláusula penal) invocando expressamente o *duty to mitigate the loss*, por ter a credora se mantido inerte durante um ano, ante o descumprimento por parte dos devedores, observando a dificuldade e o prejuízo destes, sem evitar ou mesmo mitigar a perda, além de ter reputado a multa excessivamente onerosa.<sup>39</sup>

E, assim como referido acima, defende-se a impossibilidade do *duty to mitigate the loss* com base exclusivamente no exercício tardio de direito.

---

<sup>39</sup> TJSP. Apelação 9038894-92.2000.8.26.0000; Relator Des. Candido Alem; Data do julgamento: 02/06/2009.

Além disso, verificou-se um grupo de julgados<sup>40</sup>, também do TJSP, em que se concluiu pela não violação à boa-fé objetiva, aos deveres de probidade, de cooperação e lealdade e ao dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), por ter a autora justificado a demora para o ajuizamento a demanda, com o objetivo de resolver o contrato de promessa de compra e venda e reaver o imóvel ocupado, pela natureza social do empreendimento, que envolvia famílias de baixa renda, dando-se mais tempo para as famílias sanarem a dívida e preservar a sua moradia. Dessa maneira, ao lado de ser descabida tal análise, o tribunal, no caso, afastou-a por ter a vítima provado adequadamente a razão do exercício tardio do direito, ou seja, exigindo do credor um dever processual que não é seu.

Acredita-se, não obstante as dificuldades e impropriedades observadas, que o amadurecimento do tema é possível e, respeitando-se a técnica da responsabilidade civil, a adaptação do *duty to mitigate the loss* ao contexto jurídico brasileiro é positiva.

## 8. Conclusões

O *duty to mitigate the loss*, figura anglo-saxã, não obstante oriundo da *common law*, tem sido invocado para solucionar conflitos pela doutrina e jurisprudência brasileiras, sem as adaptações e os filtros e necessários, muitas vezes, confundindo-o com a excludente do nexo de causalidade ligada ao comportamento da vítima e os conceitos de dano indireto e remoto.

Defende-se que só faz sentido falar-se, no direito brasileiro, em *duty to mitigate the loss*, independentemente tratar-se de responsabilidade negocial ou extranegocial, quando, estabelecido o nexo de causalidade entre a ação do ofensor e o dano suportado pelo lesado, exigir-se deste o emprego de medidas razoáveis para mitigar o seu próprio prejuízo.

Sustenta-se, assim, um *duty to mitigate the loss* à brasileira, mediante fundamentos específicos, para que, mesmo na hipótese de configuração do liame de causalidade e, portanto, da evidência que o dano foi causado por conduta do ofensor à vítima, conclua-se que esta pode intervir e promover a redução do prejuízo, em razão de uma conduta pautada na boa-fé,

---

<sup>40</sup> TJSP. Apelação 0000329-50.2011.8.26.0576, Relator Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, data do julgamento: 03/07/2012; Apelação 0001605-36.2011.8.26.0344, Relator Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, data do julgamento: 15/05/2012; Apelação 0001409-81.2011.8.26.0242, Relator Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, data do julgamento: 06/03/2012; Apelação 0002361-69.2011.8.26.0627, Relator Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, data do julgamento: 06/03/2012; Apelação 0125468-81.2008.8.26.0005, Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, data do julgamento: 28/02/2012)

no não exercício abusivo de um direito e mesmo na redução dos impactos sociais e econômicos que, inevitavelmente, todo lesão gera.

E mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro tenha dispositivo expresso acerca do abuso de direito, nos moldes da proposta francesa de alteração legislativa da responsabilidade civil, a tarefa de se exigir um comportamento específico da vítima, com a indicação dos parâmetros, deve ficar sob os cuidados do legislador.

E, para esta empreitada, sugere-se atribuir a razoabilidade como elemento para investigar se a vítima valeu-se de medidas adequadas para limitar a propagação da extensão do dano; garantir o ressarcimento dos recursos empregados pelo ofendido, ainda que não tenham produzido os efeitos esperados, desde que, por certo, entendidos como razoáveis; levar em conta, nesta análise, o critério abstrato, ou seja, a exigência de um padrão médio de comportamento; impor ao ofensor o ônus da prova de que a vítima comportou-se abusivamente (seguindo, aliás, a regra processual); limitar a indenização da vítima que não interviu, apesar de se concluir que era possível e razoável.

Ainda, sustenta-se que, na hipótese de danos corporais, não é possível obrigar a vítima a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica específicos, sob o argumento de redução do prejuízo e, conseqüentemente, da indenização, com fundamento no art. 15 do Código Civil e/ou, para algumas situações, no direito fundamental de objeção ou escusa de consciência, art. 5º, VIII da CRFB. E para esta hipótese, não se poderia falar na adoção de um critério abstrato, impondo-se o respeito à individualidade da vítima.

Por fim, refuta-se a aplicação do *duty to mitigate the loss* para os casos em que seu fundamento exclusivo seja o exercício tardio de direito, pois se acredita estar a questão disciplinada suficientemente pelos prazos prescricionais, tratando-se, acima de tudo, de segurança jurídica. Não cabe questionar o tempo que a vítima levou para ajuizar a ação, não podendo ser isto determinante para a fixação da indenização, já que o exercício da pretensão deu-se dentro do prazo prescricional.

## **Referências**

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 01 ago. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 10 ago. 2012.

BLOG D'ACTUALITÉ JURIDIQUE EN DROIT COMPARÉ. La mitigation à la française. 2012. Disponível em: <<http://www.legavox.fr/blog/droit-compare/mitigation-francaise-7752.htm>>. Acesso em: 27 julho 2012.

COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LEGISLATION, DU SUFFRAGE UNIVERSEL, DU RÈGLEMENT ET D'ADMINISTRATION GÉNÉRALE PAR LE GROUPE DE TRAVAIL RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ CIVILE. Sénat Français. **Rapport d'information n. 558**. Paris, 2009. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>> Acesso em 10 jul. 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. XI ed. Revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 171, p. 35-48. Mai. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Duty to mitigate the loss**. Editorial n. 13. Disponível em: <[http://api.ning.com/files/yJ6CMvevO1ry9a4uce0XiAkWyNUVjpymZu6PcrCBPk\\*E4iuOH41VpbC4Z0A762BLRohhF7a-CLy6xy7q-duEhOye4sPQP2LA/Editorial13.pdf](http://api.ning.com/files/yJ6CMvevO1ry9a4uce0XiAkWyNUVjpymZu6PcrCBPk*E4iuOH41VpbC4Z0A762BLRohhF7a-CLy6xy7q-duEhOye4sPQP2LA/Editorial13.pdf)> . Acesso em 20/07/2012.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. III, 2005, Brasília. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005. 507 páginas.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. rev. e atual. Atualização Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contractual**. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MATET, Patrick. Le temps dans la réparation du préjudice. In: CYCLE RISQUES, ASSURANCES, RESPONSABILITÉS 2006-2007. 2007, Paris. Disponível em: <[http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2007\\_2254/introduction\\_m\\_matet\\_9838.html](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2007_2254/introduction_m_matet_9838.html)>. Acesso em 01 ago. 2012.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito privado**: parte especial. 2ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII.

NOVAIS DIAS, Daniel Pires. *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, p. 71-117, jan/jun. 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo; Saraiva, 2003. V.1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto. Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v.65, p. 25-33, 2010.

POTHIER, Robert Joseph. **Traité des Obligations**. Bruxelles: Langlet et Cie., 1835. Tome 1.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral** – indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIQUEIRA, Carlos André Cassani; Campeão, Paula Soares. A cessação dos efeitos do Inadimplemento obrigacional por não mitigação da perda pelo Credor. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XX, 2011, Vitória. **Anais do** [Recurso eletrônico] / **XX Congresso Nacional do CONPEDI** . - Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011. p. 12886-12910. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2\\_](http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2_)>. Acesso em: 10 ago. 2012.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem**. 2005. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf>> . Acesso em: 01 jul. 2012.

UNITED NATIONS. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Disponível em: < <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>>. Acesso em: 10 agosto 2012.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. V.1.