

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

TOMAS BARROS MARTINS COMINO

**AS DESVENTURAS DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO BRASIL:
nascimento (e morte) de um brocardo**

**São Paulo
2015**

TOMAS BARROS MARTINS COMINO

**AS DESVENTURAS DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO BRASIL:
nascimento (e morte) de um brocardo**

Tese de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Campo de conhecimento: Direito Civil. Responsabilidade civil.

Orientador: Professor Doutor André Rodrigues Corrêa.

SÃO PAULO

2015

Comino, Tomas Barros Martins.

Desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo / Tomas Barros Martins Comino. - 2015.
113 f.

Orientador: André Rodrigues Corrêa.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Boa fé (Direito). 2. Direito civil. 3. Responsabilidade civil. 4. Danos (Direito). I. Corrêa, André Rodrigues. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 347.7

Nome: Comino, Tomas Barros Martins
Título: As desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo

Tese de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Professor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Àqueles que de coração se dedicam ao magistério.

Em especial, aos Professores Michael Bridge, pela atenção e cuidado, e
Chaloka Beyani, por ter me recolocado em contato
com os motivos pelos quais escolhi o Direito.

AGRADECIMENTOS

Quero fazer um agradecimento formal a algumas das muitas pessoas que contribuíram com a realização desta dissertação de mestrado.

Muito obrigado André Rodrigues Corrêa, pelas preciosas correções, intervenções, reflexões, sugestões, referências bibliográficas e aprimoramentos recomendados. Contigo compartilho os méritos da dissertação; os deméritos são exclusivamente meus.

Muito obrigado Wanderley Fernandes, pelas discussões, inclusive em sala de aula, e pelas eruditas recomendações feitas ao trabalho.

Obrigado Giuseppe Ciallella e Jo Janning, por terem deixado afazeres próprios de lado para dedicar tempo às dúvidas do amigo.

Obrigado Rafael Mafei, Lie Carmo, Mário Engler, Monica Guise Rosina, Viviane Muller Prado, Bruno Salama e Emerson Ribeiro Fabiani. Suas lições não serão esquecidas.

Pelo prazeroso convívio, obrigado a meus amigos da Primeira Turma de Mestrado Profissional da GV, Alexandra Belline, André Cardozo, Carlos Mammana, César Cardoso, Christiano Xavier, Heloísa Slav, Henrique Nunes, Juliana Teixeira Cunha, Lucas Santos, Luiz Eduardo Vidigal, Marcelo Lopes, Paulo Derenusson, Ricardo Madrona, Rodrigo Castaldeli, Rodrigo Dias, Ronaldo Medeiros, Sérgio Marangoni e Tarek Mourad. Que o passar do tempo não nos distancie.

Muito obrigado Henrique Baraldi Spera, pela ajuda desinteressada e pelo carinho com as nossas fontes de pesquisa.

Muito obrigado Marieht Carrasquel, pela compreensão e pelo companheirismo.

Obrigado Victor Guilherme Comino e Zoe Comino-Pyles, por existirem.

RESUMO

Primeiramente, o trabalho descreve sinteticamente a tradição *common law*, inserindo o *duty to mitigate the loss* em contexto próprio. Então, traça as linhas gerais que, naquele cenário, conformam o instituto. Atenção é dada aos fundamentos do *duty to mitigate the loss* e às funções por ele desempenhadas, inclusive nos casos subordinados à *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG). No contexto próprio, o *duty to mitigate the loss* tem por fundamento primeiro a *causation* e funciona como um limitador do *quantum* indenizatório; não trata de um “dever”; cabe ao demandante; tem na razoabilidade das medidas mitigadoras e no reembolso das despesas incorridas características essenciais. Em segundo lugar, a dissertação investiga o *duty to mitigate the loss* no Brasil, a partir da doutrina selecionada e de decisões do Superior Tribunal de Justiça e de diversos tribunais estaduais. As pesquisas demonstram que o *duty to mitigate the loss*, sob o nome de *mitigation doctrine*, ingressou no Brasil pela doutrina, mas desta forma repercutiu pouco nos tribunais. Desprovido desta influência doutrinária anterior, o *duty to mitigate the loss* retornou ao Brasil por meio de enunciado do Conselho da Justiça Federal, proposto em documento cujo conteúdo é objeto de reflexões neste trabalho, notadamente na questão da íntima relação entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé objetiva. A partir do *leading case* no Superior Tribunal de Justiça, que adotou o enunciado e o documento que lhe serviu de proposta, o *duty to mitigate the loss* expandiu rapidamente no Brasil. Em São Paulo, foi alçado à princípio e brocardo. No Superior Tribunal de Justiça, foi considerado sub-princípio da boa-fé e aplicado em questões adjetivas e substantivas criminais. Comparativamente, o *duty to mitigate the loss* no Brasil guarda remotas semelhanças ao instituto homônimo da *common law*. Este trabalho aponta as diferenças entre os institutos e conclui com a sistematização das funções que o *duty to mitigate the loss* desempenha no Brasil, formulando proposta para a reedição de enunciado do Conselho da Justiça Federal.

Palavras-chave: *Duty to mitigate the loss*. *Common law*. CISG. Enunciado 169. Dever de mitigar o prejuízo. Responsabilidade civil. Boa-fé. Causalidade. Funções do *duty to mitigate the loss* no Brasil. Reformulação do enunciado.

ABSTRACT

Firstly, the paper briefly describes the common law tradition, setting the duty to mitigate the loss into the context of its own. Then, the paper draws the general lines that identify the mitigation doctrine in common law jurisdictions. Attention is given to the justifications of the duty to mitigate the loss and the roles it plays, including in the cases subject to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). In its context, the duty to mitigate the loss is primarily justified by causation and functions as a limit to compensation; it is not a "duty"; it is applicable to the plaintiff; reasonableness of the mitigation steps and reimbursement of expenses are essential features to the mitigation doctrine. Secondly, the paper studies the duty to mitigate the loss in Brazil, from selected works of commentators and from decisions of the Superior Court of Justice and various state courts. Research has shown that the duty to mitigate the loss, under the equivalent name of "mitigation doctrine", entered into Brazil by the work of commentators but little reflected in court decisions. Deprived of this earlier influence, the duty to mitigate the loss returned to Brazil through an "enunciado" of the Federal Council of Justice, submitted in a document whose content is subject to criticism in this work, especially on the matter of the close connection between the duty to mitigate the loss and good faith (in its objective sense). Once the Superior Court of Justice invoked the "enunciado" and the document in which it is based to decide a specific case, the duty to mitigate the loss rapidly expanded in Brazil. In São Paulo, it has gained the status of principle and aphorism. In the Superior Court of Justice, it has been considered a sub-principle of good faith and has been applied to adjective and substantive criminal cases. Comparatively, the common law notion of the duty to mitigate the loss is quite different to the Brazilian notion of it. This work indicates these differences and concludes with a classification of the roles that the duty to mitigate the loss plays in Brazil and with a draft proposal aimed at modifying the current version of the "enunciado" of the Federal Council of Justice.

Key-words: Duty to mitigate the loss. Common law. CISG. *Enunciado* 169. *Dever de mitigar o prejuízo*. Contract and Tort Law. Good faith. Causation. Roles of the duty to mitigate the loss in Brazil. Reconsideration of the *enunciado*.

As convicções são inimigas mais perigosas da verdade do que as mentiras.

Nietzsche

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> NA TRADIÇÃO <i>COMMON-LAW</i>.....	16
2.1 A <i>common-law</i>.....	17
2.2 O fundamento do <i>duty to mitigate the loss</i>.....	21
2.3 Os contornos do instituto na <i>common law</i>.....	29
2.3.1 <i>Duty</i> ?.....	34
2.3.2 A quem cabe o “dever” de mitigar o dano?.....	36
2.3.3 O ônus da prova.....	37
2.3.4 Razoabilidade das medidas.....	37
2.4 O <i>duty to mitigate the loss</i> na CISG.....	41
3 O <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> NO BRASIL.....	45
3.1 Nossa abordagem.....	45
3.2 O primeiro marco fundamental: a doutrina de AGUIAR JÚNIOR.....	48
3.3 O segundo marco fundamental: o Enunciado 169.....	55
3.3.1 O Enunciado.....	58
3.3.2 A Justificativa do Enunciado n. 169.....	60
3.3.2.1 <u>As notas introdutórias da Justificativa</u>	60
3.3.2.2 <u>As indagações que a Justificativa formula e responde</u>	66
3.3.2.3 <u>Os trechos finais da Justificativa</u>	70
3.4 O terceiro marco fundamental: o <i>leading case</i>.....	79
3.5 O atual estado da arte.....	82
3.6 Casos esparsos merecedores de atenção.....	92
4 CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
4.1 Conclusão.....	98
4.2 Irritações Jurídicas: desafiando TEUBNER.....	100
4.3 Um olhar para o futuro.....	104
REFERÊNCIAS.....	107

1 INTRODUÇÃO¹

São curiosas as consequências da importação e exportação² de institutos de Direito³ entre diferentes países.⁴ Tradições legais,⁵ religiões, culturas⁶ além de valores sociais e políticos impregnam os institutos de Direito. Frequentemente, esses institutos ultrapassam fronteiras antes mesmo de consolidados em seus países de origem, assumindo novos contornos e provocando sérias tensões no ordenamento jurídico para o qual são levados.

Muitas vezes, o próprio *nomen iuris* do instituto⁷ é criticado em dado país, por não lhe fazer jus ao conteúdo ou por traduzir ideia ambígua, ao mesmo tempo em que, noutro país, tal literalidade é a *ratio decidendi* de tribunais.⁸

¹ Entre outros, serviram de inspiração ao presente trabalho as obras de TEUBNER (2005), em especial o trecho que trata da boa-fé no Direito Inglês, e de SCALISE (2007), ao discutir a teoria da *efficient breach* em países de tradição civilista.

² Para a análise de transplantes de institutos de Direito, vide a seminal obra de WATSON (Legal Transplants - An Approach to Comparative Law, 1993).

³ Institutos de Direito ultrapassam países e ordenamentos jurídicos das mais diversas formas. O fenômeno ocorre no contexto de contratos internacionais, sensíveis que são às influências que decorrem do maior poder de barganha de uma das partes e da escolha da lei aplicável. Por outro lado, institutos de Direito atravessam fronteiras porque trazidos por profissionais expostos, acadêmica ou profissionalmente, ao ordenamento de outro país ou jurisdição (para um breve ensaio a respeito da importação de modelos contratuais nessas condições, vide texto de Mário ENGLER PINTO, disponível em <<http://www.valor.com.br/legislacao/3285322/importacao-de-modelos-contratuais#ixzz2g67jLpLb>>, acesso em 24 de outubro de 2013). Existem, enfim, inúmeras outras formas de transposição de institutos jurídicos como, por exemplo, a adesão a tratados internacionais e o emprego, pelos tribunais, de precedentes de cortes estrangeiras. O presente trabalho cuida de caso particular de transposição de instituto de Direito, particular porque provido de uma certa carga de institucionalidade: o *duty to mitigate the loss* chegou de modo definitivo ao Brasil por meio de um enunciado do Conselho da Justiça Federal. O enunciado pode ser encontrado no *website* do Superior Tribunal de Justiça, no link <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/jornada/issue/current>>, último acesso em 03 de novembro de 2014.

⁴ A União Européia, por exemplo, tem dedicado esforços no sentido de harmonizar a legislação de seus países membros, notadamente na área que os Britânicos denominam de *Financial Law*; e nem sempre com sucesso. O caso das *Directives* é paradigmático. Elas vinculam os estados membros (e não os cidadãos, somente sujeitos às *Regulations*) e são implementadas internamente pelos próprios países membros, com diferenças marcantes entre diferentes jurisdições ou ordenamentos jurídicos (v.g., *Financial Collateral Directive*).

⁵ Fazemos referência aos diferentes sistemas de Direito como a tradição Anglo-Saxã de *common-law*, a tradição Romano-Germânica de *civil-law*, as tradições mistas de Direito e o Direito Islâmico, ou *Sharia*.

⁶ A Professora Zeynep Derya Tarman, da *Koç University* de Istambul, em curso de Direito Internacional Privado ministrado na Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, nos dias 6 a 10 de outubro de 2013, relatou a possibilidade de países árabes negarem o cumprimento de sentenças arbitrais, ao fundamento de que delas participaram mulheres na condição de árbitras.

⁷ Exemplo interessante a respeito do *nomen iuris* de institutos legais é o da desconsideração da personalidade jurídica. A doutrina é uníssona em creditar a Rubens Requião o mérito de ter importado, dos EUA, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, teoria que, nos EUA, responderia pelo nome de *Disregard of the Legal Entity*. Entretanto, ao contrário do que a doutrina brasileira afirma, a tal teoria, nos EUA, é denominada de *Piercing of the Corporate Veil* – tal informação foi recentemente confirmada pela Professora Margareth Blair, em curso denominado *Corporate Personhood: the Legal and Economic Significance of Separate Entity Status*

O instrumento também modula a substância. O mesmo instituto de Direito, ainda que identicamente compreendido em distintos países, pode ser aplicado com maior ou menor rigor, por influência da lei adjetiva – na distribuição do ônus da prova, por exemplo.⁹

Este trabalho narra algumas das muitas desventuras, no Brasil, do *duty to mitigate the loss*, um instituto de tradição *common law*. Nos EUA, o *duty to mitigate the loss* foi definido como “*a universally accepted principle of contract law requiring that each party exert reasonable efforts to minimize losses whenever intervening events impede contractual objectives*”¹⁰ (GOETZ & SCOTT, 1983). No Brasil, o *duty to mitigate the loss* foi conceituado, em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como “o princípio de não se agravar desnecessariamente os prejuízos ou perdas”.¹¹

São muitos os trabalhos¹² e notícias¹³ a respeito do tema no Brasil. Este, no entanto, não só trata analiticamente da forma com que o *duty to mitigate the loss* entrou no

for Corporations, realizado de 30 de novembro a 4 de outubro de 2013, parte do *Global Law Program* da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Para uma recente visão a respeito da limitação da responsabilidade, vide trabalho de Bruno Meyerhof SALAMA, intitulado *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil* (São Paulo, 2014, Malheiros).

⁸ É justamente o caso do *duty to mitigate the loss*.

⁹ Em decisão eleita pela *Pace University* para constar entre os cinco precedentes que representam a CISG no Brasil (<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html#brazil>> acessado em 29 de outubro de 2013), consta a apelação proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul n. 70025609579, da 5ª Câmara Cível, de relatoria do Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julgada em 20.05.2009. O caso narra a desventura comercial de uma empresa que, após adquirir máquina defeituosa, teve negado pedido indenizatório (*loss of profits*): “Em que pese a alegação da demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o ‘loss of profits’ no valor de R\$ 25.440,00 (vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais), caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação de serviço com outra empresa, no afã de substituir a máquina danificada, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC.” Ao invés do artigo 333, I do Código de Processo Civil, o correto seria aplicar o inciso II do mesmo dispositivo legal. A doutrina especializada na CISG ressalta a existência de uma “*general rule that it should be for the party which is liable in damages to prove that the other party has failed to mitigate the loss*”. Ou seja, “*the burden of proof should as a rule be placed on the party that invokes the reduction of the damages claim under Art. 77 CISG*” (HUBER & MULLIS, 2007). Vide <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-77.html#burden>> acessado em 30 de outubro de 2013. No mesmo sentido, inúmeras decisões envolvendo a aplicação da CISG (*CISG-Online* n. 224, *CISG-Online* n. 57, *CISG-Online* n. 261 e *CISG-Online* n. 1188; *CLOUT case* n. 318, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>>; *CLOUT case* n. 176, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>).

¹⁰ “um princípio universalmente aceito no campo contratual que exige que cada parte empreenda esforços razoáveis para minimizar perdas, sempre que circunstâncias impeçam a concretização dos objetivos contratuais” (nossa tradução).

¹¹ TJ/SP – AI n. 0201089-60.2012.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Campos Petroni, julgado em 24/09/13, v.u.

¹² Vide, por exemplo, NOVAIS DIAS, Daniel Pires. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 45, p. 89-144, 2011; FRADERA, Véra Maria. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*, Rio de

ordenamento jurídico brasileiro, mas também apresenta uma visão crítica e comparativa entre o *duty to mitigate the loss*, tal qual idealizado e aplicado nos países de *common law*, e o instituto homônimo, no Brasil.

A maior parte dos trabalhos com que nos deparamos tomou o *duty to mitigate the loss* pelo seu “valor de face”,¹⁴ o traduziram de modo literal para a Língua Portuguesa e passaram a sustentar, sem espírito crítico, a sua aplicação em nosso ordenamento jurídico. À reboque, número crescente de decisões de nossas cortes cuidaram de conferir ao *duty to mitigate the loss* status de “teoria”,¹⁵ “princípio”,¹⁶ “subprincípio”¹⁷ e até mesmo de “brocardo”,¹⁸ não obstante a primeira decisão a seu respeito, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tenha ocorrido somente em 2006;¹⁹ no Superior Tribunal de Justiça, a primeira decisão – marco fundamental do instituto em território brasileiro – é de 2010.²⁰

Janeiro, v. 19, p. 109-119, 2004; ZANETTI, Cristiano de Sousa (*A mitigação do dano e alocação da responsabilidade*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 35, Julho-Agosto-Setembro de 2012); STOLZE, Pablo. Duty to mitigate. Disponível em <<http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/15449/material/Editorial13.pdf>>, último acesso em 1º de dezembro de 2014; TARTUCE, Flávio. A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>, último acesso em 1º de dezembro de 2014; DIDIER, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil, Revista de Processo, 2009; VILLAS-BÔAS, Renata Malta. Duty to mitigate the loss no Direito Civil pátrio. Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12702>, último acesso em 1º de dezembro de 2014.

¹³ Recentemente, o Jornal Valor, na Seção Legislação & Tributos, trouxe duas “opiniões jurídicas” envolvendo o tema. “O dever de mitigação de danos no Brasil”, por Joaquim Muniz, João Marçal e Luís Peretti, página E2 dos dias 25, 26 e 27 de outubro de 2014; “Mitigação de prejuízo em relação extracontratual”, por Leonel Affonso Jr., dia 05 de novembro de 2004 - <<http://www.valor.com.br/legislacao/3766644/mitigacao-de-prejuizo-em-relacao-extracontratual>>, acesso em 13 de novembro de 2014.

¹⁴ Com exceção dos textos de NOVAIS DIAS (*O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Revista de Direito Privado. RDPriv, v. 45, ano 12, 89-145, Janeiro-Março 2011) e de ZANETTI, Cristiano de Sousa (*A mitigação do dano e alocação da responsabilidade*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 35, Julho-Agosto-Setembro de 2012). Esta dissertação, em diversos trechos, dialoga com os textos dos autores.

¹⁵ Vide, entre outros, TJ/SP, Apel. com Rev. n. 978450-0/0, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. William Campos, julgado em 19/12/06, v.u. e TJ/SC, Apel. Cível n. 2013.080933-6, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, decisão monocrática de 15/03/14.

¹⁶ Como, por exemplo, TJ/SP, Apel. n. 0126025-08.2007.8.26.0004, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Elcio Trujillo, julgado em 19/08/14, v.u.

¹⁷ Entre outros, STJ, HC 266426/SC, 2013/0070770-4, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, 07/05/2013, DJe 14/05/2013.

¹⁸ TJ/SP – AI n. 0135319-86.2013.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Campos Petroni, julgado em 24/09/13, vu.; TJ/SP, Apel. n. 0106896-44.2012.8.26.0100, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Itamar Gaino, julgado em 19/05/14, v.u.

¹⁹ TJ/SP, Apel. n. 330.628.4/2-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 23.03.06, v.u. (decisão proferida sem a influência do Enunciado 169); TJ/SP, Apel. n. 1.029.972-4, 16ª Câmara de Direito Privado, Rel. Cândido Alem, maioria (decisão influenciada pelo Enunciado 169). Antes disso, em 2004, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná proferiu acórdão invocando o que chamou de “*doctrine of mitigation*” (TJ/PR, apelação extraída dos autos do processo n. 158909-7, 6ª Câmara Cível, Rel. Albino Jacomel Guerios, julgado em 23/08/04, v.u.). Segundo apontaram nossas pesquisas, tal acórdão é, muito provavelmente,

Verificamos existir uma marcante diferença entre as duas noções – a da *common law* e a Brasileira – do *duty to mitigate the loss*. No Brasil, o *duty to mitigate the loss* ora é invocado para justificar um dever de cooperação ou colaboração,²¹ ora é ferramenta de combate ao abuso de direito,²² ora se aproxima da noção de culpa concorrente.²³ Em todos os casos, a aplicação do *duty to mitigate the loss* confere “autoridade” à decisão e resulta no que TEUBNER denomina (2005), e nós adjetivamos, de agudas “irritações jurídicas”.^{24/25}

Os objetivos deste trabalho são: (i) apresentar informações básicas mas fundamentais à compreensão do *duty to mitigate the loss* na tradição *common law*; (ii) demonstrar, pelo confronto entre os contornos na *common law* e a experiência brasileira, as características particulares do *duty to mitigate the loss* no Brasil, propiciando uma análise comparada do instituto, inclusive para o fim de identificar a efetiva necessidade de dele se socorrer; (iii) sugerir as causas das modificações do instituto, bem como investigar a sua expansão na jurisprudência, e; (iv) refletir, sob a perspectiva do *duty to mitigate the loss*, a respeito do papel da boa-fé.

Este trabalho está dividido em 4 (quatro) partes. O Capítulo 2 (dois) é dedicado, principalmente, a identificar os contornos do *duty to mitigate the loss* nos países de tradição *common law*. O Capítulo 3 (três) tem por objetivo desenhar o instituto no Brasil e sua

a primeira decisão brasileira a respeito do assunto. Discorreremos em maiores detalhes a respeito deste precedente.

²⁰ STJ, Resp 758.518/PR, 2005/0096775-4, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3ª Turma, 17.10.2010, Dje 01/07/2010. O recurso especial julga exatamente o caso paranaense mencionado no item anterior.

²¹ Vide, entre outros, TJ/RS, Apel. Cível nº 70060029501, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 26/06/14, vu.

²² Entre outros, vide TJ/MT, Apel. n. 11720/2014, 1ª Câmara Cível, Des. João Ferreira Filho, julgado em 01/06/14, vu.

²³ Entre outros, TJ/PR, Apel. Cível n. 1066788-2, 12ª Câmara Cível, Rel. Juíza Ângela Maria Machado Costa, julgado em 21/05/14, v.u.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1.118.762-3, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, julgado em 08/03/2014; TJ/RS, Apel. Cível nº 70029284296, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, julgado em 25/06/09, v.u.

²⁴ Para TEUBNER, a transposição de institutos de Direito não gera “repulsa” ou “integração”, mas sim “irritações jurídicas”. Segundo ele, “[i]rritações jurídicas’ não são simplesmente domesticáveis, elas não se transformam em algo familiar a partir do estranho, elas não se adaptam simplesmente ao novo contexto, mas sim desenvolvem uma dinâmica evolucionária em princípio não dominável, na qual tanto o significado das normas externas como o contexto interno são fundamentalmente alterados” (2005, p. 157). Vide último capítulo desta dissertação.

²⁵ Ao longo do trabalho, diversos casos demonstrarão a nossa hipótese. Por ora, vide TJ/SP, Edcl. n. 0007685-62.2008.8.26.0201/5000, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Rômulo Rosso, julgado em 28/11/13 (“ao menos no que tangencia a restituição de honorários contratuais, o C. Superior Tribunal de Justiça vem cotejando o princípio da reparação integral do dano com o conceito do ‘*duty to mitigate the loss*’”).

peculiar expansão entre os tribunais brasileiros. Tanto o Capítulo 2 (dois) possui referências à versão brasileira do instituto quanto o Capítulo 3 possui menções ao *duty to mitigate the loss* da *common law*, de modo que a comparação dos institutos é feita nos dois capítulos. No Capítulo 4 (quatro), sistematizamos o *duty to mitigate the loss* no Brasil, apresentamos uma proposta de enunciado e concluímos com um convite à reflexão respeito do papel da boa-fé no Direito Brasileiro, a partir do fenômeno estudado.

2 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NA TRADIÇÃO COMMON LAW

O objetivo deste capítulo é identificar os contornos do que no Reino Unido, nos EUA, no Canadá e na Austrália batizou-se de *mitigation doctrine* (BRIDGE, 1989, p. 307) ou de *mitigation principle* (SCOTT & KRAUS, 2007, p. 113), ou ainda de *doctrine of avoidable consequences* (GOETZ & SCOTT, 1983, p. 793), embora venha a ser recorrentemente chamado, também, de *duty to mitigate the loss* (CALAMARI & PERILLO, 1977, p. 538).²⁶

A ideia é descrever o instituto, na tradição *common law*, com os pormenores que se fizerem necessários para examinar, criticamente, o *duty to mitigate the loss* no Brasil. Tal providência nos possibilitará demonstrar uma das hipóteses deste trabalho: a de que o *duty to mitigate the loss* Brasileiro não é senão uma figura modificada do instituto homônimo. Com isso, revelaremos, de um lado, que inexistem razões a justificar o transplante do instituto para o Brasil e, de outro, que este transplante tem sido responsável por “irritações jurídicas.”

Este capítulo é dividido em três partes. Na primeira, apresentaremos uma noção sintética do que é a *common law*. Demonstraremos, como parte de nosso argumento, que componentes históricos e culturais da tradição *common law* demandam cuidados especiais – que reputamos ausentes na hipótese – para assegurar a bem sucedida transposição de institutos aí originados. Nesta premissa, estamos ladeados por sólida doutrina, seja quando explica as razões pelas quais a tradição civilista do Direito rejeita a chamada “*efficient breach*” (SCALISE JR., 2007), seja quando demonstra as reações do Direito Inglês ao instituto da boa-fé (TEUBNER, 2005, pp. 156-157).

Na segunda parte, contextualizaremos o instituto na tradição *common law*, atentos ao que é a sua *ratio*, seu fundamento ou razão de ser, com o que procuraremos dissociar o *duty to mitigate the loss* da boa-fé. O *duty to mitigate the loss* está fundamentalmente ligado a duas ideias essenciais: a da causalidade e a da eliminação de perdas evitáveis.

²⁶ Naturalmente, existem laços entre essas expressões. “*The doctrine of avoidable consequences, which precludes an injured party from recovering damages for losses which he reasonably could have avoided, is the centerpiece of the mitigation principle.*” (GOETZ & SCOTT, 1983, p. 967).

Finalmente, passaremos à descrição das principais características do instituto, inclusive conforme a *Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias* (CISG).²⁷

2.1 A common law

O Direito é um “produto cultural” (SCALISE JR., 2007, p. 755); uma “construção social” (GREEN *apud* HART, 2012, p. xvii); uma “realidade histórico-cultural”²⁸ (REALE, 2013, p. 665). MONTESQUIE associava o Direito, entre outras circunstâncias, “(a)os princípios que formam o espírito geral, os costumes e as maneiras de uma nação” (2000, p. 315).

Países distintos estão sujeitos a ordenamentos jurídicos tão distintos quanto suas culturas e seus valores sociais.²⁹ Sem muito esforço, conclui-se que a incorporação de institutos jurídicos alienígenas representa tarefa, apesar de recorrente (WATSON, 1993),

²⁷ A *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG), ou Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias foi repetidamente referida no Brasil como “Convenção de Viena”. O nome, com todo o respeito, não parece ser o mais indicado. Primeiramente porque parece negar a necessidade de promover a uniformização que a própria CISG tanto clama em seu artigo 7 (1) – idealmente, um tratado internacional deve responder pelo mesmo nome internacionalmente (e a maior base de dados da CISG assim a denomina – vide <http://www.cisg.law.pace.edu/>). Em segundo lugar porque são muitas as “Convenções de Viena”: a “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”; a “Convenção de Viena sobre Relações Consulares”; a “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”; a “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais”; a “Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio”; a “Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares”, e; a “Convenção de Viena sobre Trânsito Viário” <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Viena>. Corre-se, portanto, o risco de alguém dizer que é preciso analisar a “Convenção de Viena” para melhor interpretar a “Convenção de Viena” (a primeira é sobre o Direito dos Tratados e a segunda é a CISG). A alternativa seria invocar o tratado pelos nome e sobrenome, mas aqui persistiria o problema do idioma.

²⁸ REALE continua: “tridimensional de natureza bilateral atributiva”, e prossegue afirmando que é possível “discriminar no conceito a natureza dos três elementos ou fatores examinados, ‘realidade histórica-cultural ordenada de forma bilateral atributiva segundo valores de convivência’, o que significa que a Jurisprudência tem por objeto fatos ordenados valorativamente em um processo normativo de atributividade.” (2013, p. 665).

²⁹ Interessantes as palavras de abertura de MENEZES CORDEIRO para o seu tratado de Direito Civil Português: “O Direito civil é o cerne cultural e científico de qualquer ordenamento jurídico de tipo continental [a expressão é usada em oposição aos países de *common law*]. Formado lenta e continuamente através dum processo complicado, só comparável com o da própria língua, o Direito civil dá, por excelência, corpo ao modo de viver do povo que o viva e o aplique. Na encruzilhada de indomável complexidade histórica e causal, o Direito civil vai exprimir, em sínteses sempre inovadoras, o lastro tradicional da nação que pertença (...)” (Tratado de Direito Civil Português - I Parte Geral - Tomo I, 2000).

perigosa;³⁰ e todo perigo demanda prudência.³¹ Teriam os responsáveis pelo ingresso do *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro primado pela prudência? Acreditamos que não.

Não há dúvidas de que o *duty to mitigate the loss* tem origem na tradição *common law*. Inúmeros precedentes dos tribunais brasileiros reconhecem essa gênese, embora equivocadamente a atribuam aos EUA.³²

O primeiro precedente envolvendo a aplicação do instituto ocorreu num pitoresco caso Britânico,³³ de 1677 (FARNSWORTH E. A., 2004, p. 778). O caso envolvia a compra e venda de mercadorias a serem entregues na cidade de Ipswich, em local a ser indicado pelo comprador, por ocasião da chegada do vendedor à cidadezinha. O vendedor, já em Ipswich, aguardou por seis horas a chegada do comprador, a fim de que lhe fosse informado o local para a entrega das mercadorias. Nesse período, os cavalos do vendedor, cansados e “*standing in aperto aire*”, morreram. No intuito de ver-se ressarcido dos danos decorrentes da perda de seus cavalos, o vendedor ajuizou ação indenizatória em face do comprador. O pedido foi negado, ao fundamento de que “*it was the plaintiff’s folly to let the horses stand*”, na medida em que ele “*might have taken his horses out of the cart or laid down the [goods] any where in Ipswich*”.³⁴

³⁰ É possível ainda dar um passo adiante nessa linha de raciocínio para sustentar que, idealmente, institutos de Direito não deveriam senão ter origem orgânica, como respostas do ordenamento às exigências culturais próprias e à constante renovação de valores sociais e locais, sempre temperados no tempo. Utopia? Entendemos que não.

³¹ O artigo 7º da CISG, por exemplo, declara que “[n]a interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.” A intenção da CISG é (tentar) impedir que árbitros e magistrados se deixem influenciar por valores locais ao apreciar casos subordinados à aplicação da CISG. A CISG foi invocada para justificar o acolhimento, pelo Brasil, do *duty to mitigate the loss*, muito antes, inclusive, da adesão brasileira ao tratado. Logo, faria sentido adotar as mesmas cautelas que o diploma contém.

³² Vide, por exemplo, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no ARESP 431472, Dje de 03/12/2013 (2013/037925-9), além do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim descrito: TJ/RS, Apel. Cível nº 70060029501, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 26/06/14, vu. No mesmo sentido: TJ/SP, Apel. cível n. 0001836-78.2012.8.26.0457, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Artur Marques, 16/09/13. A Professora colombiana María Isabel Troncoso (2011, p. 361), também por erro, atribui aos EUA a paternidade do instituto, afirmando ser americano o caso, em verdade inglês, em que o *duty to mitigate the loss* teria primeiramente aparecido. Para STOLZE, o *duty to mitigate the loss* também seria americano (2010).

³³ *Vertue v. Bird*, 84 Eng. Rep. 1000, 86 Eng. Rep. 200 (K.B. 1677) – assim mencionado por Farnsworth (2004, pp. 778-779).

³⁴ “foi insensatez do autor deixar os cavalos presos” (...) “poderia ter desvencilhado os cavalos da carruagem ou ter colocado as mercadorias em qualquer local de Ipswich” (nossa tradução).

Interessantemente, a *common law* desenvolveu-se, entre países de semelhante tradição, ignorando limites jurisdicionais,³⁵ pelo menos em se tratando das linhas gerais do *mitigation principle*. Assim, no assunto a que se dedica este trabalho, referências recíprocas são comuns³⁶ e a disciplina é similar no Reino Unido, no Canadá, nos EUA (MACINTOSH & FRYDENLUND, 1987, p. 117) e, apesar de “tendências” (PHEGAN, 1985, p. 493), na Austrália. Portanto, não será necessário, senão rara e pontualmente, fazer digressões específicas relacionadas a cada país.

Um sistema de Direito que não adota códigos não tem um ponto de início óbvio (BRIDGE, 1982, p. 873). DWORKIN descreve a *common law* como a evolução de um romance literário do qual participam, em capítulos concatenados, inúmeros “autores” – ou juízes. Um dado magistrado, portanto, assume a trama tal qual deixada pelo que lhe antecedeu, mas na redação de um novo capítulo adiciona, se as circunstâncias justificarem, novos ingredientes. Outro magistrado escreverá o capítulo subsequente, e assim sucessivamente (2010, p. 286). Ilustrativamente, enquanto um aluno, numa faculdade de Direito no Brasil, indagado a respeito do fundamento para uma dada questão, deverá muito provavelmente invocar um dispositivo de lei (a autoridade é a lei), o mesmo aluno, numa faculdade de Direito Inglesa, em situação idêntica, deverá muito provavelmente indicar uma

³⁵ “American contract doctrines originating in the English common law courts include the doctrines of offer and acceptance, consideration (including the illegality and immorality doctrines), capacity, duress, warranties and conditions, impossibility, fraud-in-the-execution, expectation damages, foreseeability, and **avoidability**, as well as the plain meaning rule and the parol evidence rule. Along with these historically legal contract doctrines, American contract law also absorbed and developed doctrines originally developed in Chancery “to mitigate the rigours of the Common law.” Such doctrines include fraud-in-the-inducement and intentional misrepresentation, negligent and innocent misrepresentation, fraudulent nondisclosure, unilateral and mutual mistake, specific performance and other injunctive relief, expanded versions of the common law doctrines of capacity and duress, and illegal and immoral consideration. American contract law also adopted equitable doctrines specifically designed to vitiate clear common law rules: the penalty doctrine, the forfeiture doctrine, the equitable exceptions to the parol evidence rule, and the part-performance exception to the Statute of Frauds.” (KRAUST & SCOTT, p. 1042) – negrito não original. É como se, na visão de Dworkin (explorada, no texto, no parágrafo imediatamente seguinte), os primeiros capítulos da trama já tivessem sido contados quando as cortes americanas assumiram a pena. Assim é também em temas afetos aos Direitos das Coisas (BROWN, 2002).

³⁶ Razões políticas talvez contribuam com essa circunstância (como é sabido, a Rainha da Inglaterra é também chefe de Estado da Austrália, do Canadá e da Nova Zelândia). Outros motivos para esse fenômeno, mas não necessariamente ligados à política, podem ser encontrados em interessantíssimo ensaio sobre as fontes transnacionais em Direitos Humanos (in MCCRUDDEN, 2000). Não é de se estranhar a menção à Direitos Humanos, uma vez que determinadas áreas do Direito – e aqui incluímos o Direito Ambiental e o Comércio Internacional (e este foi o veículo de importação do *duty to mitigate the loss* para o Brasil) – são empreendimentos comuns de todas as nações. O Professor Abdullahi Ahmed An-Na’im ensina que “*human rights are rights for which men are entitled by virtue of being human*” (NA’IM *apud* GEARTY, *Are Human Rights Truly Universal?*). Daí a absoluta falta de coerência no reconhecimento de um direito dessa categoria a um italiano e não a um brasileiro. A mesma ideia é aplicável ao mercador internacional, afinal, como justificar o reconhecimento de um direito a um comerciante inglês e, ao mesmo tempo, negá-lo para um comerciante brasileiro?

authority, um *leading case* (a autoridade é o precedente).³⁷ Este precedente pode ser o primeiro capítulo de um romance literário, mas pode igualmente ser o segundo, o terceiro ou o quarto capítulo. Potencialmente, o romance é infundável, porque também infundáveis as possibilidades.

O tal romance, nas palavras de RODRIGUEZ, é a “reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos que constituem uma tradição” (2013, p. 16).

Já no sistema de tradição civil – e agora pedimos vênica para transcrever a opinião de um jurista estrangeiro, um Professor da Universidade de Oxford, a respeito do nosso modelo – “*the storyline is already decided (...). Although the judge and commentators are allowed to develop supporting characters and flesh out the details, the plotline (...) is already written*”³⁸ (SCALISE JR., 2007, p. 757); caberá ao legislador alterar o roteiro.

Assim,³⁹ surpreende o jurista de tradição *common law* o artigo 5º do Código Civil Francês, segundo o qual “é defeso ao juiz proferir decisões gerais e regulatórias nas causas a ele submetidas”.⁴⁰ O choque é recíproco: o jurista de tradição civilista não compreenderia o inconformismo de seu colega inglês.

Neste contexto, é forçoso reconhecer que o transplante de institutos jurídicos entre diferentes países e jurisdições é atividade muito mais perigosa do que ordinariamente se imagina, podendo “redunda(r) numa cadeia de novos e inesperados acontecimentos” (TEUBNER, 2005, p. 157) – tudo a demandar prudência e critério.

³⁷ É sabido que as tradições civilista e da *common law* têm paulatinamente se aproximado. No Brasil, as súmulas são a prova dessa circunstância. No Reino Unido, as *Directives* e *Regulations*, além dos *Statutes*, fazem a mesma prova. Entretanto, as observações aqui são válidas na medida em que está sob análise um instituto típico da tradição *common law* [A *mitigation doctrine* é uma “*thread permeating the entire jurisprudence*” – *Shiffer v. Board of Education* 224 N.W. 2d (Mich. 1974)]. O fato de o instituto ter sido incorporado posteriormente em leis não desnatura tal circunstância, nem lhe afasta completamente de sua história.

³⁸ “O fio condutor da história já está decidida (...). Embora juízes e doutrinadores possam criar personagens coadjuvantes e acrescentar detalhes, a trama (...) já está escrita” (nossa tradução).

³⁹ A seguinte comparação também é válida: quanto ao modo de elaboração, as constituições são dogmáticas, como a Constituição Brasileira de 1988, ou históricas, como a Constituição Inglesa. As dogmáticas, “sempre escritas, consubstanciam os dogmas estruturais e fundamentais do Estado” (LENZA, 2011, p. 85); as históricas “constituem-se através de um lento e contínuo processo de formação, ao longo do tempo, reunindo a história e as tradições de um povo. Aproximam-se, assim, da costumeira e têm como exemplo a Constituição Inglesa” (LENZA, 2011, p. 85).

⁴⁰ Nossa tradução. No original: “*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*”. Para a tradução para o inglês, vide <http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf>, acessado em 04 de novembro de 2014.

Portanto, seria de se esperar que a tentativa de importação de um instituto de Direito proveniente de outra tradição fosse, no mínimo, precedida da demonstração de uma patologia no ordenamento jurídico do importador, ou seja, da demonstração de uma lacuna neste ordenamento jurídico, associada à inexistência de soluções adequadas pelos tribunais locais, não obstante o emprego de fórmulas apropriadas de integração hermenêutica. Não nos parece que tais providências tenham sido adotadas.

2.2 O fundamento do *duty to mitigate the loss*

O *duty to mitigate the loss* ingressou no Brasil por meio do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal.⁴¹ O enunciado⁴² faz remissão expressa ao artigo 422 do Código Civil,⁴³ que exige dos contratantes, na conclusão e na execução dos contratos, observância ao princípio da boa-fé. O texto que provocou a aprovação do enunciado (a “Justificativa”) faz inúmeras associações entre o instituto e a boa-fé objetiva. A doutrina reputou adequada a tal associação,⁴⁴ havendo quem a tenha considerado “louvável” (BATISTA LOPES, 2013, p. 139). A jurisprudência, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça, reconheceu esta conexão entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé, a ponto de considerá-lo um “subprincípio” desta.⁴⁵ Assim, não há dúvidas de que o *duty to mitigate the loss* foi albergado na ampla noção de boa-fé. Afigura-se apropriada esta íntima associação entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé? Cremos que não.

Nossas pesquisas apontam que o *duty to mitigate the loss*, na *common law*, está ligado, ou mais proximamente ligado, às noções de causalidade e de eliminação das perdas evitáveis.

⁴¹ O *duty to mitigate the loss* não era desconhecido de nosso legislador, que expressamente o consagrou nos contratos de seguro, principalmente no artigo 771 do Código Civil, segundo o qual “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.”

⁴² “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

⁴³ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁴⁴ Por todos, veja DIDIER (Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil, 2009). Para ele, a associação entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé justificaria a expansão do instituto para o Direito Processual.

⁴⁵ STJ, HC 171753/GO, 2010/0082684-4, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 04/04/2013, DJe 16/04/2013.

BRIDGE, Professor da London School of Economics and Political Science, assim explica o *duty to mitigate the loss*:⁴⁶

Its precise justification has never been adequately settled in English law, but it can either be expressed in terms of factual causation (the particular loss claimed was really caused by the claimant's failure to mitigate and not by the antecedent breach of duty) or of legal causation, otherwise known as remoteness of damage (the defendant could not reasonably have expected to incur liability for something that the defendant [the plaintiff] could have prevented).^{47|48|49}

Indagado se o *duty to mitigate the loss* é similar (ou de alguma forma ligado) à noção de *contributory negligence*,⁵⁰ BRIDGE respondeu:

Technically, no. Contributory negligence, so far as it applies (it will not apply if the claim is for breach of a strict and not a fault-based duty) is concerned with events leading up to or occurring at the same time as the commission of a wrong, whether it is a tort or a breach of contract. Mitigation deals with the subsequent, continuing effects of the breach of duty.^{51|52} (sublinhamos)

⁴⁶ O Professor Michael BRIDGE gentilmente se dispôs a responder a indagações relacionadas ao *duty to mitigate the loss* na Inglaterra.

⁴⁷ "A sua precisa justificativa jamais foi adequadamente estabelecida no Direito Inglês, mas pode ser expressa em termos de causalidade fática (a perda cujo ressarcimento é pleiteado foi causada por falha do demandante em mitigá-la e não pela quebra de um dever anterior) ou causalidade legal, de outro modo conhecida como distância do dano (o demandado não poderia razoavelmente prever que incorreria em responsabilidade por algo que o demandante poderia ter evitado)" (nossa tradução).

⁴⁸ É possível entrever das palavras de BRIDGE que, para os ingleses, o *iter damnum* é dividido em duas partes dotadas de expressivo grau de independência. A primeira se inicia com os atos que antecedem o dano e se esgota no momento do ato lesivo. A segunda é aquela que sucede o momento do ato lesivo e que se exaure quando também se exaurem os efeitos danosos do ato. A nossa conclusão é extraída, principalmente, do seguinte trecho: "*loss claimed was really caused by the claimant's failure to mitigate and not by the antecedent breach of duty*". A falha do demandante em adotar providências mitigadoras, mais e distintamente do que mera concausa, constitui o nascimento de uma causa autônoma; a cadeia causal já havia se quebrado. Há manifestações doutrinárias em sentido semelhante no Brasil: "Da idéia da culpa exclusiva da vítima, que quebra um dos elos que conduzem à responsabilidade do agente (o nexo causal), chega-se à concorrência de culpa, que se configura quando essa vítima, sem ter sido a única causadora do dano, concorreu para o resultado (...)" (STOCO, 2004, p. 177).

⁴⁹ O texto de BRIDGE parece tratar da aferição da causa de modo semelhante àquele indicado por HONORÉ, para quem "*to cause something is to intervene in the existing or expected state of the world*" (Responsibility and Fault, 1999, p. 2).

⁵⁰ Nos EUA, a expressão *contributory negligence* ainda remete aos casos em que à apenas uma das partes é imposta a responsabilidade total decorrente do ato danoso. É o que se costuma denominar de *all-or-nothing approach*, cujas crescentes exceções conduziram: (i) na Inglaterra e em Gales, ao esvaziamento da noção antiga e à absorção de nova noção, semelhante à da culpa concorrente, com a manutenção do rótulo *contributory negligence*; (ii) nos EUA, de modo geral, ao nascimento da doutrina da *comparative negligence*, que igualmente se assemelha à noção de culpa concorrente. Ou seja, a expressão inglesa *contributory negligence* equivale atualmente à expressão americana *comparative negligence*.

⁵¹ "Tecnicamente, não. Culpa concorrente, desde que aplicável (não será aplicável se o pedido for fundado em quebra de um dever estrito e não baseado em culpa), é relacionada aos eventos que conduzem ao dano ou que ocorrem ao mesmo tempo em que o ato ilícito é praticado, seja o caso de responsabilidade civil contratual ou extracontratual. A mitigação é relacionada aos subsequentes efeitos da quebra de um dever" (nossa tradução).

⁵² A resposta de BRIDGE corrobora nossas impressões anteriores. Vide notas acima.

Esta distinção puramente técnica é reconhecida jurisprudencialmente,⁵³ que reafirma, com grande nitidez, a íntima conexão entre o *duty to mitigate the loss* e a noção de causalidade: “*The avoidable consequences doctrine ... limits consideration of a plaintiff’s fault to the time period that begins after a defendant’s wrongful conduct*”.⁵⁴ “*Contributory negligence, however, comes into action when either the injured party’s carelessness occurs before defendant’s wrong has been committed or concurrently with it*”.⁵⁵

ADAR, sem desprezar algum grau de moralidade ao instituto, atribui ao *duty to mitigate the loss* origens individualistas, que enfatizam a necessidade de cada indivíduo zelar pelos próprios interesses (2013, pp. 4, 22-24):

(...) mitigation doctrine has arisen out of an individualistic ideology, which put strong emphasis on the need of each individual to care for his own good. This philosophy seems to clash with the communitarian values of solidarity and mutual consideration, which I believe can best account for the rise of comparative negligence.⁵⁶

Para ADAR, o *duty to mitigate the loss* conduz a resultados semelhantes àqueles que, entre nós, são produzidos nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima (os casos de *contributory negligence*, na acepção americana da locução; p. 1 – *Abstract*):

Under comparative negligence, any loss that the victim could have avoided is apportioned between the victim and the tortfeasor. In contrast, under the doctrine of mitigation, a tort victim can never recover for any element of loss that could have been avoided. The apparent tension between these two loss allocation mechanisms was identified by the drafters of the Third Restatement of Torts on Apportionment of Damages, which proposed abolishing mitigation altogether and subsuming it under comparative negligence.⁵⁷

⁵³ Vide, ainda, *Yazoo & M.V.R. Co. v. Fields*, 195 So. 489 (Miss. 1940); *Munn. V. Southern Health Plan*, 719 F. Supp. 525, 527 (N.D. Miss. 1989). Trechos extraídos da nota 43 do trabalho de ADAR (2013, *Comparative Negligence and Mitigation of Damages: two sister-doctrines in search of reunion*).

⁵⁴ “A doutrina das consequências evitáveis ... limita o exame da culpa do demandante ao período que se inicia com a prática do ato ilícito pelo demandado” (nossa tradução) - [*Del Tufo v. Twp. of Old Bridge* 685 A.2d 1267 (N.J. 1995)].

⁵⁵ “*Contributory negligence*, entretanto, entra em ação quando a falta de cuidado da vítima ocorre antes do ato ilícito do demandado ou simultaneamente a ele” (nossa tradução) - [*Ostrowsky v. Azzara*, 545, A.2d.148, 152 (N.J. 1988)].

⁵⁶ “(...) a doutrina da mitigação advém de uma ideologia individualista, que coloca forte ênfase na necessidade de cada indivíduo cuidar de seu próprio bem. Esta filosofia parece confrontar com os valores comunitários da solidariedade e consideração mútuas, que eu acredito terem sido responsáveis pelo nascimento da culpa concorrente” (nossa tradução).

⁵⁷ “Segundo a noção de culpa concorrente, qualquer perda que a vítima poderia ter evitado é alocada entre a vítima e o ofensor. Em contraste, segundo a doutrina da mitigação, a vítima de responsabilidade civil extracontratual não pode ser ressarcida por qualquer elemento de perda que pudesse ter sido evitada. A aparente tensão entre esses dois mecanismos de alocação de perda foi identificado pelos elaboradores da *Third Restatement*

A análise de ADAR permite balizar o estudo do tema por três perspectivas: a do solidarismo, segundo a qual há que se evitar o agravamento do dano com vistas à diminuição de perdas altruístas; a do individualismo, segundo a qual há que se evitar o agravamento do dano com vistas à diminuição de perdas egoístas (o próprio ADAR defende esta ideia), e; a que chamaremos de neutra, que afasta a ideia de titularidade das perdas (ou as torna “comunitárias”). Em todas as três, o *duty to mitigate the loss* tem por fundamento a causalidade.

Entre os que adotam a perspectiva solidarista, notável é a opinião de FRIED, para quem o *duty to mitigate the loss* “is a kind of altruistic duty” (FRIED *apud* ATIYAH, 1981, p. 518).

Existem decisões que atribuem ao instituto um caráter social e cooperativo, mais próximo à noção de boa-fé, mas que mesmo assim não descartam a causalidade.⁵⁸ No mesmo sentido, CALAMARI & PERILLO que, ao descreverem o *duty to mitigate the loss*, transparecem a ideia de evitar condutas reputadas de má-fé por parte da vítima: “As *an almost inflexible proposition a party who has been wronged by a breach of contract may not unreasonably sit idly and allow damages to accumulate*” (1977, p. 598).

Nesta linha, há quem, fazendo referência específica à CISG, insira o *duty to mitigate the loss* no “princípio geral de boa-fé” que estaria expresso no Artigo 7º do tratado (STOLL & GRUBER, 2005, p. 787).^{59/60} A menção é extraída de uma obra importante para o estudo da CISG, mas um dos coordenadores desta mesma obra categoricamente afirma que o artigo 77 da CISG corresponde ao §254(2) do BGB, que trata da culpa concorrente (SCHLECHTRIEM,

of Torts on Apportionment of Damages, que propõe a abolição da doutrina da mitigação e a sua subsunção à noção de culpa concorrente.” (nossa tradução).

⁵⁸ Conforme trechos que sublinhamos abaixo [*Warden of the State Prison v. The Tr. Of the Mariner's Church*, 7 Me. 51, 55 (1830)] - julgado da Suprema Corte de Maine, de 1830: “*If the party... can protect himself from a loss arising from breach, at a trifling expense or with reasonable exertions, he fails in social duty if he omits to do so... he who has it in his power to prevent an injury to its neighbor, and does not exercise it, is often in a moral, if not in a legal point of view, accountable for it. The law will not permit him to throw a loss, resulting from a damage to himself, upon another” (trecho extraído de ADAR, 2013, p. 24, mantidos os itálicos inseridos).*

⁵⁹ Tampouco ignoramos a opinião de outros que com eles concordam, embora também o façam sem apresentar qualquer justificativa (HUBER & MULLIS, 2007, p. 289).

⁶⁰ Convém esclarecer que o papel da boa-fé na CISG é restrito. FARNSWORTH afirma que o artigo 7º da CISG “*falls short of imposing any duty of good faith performance on the parties*” (FARNSWORTH, 2004, p. 489). Assim, não nos parece sustentável que a boa-fé do artigo 7º da CISG justifique o *duty to mitigate the loss* na extensão do artigo 77 da CISG.

1986). Por outro lado, em todos os comentários ao Artigo 77 da CISG existentes no *website* da *Pace University*,⁶¹ é raro⁶² quem reafirme esta posição.⁶³ De resto, os próprios STOLL & GRUBER reconhecem que o artigo 77 da CISG “é baseado no princípio de que não deve existir compensação por perdas *evitáveis*”⁶⁴ (STOLL & GRUBER, 2005, p. 787) – o itálico é nosso.⁶⁵

LITVINOFF, escrevendo sobre o *duty to mitigate the loss* no estado americano da Louisiana, único de tradição mista, é contraditório ao falar do assunto. Primeiramente, LITVINOFF justifica o *duty to mitigate the loss* em máxima romana que consagra a causalidade: *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*⁶⁶ (p. 1163). Entretanto, ato seguinte, o jurista declara que o *duty to mitigate the loss* “is deeply rooted in, and a particularized expression of, the overriding principle of good faith”⁶⁷ (p. 1163), relaciona-o à proibição ao abuso do direito, ao *venire contra factum proprium* e à máxima *nemo allegans suam turpitudine est audiendus* (p. 1164).

O *duty to mitigate the loss*, informa LITVINOFF, está expressamente previsto no artigo 2002 do Código Civil da Louisiana,⁶⁸ mas antes mesmo do advento do artigo 2002, diz

⁶¹ A *Pace University* avocou o papel de contribuir para a uniformização da interpretação da CISG, disponibilizando, em seu *website*, doutrina e jurisprudência relacionadas ao tratado. A fonte é reputada idônea entre os tratadistas da matéria.

⁶² RIZNIK, amparando-se em LOOKOFISKY, afirma que o artigo 77 da CISG é uma “*expression of the general principle of good faith in international commerce (cf. Article 7(1))*”, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html>>, último acesso em 25 de novembro de 2014. Vide notas anteriores. Neste caso, o autor não recorre ao artigo 7º da CISG, como fazem STOLL & GRUBER, mas sim à boa-fé no comércio internacional, o que nos parece igualmente equivocado, dada a forma exageradamente vaga com que estaria justificada a boa-fé.

⁶³ Vide ZIEGEL (1984), SCHLECHTRIEM (1986) e outros, todos disponíveis em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e-text-77.html>>, último acesso em 03 de novembro de 2014.

⁶⁴ Texto traduzido livremente do seguinte original: “is based on the principle that there should be no compensation for avoidable loss”.

⁶⁵ Finalmente, afirmar que o artigo 77 da CISG é uma expressão do princípio da boa-fé não autorizaria o intérprete a, na ausência do artigo 77, recorrer diretamente à boa-fé para justificar a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Dispositivos legais são “expressões” ou “manifestações” de princípios, mas a ausência de dispositivos legais é uma legítima opção de política legislativa.

⁶⁶ “a condição de um homem não pode ser prejudicada pelo ato de outro homem” (nossa tradução do inglês “*The condition of one man ought not to be worsened by the act of another*”). O texto nos lembra o artigo 186 do nosso Código Civil.

⁶⁷ “é profundamente enraizado no, e uma expressão particular do, cogente princípio da boa-fé” (nossa tradução).

⁶⁸ “An obligee must make reasonable efforts to mitigate the damage caused by the obligor's failure to perform. When an obligee fails to make these efforts, the obligor may demand that the damages be accordingly reduced.”

ele, já era aplicado pelos tribunais, com fundamento – e aqui está mais uma contradição do autor – não na boa-fé, mas sim na culpa da vítima.⁶⁹

Adiante, o próprio LITVINOFF, em linha com a opinião de ADAR, admite que nos países de tradição *common law*, o *duty to mitigate the loss* advém de políticas “*of maximization of business activity, or in a policy that favors and promotes means of keeping the economic machinery ‘running with the least possible disturbance’*”⁷⁰ (LAWSON apud LITVINOFF, p. 1168). LITVINOFF reconhece que o instituto é comumente interpretado como parte de “*other doctrines or doctrinal constructions such as causality, contributory negligence, and remoteness of the consequences of a wrong*”(p. 1168),⁷¹ e passa a refutá-las, com argumento que, com o devido respeito, não convence:⁷² LITVINOFF afirma que *the doctrine of causality* “não se preocupa com a maneira pela qual a vítima deve reagir em razão do agravamento.”⁷³

Ora, quando o jurista faz esta observação, ele não está mais se referindo ao *duty to mitigate the loss* – ao encargo em si – mas sim à razoabilidade das providências mitigadoras (à forma com que a parte deve mitigar as perdas). A esta altura, LITVINOFF já está pressupondo a existência do *duty to mitigate the loss*. Mesmo neste trecho, os argumentos de LITVINOFF parecem não prosperar. Isto porque a regra que pauta a adoção das providências mitigadoras é a da razoabilidade e não a da boa-fé. Assim, por exemplo, embora aja de boa-fé o Bom

⁶⁹ “*The court based that conclusion on one article of the Civil Code which provided that ‘[the damage caused is not always estimated at the exact value of the thing destroyed or injured; it may be reduced according to circumstances, if the owner of the thing has exposed it imprudently.]’*” (p. 1172)

⁷⁰ “de maximização de atividades empresariais, ou de uma política que favorece e promove meios de assegurar que o maquinário econômico ‘sofra a menor perturbação possível’” (nossa tradução).

⁷¹ “outras doutrinas ou interpretações doutrinárias tais como causalidade, culpa concorrente e distância das consequências do dano” (nossa tradução).

⁷² “*More often than not, the loss is the consequence of more than one, and occasionally many, causal factors including the manner in which the aggrieved person reacts to the wrongful act. When the manner in which the aggrieved person reacts is by itself a loss-causing factor, it seems then to cut, or at least interrupt, the link of causality between the wrongful act and the aggrieved person's loss. This leads to the conclusion that the loss the aggrieved sustained is not actually the consequence of the wrongful act of which he complains. Thus, a causal relation between wrongful act and loss, the perpetrator of that act should be relieved of liability, as was the case when the concept of contributory negligence prevailed. In the alternative, his liability should be attenuated under the prevailing concept of comparative negligence, which, in spite of its quasi-delictual origin, also finds its way into the field of breach of contract. In its cold abstraction, the doctrine of causality either attaches certain consequences to a wrongful act or detaches such an act from certain consequences, but its focus does not seem to be on the manner in which a person aggrieved by the act of another is supposed to react to that act.*”

⁷³ Nossa tradução livre do seguinte trecho: “*its focus does not seem to be on the manner in which a person aggrieved by the act of another is supposed to react to that act*”.

Samaritano,⁷⁴ não se afigura razoável exigir que o faça, não obstante a nobreza e magnanimidade do ato.

GOETZ & SCOTT, sem manifestar preocupação com a titularidade das perdas evitáveis, desenham contornos econômicos ao *duty to mitigate the loss*, afirmando que “[t]he doctrine of avoidable consequences, which precludes an injured party from recovering damages for losses which he reasonably could have avoided, is the centerpiece of the mitigation principle”⁷⁵ (1983, p. 967). Em outra obra (*Contract Law and Theory*, 2007, p. 113), SCOTT, desta vez acompanhado por KRAUS, anuncia que “the doctrine of avoidable consequences (...) is a particular manifestation of the pervasive mitigation principle that runs throughout contract law.”⁷⁶

Para FARNSWORTH, “a economic justification of such rule is plain, for it encourages the injured party to act so as to minimize the wasteful results of breach” (2004, p. 779).⁷⁷ ROBERTS (*apud* ADAR, 2013, p. 23), após analisar o cenário, conclui que “[t]he clearest rationale supporting mitigation stems from economic considerations.”⁷⁸

⁷⁴ “Levantando-se um doutor da lei, experimentou-o, dizendo: Mestre, que farei para herdar a vida eterna? Respondeu-lhe Jesus: Que é o que está escrito na Lei? como lêes tu? Respondeu ele: Amarás ao Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma, de toda a tua força e de todo o teu entendimento, e ao teu próximo como a ti mesmo. Replicou-lhe Jesus: Respondeste bem; faze isso, e viverás. Ele, porém, querendo justificar-se, perguntou a Jesus: E quem é o meu próximo? Prosseguindo Jesus, disse: Um homem descia de Jerusalém a Jericó, e caiu nas mãos de salteadores que, depois de o despirem e espancarem, se retiraram, deixando-o meio morto. Por uma coincidência descia por aquele caminho um sacerdote; quando o viu, passou de largo. Do mesmo modo também um levita, chegando ao lugar e vendo-o, passou de largo. Um samaritano, porém, que ia de viagem, aproximou-se do homem e, vendo-o, teve compaixão dele. Chegando-se, atou-lhe as feridas, deitando nelas azeite e vinho e, pondo-o sobre o seu animal, levou-o para uma hospedaria e tratou-o. No dia seguinte tirou dois denários, deu-os ao hospedeiro e disse: Trata-o e quanto gastares de mais, na volta eu te pagarei. Qual destes três te parece ter sido o próximo daquele que caiu nas mãos dos salteadores? Respondeu o doutor da lei: Aquele que usou de misericórdia para com ele. Disse-lhe Jesus: Vai-te, e faze tu o mesmo.” – trecho obtido no website <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bom_samaritano>, acesso em 24 de novembro de 2014.

⁷⁵ “a doutrina das consequências evitáveis, que impede que a vítima seja indenizada por perdas que ela razoavelmente poderia ter evitado, é o coração do princípio da mitigação” (nossa tradução).

⁷⁶ “a doutrina das consequências evitáveis (...) é uma manifestação particular do extensivo princípio da mitigação, aplicável por todo o direito contratual” (nossa tradução).

⁷⁷ “é clara a justificativa econômica desta regra, porquanto encoraja a vítima a atuar no sentido de minimizar os indesejáveis resultados da quebra” (nossa tradução).

⁷⁸ “a mais clara razão amparando a noção de mitigação deriva de considerações de natureza econômica” (nossa tradução).

Segundo FURMSTON “*the mitigation rule is not a rule sui generis, functioning in isolation, but an example of the wider if vaguer doctrine of causation*”⁷⁹ (FURMSTON, 1981, p. 555). No mesmo sentido, HART & HONORÉ (Causation in the Law, 1985, p. 230):

“*Separate from these and perhaps more compatible with purely causal criteria is the view that defendant is liable if in the existing circumstances his contribution makes the difference between infringement and non-infringement of the plaintiff's rights or aggravates an existing infringement.*

(...)

The rule of avoidable consequences lays down that if plaintiff, after he has suffered an invasion of his rights, fails to take reasonable care to avoid further harmful consequences to himself, he is barred from recovering for the further harm which he negligently fails to avert, e.g. if after suffering an injury through defendant's negligence he fails to obtain proper medical care, with consequent aggravation of the injury. By a similar rule, plaintiff's failure to mitigate damages may to that extent reduce his claim. Plaintiff's conduct may amount to a voluntary causing of the further damage, as when a defendant in breach of contract furnished inferior seed and plaintiff, knowing of the defect, nevertheless planted the seed; here his voluntary conduct is on common-sense principles the 'sole' cause of his obtaining an inferior crop (good seed being obtainable elsewhere).”⁸⁰

FARNSWORTH é catégorico ao afirmar que “[f]ailure to mitigate damages is not (...) a breach of the more general duty of ‘good faith’” (2004, p. 779).⁸¹

Esta maior aproximação entre o *duty to mitigate the loss* e as noções de causalidade e de eliminação das perdas evitáveis ficará ainda mais evidente quando, visitando casos típicos de aplicação do *duty to mitigate the loss*, não identificarmos resquícios de boa-fé ou quando a identificarmos de modo pálido e pouco visível. Veremos que a lógica do *duty to mitigate the loss* obedece a parâmetros de causalidade (quicá próprios) da tradição *common law*.

⁷⁹ “a regra da mitigação não é uma regra sui generis, funcionando isoladamente, mas um exemplo da mais ampla e talvez mais vaga doutrina da causalidade” (nossa tradução).

⁸⁰ “(...) talvez mais compatível com o critério puramente causal é a visão de que o demandado é responsável se, nas dadas circunstâncias, a sua contribuição faz a diferença entre infração e não infração aos direitos do demandante ou agrava uma infração pré-existente.

(...)

A regra das consequências evitáveis preceitua que, se um demandante, após sofrer uma invasão na sua esfera de direitos, falha em adotar as providências razoáveis para evitar o agravamento dos danos para si mesmo, ele é impedido de ser ressarcido pelos danos agravados que ele, por culpa, deixou de evitar, e.g. se após sofrer uma lesão por conta de ato culposo do demandado, ele deixa de obter cuidados médicos adequados, com a consequente piora da lesão. De acordo com uma regra semelhante, a falha do demandante em mitigar danos pode, nesta mesma extensão, reduzir o seu pleito. A conduta do demandante pode constituir uma causa voluntária para o dano agravado, como na hipótese em que um demandado, em violação ao contrato, fornece sementes de qualidade inferior e o demandante, apesar de ciente, utiliza as tais sementes; aqui, sua conduta voluntária é, por princípio de senso comum, a única causa de sua colheita de qualidade inferior (sendo possível obter sementes adequadas em algum outro local).” (nossa tradução).

⁸¹ “a falha em mitigar danos não é (...) uma quebra do dever mais genérico de boa-fé.” (nossa tradução).

Aliás, interessante notar o tratamento topográfico que a doutrina estrangeira concede ao *duty to mitigate the loss* em suas obras: sob o tópico “*Remedies*”, especialmente nos subtítulos “*Avoidability as a Limitation*” e “*Avoidability and Cost to Remedy Defect*” (FARNSWORTH, 2004); sob o título “*Remedies for breach of contract*” (FURMSTON, 1981); no capítulo “*Remedies*”, subcapítulo “*Limitations on Compensation*”, item “3. *Duty to Mitigate*” (os demais itens são “1. *The Certainty Limitation*”, “2. *Foreseeability*” e “4. *Liquidated Damages*”) (SCOTT & KRAUS, 2007, p. 951);⁸² no tópico “*Remedies for Breach of Promise*” (DAWSON & HARVEY, 1977); sob o título “*Damages*”, entre os subtítulos “*Introduction*”, “*Non-compensatory damages*”, “*Compensatory damages*”, “*Foreseeability*”, “*Certainty*”, “*The concept of value*”, “*Damages in particular actions*”, “*Agreed Damages*” (CALAMARI & PERILLO, 1977).⁸³

Convém concluir com a afirmação de que, em dados casos, a aplicação do *duty to mitigate the loss* pode gerar resultados semelhantes ou idênticos aos da aplicação da boa-fé, sem que, ainda assim, possam os institutos, se aplicada a melhor técnica, serem confundidos ou subsumidos um ao outro. GOLDBERG, após o estudo de um caso específico, afirmou: “*Schlegel’s lawyer relied on ‘good faith and fair dealing’; I find that too fuzzy and would prefer ‘failure to mitigate’, but the result would be the same*” (2006, p. 89).⁸⁴

2.3 Os contornos do instituto na *common law*:

Classicamente (MACINTOSH & FRYDENLUND, 1987, p. 117), o precedente que se invoca para justificar a aplicação da *mitigation doctrine* é um caso inglês de responsabilidade civil contratual,⁸⁵ seara⁸⁶ em que o *duty to mitigate the loss* é, não sem exagero, considerado “um princípio universalmente aceito” (GOETZ & SCOTT, 1983, p. 967).

⁸² Que afirmam que “*certainty*”, “*foreseeability*” e “*mitigation*” são “*the classic limitations that the common law implies as default rules*”.

⁸³ O título utilizado pelos autores é “*Avoidable Consequences*”. As questões tratadas sob este subtítulo estão divididas em três tópicos: (i) “*the ‘duty’ do mitigate damages*”; (ii) “*Non-exclusive contracts – an apparent exception to the Doctrine of Avoidable Consequences*”, e; (iii) “*Recovery for Expenses sustained in avoiding consequences of a breach*”.

⁸⁴ “O patrono de Shlegel buscou amparo na alegação de ‘boa-fé’; a alegação me parece confusa e eu prefiro recorrer à ‘falha de mitigação’, mas o resultado seria o mesmo” (nossa tradução).

⁸⁵ *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Underground Electric Railway Co.* [1912] A.C. 673 (H.L.).

No *leading case*,⁸⁷ *Underground Co.*, demandante, e *British Westinghouse*, demandada, celebraram contrato de compra e venda de oito turbinas a vapor destinadas à geração de energia para o que atualmente são as linhas *Circle* e *District* do metrô de Londres. As especificações técnicas das turbinas, embora devidamente indicadas no contrato, não foram atendidas, notadamente a principal delas, relacionada à eficiência do equipamento. A própria *British Westinghouse* realizou testes e verificou ser necessário mais carvão do que o contrato estabelecia para que fosse gerada a quantidade de energia avençada. Posteriormente, *Underground Co.* adquiriu turbinas mais eficientes do que aquelas fornecidas pela *British Westinghouse* e demandou pelo recebimento de indenização pelas perdas verificadas.

A *House of Lords*, ao fim da linha de um longo procedimento cuja narrativa é aqui impertinente, entendeu que, na avaliação dos prejuízos, era necessário que fossem computados os ganhos aferidos por decorrência das providências adotadas pelo demandante no sentido de reduzir as consequências da quebra do contrato. Computados os ganhos, *nenhum* prejuízo restou apurado:

*“...as far as possible, he who has proved a breach of a bargain to supply what he contracted to get is to be placed, as far as money can do it, in as good a situation as if the contract had been performed. The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming in respect of any part of the damage which is due to his neglect to take such steps.”*⁸⁸
(sublinhamos)

⁸⁶ “Visto sob os olhos da tradição *common law*, o assunto ‘responsabilidade civil’ não invoca uma separação, em compartimentos hermeticamente fechados, de responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual” (BRIDGE, 1982, p. 873). “Existem institutos aplicáveis em contratos e fora deles. A *doctrine of mitigation of damages* é um exemplo” (BRIDGE, 1982, p. 908) – trechos livremente traduzidos. Também entre nós, a linha divisória entre esses compartimentos não é significativa, “... não existe na realidade uma diferença ontológica, senão meramente didática, entre responsabilidade contratual e aquiliana. Essa dualidade é mais aparente do que real” (VENOSA S. d., 2012, p. 23). COUTO e SILVA assim discorre sobre o assunto: “On étudie la responsabilité civile selon une division classique: responsabilité contractuelle et extra-contractuelle ou délictuelle. Il est alors facile de constater une opposition très profonde entre les deux espèces de responsabilité, puisqu’une provient d’un acte licite et l’autre d’un acte illicite. À mesure que les différences s’effacent, on cherche une réglementation juridique unitaire des effets de droit et des sources, enfin une *fattispécie* plus générale susceptible d’englober la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle.” (Principes Fondamentaux De La Responsabilité Civile En Droit Brésilien Et Compare, 1988).

⁸⁷ Para uma descrição do caso, vide DYSON em “*British Westinghouse Revisited*”, disponível em <https://www.academia.edu/1987110/British_Westinghouse_Revisited>, acessado no dia 5 de setembro de 2014. DYSON dedicou outros textos relacionados ao assunto, acessíveis no mesmo *website*.

⁸⁸ “... tanto quanto possível, aquele que prova uma violação ao dever de fornecer aquilo que foi contratado deve ser colocado, tanto quanto o dinheiro pode assegurar, em situação tão boa quanto estaria caso o contrato tivesse sido honrado. A base fundamental é portanto compensação pela perda pecuniária que decorre naturalmente da quebra; mas este princípio é qualificado por um segundo, que impõe ao demandante o dever de adotar todas as providências razoáveis no sentido de mitigar a perda decorrente da quebra, e o impede de pleitear o

Não há dúvidas de que o *duty to mitigate the loss* é, também, de tranquila aplicação às questões envolvendo *torts*.⁸⁹ Nos EUA, o tema está positivado - §918 do *Restatement of Torts (Second)*:

(1) *Except as stated in Subsection (2), one injured by the tort of another is not entitled to recover damages for any harm that he could have avoided by the use of reasonable effort or expenditure after the commission of the tort.*

(2) *One is not prevented from recovering damages for a particular harm resulting from a tort if the tortfeasor intended the harm or was aware of it and was recklessly disregarding of it, unless the injured person with knowledge of the danger of the harm intentionally or heedlessly failed to protect his own interests.*

No *leading case*⁹⁰ em matéria de *torts* (CALAMARI & PERILLO, 1977, p. 542), a empresa proprietária de um navio norueguês que estava sendo acusada de beneficiar a Alemanha, na primeira grande guerra mundial, protegeu a sua reputação por meio de anúncios publicitários refutando o ato que lhe era atribuído; os anúncios publicitários foram reputados medidas razoáveis e todas as despesas incorridas foram consideradas reembolsáveis, independentemente da efetiva mitigação dos danos.

Chama a atenção a circunstância de que o *duty to mitigate the loss*, pelo menos nos EUA, é de indiscutível aplicação às questões trabalhistas.⁹¹ De fato, durante as pesquisas para este trabalho, deparamo-nos com um número imenso de decisões da seara trabalhista invocando a *mitigation doctrine*, a mais célebre delas, ou mais lúdica, é a que relata a saga de Shirley MacLaine em sua demanda contra a *Twentieth Century-Fox*, em decorrência do cancelamento do filme *Bloomer Girl*. Ao que consta, após o cancelamento, Shirley MacLaine recusou oferta da própria *Twentieth Century-Fox* para outro trabalho (*Big Country, Big Man*): discutiu-se se o *duty to mitigate the loss* exigiria que Shirley MacLaine aceitasse trabalho considerado “*different and inferior*”. Entendeu-se, majoritariamente, que não. Para uma detalhada e intrigante descrição do caso, vide GOLDBERG (2006, p. 279 e seguintes).

ressarcimento de qualquer dano devido em razão de sua negligência na adoção destas providências.” (nossa tradução).

⁸⁹ “Most of the authorities on the ‘duty’ to mitigate relate to breach of contract, but the broad principles are equally applicable to torts” (MCGREGOR apud ADAR, 2013, p. 9). “While the doctrine of mitigation of damages developed in the law of contracts, the courts had little difficulty in extending its application to the law of torts as well.” (ROGERS, WINFIELD & JOLOWICZ apud ADAR, 2013, p. 9). Não se cogita da inaplicabilidade da *doctrine of avoidable consequences* ao campo dos *torts*.

⁹⁰ *Den Norske Amerikalinje Actieselskabet v. Sun Printing & Publishing Ass’n*, 226 NY 1, 122 NE 463 (1919).

⁹¹ ACKERMAN refere que “in tort cases the principle is the product of the judicial mill. In the workmen’s compensation cases, it is the product of the legislative mill” (p. 15).

Não discutiremos a questão sob a ótica trabalhista mas fazemos questão de ressaltá-la dado o seu poderosíssimo papel ilustrativo.⁹² Segundo CALAMARI & PERILLO (1977, p. 541):

*A full time employee owes a duty to his employer to devote all his working hours to his employer's business. If the employee is wrongfully discharged, his damages are reduced by any earning from employment he secures or could with reasonable diligence during the contract period.*⁹³

Assim, o empregado cujo contrato de trabalho, antes do seu termo final, é ilegalmente resolvido, está sujeito ao “duty” consistente em tomar as providências razoáveis que lhe assegurem uma nova ocupação. Se o empregado:

- (a) comprovadamente, adotar as tais providências:
 - (a.1) mas não for bem sucedido na busca de uma nova posição: será, então, integralmente ressarcido pelos danos decorrentes da resolução do contrato, inclusive no que diz respeito às despesas empreendidas nesta busca;
 - (a.2) e for bem sucedido na busca de uma nova posição:
 - (a.2.1) cuja remuneração é inferior àquela contratada com o ex empregador: será, então, indenizado em valor correspondente à diferença entre as remunerações, adicionada às despesas empreendidas na busca;⁹⁴
 - (a.2.2) cuja remuneração é igual ou superior àquela contratada com o ex empregador: terá, então, cumprido integralmente o “duty” a que está sujeito, de modo que não receberá qualquer indenização de seu ex empregador.

⁹² O contrato de trabalho americano corresponderia, num modelo comparativo, ao nosso contrato de prestação de serviços.

⁹³ “Um empregado de tempo integral tem o dever, perante seu empregador, de dedicar todas as suas horas de trabalho ao negócio do empregador. Se o empregado é ilegalmente demitido, seus prejuízos serão reduzidos por qualquer ganho decorrente de emprego que ele obtem ou poderia obter, por meio de diligências razoáveis, durante o período do contrato.” (nossa tradução)

⁹⁴ E se o empregado for bem sucedido na busca de uma nova e similar posição mas, posteriormente, for demitido por conduta inapropriada – o novo emprego contará como providência mitigadora para fins de deduzir o valor da indenização? Sim – *Stanchfield v. Hamer Toyota, Inc*, 37 Cal. App. 4th 1495, 1502-1503, 55 Cal. Rptr. 2d 565, 568 (1995).

- (b) injustificadamente, não adotar as tais providências: não será indenizado pelas perdas que, nas circunstâncias, poderiam ter sido evitadas, podendo alcançar, inclusive, a integralidade das perdas havidas.

Nesta senda, a decisão a que se refere COLE (1954, pp. 923-925):⁹⁵

LABOR LAW-BACK PAY AWARDS-DUTY OF DISCHARGED EMPLOYEE TO SEEK OTHER EMPLOYMENT-The National Labor Relations Board issued a back pay order in favor of the victim of a discriminatory discharge, computing the award on the basis of the earnings of the dischargee's replacement during the period of discrimination less the amount actually earned by the dischargee in other employment during the same period. The dischargee had registered with the state unemployment agency but had earned only \$294.20 over a two-year period. On petition for enforcement of the order, held, order set aside and case remanded. Where a dischargee earns only a small amount of money over a long period of time, mere proof of registration with a state unemployment agency is not sufficient evidence that the defendant has fulfilled his duty to use reasonable diligence in seeking other employment. NLRB v. Pugh & Barr, Inc., (4th Cir. 1953) 207 F. (2d) 409.

*(...) This discretion is limited by the requirement that there be deducted from the pay losses of the employee any earnings which he willfully failed to earn, including those which he did not earn as a result of a failure to use reasonable diligence in seeking employment elsewhere. This duty to "mitigate damages" is based upon the theory that the general purpose of a Board order is remedial, not punitive, and that the purpose of a back pay order is therefore to make the employee whole rather than to penalize the employer. It has also been said that this requirement is fair and promotes production and employment.*⁹⁶ (sublinhamos)

Trazemos à nota um último caso, apenas para que se fixe a extensão que se pode dar ao *duty to mitigate the loss* (BATES, 1992, p. 305):⁹⁷

Cockburn was wrongfully discharged from employment at a salary of \$5,000 per annum. He traded in stock of his former employer, realizing a gain of \$11,000. It was found that this gain could not have been made had he continued in this

⁹⁵ A decisão é referendada por uma série de precedentes no mesmo sentido, indicada no próprio texto (e aqui reproduzidas tal qual o foram no texto): “1 *Pugh & Barr, Inc.*, 102 N.L.R.B. 562 (1953). 2 *Labor-Management Relations Act*, 1947, 61 Stat. L. 136 (1947), 29 U.S.C. (Supp. V, 1952) 160(b). 3 *NLRB v. Seven-Up Bottling Co.*, 344 U.S. 344, 73 S.Ct. 287 (1953); *NLRB v. Gullet Gin Co.*, 340 U.S. 361, 71 S.Ct. 337 (1950); *Phelps Dodge Corp. v. NLRB*, 313 U.S. 177, 61 S.Ct. 845 (1941). 4 *Phelps Dodge Corp. v. NLRB*, note 3 *supra*. 5 *NLRB v. Cheney California Lumber Co.*, (9th Cir. 1945) 149 F. (2d) 333; *NLRB v. Cowell Portland Cement Co.*, (9th Cir. 1945) 148 F. (2d) 237; *NLRB v. Condenser Corp. of America*, (3d Cir. 1942) 128 F. (2d) 67. 6 *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197, 59 S.Ct. 206 (1938). 7 *Phelps Dodge Corp. v. NLRB*, note 3 *supra*; *Republic Steel Corp. v. NLRB*, 311 U.S. 7, 61 S.Ct. 77 (1940).”

⁹⁶ “Quando um empregado demitido recebe apenas uma pequena quantia em dinheiro por um longo período de tempo, mera prova de que se registrou perante a agência de empregos do estado não é evidência suficiente de que se desincumbiu da exigência de adotar razoável diligência na busca de outro emprego” (nossa tradução do trecho sublinhado).

⁹⁷ *Cockburn v. Trusts & Guarantee Co.* (1917), 37 D.L.R. 701, 55 S.C.R. 264. “37 D.L.R. 701, 55 S.C.R. 264.

*employment. Accordingly the plaintiff's damages for wrongful dismissal were held to have been fully mitigated.*⁹⁸

Explica BATES que (1992, p. 305):

*These cases turn on the question of whether the defendant's breach of contract has created an asset available to the plaintiff which was employed in mitigation of damages. If so, it is a case of mitigation and the value of the avoided losses must be taken into account in assessing the damages. If, on the other hand, the asset which produced the gains was in the plaintiff's hands before, or in any event of the breach, then there is no case of mitigation.*⁹⁹

BRIDGE (*mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss*, 1989, p. 389) subdivide a *mitigation doctrine* em três regras:¹⁰⁰ (a) o demandante, vítima de uma violação contratual ou extracontratual, não poderá responsabilizar a parte contrária pelos prejuízos que poderia ter evitado pela adoção de medidas razoáveis; (b) as despesas incorridas pelo demandante, seja na tentativa de mitigar os prejuízos, seja na efetiva mitigação dos prejuízos, são passíveis de reembolso, desde que razoáveis; (c) a indenização pedida pelo demandante será ajustada de modo a computar os prejuízos mitigados decorrentes das razoáveis medidas.

Procuraremos expor os contornos do instituto considerando essas três regras acima e outras questões de relevo, por meio dos tópicos abaixo.

2.3.1 Duty?

Inserir este tópico em um subtítulo que faz referência a “contornos” é um equívoco, na medida em que a informação é nuclear, ao menos no contexto da *common law*. O ato, portanto, é proposital. O propósito é acenar para um equívoco que é o de atribuir ao credor

⁹⁸ “Cockburn foi ilegalmente demitido de emprego cujo salário era de \$ 5.000 por ano. Ele comprou ações da sua ex empregadora, obtendo, com isso, ganhos de \$ 11,000. Considerou-se que estes ganhos não poderiam ter sido obtidos na hipótese de Cockburn continuar empregado. Assim, os danos decorrentes da demissão ilegal foram reputados integralmente mitigados.” (nossa tradução).

⁹⁹ “Estes casos voltam-se à hipótese de a quebra do contrato ter proporcionado à parte um ativo, por ela empregado na mitigação de danos. Se a quebra do contrato proporcionou este ativo, o caso é de mitigação de danos e o valor das perdas evitáveis deve ser computado na apuração da indenização. Se, por outro lado, a parte, independentemente da quebra, já dispunha deste ativo, então não é o caso de mitigação” (nossa tradução).

¹⁰⁰ Há também quem a subdivide em duas regras, mas uma delas acaba englobando o terceiro desdobramento apontado (PHEGAN, 1985, pp. 492-493).

um *dever* de mitigar. Há quem entenda existir, inclusive, responsabilidade objetiva.¹⁰¹ Tais entendimentos acabaram referendados no mais importante julgamento brasileiro envolvendo o tema.¹⁰² Nos EUA, no Reino Unido, no Canadá e na Austrália, esta afirmação seria uma grave impropriedade técnica.

O duty to mitigate the loss não envolve um *dever*¹⁰³ (FARNSWORTH E. A., 2004, p. 779) e tampouco uma *obrigação*, na medida em que não existe direito correlato titularizado pela outra parte (BRIDGE, *Mitigation of Damages in contract and the meaning of avoidable loss*, 1989, p. 400).

Dever, na clássica lição de ORLANDO GOMES, é “a necessidade que corre a todo indivíduo de observar as ordens ou comandos do ordenamento jurídico, sob pena de incorrer em uma *sanção*” (2009, pp. 11-12). Distintamente de um *dever*, o *mitigation principle* funciona como um mecanismo que limita a indenização (SCOTT & KRAUS, 2007, p. 113); é, em realidade, um *ônus*, na medida em que “o comportamento é livre no sentido de que o onerado só o adota se quer realizar o seu interesse” (GOMES, 2009, p. 12). Dito de outro modo: a vítima não incorre em qualquer responsabilidade por ter deixado de adotar medidas mitigadoras (FARNSWORTH E. A., 2004, p. 779), simplesmente perde o direito ao ressarcimento sobre a parte não mitigada:

*When statement is made that ‘servant wrongfully discharged is ‘under a duty’ to the master to reduce the damages, if he can, what is meant is merely that if he unreasonably rejects [other employment], he will not be heard to say that the loss of wages from then on shall be deemed the jural consequence of the earlier discharge.’*¹⁰⁴

¹⁰¹ O entendimento é de TARTUCE, disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>, último acesso em 06 de setembro de 2014.

¹⁰² STJ, 3ª Turma, REsp 758.518/PR, número de registro 2005/0096775-4, julgado em 17/06/2010, Rel. Exmo. Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), DJe 01/07/2010.

¹⁰³ *Rock v. Vandine* (1920, Kan.) 189 Pac. 157; *Saxony Mills v. Huck* (1919, Mo. St. L. App.) 208 S. W. 868.

¹⁰⁴ “Quando é declarado que o empregado ilegalmente demitido ‘tem o dever’ em relação ao empregador de reduzir suas perdas, desde que possa fazê-lo, o que se procura afirmar é meramente que se o empregado ilegalmente recusa outra proposta de emprego, a sua alegação de perda dos salários, a partir de então, não será considerada uma consequência de sua demissão” (nossa tradução). A causalidade, como não poderia deixar de ser, está aqui novamente presente. O trecho traduzido remete à *McClelland v. Climax Hosiery Mills*, 169 N.E. 605 (N.Y. 1930).

No Direito Brasileiro, entretanto, são diversas as decisões que invocam o *duty to mitigate the loss* para justificar um *dever*.¹⁰⁵

2.3.2 A quem cabe o “dever” de mitigar o dano?

Na maioria das vezes, a adoção das medidas mitigadoras é mais facilmente acessível à vítima (credor) do que ao ofensor (devedor), notadamente nos contratos de compra e venda, tema de que a CISG se ocupou com exclusividade.

Tal circunstância, entretanto, não pode levar à conclusão de que *invariavelmente* cabe ao credor a adoção de medidas mitigadoras. Apesar disso, o Enunciado 169 declara, de modo peremptório, que o “princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

FARNSWORTH não deixa dúvidas de que, numa hipótese em que o devedor e o credor têm iguais possibilidades de mitigar as perdas, por meio de medidas igualmente razoáveis, o devedor não pode alegar que tal providência caberia ao credor (2004, p. 779). DOBBS, a seu turno, afirma que se “... *the defendant had an equal and continuing opportunity to minimize damages he has caused, and at a cost no greater than would be required of the plaintiff, the grounds for reducing his liability seem doubtful*”¹⁰⁶ (DOBBS *apud* ADAR, 2013, p. 35).

Distante dessa discussão, a maior parte da doutrina estrangeira, sabiamente, atribui ao *plaintiff* – ao demandante – o “*duty*” (HART & HONORÉ, 1985, p. 230). No mesmo sentido, a opinião de BRIDGE, para quem tal tarefa cabe ao “*claimant (plaintiff), except when we are looking at a counter-claim by the defendant.*”¹⁰⁷

¹⁰⁵ Entre inúmeros outros, vide TJ/SP, Apel. n. 0142610-65.2012.8.26.0100, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Abrão, julgado em 12/03/14 (“Em respeito ao princípio da boa-fé, o credor tem o dever de impedir o incremento de seu próprio prejuízo”).

¹⁰⁶ Se “o demandado tiver uma igual e permanente oportunidade de mitigar os danos por ele causados, e por um custo menos elevado que teria o demandante caso o fizesse, as razões para a redução de sua responsabilidade parecem duvidosas” (nossa tradução).

¹⁰⁷ “(...) demandante (autor), exceto quando o que está em jogo é a reconvenção do demandado” (nossa tradução).

Há quem discorde da regra de que o *duty* deve recair igualmente sobre as diferentes partes do contrato, por considerar que a ideia desvirtuaria princípios prestigiados pela *common law* – a referência é aos princípios efficientistas defendidos pelo autor, mais prestigiados na tradição americana do que na inglesa – porquanto, segundo afirma, a regra não preservaria o “*buyer’s incentive to consider a wide range of possible methods of mitigation of damages*”¹⁰⁸ (POSNER *apud* FARNSWORTH, 2004, p. 779, n. 4). Em que pese a crescente aceitação de argumentos efficientistas no Brasil,¹⁰⁹ esta tendência, entre nós, ainda é bastante tímida, e inadequada a justificar o teor do Enunciado 169.

2.3.3 O ônus da prova

O ônus da prova quanto à possibilidade de terem sido adotadas medidas mitigadoras recai sobre o demandado (FARNSWORTH E. A., 2004, p. 780; FURMSTON, 1981, p. 552),¹¹⁰ mas caberá ao demandante demonstrar que a perda foi de fato causada por ato do demandado (BRIDGE, 1989, p. 399).

2.3.4 Razoabilidade das medidas

A razoabilidade é um parâmetro aberto que a jurisprudência e a doutrina de *common law* procuram exprimir recorrendo a conceitos igualmente abertos que, mesmo conjuntamente examinados, facilitam muito pouco a tarefa do intérprete. O fundamental é que a razoabilidade das medidas adotadas deve ser verificada casuística (BATES, 1992, p. 275) e subjetivamente (BRIDGE, 1989, p. 399).

¹⁰⁸ “os incentivos ao comprador no sentido de estudar um amplo campo de possíveis métodos de mitigação de danos” (nossa tradução).

¹⁰⁹ Para uma série de interessantíssimos trabalhos nesta área, vide <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/>, acesso em 18 de outubro de 2014.

¹¹⁰ Vide ainda TRONCOSO (2011), para quem “(i)ncumbe a la parte que incumplió sus obligaciones probar al juez que la víctima se encontraba em circunstancias de tomar medidas para evitar la expansión del daño y no lo hizo, es decir, que la víctima fue negligente em la gestión del daño que le fue causado y se quedó pasiva pudiendo haber evitado el surgimiento de perjuicios derivados del daño.”

CORBIN associa a noção de razoabilidade ao que “*a prudent person would do in the ordinary course of business*”¹¹¹ (CORBIN *apud* MACINTOSH & FRYDENLUND, 1987, p. 117). É razoável o que estiver contemplado no campo da previsibilidade,¹¹² e o que não exigir investimentos demasiados ou sacrifícios.¹¹³ Pertinente o item “1” do §350 do *Restatement (Second) of Contracts* americano:

§350

(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.*

As críticas, por parte do demandado, a respeito da razoabilidade das medidas adotadas pelo demandante, precisam ser criteriosas,¹¹⁴ e o cenário há que ser avaliado retrospectivamente:

*Where the sufferer from a breach of contract finds himself in consequence of that breach placed in a position of embarrassment the measures which he may be driven to adopt in order to extricate himself ought not to be weighed in nice scales at the instance of the party whose breach of contract has occasioned the difficulty. It is often easy after an emergency has passed to criticize the steps which have been taken to meet it, but such criticism does not come well from those who have themselves created the emergency. The law is satisfied if the party placed in a difficult situation by reason of the breach of a duty owed to him has acted reasonably in the adoption of remedial measures, and he will not be held disentitled to recover the cost of such measures merely because the party in breach can suggest that other measures less burdensome to him might have been take.*¹¹⁵

Uma questão interessante é a da relação entre a *mitigation doctrine* e a *efficient breach*. A violação de normas contratuais, desde que economicamente eficiente, constitui uma simples opção entre cumprir uma avença e deixar de cumpri-la, pagando, no último caso,

¹¹¹ “o homem prudente faria no curso regular de seus negócios” (nossa tradução).

¹¹² *Slovick v. All Am. Bank*, 516 N.E. 2d 947 (Ill. App. 1987).

¹¹³ *Bank One, Texas. v. Taylor*, 970 F2d 16 (5th Circ. 1992).

¹¹⁴ *When a choice has been required between two reasonable courses, the person whose wrong forced the choice can not complain that one rather than the other was chosen. The rule of mitigation of damages may not be invoked by a contract breaker as a basis for hypercritical examination of the conduct of the injured party (...). One is not obligated to exalt the interest of the defaulter to his own probable detriment. – Kellet Aircraft Corp.*, 186 F. 2d 197, 198-199 (3rd Circ. 1950).

¹¹⁵ “Quando a vítima do descumprimento de um contrato se encontra, em decorrência do descumprimento contratual, em uma posição de constrangimento, as medidas que ela precisa adotar de modo a afastar este constrangimento não podem ser avaliadas em métricas amigáveis indicadas pela parte cuja quebra conduziu à situação de dificuldade. É muitas vezes fácil, depois de passada a emergência, criticar as medidas adotadas pela parte, mas estas críticas não são bem vindas daqueles que criaram o estado de emergência. A lei se satisfaz quando a parte colocada em uma situação difícil em razão da quebra age razoavelmente na adoção de medidas remediadoras, e não será considerada desmerecedora do ressarcimento das despesas de tais medidas simplesmente porque a parte inadimplente pode sugerir que outras medidas menos onerosas para ele poderiam ter sido tomadas” – *Banco de Portugal v. Waterlow & Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452 (H.L.)

o preço decorrente do seu descumprimento (HOLMES *apud* POSNER, 2009). POSNER assim batizou artigo de sua autoria a respeito do tema: *Let Us Never Blame a Contract Breaker* (2009). O intuito de POSNER, identificável até mesmo pela forma provocadora com que nomeou seu artigo, é afastar ideias religiosas que “santificam” o contrato (em especial, a *promise*), relativizando o *pacta sunt servanda*.

A *efficient breach* é ideia que, entre nós, e mesmo fora dos EUA, encontra uma série de obstáculos (SCALISE JR., 2007). A questão ganha importância nos contratos de compra e venda de *commodities*: não raras vezes, o preço do bem oscila de tal modo que honrar o pacto previamente estipulado deixa de ser economicamente interessante. É possível admitir que, mesmo neste contexto, recaia sobre os ombros da parte adimplente o *duty to mitigate the loss*? Esta prática pareceria adequada em nosso país?

Outro ponto merecedor de atenção é o das características do mercado em que celebrado o contrato (e aqui insistiremos no contrato de compra e venda de mercadorias): o *duty to mitigate the loss* exige que o contratante receba mercadorias de especificações distintas daquelas contratadas?¹¹⁶ E se esta for a única alternativa às mãos do comprador para mitigar os seus prejuízos, num hipotético mercado em que o produto adquirido simplesmente inexistente ou é raro. Aqui, à moda de POSNER, indagamos: o *duty to mitigate the loss* exige que a vítima ofereça a outra face? Muitas vezes, sim (GOLDBERG, 2006, p. 215; STOLL & GRUBER, 2005, p. 791).¹¹⁷

Existem decisões no sentido de que “[i]n commercial contracts, it is generally reasonable to accept an offer from the party in default.”¹¹⁸ O caso tratava da compra e venda de mercadorias a serem entregues em parcelas, com os correspondentes pagamentos a serem realizados em até um mês a partir de cada entrega. Os compradores não honraram, dentro do mês convencionado, o pagamento da primeira parcela, circunstância invocada pelos

¹¹⁶ *United States v. Sabin Metal Corp.*, 151 F. Supp. 683 (S.D.N.Y. 1957), *aff'd*, 253 F.2d 956 (2d Cir. 1958); *Canadian Indus. Alcohol Co. v. Dun- bar Molasses Co.*, 258 N.Y. 194, 179 N.E. 383 (1932).

¹¹⁷ SCOTT & KRAUS (2007, pp. 976-977) afirmam que a maioria dos tribunais americanos têm recusado a imposição do ônus de negociar com a parte inadimplente, ainda que ela ofereça a melhor opção entre as existentes, se o mercado disponibilizar substituto próximo [*Everett v. Emmons Coal Mining Co.*, 289 F. 686 (6th Cir. 1923)]. Se, no entanto, não houver produto semelhante no mercado (ou se o acesso a tal produto demandar medidas não razoáveis), os autores entendem que as decisões dos tribunais são menos uniformes, com precedentes decidindo que a aceitação à proposta da parte inadimplente constitui a medida mitigadora a se adotar, [*Henrici v. South Feather Land & Water Co.* 170 p. 1135 (Cal. 1918)], salvo a hipótese de se comprovar que a quebra contratual foi comercialmente estratégica.

¹¹⁸ *Payzu Ltd. v Saunders* [1919] 2KB 581.

vendedores para justificar a resolução da avença e, concomitantemente, oferecer aos compradores a entrega de mercadorias idênticas, pelos mesmos preços contratados, mas com pagamento a vencer no momento do pedido. A oferta dos vendedores não foi aceita. Com o aumento dos preços das mercadorias, os compradores ajuizaram demanda fundada em quebra do contrato. Entendeu-se, em primeiro lugar, que o vendedor era responsável pelos danos, na medida em que a circunstância invocada não teria o condão de justificar a resolução da avença. Por outro lado, entendeu-se que os compradores deveriam ter mitigado as suas perdas através da aceitação da oferta dos vendedores.¹¹⁹

Imaginemos agora outro contexto. Nos países de tradição *common law*, o remédio mais propalado, sem qualquer sombra de dúvidas, é o dos *damages*. Entre nós, apesar de o cumprimento forçado do contrato, na prática, configurar pedido relativamente raro, o fato é que nossa tradição é a de santificar a avença, de modo a assegurar ao contratante tudo aquilo que teria direito caso o negócio fosse fielmente cumprido. Mais do que um mero mecanismo de alocação de riscos, o contrato, entre nós, é visto à luz da boa-fé, altamente influenciado por normas morais, inclusive de origem canônica (BERMAN, 1986).¹²⁰ O fato é que, em determinadas situações, dependendo da força que se emprestar ao *duty to mitigate the loss*, o cumprimento forçado do contrato poderá consubstanciar medida incompatível com aquela, provavelmente mais branda, que se espera do contratante. A questão foi discutida em dois julgados, um Americano, em que decidiu-se que o cumprimento forçado do contrato constituía medida exageradamente onerosa à parte adversa,¹²¹ e um Britânico, em que admitiu-se o cumprimento forçado da avença.¹²²

¹¹⁹ E que os danos não deveriam ser calculados com base na diferença entre o preço ofertado e o preço de mercado, mas sim pela perda que teria sido experimentada caso a oferta tivesse sido aceita.

¹²⁰ Esta influência fica ainda mais evidente pela análise do nosso modelo de resolução de contrato. Enquanto que, na Alemanha, a resolução contratual opera-se extrajudicialmente, nós adotamos a solução de que a resolução do contrato depende de intervenção judicial. “A origem dessa característica judicializada não vem de Roma, mas do Direito Canônico, no qual o juiz eclesiástico apreciava se o descumpridor cometera algum pecado contra a outra parte, independentemente da liberação do co-contratante.” (AGUIAR JUNIOR, 2004, p. 230).

¹²¹ *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 35 F. 2d 301 (4th Cir. 1929) – o caso foi assim explicado: “*Luten Bridge Company had just begun work on a bridge for Rockingham County when a rump group of Rockingham County commissioners voted to relocate the road and to cancel the bridge contract. (...). The company completed the bridge (...). The opinion goes on to hold that the company could recover only its costs up to the time of the cancellation plus its lost profits, though it spent much more to finish the bridge. This seems a straightforward application of the mitigation doctrine*” (GERGEN M. P., 2009, p. 1405).

¹²² *White and Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 413 – o caso foi assim descrito em <http://132.181.2.68/Data/Library4/law_reports/concomlaw_278214.pdf>, acessado em 17 de novembro de 2014. “*In the White and Carter case, an employee of a Mr. McGregor had signed a contract, on his employer's behalf, with the company. The contract was for the hire of advertising space on litter bins. It was to run for 3 years, beginning on the date that the first advertisement appeared. Later in the same day, Mr. McGregor himself wrote to the company and cancelled the contract. The company, however, refused to accept the cancellation. It went ahead and prepared the advertisements and displayed them on the bins for the next 3 years. It took no steps*

Diante deste cenário, indagamos: com que boa-fé é possível recusar, à vítima de um inadimplemento contratual, a possibilidade de recorrer ao cumprimento forçado da avença?¹²³

2.4 O *duty to mitigate the loss* na CISG

A proposta¹²⁴ que gerou o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil expressamente invocou o Artigo 77 da CISG, em defesa da “existência de um dever, imposto ao credor, de mitigar o seu próprio prejuízo”.

Dispõe o artigo 77 da CISG:¹²⁵

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.

Criada em 1980 com o ambicioso propósito de uniformizar a disciplina da atividade de compra e venda internacional de mercadorias, a CISG,¹²⁶ estima-se, regula atualmente cerca

during that period to mitigate Mr. McGregor's loss by seeking alternative advertisers. At the end of the 3 year period the company sued for the full contract price.' The House of Lords, by a majority of 3 to 2, held that the company was entitled to succeed. It was under no obligation to accept Mr. McGregor's repudiation of the contract: it was entitled to treat the contract as subsisting. The two of their Lordships in the minority thought that the company should have mitigated its loss by not taking action on the contract and by claiming damages instead. But the majority held that, in the circumstances of the case, there was no such duty on the company.' The decision has been a controversial one. As the authors of 'Chitty on Contracts' say (24th Edition, at paragraph 1601): 'The difficulty of this situation is that the policy of mitigation rules (viz. to avoid the waste of resources and effort) seems to be contravened if the innocent party, following a repudiation, can elect (despite his knowledge that the expense of performance is now useless to the other party) to continue his performance of the contract so as to recover an agreed sum of money greater than the damages which the law would allow if the repudiation were treated at the time as a breach of contract.'"

¹²³ Na vigência do Código Civil de 1916, dizia-se que as “obrigações assumidas devem ser fielmente executadas. Este o cânone fundamental do capítulo intitulado: ‘Dos efeitos das obrigações’ (ALVIM, 1980, p. 5).

¹²⁴ Íntegra do documento disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=bailleux%20c.%20jarety&source=web&cd=8&ved=0CFYQFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_agosto2005%2Fdocente%2Fdoc_03.doc&ei=qDztUZ_cGImO9ATHjoCQAQ&usq=AFQjCNH9C1gUmUjxFEsJtt9Jn-PT2WZn9Q

¹²⁵ Texto oficial da CISG. Vide Decreto n. 8.327/14, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>, acesso em 17 de novembro de 2014.

¹²⁶ Curiosamente, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo de Relatoria do Des. Piva Rodrigues, em disputa que não envolveu o tema aqui abordado, considerou a “Convenção de Viena sobre a compra e venda

de 80% do comércio mundial de mercadorias (MUÑOZ & MOSER). Com a adesão¹²⁷ brasileira ao tratado,¹²⁸ passam a ser 81 (oitenta e um) os países-parte da convenção.

O tratamento que a CISG dá ao *duty to mitigate the loss* não se distingue do tratamento que lhe foi dado pelos sistemas de *common law* vistos acima. Nada há no histórico do dispositivo legal em questão que justifique assertiva diversa.¹²⁹ A CISG, convém não perder de vista, disciplina exclusivamente a compra e venda internacional de mercadorias.

No *duty to mitigate the loss* da CISG, “*duty*” também não há (LOOKOFISKY, 2000; HUBER & MULLIS, 2007, p. 289; STOLL & GRUBER, 2005, p. 788). Embora, no próprio artigo 77, não haja qualquer menção ao reembolso pelas despesas razoáveis incorridas pela parte que adotou medidas mitigadoras, este reembolso deve ocorrer. Na interpretação do Artigo 77 da CISG, prevalece tranquilamente o entendimento de que os valores investidos pela vítima para mitigar os próprios danos são indenizáveis, se razoáveis (KNAPP, 1987), mesmo que as medidas não tenham sido bem sucedidas (HUBER & MULLIS, 2007, p. 291). O entendimento é ora baseado na aplicação do Artigo 74 da CISG,¹³⁰ ora baseado na aplicação supletiva do Artigo 7.4.8 dos chamados *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*,¹³¹ um importante instrumento de *soft law* de difícil aplicação nos tribunais brasileiros, por falta de adesão, pelo Brasil, ao princípio da autonomia da vontade na eleição da lei aplicável aos negócios jurídicos.¹³²

internacional, de 1980, como costume aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro” (9ª Câmara de Direito Privado, Apel. nº 9068343-85.2006.8.26.0000, julgado em 19 de abril de 2011).

¹²⁷ Ocorrida no dia 04 de março de 2013, data do depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário Geral da ONU – Organização das Nações Unidas (<http://www.cisg-brasil.net/doc/cn1772013.pdf>).

¹²⁸ Além de outras, igualmente recentes, como a da República do Congo. São crescentes as pressões para que o Reino Unido manifeste adesão ao tratado.

¹²⁹ Vide <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/link77.html>>, último acesso no dia 25 de novembro de 2014.

¹³⁰ “Seção II - Perdas e Danos

Artigo 74

As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.”

¹³¹ “Article 7.4.8 (Mitigation of harm)

(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 later party’s taking reasonable steps.*

(2) *The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.*”

¹³² O Brasil não consagra a regra da autonomia privada em Direito Internacional Privado. Enquanto, em numerosos países, aos contratantes é deferida a escolha da lei aplicável ao negócio por eles entabulado, no Brasil, a escolha, *a la carte*, da legislação aplicável, para contratos internacionais, não prevalece (FRANCESCHINI, 2002). Com a adesão brasileira, a CISG passa a integrar o ordenamento jurídico pátrio e,

O ônus da prova de demonstrar inobservância ao *duty to mitigate* recai sobre o demandado (ou réu)¹³³ ou, em outras palavras, sobre a parte que é responsável pelos danos (HUBER & MULLIS, 2007, p. 289), mas há certa controvérsia a respeito da necessidade e da legitimidade da alegação:¹³⁴ já se decidiu que a questão pode ser conhecida de ofício¹³⁵ e que redução nenhuma há que ser feita quando a parte inadimplente não toma o cuidado de indicar que medidas deveria a vítima ter adotado.¹³⁶

A questão da razoabilidade das medidas, também aqui, é o centro das atenções. Entende-se que a parte que estiver em melhores condições de adotar medidas mitigadoras (HUBER & MULLIS, 2007, p. 290) deve fazê-lo segundo o que um “*reasonable creditor acting in good faith would take under the circumstances*”.¹³⁷ Foram consideradas adequadas as seguintes medidas: a revenda, pelo vendedor, das mercadorias para terceiro,¹³⁸ em curto espaço de tempo;¹³⁹ a revenda, pelo vendedor, das mercadorias, pelo mesmo valor do contrato celebrado com o comprador inadimplente, apesar da prova de que estavam abaixo do valor de mercado;¹⁴⁰ as necessárias para a preservação e posterior revenda de mercadorias perecíveis (STOLL & GRUBER, 2005, p. 790); a contratação, pelo comprador, de compra e venda substitutiva, por preços razoáveis, de modo a substituir as mercadorias que não foram entregues;¹⁴¹ a desmontagem, pelo comprador, de uma máquina e a revenda de suas peças,

dentro de seu campo de incidência, será aplicável ainda que as partes não a invoquem. Com isso, a tendência é que, eleito o foro brasileiro, a CISG, tal qual adotada pelo Brasil (isso é: sem qualquer ressalva) será aplicável, a despeito de o contrato fazer incidir a CISG de outro país, lá adotada com ressalvas. A questão, de qualquer maneira, é instigante: como fica o processo de *gap-filling* da CISG no Brasil nos casos em que, conforme já sedimentado em doutrina e precedentes estrangeiros, recorre-se aos *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*?

¹³³ CLOUT ns. 318 e 176.

¹³⁴ Ressalva precisa ser feita à circunstância de que a CISG não contém previsões explícitas a respeito da alocação do ônus da prova, havendo quem sustente, (FERRARI – o próprio autor, entretanto, afirma que “*the prevailing view appears to be that the issue of burden of proof is a matter governed, at least implicitly, by the CISG*”), que a disciplina aplicável seria a doméstica – a visão que prevalece, entretanto, é aquela segundo a qual o assunto é tratado implicitamente no Art. 79 da CISG. Fosse outro o assunto tratado nesse trabalho, faria sentido explorar um pouco mais a questão. Como o Art. 77 da CISG (*duty to mitigate the loss*) e o Art. 79 do mesmo convenção (que disciplina implicitamente a questão do ônus da prova na CISG) estão inseridos no mesmo “CAPÍTULO V” da CISG, aqui, faz menos sentido ainda, sustentar a tese minoritária.

¹³⁵ ICC Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, June 1999 (Arbitral award No. 9187).

¹³⁶ Switzerland, Bundesgericht 15 September 2000 (FCF S.A. v. Adriafile Commerciale S.r.l.)

¹³⁷ CLOUT n. 176.

¹³⁸ CLOUT n. 130.

¹³⁹ CHINA International Economic and Trade Arbitration Commission, People’s Republic of China, 6 January 1999.

¹⁴⁰ Austria - Oberlandesgericht Graz 24 January 2002.

¹⁴¹ Greece - Court of Appeals of Lamia 2006 (docket No. 63/2006) (Sunflower seed case).

haja vista a dificuldade de encontrar um comprador interessado na aquisição da própria máquina, ou no seu uso.¹⁴²

A exemplo do que já verificado, não adotadas as medidas mitigadoras pela parte responsável, serão descontados de eventual indenização os valores que, nas circunstâncias, poderiam ter sido objeto de mitigação, do que poderá resultar uma redução na indenização de até 100% do seu total¹⁴³ (HUBER & MULLIS, 2007, p. 292).

Na CISG, o cumprimento forçado do contrato não é reputado medida mitigadora razoável. A questão foi enfrentada na elaboração do tratado e rejeitada por 24 (vinte e quatro) votos contra 8 (oito).¹⁴⁴

Tais são as considerações necessárias para propiciar a análise do *duty to mitigate the loss* no Brasil.

¹⁴² *Switzerland - Handelsgericht St. Gallen 3 December 2002 (Sizing machine case)*.

¹⁴³ *Ostrowski v. Azzara*, 545 A.2d 148, 450 (N.J. 1988).

¹⁴⁴ A curta história legislativa do artigo 77 da CISG está disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/link77.html>>, último acesso no dia 25 de novembro de 2014.

3 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO BRASIL

- Mas Ministro, já existe jurisprudência sobre este tema.
- Se há jurisprudência, desconfie.

*Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Exmo. Sr. Carlos Ayres Brito*¹⁴⁵

No capítulo anterior, desenhemos os contornos do *duty to mitigate the loss* nos países de tradição *common law*, de modo a propiciar a principal tarefa destinada a este capítulo, que é a de examinar o tratamento franqueado ao instituto no Brasil.

Demonstraremos que o *duty to mitigate the loss* ingressou no ordenamento jurídico brasileiro desamparado de uma análise minuciosa, a ele rapidamente se adaptou e nele se expandiu, instalando-se, talvez permanentemente, como uma *alien invasive specie*.¹⁴⁶ No Brasil, o *duty to mitigate the loss* assumiu contornos próprios, distintos daqueles verificados nos países de *common law*. A desfiguração do *duty to mitigate the loss*, sugerimos, é resultado de três fatores: das impropriedades técnicas da Justificativa que embasou o enunciado 169; da existência de um ambiente propício para a sua inadvertida propagação; e do elevado grau de adaptabilidade do instituto.

Três indagações nortearão este capítulo: (i) qual a via de ingresso do *duty to mitigate the loss* no Brasil?; (ii) quais os contornos do instituto que ingressou no Brasil e de que forma foi absorvido pelos tribunais?; e (iii) como se expandiu?

3.1 Nossa abordagem

Questão interessante é a de se procurar identificar a que critérios ou métodos o transplante de institutos de Direito deveria, idealmente, observar. Qual seria o veículo de

¹⁴⁵ Vide <<https://www.youtube.com/watch?v=nRt0udlyMwA>>, acesso em 1º de novembro de 2014, em aproximadamente 37' – aula inaugural do Primeiro Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. O texto reproduz um diálogo entre o ex-Ministro e sua assessora, narrado pelo próprio ex-Ministro.

¹⁴⁶ Vide <http://ec.europa.eu/environment/nature/invasivealien/index_en.htm>, acesso em 17 de novembro de 2014.

importação mais adequado? Que nível de escrutínio deveria um instituto legal passar antes de ser aplicado em tribunais brasileiros? Este trabalho não responderá estas perguntas, mas procurará delimitar a extensão de suas respostas.

Não seria impossível analisar o *duty to mitigate the loss* em rigorosamente todos os tribunais brasileiros e a partir de todas as manifestações da doutrina acerca do tema; seria desnecessário. Isto porque o tratamento do *duty to mitigate the loss* pela doutrina brasileira é surpreendentemente uniforme.¹⁴⁷ A íntima associação entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé – um dos temas centrais desta dissertação – é, ao tempo deste trabalho, matéria pacífica¹⁴⁸ nas manifestações doutrinárias brasileiras, desprovidas que são, a nosso ver, do espírito crítico que deveria acompanhar a chegada de um elemento estranho, proveniente de um sistema também estranho, ao ordenamento jurídico cuja coerência e estabilidade pretendemos assegurar.

A jurisprudência, a seu turno, foi significativamente influenciada pela doutrina. São muito comuns as alusões, dos tribunais, ao texto de FRADERA, justamente o texto que, na forma de Justificativa, propugnou pela criação do referido Enunciado n. 169. De fato, tal qual apresentado, o *duty to mitigate the loss* constitui uma cômoda alternativa para uma miríade de problemas.

É preciso deixar claro que FRADERA, em dita Justificativa, advoga pela aplicação do *duty to mitigate the loss* ao campo dos contratos. O trabalho, entretanto, traça uma íntima – e, para nós, inapropriada – relação entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé objetiva. Como a boa-fé objetiva “ecoa por todo o ordenamento jurídico,”¹⁴⁹ a expansão do *duty to mitigate the loss* foi imediata (e irrefletida). Entendemos fundamental, neste momento, repensar o *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro.

O recorte jurisprudencial que fizemos adotou o mesmo critério da Justificativa que embasou o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, a saber, a sua fonte inspiradora. Não livre de críticas, a Justificativa invocou o artigo 77 da CISG para defender a importação do *duty to mitigate the loss* sob o guarda-chuva da boa-fé. Como a CISG versa

¹⁴⁷ Com exceção ao trabalho de NOVAIS DIAS a que já nos referimos.

¹⁴⁸ Vide nota anterior.

¹⁴⁹ Por todos, vide HC 171753/GO, 2010/0082684-4, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 04/04/2013, DJe 16/04/2013.

exclusivamente sobre a compra e venda internacional de mercadorias, o nosso corte contemplou justamente os estados da federação que são mais ativos nessa área. São eles: os Tribunais Estaduais de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina, Mato Grosso e Amazonas,¹⁵⁰ além do Superior Tribunal de Justiça. Nossa pesquisa não se limitou aos casos que estariam sujeitos à CISG.¹⁵¹

Em termos populacionais, os tribunais de tais estados representam mais da metade dos habitantes do Brasil.¹⁵² Em termos econômicos – e agora a referência é ao Produto Interno Bruto (PIB) – cinco dos oito estados pesquisados (São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraná), sozinhos, alcançam 65% (sessenta e cinco por cento) do PIB Nacional.¹⁵³

Os acórdãos não serão apresentados por estados mas sim de modo coordenado, sob os itens e marcos pertinentes, de maneira a possibilitar a demonstração da expansão do instituto nos tribunais brasileiros.

¹⁵⁰ Segundo dados oficiais obtidos no *website* do Ministério do Desenvolvimento, os estados brasileiros que mais atuaram no biênio 2013/2014, na exportação de mercadorias, foram São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Paraná (vide <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=1161>>, último acesso em 05 de agosto de 2014). Juntos, foram responsáveis por aproximadamente 55% do total das exportações brasileiras. Os estados que, no mesmo biênio, mais se destacaram na importação de produtos foram, além de São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul, que já estavam na primeira lista, os estados de Santa Catarina e Amazonas, que totalizaram em torno de 69% de todas as importações do país (vide <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=1161>>, último acesso em 05 de agosto de 2014). As decisões destes oito tribunais, portanto, foram analisadas, assim como foram examinadas as decisões do Superior Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal Federal, sem qualquer surpresa, não contém qualquer acórdão ou decisão monocrática contendo a expressão “*duty to mitigate the loss*”.

¹⁵¹ Pouquíssimos dos casos encontrados tratam da compra e venda de mercadorias.

¹⁵² Vide <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/>>, acesso em 18 de novembro de 2014. Segundo dados do Censo de 2010, a população brasileira gira em torno de 190 milhões de habitantes. A população total de tais estados, segundo o mesmo recenseamento, é de aproximadamente 107 milhões de pessoas.

¹⁵³ Vide <<http://exame.abril.com.br/economia/album-de-fotos/a-contribuicao-de-cada-estado-para-o-pib-do-brasil>>, acesso no dia 18 de novembro de 2014 (notícia do dia 13 de janeiro de 2014).

3.2 O primeiro marco fundamental: a doutrina de AGUIAR JÚNIOR

O primeiro passo do *duty to mitigate the loss* no Brasil – nosso primeiro marco fundamental – ocorreu, segundo nos consta, em 2003,¹⁵⁴ com o trabalho intitulado *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, de autoria do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR.

A obra traz uma noção ainda incipiente do *duty to mitigate the loss*, ali denominado de “doutrina da mitigação” ou “*doctrine of mitigation*”. Para reproduzir o contexto em que o tema debutou em território nacional, transcrevemos parte significativa da obra de AGUIAR JÚNIOR (2004, p. 136):

O reconhecimento de que do inadimplemento surgiu um dano bastante grave para que se decreta a extinção do contrato dependerá da avaliação do valor desse dano. Para isso, não será levada em linha de conta a quantidade do dano causado à parte, mas sim o grau de ofensa à economia do contrato (...). Assim, durante a mora do devedor, as condições econômicas poderão vir a ser alteradas de modo tal que a contraprestação prometida pelo credor se torne significativamente maior e mais valiosa do que a prestação ainda possível do devedor. Sendo este o descumpridor, ainda que sem maior gravidade, o fato novo que surgiu, onerando sobremaneira o credor, justifica a resolução do negócio, porque a sua economia ficou afetada em razão da demora do devedor, e não seria justo que o descumprimento funcionasse aí a favor do faltoso, com grave ônus ao credor, que por isso pode se liberar da obrigação.

Ainda nesse tema, deve ser lembrada a doutrina da mitigação (*‘doctrine of mitigation’*), pela qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do incumprimento: (sublinhamos)

O trecho acima precede a remissão que AGUIAR JÚNIOR faz ao trabalho de ROSSELLO,¹⁵⁵ cujo texto é por ele traduzido em seu livro nas palavras abaixo reproduzidas:

O lesado deve tomar todas as providências razoáveis para mitigar o dano, e não pode pretender o ressarcimento de perda que teria podido evitar, mas que não evitou, por injustificada ação ou omissão. Essa doutrina dirigida para a avaliação do ressarcimento cabível atua, também, na avaliação do prejuízo ao contrato resultante do incumprimento, tendo em vista a sua definição como sendo um incumprimento grave para o fim de resolução. Se a gravidade desse incumprimento decorreu da

¹⁵⁴ Da apresentação da 2ª edição da obra, datada de 2003, colhemos a informação de que a primeira edição do livro é de 1991, e que esta edição há muito já estava esgotada. Ao tempo do depósito deste trabalho, não obstante nossos esforços, não conseguimos acesso a um exemplar da 1ª edição do trabalho.

¹⁵⁵ Assim indicado: “ROSSELLO, C. Carlo. ‘Sull onere del creditare di ridurre le conseguenze dell’inadempimento’, RTDPC, 1983, vols. 3-4, pp. 1.158-84.”

ação ou da omissão concorrente do credor, tal acréscimo não deve ser levado em consideração.¹⁵⁶

É preciso notar que o texto de ROSSELLO é intitulado *Sull'onere del creditore di ridurre le conseguenze dell'inadempimento*. O vocábulo italiano “onere” corresponde, em português, à palavra ônus, seja porque assim o traduzem os dicionários,¹⁵⁷ seja porque assim o empregam os juristas italianos quando, por exemplo, referem ao ônus da prova. De resto, ROSSELLO teve o cuidado de empregar o vocábulo “onere” em todo o seu texto, de modo que outra interpretação não poderia ser possível. Ou seja: a fonte que inspirou o trabalho de AGUIAR JUNIOR, desde o título, deixou clara a natureza jurídica do instituto: um ônus e não um dever.

Não obstante tal circunstância, AGUIAR JÚNIOR, segundo consta de sua obra, utilizou o verbo “dever” ao declarar que “o credor deve colaborar”. É certo que aludido verbo foi empregado de forma lata, mas talvez conviesse, para a apropriada contextualização da teoria, a menção à expressão “ônus”.

Lemos o texto de ROSSELLO. Chamou-nos a atenção, entre outras coisas que mencionaremos oportunamente, o fato de que, em verdade, o autor não pretendia provocar o integral transplante do *duty to mitigate the loss* ao ordenamento jurídico italiano (1983, p. 1183):

*Tutta la disamina che precede non è certamente diretta a proporre un integrale trapianto delle soluzioni di common law nel nostro ordinamento (la qual cosa, oltre tutto, non sarebbe possibile, attesa la sostanziale e profonda differenza che corre tra i due diversi sistemi di responsabilità contrattuale).*¹⁵⁸

Sem demora, as lições do ex-Ministro reverberaram no estado do Paraná.¹⁵⁹ Em julgamento ocorrido no dia 23 de agosto de 2004, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de

¹⁵⁶ Convém frisar que, também para ROSSELLO, a *mitigation doctrine* está intimamente ligada à causalidade. É o que se verifica do trecho: “incumprimento decorreu da ação ou da omissão concorrente do credor”.

¹⁵⁷ “Onere, m., ônus, gravame”, in *Dizionario Tecnico Italiano/Portoghese*, vol. II, Romolo TRAIANO, Centro Studi Ca’ Romana, Rio de Janeiro, RJ, p. 1.112.

¹⁵⁸ “Toda a análise que precede não tem por objetivo propor um transplante integral da solução de common law para o nosso ordenamento (providência que, além de tudo, não seria possível, dada a diferença substancial e profunda entre os dois sistemas de responsabilidade contratual).” (Nossa tradução).

¹⁵⁹ Embora seja importante deixar claro que, segundo apontaram nossas pesquisas, reverberaram apenas lá, pelo menos até 2006.

Justiça Paranaense, no que provavelmente foi a primeira decisão do Brasil aplicando o *duty to mitigate the loss*,¹⁶⁰ decidiu:¹⁶¹

A consideração dos danos deve atender a alguns parâmetros.

Entre eles, a doctrine of mitigation recomenda que o lesado (credor, autor da ação de resolução) deve comportar-se de modo a mitigar os danos, mantendo-se nos limites imediatamente decorrentes da existência do ato ilícito. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao lesado o dever de diligência para circunscrever o prejuízo e impedir a sua eventual expansão. Afirma enfaticamente Tunc:¹⁶² 'A vítima não pode assistir passiva ao desencadear das diversas consequências da culpa, mas deve reagir com todo o seu vigor contra suas consequências na medida em que elas agravariam o dano'. (...)

Se a vítima concorrer para o aumento dos prejuízos, o que muitas vezes implica em verdadeira concausa, responderá por seu ato.

Ao lado do fundamento da boa-fé objetiva, um dos requisitos da própria responsabilidade civil, o nexo de causa e efeito, bastaria para justificar a imputação do agravamento à própria vítima, ao menos nas relações de consumo: a mesma razão que preside a culpa concorrente ou exclusiva da vítima na definição do dever de indenizar está presente no agravamento do dano. Também aqui há um dever de abstenção ou de agir, conforme o caso, para que os danos não desbordem de uma ordem natural atrelada à respectiva causa originária, imputável ao ofensor (...)

E de modo definitivo, abordando os dois fundamentos:

O acórdão, em especial na última frase do trecho acima reproduzido, causa a impressão de que os trechos imediatamente seguintes justificariam a aplicação dos “dois fundamentos”, a saber, a *mitigation doctrine* e a culpa concorrente. Não obstante, os trechos que seguem voltam-se exclusivamente à culpa concorrente, embora, em caráter rigorosamente secundário, haja menção à boa-fé. O *duty to mitigate the loss* não é mencionado nos trechos seguintes. Com efeito, a decisão prossegue com a transcrição de um excerto, em espanhol e desprovido de indicação da autoria, que assim termina: “*El autor puede invocar como eximente a los fines de reducir la indemnización el comportamiento del dañado, que agrava su responsabilidad...*” (sic). Ato contínuo, o acórdão invoca, mais uma vez sem as referências bibliográficas pertinentes, as lições de DE CUPIS; nelas, DE CUPIS discute causalidade:

¹⁶⁰ TJ/PR, Apelação extraída dos autos do processo n. 158909-7, 6ª Câmara Cível, Rel. Albino Jacomel Guerios, julgado em 23/08/04, v.u.

¹⁶¹ Eis a ementa: “CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE DO PROMISSÁRIO-COMPRADOR INADIMPLENTE. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. A promitente-vendedora tem também o dever de evitar o agravamento do dano causado pelo inadimplemento e procurar recuperar a posse da unidade, abandonada pelo promissário-comprador, o mais rápido possível. Assim não procedendo, o inadimplente não responde pelo pagamento dos meses correspondentes à inércia da compromitente. Apelação provida em parte.” Do corpo do acórdão, colhemos o seguinte excerto: “Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. ajuizou a ação de rescisão de contrato cumulada com pedido de indenização sustentando, em resumo, que Sérgio Meca de Lima, promissário-comprador de uma unidade no Edifício Lynx, em Curitiba, deixou de honrar o pagamento das prestações contratuais a partir de maio de 1994, não adimplindo mesmo depois de notificado em 1998; sustenta que este deixou também de quitar as despesas de condomínio e o IPTU; sustenta, por fim, que o réu abandonou a posse da unidade compromissada há mais ou menos um ano.”

¹⁶² Imaginamos que a menção seja a André TUNC. Todavia, a decisão não faz as referências bibliográficas que pudessem permitir investigar a origem do texto de TUNC, de modo a compreender o contexto de suas palavras.

Afirma De Cupis: 'Puede suceder que el perjudicado, exclusivamente com su pomportamiento, agrave y complique la serie de daños. Por ejemplo: Ticio atropella com su auto a Caio, produciéndole uma herida y, por tanto, um dano a su integridad física. Caio no se cura la herida causada y se origina uma grave infección que pode em peligro su vida. Este dano posterior más grave encuentra su causa directa unicamente em el abandono de Caio, si bien indirectamente se deriva Del hecho de Ticio... (sic) (sublinhamos).

Se, ao caso descrito por DE CUPIS, ao invés da causalidade, tivesse sido aplicado o *duty to mitigate the loss*, o desfecho teria sido idêntico. É a conclusão que se extrai do exemplo de HART & HONORÉ:

*The rule of avoidable consequences lays down that if plaintiff, after he has suffered an invasion of his rights, fails to take reasonable care to avoid further harmful consequences to himself, he is barred from recovering for the further harm he negligently fails to avert, e.g. if after suffering an injury through defendant's negligence he fails to obtain proper medical care, with aggravation of the injury.*¹⁶³ (sublinhamos)

É importante notar que a hipótese narrada pelo jurista italiano contém fatos significativamente distintos daqueles verificados no acórdão paranaense. Com algum esforço, encontramos um pequeno ponto de contato: no exemplo de DE CUPIS, a parte *jamais adota* as medidas mitigadoras, enquanto que, no acórdão paranaense, a parte *tarda a adotar* as medidas.¹⁶⁴ No exemplo de DE CUPIS, a parte é considerada a única culpada pelo que o jurista chama de “dano posterior”; no acórdão paranaense, o atraso é reputado, nas palavras do próprio tribunal, “verdadeira concausa”.¹⁶⁵

DE CUPIS, ainda em trecho reproduzido no corpo do acórdão, afirma que, “[e]mpero, no es el único fundamento; la doctrina moderna encuentra una base importante em la buena fe. Leemos em Betti (...).”(sic)¹⁶⁶ Fazendo expressa menção ao artigo 1.227¹⁶⁷ do Código

¹⁶³ O trecho, então, faz referência ao seguinte precedente: *Wingrove v. Home Land Co* (1938) 120 W. Va. 100, 196 SE 563, 116 ALR 1197.

¹⁶⁴ Embora a legislação lhe garanta este direito (porquanto não prescrito) e lhe penalize pelo atraso (com a perda, dependendo das circunstâncias específicas, dos valores relacionados a juros e/ou correção monetária).

¹⁶⁵ É razoável admitir que as circunstâncias do caso convidassem a aplicação de instituto diverso, que é o da *supressio*.

¹⁶⁶ “Entretanto, não é o único fundamento; a doutrina moderna encontra uma base importante na boa-fé. Verificamos em Betti (...)” (nossa tradução).

¹⁶⁷ “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 (2056 e seguenti).”

Civil Italiano – e não ao *duty to mitigate the loss*, tampouco aos dispositivos legais do *Codice Civile* que tratam da boa-fé¹⁶⁸ – BETTI declara que:

'... la buena fe entra en juego em la fase patológica del incumplimiento...; el acreedor aún cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede considerarse, em cierto modo, como em estado de guerra con el deudor y comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose em las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce em la esfera de los intereses de la otra parte. Hay aquí uma exigencia de corrección que lê impone, incluso em esta fase, buscar el modo de limitar los daños derivados del incumplimiento. Esto no es solo uma onerosidade, sino también um deber de corrección hacia la outra parte...' Y concluye: 'Debe de calificarse de culposa, indudablemente, em orden a la sanción del art. 1227, la conducta del acreedor insatisfecho, después de comprobarse el hecho del incumplimiento, cuando no se cuida de limitar, em cuanto sea posible, los daños que se deriven de esse incumplimiento'.^{169|170} (*sic*) (sublinhamos)

Sem socorro ao *duty to mitigate the loss*, assim VARELA enfrenta a questão (2000, p. 569):^{171|172|173}

¹⁶⁸ “Art. 1337 *Trattative e responsabilità precontrattuale*: Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208)” (As partes, no desenvolvimento das tratativas na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé.); “Art. 1375 *Esecuzione di buona fede*: Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1337,1358,1366, 1460)” (O contrato deve ser executado segundo a boa-fé).

¹⁶⁹ Para BETTI, a “exigência de correção” (nossa tradução) não é só um ônus (um “*onere*”, conforme texto original transcrito na nota abaixo) mas é também um dever. BETTI, convém ressaltar, não está falando sobre o *duty to mitigate the loss*. Ele não usa a boa-fé como janela para importar institutos de Direito; ele usa a boa-fé para melhor interpretar a própria lei. Voltaremos ao assunto.

¹⁷⁰ Encontramos, na própria obra de BETTI, o mesmo texto, em italiano: “*In sesto luogo, na buona fede viene in discussione nella fase patologica del mancato adempimento, in cui non si tratta più del soddisfacimento delle reciproche aspettative, e quindi la buona fede non può più venir in discussione in funzione positiva, come impegno all’adempimento, ma tuttavia esiste pur sempre un contatto sociale fra le due sfere d’interessi contigue del creditore e del debitore; e il creditore, quantunque insoddisfatto nella sua aspettativa, non non può considerarsi, in certo modo, come in stato di guerra col debitore e comportarsi in modo tale da accrescere il danno dell’inadempimento, disinteressandosi delle conseguenze pregiudizievoli che la sua indifferenza produce nella sfera d’interessi della controparte. Vi è uma esigenza di correttezza que gli impone, anche in questa fase, di cercare di circoscrivere i danni dipendenti dall’inadempimento. Questo non è soltanto um onere, ma è anche un dovere di correttezza verso la controparte, dovere che há la su sanzione generica nell’art. 1227.*” (BETTI, 1953, pp. 105-106).

¹⁷¹ No mesmo sentido, SAID CAHALI (*apud* NOVAIS DIAS, p. 20): “Nossa jurisprudência é no sentido de que o responsável por um dano não pode ser prejudicado com a inércia da vítima, que não adotou, ela mesma, as providências necessárias para diminuir o dano.”

¹⁷² De resto, conforme bem salienta NOVAIS DIAS (p. 23), nossos tribunais já enfrentaram a questão: STJ, REsp 733990/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/02/2006: “não há qualquer norma que obrigue a recorrente a se submeter a uma cirurgia (...) qualquer procedimento cirúrgico, por mais simples que seja, sempre envolve riscos que a recorrente pode legitimamente optar por não correr, riscos esses que vão desde os procedimentos de anestesia, aos inerentes ao pós-operatório.”. Esclarece NOVAIS DIAS (p. 23) que em “relação a agravamento da lesão em decorrência de omissão da vítima a se submeter a tratamento não cirúrgico, os Tribunais ordinários têm decidido pela redução da indenização. Neste sentido: TJ/SP 4ª Câm de Dir. Priv. AC 371.782.4/4-00, Rel. Des. Carlos Teixeira Leite, r. 03.03.2006; TJ/SP. 4ª Câm. de Dir. Priv. AC 578.859.4/5-00, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 13.08.2009, r. 10.09.2009.”

¹⁷³ O tema foi analisado sob a ótica do “momento da avaliação do dano estético”, por Teresa ANCONA LOPEZ: “Pensamos que, se na época do julgamento a vítima tivesse feito, *por sua conta*, tratamento ou cirurgia que lhe tivessem melhorado a aparência, ou mesmo eliminado a lesão que havia sofrido, deveria o réu ser somente condenado a ressarcir os gastos com a cura e, caso houvesse restado alguma lesão permanente, deveria ser

Paralelamente, na hipótese de o próprio lesado ter concorrido para a produção ou o agravamento do dano, manda o art. 570º ajustar a concessão e o montante da indemnização à forma como, em cada caso concreto, a culpa do agente ou do devedor e a culpa do lesado contribuíram para a verificação do dano.

Entre nós, o assunto foi abordado, entre outros, por AGUIAR DIAS (Da Responsabilidade Civil - Vol. II, 1995, pp. 694-695):

(...) entende-se que a culpa da vítima excluiu ou atenua a responsabilidade do agente, conforme seja exclusiva ou concorrente.

(...). Quanto aos demais domínios da responsabilidade civil, a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para repartição proporcional dos prejuízos.

Quando fique precisamente apurada essa proporção em que as respectivas culpas intervieram no evento danoso, é fácil, na liquidação, atribuir a cada um os ônus que decorrem da sua responsabilidade. Muitos casos há, porém, em que a proporção não fica estabelecida, embora se reconheça que houve culpa de ambas as partes. Se o problema é outro que *precisar* o grau de culpa, não há senão repartir os prejuízos. Se, entanto, a questão envolve indagação mais importante, como a de saber, por exemplo, se a culpa de determinado agente excluiria, ou não a culpa de outro, então, o exame da matéria há de ser feito na ação. Se, embora culposos, o fato de determinado agente era inócuo para a produção do dano, não pode ele decerto, arcar com prejuízo nenhum.

Não defendemos a teoria da causa eficiente, como pareceu a Martinho Garcez Neto (Prática da responsabilidade civil, p. 48), mas exatamente, a doutrina apoiada pelo eminente autor. Falamos em *oportunidade* melhor e mais eficiente de evitar o dano e não em causa. Consideramos em culpa quem teve não a *last chance*, mas a *melhor oportunidade* e não a utilizou. Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para sua produção. (sublinhamos)

Advogamos pela adoção de critérios objetivos na solução de demandas. O julgador deve recorrer à lei, invariavelmente, até para que não haja indevida restrição ao direito de ampla defesa das partes.¹⁷⁴ Somente casos excepcionalíssimos, a nosso ver, justificariam o recurso à boa-fé, nos estritos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Sequer cogitamos do recurso, pelas Cortes, a institutos de Direito estrangeiro, senão no âmbito do Direito Internacional. Assim, tal qual VARELA e AGUIAR DIAS,

condenado também nesta parte, além de eventual dano moral. Uma pergunta que poderia, agora, ser levantada: e se a vítima se recusar a fazer tratamentos e operações restauradoras? Neste caso, ninguém poderá forçá-la a submeter-se a tais intervenções, tendo, portanto, o ofensor que ressarcir todos os danos advindos de sua ofensa.” (O Dano Estético - Responsabilidade Civil, 2004, p. 149). O último trecho da opinião de ANCONA LOPEZ está em linha com a decisão do Superior Tribunal Justiça mencionada por NOVAIS DIAS (vide nota anterior).

¹⁷⁴ Afinal, que ferramentas são franqueadas à parte para impugnar uma decisão que, tal qual o acórdão paranaense, invoca um instituto de Direito estrangeiro? Não nos referimos a argumentos relacionados à legitimidade do fundamento (tema mais grave), mas sim a argumentos para impugnar, por exemplo, o emprego inadequado do instituto, o não preenchimento dos seus requisitos autorizadores, a impropriedade de subsumir a hipótese dos autos à disciplina do tal instituto etc.

entendemos que o enquadramento mais adequado é o da culpa, concorrente ou exclusiva, da parte.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no entanto, empregou o *duty to mitigate the loss* como principal fundamento da decisão, embora tenha se socorrido, mas com menor ênfase, à causalidade. DE CUPIS falaria em causalidade. BETTI falaria em boa-fé, mas enquadraria a hipótese em dispositivo legal pautado pela causalidade. Interessantemente, nenhum dos juristas italianos fala em *duty to mitigate the loss*, ao contrário do que dá a entender o acórdão paranaense. Para os italianos, a autoridade reside, prioritariamente, na lei; para o Tribunal de Justiça Paranaense, a autoridade estaria, em primeiro lugar, no *duty to mitigate the loss*, um instituto de Direito estrangeiro. Reminiscência Bartolista?

A obra de AGUIAR JÚNIOR reverberou também no Tribunal de Justiça Paulista, em 2006¹⁷⁵ e pelos anos que se seguiram,¹⁷⁶ livre de qualquer influência¹⁷⁷ do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, cujo advento ocorreu em dezembro de 2004.

Destas decisões, chama a atenção o fato de que o *duty to mitigate the loss* invariavelmente era – e continuou sendo, como se verá – colocado sobre os ombros do “credor”, numa análise estática do liame obrigacional, não se cogitando da possibilidade de compartilhamento de providências mitigadoras entre as partes; assumiu-se, também, que, diante da natureza do contrato, seria inaplicável a teoria da mitigação.¹⁷⁸

¹⁷⁵ TJ/SP, Apel. n. 330.628.4/2-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 23.03.06, v.u. (teoria da mitigação aplicada a caso em que, em ação de resolução de contrato de compromisso de compra e venda, houve a purgação da mora mas o devedor, em audiência, se recusou a pagar a verba honorária do patrono do credor, ao fundamento de que tentou, extrajudicialmente, solucionar o caso, sem sucesso por falta justamente de resposta do patrono do credor; entendeu-se que o patrono do credor agravou o dano).

¹⁷⁶ Vide, entre outros (além do indicado na nota anterior, são 14 acórdãos no total): TJ/SP, Apel. n. 9219202-45.2008.8.26.0000 (registro 2013.0000115576), 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Grava Brazil, julgado em 05.03.2013, vu.

¹⁷⁷ Os indícios que nos levam a essa conclusão são, em primeiro lugar, a ausência de menção ao Enunciado 169 e, por fim, a referência à *mitigation doctrine*, expressão empregada por AGUIAR JÚNIOR e não utilizada por FRADERA e pela esmagadora maioria dos acórdãos que seguiram o Enunciado.

¹⁷⁸ TJ/SP, Apel. n. 0190435-05.2012.8.26.0100 (registro 2014.0000036801), 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 30/01/14, v.u. (ação indenizatória, de cunho regressivo, ajuizada por vendedora de produtos em face de portal virtual de anúncios, o Groupon, fundada no descumprimento do contrato celebrado entre as partes).

3.3 O segundo marco fundamental: o Enunciado 169

Em dezembro de 2004, na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, nasceu, sob a rubrica do artigo 422 do Código Civil, o famoso Enunciado 169, segundo o qual “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” – elegemos este o segundo (e talvez o mais importante) marco do *duty to mitigate the loss* no Brasil.

Embora enunciados provenientes das Jornadas de Direito Civil representem meramente “o pensamento médio da maioria das comissões temáticas”,¹⁷⁹ o fato é que são tidos em mais alta conta pelos tribunais – o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil é, sem dúvida, prova cabal desta circunstância.

Nossas pesquisas¹⁸⁰ apontam que, em dezembro de 2004, não havia qualquer decisão que mencionasse a expressão “*duty to mitigate the loss*” nos tribunais pesquisados. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a primeira decisão a mencionar a aludida expressão é de 2006 (mesmo ano em que a expressão “*mitigation doctrine*” aparece pela primeira vez na Corte, mas sob influência diversa);¹⁸¹ nos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, a primeira decisão é de 2008; nos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e Minas Gerais, a primeira decisão em que a expressão *duty to mitigate* é mencionada é de 2009 (mas no Paraná a expressão “*mitigation doctrine*” já havia

¹⁷⁹ Conforme o próprio Centro de Estudos Judiciários. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2602/2681>>, último acesso em 03 de novembro de 2014.

¹⁸⁰ Termo “*duty to mitigate*” pesquisado entre aspas (não computamos aqui os resultados obtidos com a expressão “*mitigation doctrine*”, a que já nos referimos). Em alguns tribunais como, por exemplo, dos Estados do Mato Grosso e do Rio de Janeiro, foi pesquisado apenas o termo “*duty*”, para elevar o número de resultados. Em muitos dos tribunais foram encontradas decisões monocráticas – as mais relevantes serão destacadas oportunamente. As pesquisas realizadas no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina são do dia 07 de agosto de 2014. As pesquisas realizadas no Tribunal do Estado do Paraná são do dia 08 de agosto de 2014. As pesquisas realizadas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul são do dia 08 de agosto de 2014. As pesquisas realizadas no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais são do dia 10 de agosto de 2014. As pesquisas realizadas no Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas são do dia 13 de setembro de 2014. As pesquisas realizadas no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso são do dia 13 de setembro de 2014. . As pesquisas realizadas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo são do dia 13 de setembro de 2014. As pesquisas realizadas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro são do dia 13 de setembro de 2014. As pesquisas realizadas no Superior Tribunal de Justiça são do dia 13 de setembro de 2014. As pesquisas realizadas no Supremo Tribunal Federal são do dia 13 de setembro de 2014.

¹⁸¹ TJ/SP, Apel. Cível n. 330.628.4/2-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 23/03/06, v.u.

sido utilizada, sob influência da obra de AGUIAR JÚNIOR); no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a primeira decisão é de 2010; a única decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso que menciona o *duty to mitigate the loss* é de 2014; não há, em todo o histórico de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, uma só decisão com a expressão *duty*.

O julgamento paulista a que estamos nos referindo ocorreu no dia 05 de setembro de 2006.¹⁸² No acórdão, recorreu-se ao Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil e à Justificativa de FRADERA.¹⁸³ O julgado influenciou outros,¹⁸⁴ praticamente idênticos, todos envolvendo situações extremamente semelhantes versando sobre contrato também idêntico, celebrado entre a Petrobrás Distribuidora S/A e uma série de postos de gasolina. As decisões são pródigas em complexas questões. Falam em *supressio*, *surrectio*, *verwirkung*, *erwirkung*, *venire contra factum proprium*, *obliegenheit* e *incombance*. Mencionam o Direito Alemão, o Direito Francês e o Direito Suíço (falaremos sobre isso oportunamente). Invocam a doutrina de Menezes Cordeiro. Entre estas decisões, uma em particular¹⁸⁵ é emblemática porque eleita pela maior base de dados do mundo a respeito da CISG para representar a opinião brasileira, no tema aqui abordado.¹⁸⁶ Nela, discutiu-se, entre outras coisas (rescisão de contrato de distribuição, condenação por perdas e danos e reintegração de posse de equipamentos), a aplicação de cláusula penal, à luz do *duty to mitigate the loss*. Nas palavras do próprio acórdão: “a tolerância da credora ao invocá-la [a cláusula penal] só após quase 1 (um) ano de descumprimento contratual (fls. 5), levou o devedor a entender que não mais seria aplicada.” Enfatizamos: 1 (um) ano. Curiosamente, no primeiro dos casos, o período havia sido bem superior: 5 (cinco) anos.¹⁸⁷

O que importa assinalar é que, apesar das diversas citações, o que, ao fim e ao cabo, justificou a decisão do tribunal (em reduzir o valor da cláusula penal) foi a circunstância de a multa ser “extremamente onerosa” e “abusiva”, com o que aplicou-se o artigo 924 do Código

¹⁸² TJ/SP, Apel. cível n. 1.029.972-4, 16ª Câmara de Direito Privado, Rel. Cândido Alem, maioria.

¹⁸³ Que poucos meses antes havia publicado texto praticamente idêntico ao da Justificativa na Revista Trimestral de Direito Civil, sob o título *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* (Revista trimestral de direito civil. RTCD, v.5, n.19, jul/set, 2004. Pág. 109-119).

¹⁸⁴ Entre outros: TJ/SP, 16ª Câmara de Direito Privado, Apel. 991.06.044156-0, Rel. Candido Alem, julgado em 31.08.10.

¹⁸⁵ TJ/SP, 16ª Câmara de Direito Privado, Apel. 1.170.013-1, Rel. Candido Alem, julgado em 03.07.07.

¹⁸⁶ Vide <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/070703portuguese.pdf>> acessado em 28 de outubro de 2013.

¹⁸⁷ A leitura das decisões nos remete à recente obra de RODRIGUEZ, para quem determinadas citações (a referência original e à Dworkin, Habermas e Alexy, mas entendemos que a analogia é adequada), em decisões judiciais, “costumam servir como argumento de autoridade: servem para demonstrar erudição” (2013, p. 15).

Civil de 1916. A rigor, portanto, nada – ou muitíssimo pouco – de tudo o que foi abordado efetivamente justificou a conclusão do acórdão. Seriam o *duty to mitigate the loss* e os demais intitulos mencionados argumentos de autoridade ou mero ornamento decisório?

Não nos estenderemos na análise desses casos. O que interessa demonstrar é que as Cortes Americanas e Inglesas são muito tranquilas em não admitir a aplicação do *duty to mitigate the loss* a contratos que contemplem *stipulated damages*. Em verdade, cláusulas que pré-estabelecem o valor das perdas, via de regra, não são bem vistas em países de tradição *common law*, dado o receio de que contenham caráter punitivo (e punir, em tais jurisdições, é atividade privativa do Estado). Desde que não tenham caráter punitivo, as cláusulas de *liquidated damages*, como também são chamadas, são admissíveis. Quando admitidas, não há se falar em aplicação do *duty to mitigate the loss*, porque entende-se que as partes já alocaram, em contrato, as perdas decorrentes do descumprimento (LEVMORE, 2009).

Mantido o compromisso de não nos estender na análise desses casos, vale a pena acrescentar que, em 2009, foi julgada ação rescisória que pretendia, em última análise, rescindir a decisão que havia destoadado dos casos aqui mencionados. A rescisória foi acolhida para o fim de afastar a incidência da cláusula penal, mas não por aplicação do *duty to mitigate the loss* (que também não foi diretamente aplicado aos primeiros casos, embora tenha fundamentado as decisões) e sim por aplicação expressa da teoria da *supressio*.¹⁸⁸

Essa observação é importante porque, ainda que, na esteira da jurisprudência dos tribunais, se considerasse o *duty to mitigate the loss* uma figura parcelar da boa-fé (PENTEADO, 2006) – o que não podemos concordar – é preciso ter em mente que essas figuras parcelares da boa-fé ou deveres anexos não são indistintamente aplicáveis aos casos concretos. Não há fungibilidade entre eles. Cada uma dessas figuras visa a proteger um interesse específico,¹⁸⁹ de modo que a aplicação de uma ou outra gera consequências

¹⁸⁸ TJ/SP, Ação Rescisória n. 992.09.04 9036-2, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Araújo, julgado em 1º/12/09, v.u.

¹⁸⁹ Entendemos que o reconhecimento da *supressio* depende do *interplay* dos seguintes fatores, embora, casuisticamente, a falta de um não comprometa a aplicação do instituto: (a) do tempo em que o descumprimento contratual foi tolerado pelo credor (quanto maior for o tempo, maior a chance de o credor ver suprimido o seu direito); (b) do grau de onerosidade da exigência pelo credor (quanto maior o grau de onerosidade da exigência, maior a chance de o credor ver suprimido o seu direito) e; (c) do confronto entre o prazo do contrato, visto à luz do tempo em que o descumprimento foi tolerado pelo credor, e o prazo prescricional (A exiguidade do prazo prescricional há que ser levada em conta, porque a segurança jurídica, tradicionalmente, foi estabelecida justamente por esse prazo prescricional. O receio é que o prazo da *supressio* venha a enfraquecer o instituto da prescrição). “*Supressio* é a expressão proposta para traduzir a *Verwirkung*, i. é a situação em que incorre a

diferentes. Se, a despeito da cláusula penal, fosse aplicável o *duty to mitigate the loss*, caberia à Corte indagar a respeito das medidas mitigadoras adequadas ao caso, estabelecer-lhes um valor e subtrair, do total, o valor obtido. Caso fosse aplicável a *supressio*, a análise da Corte giraria em torno do momento a partir do qual a conduta da parte credora gerou à contraparte a legítima expectativa de um direito. Os desfechos fatalmente seriam diferentes.

3.3.1 O Enunciado

Já frisamos que o *duty to mitigate the loss* ingressou no Brasil por via do Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil. Eis as necessárias indagações cujas respostas buscaremos aqui: o que são os enunciados, quem os criam e como o fazem?

Enunciados são criados no seio das chamadas Jornadas de Direito Civil, realizadas periodicamente por meio do Centro de Estudos Judiciários,¹⁹⁰ do Conselho da Justiça Federal.¹⁹¹ Dessas jornadas participam “magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito,”¹⁹² divididos em comissões temáticas.¹⁹³

pessoa que, tendo suscitado noutra, por força de um não-exercício prolongado, a confiança de que a posição em causa não seria actuada, não pode mais fazê-lo, por imposição da boa fé” (MENEZES CORDEIRO, Da boa-fé no Direito Civil, 2001, p. 378).

¹⁹⁰ O Centro de Estudos Judiciários, dirigido pelo Corregedor-Geral da Justiça Federal, é parte da estrutura orgânica do Conselho da Justiça Federal, competindo-lhe “exercer, de forma efetiva, a supervisão orçamentária e administrativa, o poder correicional e a uniformização, bem como promover a integração e o aprimoramento da Justiça Federal.” Vide <<http://www.cjf.jus.br/cjf/cjf/o-que-e>>, último acesso em 20 de setembro de 2014. Vide, ainda, artigos 2º e 6º da Res. CJF 42/08 – Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal, e incisos I, II e III do artigo 8º da Lei 11.798/08.

¹⁹¹ Integram o Conselho da Justiça Federal, conforme artigo 2º da Lei 11.798/08, que dispõe sobre a composição e a competência do conselho, o Presidente e o Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça (inciso I), três Ministros, eleitos entre os integrantes do Superior Tribunal de Justiça (inciso II), e os Presidentes dos Tribunais Regionais Federais (inciso III). O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE têm direito a assento no Conselho, mas não votam (§1º do mesmo artigo 2º). O Conselho da Justiça Federal, nos termos do parágrafo único, inciso II, do artigo 105 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/04, funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça, “cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante”, ou seja, “são de observância obrigatória por todas as unidades da Justiça Federal de primeiro e segundo graus”. Vide <<http://www.cjf.jus.br/cjf/cjf/o-que-e>>, último acesso em 20 de setembro de 2014.

¹⁹² Vide <<http://www.stj.jus.br/publicacao/seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>, acessado em 20 de setembro de 2014.

¹⁹³ Coordenada por Antonio Junqueira de Azevedo (Professor - USP-SP) e José Osório de Azevedo Jr. (Professor - PUC-SP), e relatada por Luis Renato Ferreira da Silva (Professor - PUC-RS) e Cláudia Lima Marques (Professora - RS), a comissão de trabalho responsável pelo Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, na III Jornada de Direito Civil (a responsável pelo Enunciado n. 169), foi formada por: Antônio Junqueira de Azevedo – Professor (USP) – SP, Arion D'Almeida Monteiro Filho – Juiz de Direito - TJ-BA, Arnaldo Rizzardo

A III Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, durou 3 (três) dias e produziu o expressivo número de 133 (cento e trinta e três) enunciados. A comissão temática encarregada do tema Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, sozinha, contribuiu com 20 (vinte) enunciados, 5 (cinco) sob a rubrica do artigo 422 do Código Civil.

Na prática, os participantes encaminham “Justificativas”, que são submetidas às comissões temáticas que, por maioria, as aprovam ou as rejeitam, transformando-as, no primeiro caso, em um “Enunciado”.

Enunciados representam o “pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Responsabilidade Civil e Direito de Família e Sucessões)”¹⁹⁴ que participam das Jornadas de Direito Civil.

Adverte o Centro de Estudos Judiciários:¹⁹⁵

Os enunciados não expressam o entendimento do Conselho da Justiça Federal, que apenas promove o evento, menos ainda do Superior Tribunal de Justiça, mas representam o pensamento médio da maioria das respectivas comissões temáticas.

Embora formalmente desprovidos de valor legal, os enunciados constituem – e o de n. 169 é um bom exemplo – um norte interpretativo muito prestigiado pelos Tribunais. Isso

– Professor – RS, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – Desembargador Federal - TRF-4ª Reg., Carlos Roberto Alves dos Santos – Juiz Federal – GO, Claudia Lima Marques – Professora (URGS) – RS, Cláudio Fortunato Michelin Jr. – Professor – RS, Clayton Reis – Desembargador - TJ-PR, Edilson Pereira Nobre Júnior – Juiz Federal – RN, Fabrício Fontoura Bezerra – Juiz de Direito - TJ-DF, Fernanda Mathias de Souza – Advogada – DF, Flávio Murilo Tartuce Silva – Advogado e Professor – SP, Francisco José de Oliveira – Defensor Público – MG, Francisco José Moesch – Desembargador - TJ-RS, Guilherme Couto de Castro – Juiz Federal – RJ, Heloisa Carpena – Procuradora de Justiça – RJ, João Luís Fischer Dias – Juiz de Direito - TJ-DF, José Osório de Azevedo Jr. – Professor (PUC) – SP, Judith Martins Costa – Professora (UFRGS) – RS, Luis Renato Ferreira da Silva – Professor (PUC) – RS, Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues – Desembargadora Federal - TRF-1ª Reg., Maria Isabel Pezzi Klein – Juíza Federal – RS, Miguel Kfoury Neto – Juiz do Tribunal de Alçada – PR, Noeval de Quadros – Juiz do Tribunal de Alçada – PR, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino – Desembargador - TJ-RS, Paulo Roque Khouri – Professor – DF, Rafael Castegnaro Trevisan – Juiz Federal – RS, Régis Bigolin – Advogado – RS, Roberto Rosas – Professor – DF, Rodrigo Barreto Cogo – Advogado – SP, Ruy Eduardo Almeida Britto – Juiz de Direito - TJ-BA, Sidney Hartung Buarque – Desembargador - TJ-RJ, Valéria Medeiros de Albuquerque – Juíza Federal – RJ, Vera Andrichi – Desembargadora - TJ-DF, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha – Juiz de Direito - TJ-PB e Professor - PB.

¹⁹⁴ Vide <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>, acessado em 20 de setembro de 2014.

¹⁹⁵ Vide <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>, acessado em 20 de setembro de 2014.

pode decorrer do fato de que contam com o apoio institucional do Superior Tribunal de Justiça, que lhes promove em seu *website*,¹⁹⁶ razão pela qual também figuram em Vademecum, mesmo nas versões “compactas”.¹⁹⁷ Esse cenário nos leva à indagar, retoricamente, o porquê desse inusitado prestígio dos enunciados, se o Brasil, tradicionalmente, não faz uso de instrumentos de *soft law*.

3.3.2 A Justificativa do Enunciado n. 169

Uma das teses que defendemos neste trabalho é a de que existe uma significativa diferença entre o instituto do *duty to mitigate the loss*, tal qual aplicado nos países de *common law*, e o instituto homônimo, no Brasil. Não nos contentaremos em defender essa tese sem também procurar sugerir os motivos que, segundo a nossa opinião, causaram a modificação do instituto – talvez o principal destes motivos seja a Justificativa que embasou o Enunciado 169.¹⁹⁸

3.3.2.1 As notas introdutórias da Justificativa

A Justificativa é um documento de 11 (onze) laudas auto-intitulado de “esboço” que começa com um importante – e subestimado¹⁹⁹ – *caveat*: o reconhecimento de que o tema merece “inegavelmente, uma análise mais aprofundada.”

Segundo a Justificativa, o Código Civil de 2002 não teria cuidado de dado “aspecto relativo ao comportamento do credor”, sendo que existiriam exemplos legislativos “recentes e eficazes da adoção” do *duty to mitigate the loss*, a exemplo do artigo 77 da CISG e de outros

¹⁹⁶ Vide <<http://www.stj.jus.br/publicacao/seriada/index.php/jornada>>, acessado em 20 de setembro de 2014.

¹⁹⁷ Vide, por exemplo, Vademecum Compacto Saraiva, 12ª edição, 2014, Editora Saraiva, páginas 1699 e seguintes.

¹⁹⁸ A íntegra do documento pode ser encontrada em <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc> último acesso em 17 de outubro de 2014.

¹⁹⁹ Dezenas de decisões reproduzem passagens largas do texto da Justificativa ou dos argumentos ali formulados. Vide, por exemplo, TJ/RS, Apel. Cível n. 70019328889, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. José Francisco Pellegrini, julgado em 13/05/08, v.u.

diplomas de caráter internacional. O documento, ainda, lembrou do §242 do *BGB*²⁰⁰ e arrematou que “o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 422, aproxima-se da idéia do legislador da Convenção de Viena de 1980, ao impor certo comportamento a ambos os contratantes”, após o que reproduziu o artigo 422 do Código Civil, sublinhando a expressão “Os contratantes”.

Uma das teses deste trabalho é a de que o *duty to mitigate the loss* é mais apropriadamente associado à noção de causalidade do que à de boa-fé, seja em países da *common law* (HART & HONORÉ, 1985; BRIDGE; FARNSWORTH E. A., 2004; ADAR, 2013; FURMSTON, 1981), seja quando examinado na Itália (ROSSELLO, 1983), seja quando discutido na Alemanha (SCHLECHTRIEM, 1986), embora, visto sob outra perspectiva, exista quem, sem desprezar a causalidade, lhe atribua, nos EUA, fundamentos econômicos (GOETZ & SCOTT, 1983). Analisando, no Direito Italiano, uma *esigenza di correttezza* – e não o *duty to mitigate the loss* propriamente dito – encontramos quem a associe, em caráter primário (DEL CUPIS) e em caráter secundário (BETTI), à causalidade, fazendo referência ao artigo 1.227 do *Codice Civile*, não obstante também reconheçam aí a incidência da boa-fé. Proveniente de uma jurisdição de tradição mista do Direito, que é o estado americano da Louisiana, LITVINOFF conjuga *duty to mitigate the loss* e boa-fé, descartando a causalidade (1999). Talvez a diferença de visões decorra das idiossincrácias extensões que cada um dos autores confere à boa-fé; afinal, Direito e cultura são indissociáveis. Insistiremos na nossa tese, assim, adotando distinta estratégia: a da inconveniência de se alocar o *duty to mitigate the loss* sob a noção da boa-fé. Demonstraremos, em momento oportuno, os nocivos efeitos práticos de o *duty to mitigate the loss* ter sido albergado sob a rubrica do artigo 422 do Código Civil. Antes, continuaremos o exame da Justificativa do Enunciado 169.

O exemplo legislativo “recente e eficaz da adoção” do *duty to mitigate the loss* mencionado por FRADERA é um tratado internacional de 1980, que disciplina *exclusivamente* o comércio internacional de mercadorias, a CISG. Enfatizamos, a CISG disciplina: (a) o comércio; (b) internacional; (c) de mercadorias.

²⁰⁰ Que traduziu da seguinte forma: “o devedor tem a obrigação de executar a prestação tal como o exigem a confiança e a fidelidade, levando em consideração os usos de tráfico.”

No sistema da CISG, o *duty to mitigate the loss* faz perfeito sentido. No contexto internacional, as distâncias física e cultural entre comerciantes elevam os custos de transação. Isso tende a repercutir, negativamente, no preço do produto comercializado. A CISG – cujo inegável objetivo é uniformizar o comércio internacional – ao estabelecer o *duty to mitigate the loss*, cria um mecanismo de redução de riscos, um incremento à estabilidade das relações comerciais internacionais. Daí a presença deste ônus em outros diplomas também internacionais, como a Convenção de Haia de 1964,²⁰¹ e os *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (Princípios UNIDROIT), a que já nos referimos *en passant* acima. Aliás, a pertinência do *duty to mitigate the loss* na CISG não é debatida, sequer entre os países adeptos à tradição civilista do Direito.²⁰² Ou seja, entre a CISG e o Código Civil falta pertinência temática. A CISG disciplina matéria ínfima se comparada àquela subordinada aos ditames do Código Civil.

Cabe, ainda, uma última consideração. A CISG é inegavelmente um diploma de sucesso internacional, talvez o de maior sucesso. Entretanto, a CISG é resultado de tratativas conciliatórias de diversas delegações, é fruto de negociações havidas entre diversas delegações de juristas, oriundas de inúmeros países. Estas delegações de juristas não defendiam aquilo que se afigurava como o mais adequado sob o ponto de vista técnico-jurídico; defendiam o mais conveniente para o seu país, segundo critérios particulares, quicá políticos. Prova irrefutável desta circunstância é a história legislativa do artigo 7º da CISG, que trata da boa-fé, cuja extensão do conceito é longamente debatido entre diversos países. A CISG, portanto, não é um diploma ideal. Daí, por exemplo, a importância institucional de iniciativas como a da *Pace University* e a das reiteradas reuniões e relatórios do *CISG-Advisory Council*, sempre no sentido de promover a uniformização da interpretação da CISG. Aliás, a uniformização interpretativa da CISG é considerada seu Princípio Supremo.

²⁰¹ Que, aliás, foi a fonte da CISG neste aspecto específico, de modo que invocá-la, a pretexto de somar argumentos, é um lapso.

²⁰² Vide histórico do Artigo 77 da CISG, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries77.html>>, com outros trechos relevantes no mesmo website, último acesso em 18 de novembro de 2014. A principal discussão, levantada, inclusive, pela delegação dos Estados Unidos, era quanto à extensão do “dever” de mitigar prejuízos. Pretendia-se, com base no *duty to mitigate the loss*, legitimar a decisão do credor no sentido de cumprir a sua parte na avença como meio de assegurar a redução de seus prejuízos. O caso seria, tivesse prevalecido a tese propugnada pela delegação americana, de autorizar a *performance* como medida acautelatória de prejuízo. A sugestão foi rejeitada por 24 votos a 8. Nos EUA, a tese tem amparo jurisprudencial [vide *Bomberger v. Mckelvey*, in 220 P.2d 729 (Cal. 1950)]. A respeito do precedente, foi dito que “*a plaintiff may complete performance to avoid a loss that may not be adequately compensated in damages even though completion inflicts a much greater loss on the defaulter*” (GERGEN M., 2009). No Reino Unido, o assunto foi objeto de discussão, entre outros, no famoso caso *White & Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 413 HL Sc, 1962 SC (HL) 1.

Logo, teria andado melhor a Justificativa do Enunciado 169 se tivesse buscado inspiração nos Princípios UNIDROIT. Os Princípios UNIDROIT resultaram de discussões técnicas, de que participaram juristas desvinculados, em tese, dos interesses de seus próprios países. Enquanto, na CISG, o artigo 7º “*falls short of imposing any duty of good faith performance on the parties*”²⁰³ (FARNSWORTH E. A., 2004), nos Princípios UNIDROIT cada parte “*must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade*”. Os Princípios UNIDROIT também contemplam o *duty to mitigate the loss*, mas acrescentam um detalhe, que acabou omitido do texto do Enunciado n. 169: o da ressarcibilidade das despesas razoavelmente incorridas. Como se verá, FRADERA qualificou o *duty to mitigate the loss* como um “dever” e, como tal, não faz mesmo sentido que as despesas incorridas na adoção de medidas mitigadoras sejam ressarcíveis.

Assim, não nos parece oportuna a fonte eleita para o Enunciado n. 169.

Por outro lado, se, conforme afirma a Justificativa, o legislador do Código Civil, em seu artigo 422, se aproximou “da ideia do legislador da Convenção de Viena de 1980 ao impor certo comportamento a ambos os contratantes”, por que, então, exigir apenas do “credor” a adoção de providências mitigadoras se, por um lado, o Código Civil impõe “certo comportamento a ambos os contratantes” e, por outro lado, o *duty to mitigate the loss* exige providências mitigadoras de ambas as partes (ou, mais tecnicamente, do demandante)? É fundamental que se estabeleça que a análise das posições de “credor” e de “devedor” da obrigação é preciso ser levada a cabo adotando-se uma visão *dinâmica* da obrigação. A obrigação não é um vínculo ou um liame estático imune aos fatos jurídicos que se desdobram no tempo. As lições de COUTO e SILVA são aplicáveis aqui (*A obrigação como processo*, 2012). Esta discussão a respeito da natureza – estática ou dinâmica – da obrigação, pelo menos no que diz respeito ao *duty to mitigate the loss*, não é verificada na *common law*, porque sepultada pelo vocábulo quase sempre empregado para indicar a parte a quem cabe o *duty to mitigate the loss*: o *claimant* ou *plaintiff* – ou seja, o demandante ou autor.

Quanto à íntima relação que a Justificativa traça entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé objetiva, já nos manifestamos ao estudar os fundamentos do instituto no Capítulo 2.

²⁰³ “Deixa de impor qualquer regra de boa-fé na execução pelas partes” (nossa tradução).

Aqui, acrescentamos apenas que o *duty to mitigate the loss* frequentemente afasta o recebimento de qualquer indenização (ADAR, 2013),²⁰⁴ podendo mesmo ser quase perverso aos nossos olhos.²⁰⁵ Mais adequado, sem dúvida, teria sido conjugar o *duty to mitigate the loss* à causalidade (ou à culpabilidade).

A remissão que a Justificativa faz ao §242 do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* não altera o cenário descrito acima. O grande avanço alemão, que entendemos interessante ressaltar aqui, é o fato de que foram capazes de estabelecer institutos – ou figuras parcelares da boa-fé – que diminuem, substancialmente, o grau de abstração que a boa-fé oferece, possibilitando mais precisa adequação entre as circunstâncias do caso concreto e o remédio aplicável. É neste contexto que se enquadra, por exemplo, a *supressio*.²⁰⁶

Tivemos o cuidado de examinar a clássica obra de COUTO e SILVA a fim de investigar se, dos estudos por ele conduzidos, seria possível abranger, em alguma das figuras parcelares da boa-fé que identificou ao estudar a legislação alemã, e em especial no tal “dever

²⁰⁴ O que nos parece um lapso, na medida em que o nosso sistema prestigia a *restitutio in integrum* (donde se conclui que a criação de novos filtros ao direito de indenização plena impõe a realização de um processo muito mais criterioso, que provavelmente só se legitimaria pelo processo legislativo adequado e não por meio de um enunciado): “A adoção do princípio da *restitutio in integrum* no direito brasileiro, inspirada na preocupação de harmonia e restauração do equilíbrio rompido por ato de outrem, impõe ao devedor a responsabilidade por todas as despesas a que der causa em razão de mora ou inadimplemento. Assim, os arts. 389, 395 e 404 do CC/02 inserem expressamente a possibilidade de restituição de valores relativos a honorários advocatícios, independentemente de expressa previsão contratual.” [STJ, Resp n. 1.274.629 - AP (2011/0204599-4), 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/05/13, vu]. A decisão é invocada para demonstrar o prestígio ao que a Min. Nancy Andrighi denomina de “princípio da *restitutio in integrum*”. Em outro trecho da decisão, a Min. Nancy Andrighi faz alusão ao *duty to mitigate the loss*, adjetiva-o de ônus (o que, a nosso ver, representa um avanço da jurisprudência, porquanto, pelo menos nos países da *common law*, é esta a sua natureza jurídica), mas o utiliza para justificar a sua opinião no sentido de que o credor, antes mesmo de contratar um advogado para a defesa dos seus interesses, *deve* esgotar os meios suasórios para a solução de seu problema: “Outrossim, vale trazer à baila o dever geral imposto aos credores, em virtude da aplicação direta da boa-fé objetiva, de minorar as próprias perdas (*duty to mitigate the loss*). Assim, se impõe ao credor o ônus de adotar medidas menos prejudiciais a ambas as partes contratantes, em obediência ao dever anexo de cooperação e lealdade. Nessa ordem de ideias, antes que se proceda à efetiva contratação de advogado para a cobrança de débitos inadimplidos entre partes contratantes, é de se exigir a demonstração de tentativas de solução amigável frustradas. Do contrário, se a partir da mora o credor já contrata advogado, impingindo ao devedor um acréscimo considerável, muitas vezes, bastante superior aos encargos de mora, a contratação será desproporcional, portanto, abusiva e não sujeita ao ressarcimento.” A decisão poderia ser examinada a partir de uma série de distintas questões, muitas delas inapropriadas aqui, como a dos incentivos que o precedente gera às partes (não há dúvidas de que a contratação de advogado eleva os custos de transação mas, ao fim e ao cabo, seria necessário inserir nesta análise outros elementos, tais como os incentivos que são gerados para o devedor). Sob o ponto de vista do *duty to mitigate the loss*, o que importa estabelecer é que o instituto não é, aos nossos olhos, aplicável ao caso, porquanto não se afigura *razoável* – o adjetivo razoável é aqui empregado no sentido técnico preceituado pela *mitigation doctrine* – privar a parte da contratação de advogado. Ademais, o *duty to mitigate the loss* não é passível de discussão quando as partes, em contrato, alocam entre si as perdas, mediante cláusula específica. O caso, portanto, seria apenas de examinar a validade da cláusula, sob o ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor.

²⁰⁵ *Cockburn v. Trusts & Guarantee Co.* (1917), 37 D.L.R. 701, 55 S.C.R. 264. “37 D.L.R. 701, 55 S.C.R. 264.

²⁰⁶ STJ, Resp n. 953.389 - SP (2007/0115703-9), 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, julgado em 23.02.10, vu.

de colaboração,” o *duty to mitigate the loss* (A obrigação como processo, 2012). Concluímos que não.²⁰⁷

O Direito Alemão, ao contrário do que sugere a Justificativa, não tutela o *duty to mitigate the loss* no §242 do BGB. O Direito Alemão contém disposição específica e expressa desempenhando função semelhante àquela desempenhada, nos países de tradição *common law*, pelo *duty to mitigate the loss*:

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 modifications²⁰⁸

(sublinhamos)

Doutrina alemã corrobora tal tese. SCHLECHTRIEM (1986), em referência ao artigo 77 da CISG, afirma que “Article 77 corresponds to domestic provisions such as § 254(2) sentence 1 of the German Civil Code.” O próprio COUTO e SILVA reconhece esta circunstância (*Principes Fondamentaux De La Responsabilite Civile En Droit Bresilien Et Compare*, 1988, pp. 112-113). A associação que existe, também no Direito Alemão, é ao conceito de “causa” (ou de culpa concorrente).

Deste modo, se se pretendesse prestigiar o exemplo alemão, a providência mais adequada seria associar o *duty to mitigate the loss* ao dispositivo do Código Civil de 2002 que trata da culpa concorrente, a saber, o artigo 945, segundo o qual se “a vítima tiver concorrido

²⁰⁷ COUTO e SILVA sustenta que a boa-fé pode criar deveres para o credor (p. 33); esclarece que “quem deixar de indicar circunstância necessária ao fiel cumprimento da obrigação terá apenas violado dever de cooperação para com o outro partícipe do vínculo, inexistindo, porém, infringência à cláusula dos bons costumes” (p. 35); que a boa-fé é “elemento criador de novos deveres dentro da relação obrigacional, deveres (...) que podem nascer e desenvolver-se independentemente da vontade” (p. 35) e “independentemente de haver sido recebida como artigo expresso de lei” (p. 37); que existem “deveres do credor, que não são deveres para consigo mesmo, mas sim deveres jurídicos. Muitos deles consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano a outro figurante” (p. 40); sob o tópico “Deveres do credor”, ensina que lhe caberá “certos deveres como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha dificultar a prestação do devedor”. A obra de COUTO e SILVA é mesmo magnífica e avançada para o seu tempo. Mas nela, não identificamos elementos que nos autorizassem a conceber um dever de *mitigar* o próprio dano, na extensão proposta pelo Enunciado 169.

²⁰⁸ Vide < http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0756 >, acessado no dia 25 de setembro de 2014.

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”, até porque, nos termos do artigo 186 do mesmo diploma, aquele que, por omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito.

3.3.2.2 As indagações que a Justificativa formula e responde

Feitas as considerações introdutórias, a Justificativa indaga: “seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual?”; e responde positivamente, eis que “inúmeras vezes nos deparamos (...) com situações em que o credor se mantém inerte face ao descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.” O documento, então, invoca julgado da *Bundesgerichtshof*,²⁰⁹ de 1999, que, segundo dito, “ilustra à perfeição o quanto é comum ocorrer situações, onde o conceito em análise tem aplicação”. O caso de que trataria o tal julgado envolveria a compra, por um viticultor, de uma cera que, aplicada às cepas, lhes evitaria o ressecamento. O viticultor, entretanto, mesmo depois de constatar que a cera danificara as cepas, continuou a utilizar o produto, no que, teria entendido a *Bundesgerichtshof*, consistiria violação ao Artigo 77 da CISG. O *duty to mitigate the loss*, em outras palavras, exigiria do viticultor a suspensão imediata do uso da cera; sua conduta, entretanto, agravou os próprios prejuízos.

A indagação da Justificativa é meramente retórica porque, tal qual compreendido por FRADERA, o *duty to mitigate the loss* teria plena aplicação no Brasil, ao abrigo da boa-fé objetiva.

De fato, nos deparamos com situações semelhantes àquela em que “o credor se mantém inerte face ao descumprimento por parte do devedor”. Entretanto, a circunstância, por si só, de nos depararmos com esta situação não justifica a importação do *duty to mitigate the loss*. O que, a nosso ver, poderia justificar alguma providência neste sentido – e não necessariamente a importação do *duty to mitigate the loss* – seria a existência de lacuna, no

²⁰⁹ Assim indicado: “Abstract: CLOUT case 318, in A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS830; Country: Germany”.

ordenamento jurídico brasileiro, que legitimasse a indesejável prática atribuída ao tal credor descrito por FRADERA, associada, ainda, à alguma condescendência jurisprudencial. Seria necessário, em suma, uma patologia de nosso sistema. Não cremos na existência dessa patologia em nosso sistema.

O verdadeiro teste relativo à necessidade, ou não, de transplante ou de importação do instituto do *duty to mitigate the loss* passa, portanto, por uma análise minuciosa: (a) das normas aplicáveis aos casos de inadimplemento contratual (e das normas de responsabilidade civil aquiliana incidentes); e (b) da demonstração de que, a despeito desta hipotética lacuna, nossos tribunais, mesmo empregando as fórmulas adequadas de integração hermenêutica, teriam vacilado na solução apropriada de casos concretos semelhantes ao descrito. Tais providências não existem na Justificativa. Conforme será visto poucas linhas abaixo, situações semelhantes à hipótese descrita por FRADERA foram enfrentadas, com soluções apropriadas, pelos nossos tribunais, independentemente do *duty to mitigate the loss*.

A referência que FRADERA faz ao julgado da *Bundesgerichtshof* é passível de críticas. Mas, antes das críticas, uma retificação importante: embora a nota de rodapé da Justificativa faça referência ao *Clout Case* n. 318,²¹⁰ a verdade é que o caso narrado por FRADERA é o *Clout Case* n. 271.²¹¹

De qualquer maneira, tanto o *Clout Case* n. 271 (o que a Justificativa descreveu mas não indicou), quanto o *Clout Case* n. 318 (o que, por erro, ela indicou), especialmente este, são demonstrações claras de que o *duty to mitigate the loss* difere, e muito, daquela noção ingênua que autorizaria aproximá-lo, com tanto rigor, da boa-fé. Conforme passamos a expor, entendemos que tais precedentes não justificam a importação da *mitigation doctrine*.

Segundo FRADERA, no caso do viticultor por ela descrito, a Corte Alemã teria decidido no sentido de que a conduta do comprador violaria “o artigo 77 da CIGS, não podendo ser aceita, porquanto contrária a todas as regras de comportamento contratual, sejam elas de natureza moral, costumeira (*lex mercatoria*), principal (boa fé) ou legislativa.” (*sic*). Com o devido respeito, não encontramos, seja no trecho em inglês reproduzido em rodapé por

²¹⁰ Vide <<http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUid=1541>>, acessado em 04 de novembro de 2014.

²¹¹ Vide <<http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUid=1494>>, acessado em 04 de novembro de 2014.

FRADERA, seja em outros documentos que fazem referência a tal precedente, informações que pudessem autorizar tal conclusão.

Análise um pouco mais detida do precedente demonstra que, em verdade, a Corte Alemã, entendendo que a questão do *duty to mitigate the loss* era cognoscível de ofício, determinou a remessa dos autos para a instância inferior a fim de que a alegada violação fosse apurada. A Corte, ainda, sinalizou para a aplicação da norma alemã que trata da culpa concorrente, norma transcrita há pouco. Segue trecho extraído da própria Justificativa apresentada por FRADERA (nota de rodapé n. 6):

*Finally the Court held that the lower instance court should have dealt with the issue of mitigation of damages by the buyer (Art. 77 CISG), and should not have remanded it to separate proceedings concerning the amount of the claim. In the Court's opinion this is supported by the German domestic law rules on contributory negligence, which are applicable notwithstanding the principle of autonomous interpretation of CISG (Art. 7(1) CISG), since the issue is a procedural one. Art. 77 CISG must be considered ex officio and may lead to exclude the seller's liability altogether. The case was thus remanded to the appellate court for decision on the alleged buyer's failure to mitigate damages by not stopping to use the wax as soon as it became aware of its damaging effects.*²¹² (sublinhamos)

Aliás, segundo consta, o Tribunal Alemão expressamente examinou o caso concreto à luz da causalidade:²¹³

*As to the seller's claim that the buyer had used part of the wax for a purpose other than that intended, i.e. for treatment of young vines, the Court remanded the case to the lower courts in order to ascertain the facts. If this were indeed the case, there would be no causal connection between the lack of conformity and the damage and consequently no liability of the seller concerning young vine fields.*²¹⁴ (sublinhamos)

²¹² “O tribunal decidiu que o magistrado de primeiro grau deveria ter enfrentado a questão do ‘mitigation of damages’ pelo comprador (Art. 77 CISG) (...). O Artigo 77 da CISG deve ser verificado *ex officio* (...). O caso foi, por esta razão, remetido à corte para uma decisão a respeito da alegada falha do comprador em mitigar danos, em decorrência do fato de que ele não parou de utilizar a cera logo que tomou ciência dos efeitos danosos da mercadoria” (nossa tradução do trecho sublinhado).

²¹³ Recorremos à fonte diversa para investigar o caso referido na Justificativa e nos deparamos com o trecho abaixo reproduzido, que também contradiz o entendimento manifestado na Justificativa: “*However, since the appellate court had failed to consider whether there had been any failure on the part of the buyer to mitigate its loss, the Supreme Court set aside the judgement and remanded the case back to the appellate court. It noted that, as failure to mitigate by one party could lead to the total exclusion of liability of the other party, in such a case, German law would require that the matter be considered in conjunction with the decision on the merits and not in a separate proceeding concerning the amount of damages (article 77 CISG). As this was a question of procedural rather than substantive law, the court said that it was not governed by article 7 of the CISG but rather, by the relevant provisions of German law.*” Vide <<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/990324g1.html>>, acesso em 04 de novembro de 2014.

²¹⁴ “Relativamente à alegação do vendedor de que o comprador utilizou parte da cera para uma finalidade diferente daquela a que se presta o produto, exemplo, tratamento de vinhas jovens, o Tribunal remeteu o caso às instâncias inferiores de modo a detectar a ocorrência do fato. Se verificada a ocorrência do fato, não haverá

Em realidade, o precedente é importante porque ilustra nosso argumento de que o *duty to mitigate the loss* desempenha função invariavelmente ligada à causalidade: ao que tudo indica, os danos alegados pelo viticultor foram por ele mesmo causados.

Tecendo considerações a respeito de hipótese muito semelhante,²¹⁵ BRIDGE, invocando HART & HONORÉ,²¹⁶ afirma que: “*If a farmer sows defective seed knowing it to be defective, contributory negligence and the rules of mitigation should equally preclude recovery for crop loss*”²¹⁷ (BRIDGE, 1989, p. 416).

O *Case Clout* n. 318 – o referido, em erro, na Justificativa – é o calcanhar de aquiles para aqueles que defendem uma íntima relação entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé, na medida em que exige da vítima a adoção de medidas mitigadoras demasiadamente onerosas e que, por isso, a nosso ver, extrapolam até mesmo a mais ampla noção de boa-fé.

No precedente, litigaram um holandês, vendedor de aspiradores de pó, e um alemão, comprador dos aparelhos. Recebidos os aspiradores de pó, o comprador alemão se recusou a pagar pela mercadoria, ao fundamento de que seria de qualidade inadequada. A demanda travada entre as partes visava essencialmente a cobrança pelos valores que o vendedor entendia devidos.

A Corte Alemã entendeu que:

(...) *the buyer had failed to mitigate the loss under article 77 CISG, as it had made only efforts to effect replacement purchases in its region, without taking into account other suppliers in Germany or abroad.*²¹⁸

relação causal entre o defeito do produto e o dano e, conseqüentemente, nenhuma responsabilidade do vendedor relativamente às vinhas jovens” (nossa tradução).

²¹⁵ *Wavra v. Karr* 172 N.W. 118 (Minn. 1919).

²¹⁶ Segundo HART & HONORÉ (1985, p. 230), “*any loss suffered in part through plaintiff’s failure to mitigate damages will be irrevocable by virtue of a rule analogous to that by which, at common law, plaintiff’s contributory negligence barred an action in tort*”. A passagem remete a uma nota de rodapé. Nela, o caso indicado é justamente o *leading case* do *duty to mitigate the loss*: *British Westinghouse v. Underground Electric Railways*.

²¹⁷ “Se um fazendeiro planta sementes defeituosas ciente de que o são, tanto as regras relacionadas à culpa concorrente quanto as regras de mitigação excluem a possibilidade de ressarcimento pelas perdas da colheita” (nossa tradução).

²¹⁸ “(...) o comprador falhou em mitigar os danos nos termos do artigo 77 da CISG, uma vez que empreendeu esforços apenas no sentido de buscar transações substitutas na sua região, sem considerar outros fornecedores na Alemanha ou em outros países” (nossa tradução).

Ou seja: no entendimento da Corte Alemã, o comprador deixou de mitigar o próprio prejuízo porque, apesar de ter tentado vender os aspiradores de pó em sua região, deixou de adotar a mesma providência em outras regiões da Alemanha e em outros países.

Logo se percebe que a discussão passa ao largo da boa-fé, ainda que lhe fosse conferida a extensão máxima que a nossa “realidade histórico-cultural”, voltando aqui a citar REALE, pudesse admitir.

3.3.2.3 Os trechos finais da Justificativa

Posteriormente, a Justificativa se propõe a responder à seguinte pergunta: “porque está o credor adstrito a mitigar a própria perda?”. A Justificativa, então, invoca John HONNOLD que, segundo FRADERA, teria afirmado ser “o *duty to mitigate the loss* geralmente reconhecido, apesar de expresso das mais variadas formas e aplicado com distintos graus de ênfase.” A Justificativa, ainda, menciona os Direitos Alemão e Suíço: o primeiro explicaria o *duty to mitigate the loss* como uma *Obliegenheit* (ali traduzida como uma “obrigação de pequeno porte”) que, por sua vez, teria origem nos contratos de seguro; o segundo qualificaria o dever de mitigar como uma *Incombance* (traduzida como incumbência). O texto de FRADERA assim conclui a respeito da natureza jurídica do *duty to mitigate the loss*:

é de difícil definição, podendo estar tanto na categoria dos deveres (se existe regra positiva a respeito, como na CISG), bem como incumbência (...) ou ainda, como uma obrigação de pequeno porte, conforme a doutrina alemã.

A Justificativa termina com a seguinte afirmação:

Não cumprido o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre em França.

No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral, permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual.

A consideração do dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos.

Como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual. (sublinhamos)

Eis a gênese do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

Buscamos os comentários de John HONNOLD (1999) ao artigo 77 da CISG e os transcrevemos abaixo, incluindo a passagem imediatamente seguinte àquela reproduzida por FRADERA:

The principle that a party must mitigate loss that reasonably can be avoided is generally recognized but is expressed in different ways and is applied with varying degrees of emphasis. Many codes do not explicitly speak of a "duty" to "mitigate" loss. Instead, statutory language that a party is responsible for the damage it "causes" often provides a basis for concluding that some of the damage was caused by the plaintiff rather than the party in breach. Similarly, some systems limit the plaintiff's recovery by principles akin to what other legal systems call contributory negligence—e.g., the French doctrine of faute de la victime. (sublinhamos)

Dos comentários de HONNOLD, é possível verificar que a função desempenhada pelo *duty to mitigate the loss* é exercida, em outros ordenamentos jurídicos, como o Francês, pelo instituto da culpa concorrente. Não compreendemos tal omissão no documento que ensejou a aprovação do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil.

Quanto ao Direito Alemão, já nos manifestamos há pouco, mas aqui retomamos a palavra ante a afirmação de que, lá, o *duty to mitigate the loss* teria origem nos contratos de seguro. Não faremos esta análise, que apesar de duvidosa (como visto, o *duty to mitigate the loss* tem previsão específica no §254 do *BGB*), não nos parece relevante aqui. O que precisa ser destacado é que o *duty to mitigate the loss* é regra típica nas legislações sobre seguro. Assim é no ordenamento jurídico Alemão, Francês e, claro, também no nosso, conforme artigos 768,²¹⁹ 769²²⁰ e, especialmente, 771²²¹ do Código Civil.

²¹⁹ Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

²²⁰ Art. 769. O 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.

²²¹ 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 consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüente ao sinistro.

No Direito Suíço, o artigo 44 do Código de Obrigações desempenha o papel de mecanismo limitador da indenização que, nos países de tradição *common law*, compete à *mitigation doctrine*. O artigo 44 do Código de Obrigações Suíço é claramente fundado na causalidade.²²²

A menção ao Direito Francês também merece considerações. Na leitura de FRADERA, a jurisprudência Francesa empregaria o *duty to mitigate the loss* “com fulcro na boa-fé objetiva”, “na noção de abuso de direito” e por meio da “proibição do *venire contra factum proprium*, como justificativa para sancionar o comportamento do credor faltoso, em relação à *l’obligation de mitigation*” – o texto, então, remete o leitor a uma nota de rodapé, que faz referência ao caso *Bailleux c. Jarety*, com comentários doutrinários extraídos de um texto de 1974. No aludido precedente, a Corte Francesa recusou ao locador, que por onze anos deixou de cobrar aluguéis, o uso da cláusula resolutória, com fundamento, segundo narrado por FRADERA, no *venire contra factum proprium*.

Segundo pudemos depreender da leitura do texto de HONNOLD, especialmente da parte que transcrevemos acima, o Direito Francês não se socorre exatamente da “boa-fé objetiva” para aplicar o *duty to mitigate the loss*. HONNOLD disse – e tal dizer está em perfeita harmonia com o que temos defendido neste trabalho²²³ – que o Direito Francês dispõe de instituto próprio, apto a desempenhar função assemelhada à do *duty to mitigate the loss*: o *contributory negligence*.

No mesmo sentido, a opinião de LANDO e BEALE (Principles of European Contract Law - Parts I and II, 2000, p. 447), para quem “*french law does not know mitigation as such, but some similar results may be obtained by the application of the general rule about fault*”.²²⁴

²²² “IV. Grounds for reducing compensation

Art. 44

Where the injured party consented to the action which caused the loss or damage or circumstances attributable to him helped give rise to or compound the loss or damage or otherwise exacerbated the position of the party liable for it, the court may reduce compensation due or even dispense with it entirely.” Disponível em <<http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/220.en.pdf>>, acesso em 27 de novembro de 2014.

²²³ Inclusive quanto à natureza, limitadora do ressarcimento, do *duty to mitigate the loss*.

²²⁴ “A legislação francesa não conhece as regras típicas da mitigação, mas resultados similares podem ser obtidos pela aplicação da regra geral sobre culpa” (nossa tradução).

Quando a Justificativa afirma que a jurisprudência Francesa empregaria o *duty to mitigate the loss* com base “na noção de abuso de direito” e por meio da “proibição do *venire contra factum proprium*”, afirmação duvidosa por si só, acaba por atestar a desnecessidade do *duty to mitigate the loss*, porquanto, seja na França, seja no Brasil, as noções de proibição ao abuso de direito e ao *venire contra factum proprium* são amplamente disseminadas – e se estas noções existem e cumprem a mesma ou semelhante função do *duty to mitigate the loss*, logo, não há por que importá-lo.

É oportuno abrir um parêntese para trazer a opinião de COUTO e SILVA, cujo nome foi mencionado na Justificativa. Em 1988, em trabalho escrito em Francês, COUTO e SILVA afirmou que, apesar de o Código Civil brasileiro não estabelecer uma exigência, voltada à vítima, no sentido de adotar medidas visando à *limitação* de danos, a boa-fé objetiva justificaria o reconhecimento de tal exigência no Brasil (*Principes Fondamentaux De La Responsabilite Civile En Droit Bresilien Et Compare*, 1988, pp. 112-113).²²⁵ É preciso ponderar a respeito das palavras de COUTO e SILVA. A primeira ponderação: COUTO e SILVA não se socorreu do *duty to mitigate the loss*; desprezou qualquer “autoridade” que não fosse a boa-fé. A segunda ponderação: a preocupação de COUTO e SILVA era voltada a outras hipóteses, muito distintas daquelas indicadas na Justificativa e mais facilmente subsumíveis à boa-fé objetiva – o jurista fala em “comportamento social adequado”, “vida em sociedade”. Terceira ponderação: há uma significativa diferença de alcance entre a exigência de se *limitar* danos, ou de circunscrevê-los, e a exigência de se *mitigar* danos – esta tem um alcance superior ao daquela (ROSSELLO, 1983). Finalmente, o *duty to mitigate the loss* (na *common law*) e os institutos que, na Itália (artigo 1.227 do *Codice Civile*), na Alemanha (§254 *BGB*) e na Suíça (artigo 44 do Código de Obrigações) desempenham funções assemelhadas estão invariavelmente associados à noção de causalidade ou à noção de culpabilidade, como é também na França, conforme HONNOLD.

Aliás, segundo indicam LANDO & BEALE, em Portugal, “the ‘duty’ to mitigate may be imposed upon the aggrieved party by way of an analogy of art. 570, or under the rule of

²²⁵ “Enfin, le Code civil brésilien ne mentionne pas que la victime ait le devoir de faire le possible pour limiter le dommage qui doit être réparé (Le Code civil allemand a une disposition à ce sujet l’art. 254, II, in fine). Ce devoir de limitation du dommage peut être déduit du principe de la bonne foi, en raison des devoirs qui obligent aux individus à se conduire d’une façon socialement correcte et même du devoir qui empêche que l’on puisse profiter soit en raison de la violation des devoirs qui découlent d’un contrat, soit en raison de la violation des devoirs qui découlent d’un contrat, soit en raison de ceux qui proviennent de la vie en société, du soi-disant contact social.”

abuse of right”²²⁶ (LANDO & BEALE, 2000, p. 448). Eis o teor do artigo 570 do Código Civil Português:

ARTIGO 570º

(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.

Portugal não destoa dos demais países do velho continente pesquisados. Não temos dúvidas de que, existisse, em 1988, o artigo 945 do atual Código Civil – cujo texto²²⁷ é semelhante ao artigo 570º do Código Civil Português – COUTO e SILVA o teria invocado para justificar, no Brasil, uma exigência da vítima no sentido de se *limitar* danos, com o que fechamos o nosso parêntese.

O texto referido por FRADERA e que, ao que parece, embasou suas opiniões a respeito do *duty to mitigate the loss* na França é, segundo nota de rodapé, de 1974. Fontes mais recentes (PAUTREMAT, 2006) asseveram que o *duty to mitigate the loss* foi rechaçado, em pelo menos duas oportunidades,²²⁸ pela *Cour de Cassation*, de modo que não se sustenta atualmente a subsistência desse instituto naquele país (PAUTREMAT, 2006), conforme anunciam NOVAIS DIAS e BATISTA LOPES (2013, p. 73), além de LANDO e BEALE (2000, p. 447). Na França, o *duty to mitigate the loss* apareceu apenas ocasionalmente e mesmo assim em áreas específicas tais como *leasing*, seguros e, pelas razões já discutidas, na compra e venda internacional de mercadorias (PAUTREMAT, 2006).

O interessante da alusão à França é que a *Cour de Cassation*, ao negar aplicação ao *duty to mitigate the loss*, invocou o artigo 1.382 do Código Civil Francês,²²⁹ cujo conteúdo

²²⁶ “o ‘dever’ de mitigar pode ser imposto à parte lesionada por analogia ao artigo 570 do Código Civil ou pela regra que proíbe o abuso de direito” (nossa tradução).

²²⁷ “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.”

²²⁸ *Cass 2eme civ (19 de Junho de 2003) No 930 FS-PBRIX, Xhauftaire c/Decrepat e No 931 FS-PRBI, Dibaoui c/Flamand, Bull Civ II No 203, D 2003 Jur 2396; Petites Affiches 2003, No 208, 16, por Reifegerste; RTD Civ 2003 No 4, 716, por Jourdain; Gaz Pal (8 -9 Oct 2003) No 281, 9, por Rosenfeld and Bouchez; Répertoire Defrenois 2003, No 23, 1566, por Aubert; Droite et Patrimoine (2003) No 120, 82, por Chabas; D 2003, No 34, 2326, por Chazal; JCPG (2003) No 45 (1933) por Castets-Renard; Petites Affiches 2003, No 261, 17, por Dagorne-Labbe; Responsabilité Civile et Assurances (2004) No 1, 6 por Agard; RJDA (4 Abril) por Aubert 355.*

²²⁹ “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.

nos é extremamente familiar.²³⁰ Lá e cá, a causalidade e a culpa, seja no dano, seja no agravamento do dano (quer nos parecer), têm o condão de reduzir (ou de afastar) a indenização.

O precedente *Bailleux c. Jarety*²³¹ resolveu-se, a própria FRADERA reconheceu, com base no *venire contra factum proprium*. Como o *venire contra factum proprium* é amplamente aplicado pela jurisprudência brasileira,²³² sentimos não ser o caso de justificar a introdução, sob esse ponto, do *duty to mitigate the loss* no Brasil.

O nosso argumento é confirmado pelo teste denominado “*Sitting on one’s rights*”, criado por ZIMMERMANN & WHITTAKER, na obra *Good Faith in European Contract Law* (2000). O teste consiste em submeter um caso idêntico à juristas de diversos países. O caso é assim descrito: Lester tem que pagar a Mark, seu locador, a quantia mensal de 1000 (um mil). Lester reputa o valor alto e paga apenas 900 (novecentos). Mark não protesta. Três anos depois, entretanto, Mark exige o pagamento do saldo devedor (100/mês), relativo aos últimos três anos. O teste de ZIMMERMAN & WHITTAKER não é idêntico ao caso *Bailleux c. Jarety* mas, segundo o nosso ponto de vista, ambos têm ingredientes comuns que permitem a comparação.

Tal qual narrado, o caso foi submetido a juristas da Alemanha, Grécia, Áustria, França, Bélgica, Espanha, Itália, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Escócia, Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia. Nenhum desses países invocou o *duty to mitigate the loss*. Muitos deles, entretanto, invocaram o *venire contra factum proprium*.

O próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em interessante precedente, não precisou recorrer ao *duty to mitigate the loss* para julgar, no mesmo sentido, caso

²³⁰ Vale relembrar o disposto no artigo 927 do nosso Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Vide, ainda, os artigos 186 e 187: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

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

²³¹ O caso é assim descrito na Justificativa: “(...) onde um locador permaneceu durante 11 anos sem cobrar os aluguéis, e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer o seu direito, com fundamento na proibição de *venire contra factum proprium*.”

²³² Uma rápida pesquisa realizada no dia 21 de outubro de 2014, no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com os termos, entre aspas, “*venire contra factum proprium*” demonstrou existirem 3.050 acórdãos da Corte em que a expressão é mencionada.

semelhante.²³³ Nele, embora o contrato previsse aluguel no valor de R\$ 2.000,00, apenas a quantia mensal de R\$ 1.700,00 foi paga pelo locatário por período de quatro anos, “sem qualquer oposição dos locadores ou comprovada manifestação para cobrança do remanescente e reajustes anuais previstos em contrato.” Também entre nós, o caso foi resolvido por aplicação do *venire contra factum proprium*:

(...) os locadores não podem alegar a existência de mora em relação à parte do aluguel que deixaram de receber por período de tempo razoável, sem qualquer ressalva, sob pena de caracterizar-se violação à boa-fé objetiva e à segurança jurídica, prestigiando-se, indevidamente, a adoção de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*).

Diante do que já expusemos no capítulo anterior, não podemos deixar de nos manifestar a respeito do que a Justificativa indicou como sendo a natureza jurídica do *duty to mitigate the loss*. Segundo o documento, o *duty to mitigate the loss* seria de difícil definição, podendo pertencer à categoria dos deveres (como no caso da CISG),²³⁴ representar uma incumbência ou constituir, ainda, uma “obrigação de pequeno porte”. Afirmou-se categoricamente que, “não cumprido o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções”, a saber, “o pagamento de perdas e danos” e arrematou: “como se trata de um dever (...) a sua violação corresponde a uma culpa delitual.”

Convém recordar a advertência de que os “vocábulos *obrigação*, *dever* e *ônus* são termos de conceitos técnico-jurídicos” e “que se impõe, sempre, o uso rigoroso desses vocábulos” (ROBERTO GRAU, 1988, p. 114). A circunstância de o *duty to mitigate the loss* não representar um dever é, na *common law*, das mais triviais, consoante esclarecem GOETZ & SCOTT (1983, p. 967):

Generations of legal commentators have observed that the term ‘duty’ is misleading because the contract breacher invokes the failure to mitigate as a defense to reduce the damages for which he is otherwise liable rather than as an affirmative right of action. Thus, the failure to mitigate merely “disables” the injured party from recovering avoidable losses. (sublinhamos)

Logo, qualificar o *duty to mitigate the loss* como uma “obrigação de pequeno porte” – uma obrigação liliputiana, numa paráfrase aos crimes homônimos – também é de se descartar.

²³³ TJ/SP, Apel. n. 0021579-19.2008.8.26.0068, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Edgar Rosa, julgado em 11.03.12.

²³⁴ Embora na CISG também não haja um “dever”.

Andou melhor NOVAIS DIAS que, mais prudentemente, classificou o *duty to mitigate the loss* de encargo (2011). Na mesma linha, BATISTA LOPES (2013, pp. 194-202), que o insere na categoria de ônus.²³⁵ Aliás, a palavra *obliegenheiten* invocada na Justificativa, segundo ensina ROBERTO GRAU (1988, p. 119), significa justamente ônus. Para GOLDSCHIMIDT (*apud* BADARÓ, 2012, p. 292):

Ônus é um imperativo do próprio interesse; uma faculdade cujo exercício é condição necessária ou relevante para a obtenção de uma posição de vantagem ou para não sofrer um prejuízo.

No *duty to mitigate the loss*, a parte que adota medidas mitigadoras razoáveis não pode ser penalizada pelas perdas que, nas peculiaridades do caso concreto, se afiguravam evitáveis. Este é o sentido da *doctrine of avoidable consequences*.

Lemos mais de uma vez a Justificativa que embasou o Enunciado 169 e ficamos com a impressão de que, desde seu início, o documento equipara o “dever do credor de mitigar o próprio prejuízo” ao “*duty to mitigate the loss*”, franqueando-lhes tratamento uniforme, como se, sem prejuízo à substância, fossem intercambiáveis, identicamente definidos e separados apenas pelo idioma, não obstante tenham sido pinçados, de modo pouco criterioso, de ordenamentos e até de sistemas jurídicos diferentes, como o Francês, o Alemão, o Suíço e a *common law*, além da CISG.²³⁶

Por influência da Justificativa, verificamos que, no Brasil, o *duty to mitigate the loss* é comumente tratado:²³⁷ (a) como uma figura parcelar da boa-fé objetiva, um dever de

²³⁵ Também é neste sentido a opinião de ANDRADE MARTINS que, em 30 de setembro de 2014, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, defendeu tese intitulada *Duty to mitigate the loss no Direito Civil Brasileiro*, na Faculdade de Direito da USP. Ao tempo da entrega deste trabalho, a dissertação de ANDRADE MARTINS ainda não estava disponível para acesso.

²³⁶ O tratamento do *duty to mitigate the loss* pelo enunciado faz lembrar as lições de RODRIGUEZ (2013, pp. 80-81). Evidentemente, a Justificativa é uma manifestação doutrinária, e não um acórdão judicial, mas a remissão, a nosso sentir, às palavras de RODRIGUEZ, é adequada. Diz RODRIGUEZ que: “elabora-se uma tese, de saída, a partir de uma autoridade qualquer (legislação, doutrinador, caso julgado). Em seguida, são invocadas autoridades para corroborá-la, pouco importando a coerência entre elas, ou seja, a coerência entre leis, casos julgados ou citações de doutrina utilizados. Por fim, é proposta uma solução para o caso como se ela fosse absolutamente óbvia, por ter sido, justamente, sustentada por praticamente ‘todos’, todas as autoridades relevantes para o assunto. Uma argumentação que é pura manipulação, no sentido pejorativo da palavra, das fontes de direito.”

²³⁷ Raríssimas decisões o qualificam de ônus. Vide STJ, Resp n. 1.274.629 - AP (2011/0204599-4), 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/05/13, vu. (o *duty to mitigate the loss* é qualificado de ônus mas é empregado como um dever de cooperação), e TJ/RS, Apel. Cível nº 70055766745 (nº CNJ: 0301301-45.2013.8.21.7000), 5ª Câmara Cível, Rel. Maria Cláudia Mércio Chachapuz, julgado em 26/07/14, vu. (o *duty to mitigate the loss* é reconhecido como um ônus e não aplicável ao caso concreto).

colaboração; (b) como um sucedâneo à norma do artigo 187 do Código Civil que proíbe o abuso de direito; (c) como figura ligada à causalidade (ou culpabilidade).

A cautela de se identificar a natureza jurídica do instituto de acordo com a função por ele desempenhada em cada caso concreto parece-nos, diante das circunstâncias, a mais adequada; e encontra amparo no pensamento de COUTO e SILVA (Principes Fondamentaux De La Responsabilite Civile En Droit Bresilien Et Compare, 1988, pp. 111-112):

Il y a dans la doctrine une discussion si le devoir de la victime d'éviter le dommage constitue une obligation ou un simple 'onus', ou charge, c'est-à-dire, un 'devoir d'intensité mineure' ou même un 'devoir en bénéfice propre'. Il y a des situations dans lesquelles les modèles juridiques se manifestent d'une forme mixte: ils se ressemblent aux devoirs et aux charges d'après la position avec laquelle on les regarde. Si l'on admet que les devoirs de la victime peuvent avoir la même nature que ceux de l'auteur du dommage, il faut conclure qu'il s'agit de devoirs au sens propre du terme. Nous avons déjà analysé dans un essai la nature de l'onus' ou de la charge, en démontrant que certaines espèces qui se ressemblent à la charge constituent en vérité une autre catégorie. Dans l'assurance, le soi-disant devoir d'indiquer l'aggravation d'un risque constitue, d'ailleurs, 'un droit potestatif'. C'est-à-dire, un droit que s'exerce par manifestation unilatérale de volonté avec la vertu de former immédiatement une nouvelle situation juridique. Apparemment il s'agit d'un 'devoir en bénéfice propre', c'est-à-dire, en bénéfice de l'assuré. S'il indique que le risque a été aggravé en exerçant un droit potestatif, le risque que nouveaux va être embrassé par le contrat d'assurance.²³⁸

À guisa de conclusão deste subcapítulo, convém frisar que, segundo BETTI, a “exigência” contida no artigo 1.227 do *Codice Civile* “non è soltanto un onere, mas è anche un dovere di correttezza verso la controparte.”²³⁹ O exemplo do trabalho de BETTI é paradigmático, pelo modo cuidadoso com que o jurista empregou a boa-fé. BETTI empregou a boa-fé como um canhão-de-luz para interpretar um dispositivo específico de lei e, assim, melhor ponderar obre o alcance da norma.²⁴⁰

²³⁸ “Há na doutrina uma discussão se o dever da vítima de evitar o dano constitui uma obrigação ou um simples ‘onus’, ou encargo, ou seja, um ‘dever de intensidade menor’ ou mesmo um ‘dever em benefício próprio.’ Há situações em que os modelos jurídicos se manifestam de uma forma mista: são semelhantes aos deveres e aos encargos, de acordo com a posição com a qual são vistos. Se se admite que os deveres da vítima podem ter a mesma natureza que os do autor do dano, há que se concluir que são deveres no próprio sentido do termo. Nós já analisamos a natureza do ‘onus’ ou do encargo, demonstrando que algumas espécies semelhantes ao encargo constituem em verdade uma outra categoria. Nos seguros, o chamado dever de indicar o agravamento do risco é, aliás, um ‘direito potestativo.’ Ou seja, um direito que é exercido pela manifestação unilateral de vontade, com o condão de criar imediatamente uma nova situação jurídica. Aparentemente, não é um ‘dever em próprio benefício,’ ou seja, em benefício do segurado.” (nossa tradução). Vale notar que COUTO e SILVA fala em “dever de evitar o dano”, e não em “dever de mitigar o dano”, exigências de alcances distintos (ROSSELLO, 1983).

²³⁹ “... não é somente um ônus, mas é também um dever de correção direcionado à parte contrária.” (nossa tradução).

²⁴⁰ Vide item 3.2.

3.4 O terceiro marco fundamental: o *leading case* do Superior Tribunal de Justiça

O terceiro marco para a análise do *duty to mitigate the loss* no Brasil é a data de 1º de julho de 2010, dia em que o Diário da Justiça Eletrônico publicou acórdão de relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do Rio Grande do Sul, naquele que talvez seja o mais emblemático dos precedentes brasileiros envolvendo a aplicação do *duty to mitigate the loss*.²⁴¹ A decisão condensa, num só ato, grande parte do que debatemos neste trabalho, e serve de precedente para uma infinidade de acórdãos dos mais diversos tribunais estaduais²⁴² e para, com uma exceção,²⁴³ todos os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, que a ele prestam explícita homenagem, na forma de referência.

De 2004 a 2010, o *duty to mitigate the loss* desempenhou um papel meramente figurativo, quiçá coadjuvante, em nosso ordenamento jurídico – existem acórdãos que o aplicam,²⁴⁴ mas ainda insuficientes a conformar uma tendência. Desde o terceiro marco fundamental, entretanto, o *duty to mitigate the loss* passou rapidamente à condição de protagonista, principalmente no Tribunal Paulista.

²⁴¹ STJ, Resp n. 758.518/PR, 2005/0096775-4, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3ª Turma, 17.6.2010, Dje 01.07.2010.

²⁴² Entre inúmeros outros: (i) do Tribunal de Justiça do Paraná: TJ/PR, AI n. 1055295, 7ª Câmara Cível, Rel. Juiz Roberto Massaro, julgado em 04/12/13, vu.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1066788-2, 12ª Câmara Cível, Rel. Juíza Ângela Maria Machado Costa, julgado em 21/05/14, v.u.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1163274-3, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Edgard Fernando Barbosa, julgado em 29/01/14, vu.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1179520-3, 12ª Câmara Cível, Rel. Juíza Ângela Maria Machado Costa, vu.; (ii) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: TJ/SC, Apel. Cível n. 2013.080933-6, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, decisão monocrática de 15/03/14 (a decisão não indica a câmara da corte); do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: TJ/RJ, 8ª Câmara Cível, Apel. Cível n. 0019310-43.2007.8.19.0001, Rel. Des. Flávia Romano de Rezende, julgado em 06/05/14, vu.; do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: TJ/MG, Apel. Cível n. 1.0701.09.287702-9/001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, julgado em 09/02/2012, publicado em 18/04/2012, maioria; TJ/MG, Apelação em Reexame necessário n. 1.0143.02.000118-4/001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des.(a) Mauro Soares de Freitas, julgado em 21/06/2012, publicado em 29/06/2012; do Tribunal Paulista: TJ/SP, 16ª Câmara de Direito Privado, Apel. 1.029.972-4, Rel. Candido Alem, julgado em 05 de setembro de 2006; TJ/SP, 16ª Câmara de Direito Privado, Apel. 991.06.044156-0, Rel. Candido Alem, julgado em 31/08/10; TJ/SP, Apel. Cível 991.07.065969-0, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 28/09/10; TJ/SP, Apel. Cível 991.07.072632-5, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 19/10/10; TJ/SP, Apel. Cível 991.06.054173-7, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 26/10/10.

²⁴³ STJ, Resp n. 1.274.629 - AP (2011/0204599-4), 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/05/13, v.u.

²⁴⁴ Vide, por exemplo, TJ/RS, Apel. n. 70025609579, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julgada em 20.05.2009 – a decisão aplica o *duty to mitigate the loss* em seu alcance máximo, semelhante àquele previsto na CISG.

Com efeito, apenas quatro anos após o julgamento do *leading case*, encontramos, só na Corte Paulista, 245 (duzentos e quarenta e cinco) acórdãos mencionando a aludida expressão (pesquisa do dia 13 de setembro de 2014). No sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo, pululam acórdãos invocando o *duty to mitigate the loss*, utilizado nos mais diversos contextos.

No acórdão que consagra o terceiro marco temporal deste trabalho, o Ministro Vasco Della Giustina menciona FRADERA, transcrevendo trecho significativo da Justificativa já debatida neste trabalho; ressalta a opinião de TARTUCE, que defende a ser objetiva a responsabilidade do credor nos casos do *duty to mitigate the loss*;²⁴⁵ invoca o Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal, tudo para justificar a decisão no sentido de que teria havido violação ao *duty to mitigate the loss* em hipótese assim descrita:

Conforme noticiado nos autos, 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. Contudo o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido (...).

Neste momento, unem-se os dois marcos anteriormente indicados. Isto porque o *leading case* é justamente o recurso especial extraído dos autos do acórdão paranaense que, mencionando CUPIS, BETTI, TUNC etc aplicou, pela primeira vez no Brasil, o *duty to mitigate the loss*, sob a equivalente expressão de *mitigation doctrine*.

O guardião máximo de nossas normas federais, o Superior Tribunal de Justiça, assim, secundou não só o Enunciado n. 169 mas também a sua Justificativa.

²⁴⁵ Mesmo que adotássemos a concepção de FRADERA no sentido de que o *duty to mitigate the loss* constituiria um dever (e não um ônus), teríamos sérias dificuldades em concordar com a opinião de TARTUCE. Os efeitos práticos do que TARTUCE sustenta, a nosso ver, seriam ruinosos, porque, entre outros motivos: (i) teriam o condão de tornar o credor o gestor de negócios do devedor, ultrapassando os salutares limites do instituto e chancelando o enriquecimento ilícito da parte inadimplente; (ii) representariam um desincentivo ao cumprimento da avença, contrariando os interesses do legislador, que busca criar mecanismos que assegurem a estabilidade das relações contratuais (e não a criação de ambientes oportunistas); (iii) elevariam demasiadamente os custos da transação, na medida que obrigariam as partes do contrato a embutir, no processo de barganha, os riscos não só associados à inadimplência da parte adversa mas também decorrentes do papel de gestor de negócios. De resto, um dever cujo descumprimento levasse à responsabilização *objetiva* do credor dependeria de lei, em sentido estrito. Finalmente, para TARTUCE, o *duty to mitigate the loss* seria um dos deveres anexos da boa-fé, formulação com a qual não conseguimos concordar. Vide <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>, acesso em 20 de novembro de 2014.

Cremos que, para a solução do caso descrito, seria mais apropriado recorrer ao instituto da *supressio*, que designa a “inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal” (SCHREIBER, A Proibição de Comportamento Contraditório, tutela da confiança e venire contra factum proprium, 2007). A própria Ministra Nancy Andrighi definiu a *supressio* como a regra que “reconhece a perda da eficácia de um direito quando este longamente não é exercido ou observado”²⁴⁶ e, em outra oportunidade,²⁴⁷ como “a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não exercício se prolongará no tempo”.²⁴⁸

Tivesse sido o precedente examinado sob a ótica da *supressio*, o desfecho poderia ter sido distinto, eis que seriam outros os parâmetros para a fixação do valor descontado do credor. No acórdão, descontou-se um ano de indenização do credor, sem que tivessem sido fornecidas balizas claras a respeito desse arbitramento. Em outro caso, ainda a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi justamente a ausência de um “critério para o abatimento dos seis meses em razão do dever de mitigar as próprias perdas” que justificou, na decisão monocrática de lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o provimento de agravo em recurso especial.²⁴⁹

A pergunta, tivesse sido a *supressio* considerada, seria: quando o devedor passou, legitimamente, a considerar-se livre daquela obrigação cujo cumprimento foi tão negligenciado pelo credor? Enquanto a *supressio* tem por objetivo a tutela dos legítimos interesses de uma das partes da relação, o *duty to mitigate the loss* tem por finalidade combater as consequências evitáveis. Logo, é possível verificar que, embora possam a *supressio* e o dever anexo de colaboração²⁵⁰ serem alocados sob o guarda-chuva da boa-fé objetiva, não há dúvidas de que distintos casos concretos convidam à incidência institutos

²⁴⁶ STJ, Resp 1.096.639/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 12.02.2009.

²⁴⁷ STJ, Resp 953.38/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 15.03.2010 (aqui, a inércia do credor pelo prazo de um ano foi suficiente para gerar, ao devedor, expectativas legítimas – mas houve um fato especial: o credor emitiu as faturas nos valores antigos).

²⁴⁸ Vide, ainda, STJ, Resp 122514/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 30.06.11.

²⁴⁹ Agravo no recurso especial n. 371.136-PI (2013/0226832-5), decisão de 06/05/14, Dje 09/05/2014.

²⁵⁰ Conforme concluiremos, o *duty to mitigate the loss*, no Brasil, embora atenda por esta expressão inglesa, constitui, rigorosamente, um dever de colaboração. No Reino Unido, nos EUA, na Austrália e no Canadá, o *duty to mitigate the loss* é, em verdade, um ônus da parte (e não um dever).

também distintos, que assegurarão desfechos mais apropriados, em que pesem opiniões contrárias (PENTEADO, 2006).²⁵¹

3.5 O atual estado da arte

Impulsionado pelo Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, e amparado pelo *leading case* do Superior Tribunal de Justiça,²⁵² o *duty to mitigate the loss* se expandiu incontinentemente em território nacional, ultrapassando a barreira da responsabilidade civil contratual²⁵³ e, a mais surpreendente, do Direito Privado.²⁵⁴ O *duty to mitigate the loss* – que inexistia nas cortes pesquisadas até 2004 – em apenas 10 (dez) anos foi alçado à categoria de brocardo,²⁵⁵ e invocado em literalmente centenas de decisões.

No Brasil, o *duty to mitigate the loss* constitui, em uma das facetas que assume, um “dever”,²⁵⁶ embora assim não seja nos países de tradição *common law* (KONTOROVICH, 2001).²⁵⁷ A qualificação que lhe foi atribuída, de forma lata, por AGUIAR JÚNIOR, e repetida, mas de forma estrita, por FRADERA, predomina²⁵⁸ nas decisões dos tribunais. O *duty to mitigate the loss* é, segundo posição francamente majoritária, um “desdobramento da

²⁵¹ Para PENTEADO, “(s)endo figuras parcelares de uma cláusula geral e não noções próprias de uma definição conceitual (...) determinada situação jurídica pode ser reconduzida a mais de uma das figuras parcelares da boa-fé, porque elas gozam de certa plasticidade”.

²⁵² Há decisão isolada do Tribunal Paulista creditando aos artigos 769 e 771 do Código Civil a origem do *duty to mitigate the loss* no Brasil (TJ/SP, Apel. n. 0028463-34.2009.8.26.0196, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Correia Lima, 08/09/14, v.u.).

²⁵³ Há decisão isolada, também do Tribunal Paulista, declarando categoricamente que o *duty to mitigate the loss* não se aplicaria a casos de responsabilidade civil extracontratual (TJ/SP, Apel. n. 0020863-12.2011.8.26.0577, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marcondes D’Angelo, julgado em 29/08/12, v.u.).

²⁵⁴ O *duty to mitigate the loss* foi aplicado à caso de contrato administrativo, em desfavor do contratado – TJ/SP, Apel. 0005498-87.2010.8.26.0338, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, julgado em 06/08/14.

²⁵⁵ TJ/SP – AI n. 0135319-86.2013.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Campos Petroni, julgado em 24/09/13, vu.; TJ/SP, Apel. n. 0106896-44.2012.8.26.0100, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Itamar Gaino, julgado em 19/05/14, v.u.

²⁵⁶ TJ/RJ, Apel. Cível 0243392-18.2011.8.19.0001, 26ª Câmara Cível Especializada, Des. Myriam Medeiros da Fonseca Costa, assinado eletronicamente em 27 de junho de 2014. (“Fradera afirma também que a consideração do dever de mitigar como dever anexo justificaria o pagamento de perdas e danos, e ainda como se trata de um dever - e não de obrigação - contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual”).

²⁵⁷ Para quem “*mitigation is not a legal duty, since its neglect 'does not create a right of action in any other person.'*”

²⁵⁸ Merece honrosa menção decisão que, absolutamente em linha com a tese deste trabalho, qualifica o *duty to mitigate the loss* como um ônus (TJ/RS, Apel. Cível nº 70055766745 (nº CNJ: 0301301-45.2013.8.21.7000), 5ª Câmara Cível, Rel. Maria Cláudia Mércio Chachapuz, julgado em 26/06/14, v.u.).

boa-fé objetiva”,²⁵⁹ um “dever anexo” da boa-fé,²⁶⁰ um dever lateral “de mitigação dos próprios prejuízos”,²⁶¹ um “dever de colaboração”²⁶² (ou de cooperação).²⁶³ Ocorre que o dever de colaboração, este sim desdobramento da boa-fé objetiva, já existe, ou já existiria, no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente da importação do *duty to mitigate the loss*. A clássica obra de COUTO e SILVA a que já nos referimos é pródiga em questões relacionadas aos deveres de colaboração por parte do credor (A obrigação como processo, 2012).

A importação do *duty to mitigate the loss* acabou por conferir maior ênfase ao dever de colaboração mencionado por COUTO e SILVA, alterando-lhe o alcance, como se se tratasse de autêntico “dever” de *mitigação* de danos. Colocados em perspectiva, o dever de colaboração é, sem dúvida, muito mais ameno do que um (suposto) dever de *mitigação* de danos (até porque entre os dois postulados, existe um terceiro, o dever de *limitar* ou de *circunscrever* os danos). A verdade é que as hipóteses imaginadas por COUTO e SILVA para o dever de colaboração, mesmo aquelas de maior alcance, são tímidas se comparadas aos casos concretos verificados pós influência do *duty to mitigate the loss*.²⁶⁴

Entre nós, o *duty to mitigate the loss* se refere, na maioria das vezes,²⁶⁵ à conduta daquele que ostenta a condição de *credor*,²⁶⁶ analisada a obrigação estaticamente. Ou seja: o

²⁵⁹ TJ/SP, Apel. n. 0126025-08.2007.8.26.0004, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Elcio Trujillo, julgado em 19/08/14, v.u.

²⁶⁰ TJ/SP, Apel. n. 9195300-97.2007.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Piva Rodrigues, v.u.

²⁶¹ TJ/SP, Apel. n. 0212429-31.2008.8.26.0100, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mourão Neto, julgado em 29/07/14, v.u.

²⁶² TJ/MG, Apel. Cível n. 1.0701.09.287702-9/001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, julgado em 09/02/2012, publicado em 18/04/2012, maioria (vide voto vencido); TJ/SP, Apel. n. 0009492-15.2011.8.26.0007, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Thomaz, julgado em 21/05/14.

²⁶³ [STJ, ARES 379.849 – DF (2013;0241327-9), REL. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 11/04/2014, Dje 10/12/2013]].

²⁶⁴ Vide a nota 207 supra. Vide, em confronto, o TJ/RS, Apel. n. 70025609579, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julgada em 20.05.2009: no caso, uma empresa, após adquirir máquina defeituosa, teve negado pedido indenizatório, porquanto não teria se acautelado do prejuízo, adquirindo outra máquina que desempenhasse a mesma função ou adotando providência semelhante.

²⁶⁵ Existem casos raros em que o *duty to mitigate the loss* é oposto a ambas as partes, de modo genérico, como, por exemplo, em TJ/SP, Apel. n. 0028463-34.2009.8.26.0196, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Correia Lima, 8/09/14, vu. (a decisão fala que “as partes, até mesmo o credor, devem atuar para mitigar a extensão do débito.” Vide, ainda, TJ/SP, Apel. 0007265-64.2011.8.26.0003, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Cauduro Padin, julgado em 5/06/13).

²⁶⁶ STJ – Resp nº 1.274.629 - AP (2011/0204599-4), Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 16/05/13, DJe: 20/06/2013 (“Outrossim, vale trazer à baila o dever geral imposto aos credores, em virtude da aplicação direta da boa-fé objetiva, de minorar as próprias perdas (*duty to mitigate the loss*). Assim, se impõe ao credor o ônus de adotar medidas menos prejudiciais a ambas as partes contratantes, em obediência ao dever anexo de cooperação e lealdade. Nessa ordem de ideias, antes que se proceda à efetiva contratação de advogado para a cobrança de débitos inadimplidos entre partes contratantes, é de se exigir a

dever de colaboração (colaboração = co + labor + ação), às vezes chamado de dever de cooperação (cooperação = co + operação),²⁶⁷ transformou-se, em verdade, em dever de laboração, ou dever de operação, eis que aplicável somente a uma das partes da relação (ao credor/à vítima).

Albergado, também equivocadamente, sob a norma do artigo 422 do Código Civil, milita contra o *duty to mitigate the loss* a noção de que não estaria sujeito ao princípio da autonomia das partes, eis que “(...) é dever do Estado aplicar a boa-fé e a função social do contrato para corrigir a distorção apontada e reequilibrar a relação jurídica. (...)”.²⁶⁸ Se, nas relações não sujeitas à CISG, isso poderia ser concebível,²⁶⁹ não há como se admitir que, naquelas subordinadas ao tratado, tal conceito seja aplicável.

Uma das recorrentes manifestações do *duty to mitigate the loss* é a de instrumento de combate ao abuso de direito (ou exercício abusivo de direito), como se o ordenamento jurídico brasileiro já não contemplasse norma específica aplicável (artigo 187 do Código Civil)²⁷⁰ que, sem recurso à *mitigation doctrine*, não pudesse ser particularizada. Assim, apesar de decisões contrárias (com as quais concordamos),²⁷¹ existe uma tendência a se reconhecer que não se desimcumbem do *duty to mitigate the loss* aquele que tarda a executar as astreintes,²⁷² aquele que, mesmo dentro do prazo prescricional, demora a propor demanda

demonstração de tentativas de solução amigável frustradas. Do contrário, se a partir da mora o credor já contrata advogado, impingindo ao devedor um acréscimo considerável, muitas vezes, bastante superior aos encargos de mora, a contratação será desproporcional, portanto, abusiva e não sujeita ao ressarcimento”).

²⁶⁷ Ou co + oper + ação.

²⁶⁸ TJ/MG, Apel. Cível n. 1.0024.11.115153-6/001, 10ª Câmara Cível, Rel. Des.Pereira da Silva, julgado em 25/02/2014, publicado em 14/03/2014, v.u.

²⁶⁹ É relutantemente que entendemos “concebível” essa assunção. Entendemos que às partes cabe modular o *duty to mitigate the loss*. Intervenções do Poder Judiciário, ressalvadas as hipóteses excepcionais, não são bem vindas porquanto alteram substancialmente aquilo que é mais caro às relações contratuais: o resultado do processo de barganha. Aliás, nos países de tradição *common law*, havendo cláusula contratual dispondo a respeito da indenização para o caso de inadimplemento, não há se falar em incidência do *duty to mitigate the loss*. Vide item 3.3.

²⁷⁰ Vide, entre outras obras a respeito do tema, *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito*, de Alexandre GUERRA, São Paulo, 2011, Editora Saraiva.

²⁷¹ Decisão monocrática de lavra do Ministro Antonio Carlos Ferreira, no julgamento de um agravo em recurso especial, afirma que “o simples fato de o recorrido ter ajuizado ação para cobrar o débito relativo a aproximadamente cinco anos de débito condominial não configura ofensa ao princípio da boa-fé a permitir a aplicação da teoria do ‘duty to mitigate the loss’”. Entendeu-se que é “faculdade do credor a escolha do momento de cobrar a dívida legalmente constituída, desde que dentro do prazo prescricional. 3. Não constatada a inércia injustificada do credor na cobrança da dívida, não há que se falar em violação ao preceito decorrente da boa-fé objetiva e infringência aos deveres de cooperação e lealdade.” [STJ, ARES 379.849 – DF (2013;0241327-9), REL. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 11/04/2014, Dje 10/12/2013].

²⁷² Entre outros inúmeros, vide TJ/MG, Apel. Cível n. 1.0145.09.532430-0/003, 18ª Câmara Cível, Rel. Des.Mota e Silva, julgado em 04/12/2012, publicado em 11/12/2012, v.u. [caso em que declarou-se que “o autor somente requereu o pagamento da multa após deixar transcorrer 137 dias”, sendo que “diante da nova leitura do

judicial,²⁷³ inclusive nos casos de despejo,^{274/275} e até na propositura de ação cautelar de produção antecipada de provas.²⁷⁶ Também não se desincumbe do *duty to mitigate the loss* a instituição financeira que recusa ao consumidor os boletos que permitem a quitação antecipada do empréstimo (embora tais casos justificassem simplesmente invocar o dever de colaboração da parte).²⁷⁷ Por outro lado, entendeu-se maciçamente²⁷⁸ que o ajuizamento tardio da demanda não representaria violação ao *duty to mitigate the loss*, tendo em vista a “natureza

Código Civil, uma das modalidades do abuso do direito é o “dever do credor de minorar as suas próprias perdas” (*duty to mitigate the loss*); TJ/SP, A.I. n. 1.0024.01.030619-9/005, 18ª Câmara Cível, Rel. Des.(a) Guilherme Luciano Baeta Nunes, julgado em 08/02/2011, publicado em 25/02/2011, vu.; TJ/RJ, AI nº 0022467-80.2014.8.19.0000, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Gabriel Zefiro, julgado em 18/08/14; TJ/PR, Agravo de Instrumento n. 1055295, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, Rel. Juiz Roberto Massaro, julgado em 04/12/13, vu. (caso em que o credor tardou dois anos a executar a multa). Vide, ainda, STJ – Edcl n. RESP n. 215.884 – RS (2010/0183211-2), Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 03/04/2013, Dje 05/04/2013 [no mesmo sentido, vide STJ – AG n. 1.169.797 – RS (2009/0054865-6), Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.11.2011, Dje 16/06/2011]. O tardio cobrança de astreintes jamais justificaria, nos países de tradição *common law*, a aplicação do *duty to mitigate the loss*.

²⁷³ Entre outros, vide TJ/SP, Apel. com Rev. n. 978450-0/0, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. William Campos, julgado em 19/12/06, vu. (“É cabível a aplicação da Teoria do ‘*duty to mitigate the loss*’ para reconhecer o abuso de direito de cobrança da dívida em relação à proprietária do imóvel locado e de interrupção do abastecimento de água, quando a concessionária do serviço essencial deixa de tomar as medidas capazes de evitar o agravamento do próprio prejuízo”); TJ/SP, Apel. com rev. n. 0000834-38.2005.8.26.0063, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Walter Cesar Exner, julgado em 13/02/14, maioria de votos. (no caso, “a empresa autora, a despeito de ter seu veículo abalroado nos idos de abril de 2002, só veio a juízo pleitear a indenização para fazer frente aos reparos necessários apenas em abril de 2005, às vésperas do termo a quo do prazo prescricional, pleiteando os lucros cessantes de todo o período”).

²⁷⁴ TJ/SP, Apel. n. 0007984-22.2011.8.26.0011, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hamid Bdine, julgado em 25 de abril de 2013, v.u. (ação de despejo proposta quatorze meses após o início do período de inadimplência, gerando danos ao fiador, que não havia sido comunicado da inadimplência – no caso, a dívida foi reduzida para o equivalente a seis meses de aluguel). No mesmo sentido: TJ/MG, Apelação em Reexame necessário n. 1.0143.02.000118-4/001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des.(a) Mauro Soares de Freitas, julgado em 21/06/2012, publicado em 29/06/2012 (ação ajuizada em face do Município de Carmo do Paranaíba); TJ/SP, Apel. n. 0124600-46.2007.8.26.0003, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hamid Bdine, julgado em 19 de fevereiro de 2014 (redução para o equivalente a 120 dias de inadimplemento, sendo que o período total de inadimplência era de outubro/2004 a setembro/2008 e a demanda foi ajuizada em setembro/2007, visando ao recebimento de aluguéis vencidos desde agosto/2004; ficaram excluídos da condenação os aluguéis relativos aos meses de agosto de 2004, setembro de 2004 e janeiro de 2005, em razão da prova dos respectivos pagamentos; a redução para os 120 dias foram fundados no “retardamento atribuível ao apelante sem fundamento razoável”, acrescentando-se que o “prazo é compatível com o necessário para eventuais tentativas de recebimento espontâneo ou pacto de desocupação, afinando-se ao previsto para a manutenção das obrigações do fiador no caso de substituição pelo locador”); TJ/SP, Apel. n. 0019917-78.2012.8.26.0068, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hamid Bdine, julgado em 19 de fevereiro de 2014 (redução para o equivalente a 120 dias de inadimplemento, sendo que o período total de inadimplemento era de outubro/2006 a dezembro de 2007); e TJ/SP, Apel. n. 0025441-73.2005.8.26.0562, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hamid Bdine, julgado em 30/06/14, v.u.

²⁷⁵ Nota-se, aqui, a influência de TARTUCE (2005): “Exemplificando a aplicação do *duty to mitigate the loss*, pensemos no caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Ora, nesse negócio, haveria um dever por parte do locador de ingressar tão logo seja possível com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos.”

²⁷⁶ TJ/SP, Apel. com rev. n. 9135454-52.2007.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, julgado em 25/09/12.

²⁷⁷ TJ/MG, A.I. n. 1.0702.11.024301-2/001, 12ª Câmara Cível, Rel. Des.(a) José Flávio de Almeida, julgado em 14/09/2011, publicado em 22/09/2011.

²⁷⁸ Em sentido contrário, TJ/SP, Apel. n. 0000357-42.2011.8.26.-568, 16ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alexandre Bucci, julgado em 30/07/13 (“... não havendo mínima justificativa para os períodos de inércia da apelante, não se poderia aqui olvidar do teor do Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal (...”).

social do empreendimento”, que tinha por objetivo “prover habitação à população de baixa renda”²⁷⁹ – ou seja: se de natureza “social” o empreendimento, não há que se limitar a indenização. Assim, segundo jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça de São Paulo, os credores de “vulneráveis” não possuiriam o dever de mitigar seus danos (os credores assim qualificados devem ser ressarcidos integralmente, apesar da inércia); já a inércia dos credores de não vulneráveis não recebe tal benesse.

A culpa concorrente é outra marca do *duty to mitigate the loss* brasileiro, presente desde o primeiríssimo passo do instituto em território nacional (vide primeiro marco fundamental acima). A correlação entre os institutos, sem dúvida, é muito próxima, havendo acórdão declarando que a “tese da mitigação do prejuízo (...) somente teria cabimento se demonstrada que a Autora tivesse concorrido culposamente pelo dano.”²⁸⁰ Em outro caso, afirmou-se que havendo “culpa concorrente das partes, não há falar-se em exclusão da indenização, mas em sua mitigação”.²⁸¹ As hipóteses, de fato, são inúmeras,²⁸² tendo o *duty to mitigate the loss* sido aplicado inclusive às hipóteses de culpa exclusiva vítima.²⁸³

²⁷⁹ TJ/SP, Apel. Cível n. 0125468-81.2008.8.26.0005, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julgado em 28/02/12 (“Promessa de Venda e Compra – Ação de resolução contratual c.c. reintegração de posse – Inadimplemento dos promitentes compradores – Ocupação do imóvel pago por longo período, sem a devida contraprestação – Perdas das parcelas pagas – Admissibilidade, nessa específica situação, sem violação ao Código de Defesa do Consumidor, por não ser desproporcional - O retardamento da recorrida em tomar providências para resolver o contrato e reaver o bem, considerando-se a natureza social do empreendimento, de forma a prover habitação à população de baixa renda, não pode ser entendida como violação a boa-fé objetiva, aos deveres de probidade, cooperação e lealdade e ao ‘dever de mitigar o próprio prejuízo’ (duty to mitigate the loss), mas sim em possibilitar ao devedor mais tempo para sanar a dívida e preservar a moradia, ainda mais, que no caso, a autora foi a maior prejudicada, inexistindo violação ao princípio da dignidade humana – Precedentes da Câmara – Recurso não provido.”); No mesmo sentido: TJ/SP, Apel. Cível n. 0001409-81.2011.8.26.0242, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julgado em 6 de março de 2012; TJ/SP, Apel. Cível n. 0002361-69.2011.8.26.0627, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julgado em 6/03/12; TJ/SP, Apel. Cível n. 9112324-62.2009.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Moreira Viegas, julgado em 28/03/12; TJ/SP, Apel. n. 0000397-12.2012.8.26.0302, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vito Guglielmi, 9/04/14 (“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE LOTE. Inadimplemento da compromissária compradora. (...) Impossibilidade de limitação da indenização a título de ocupação com fundamento no duty to mitigate the loss. Direito da autora de obter indenização por todo o período de ocupação gratuita. (...). Do voto: “Entende-se que não prevalece o argumento de aplicação da Teoria do Duty to Mitigate the Loss (dever de mitigar o próprio prejuízo), considerando que a cobrança, ainda que tardia, não pode ser entendida como violação à boa-fé. Ressalte-se que a demora na cobrança propiciou à ré, aliás, tempo maior para que pudesse quitar a sua dívida, mantendo a moradia própria. (...). A lei civil não tolera o enriquecimento sem causa, decorrente da ocupação do imóvel sem a devida contraprestação. Nesse contexto, deve ser determinada a indenização pela ocupação durante todo o período de inadimplemento e não limitado ao período de 12 meses em inadimplência ao montante de 12% do valor do imóvel”).

²⁸⁰ TJ/SP, Apel. n. 0032489-26.2010.8.26.0007, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Penna Machado, julgado em 04/06/14, v.u.

²⁸¹ TJ/SP, Apel. 0007265-64.2011.8.26.0003, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Cauduro Padin, julgado em 5/06/13, v.u.

Entre os casos que, adotando uma mesma linha, são emblemáticos por demonstrar a associação do *duty to mitigate the loss* aos institutos mais mezinhos da responsabilidade civil, estão aqueles, bastante numerosos, em que a instituição financeira age com “inegável negligência” ao cobrar tarifas bancárias pela manutenção de contas correntes em desuso.^{284/285} Na quase totalidade destes casos – e notadamente naqueles em que há a inscrição indevida do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito – a demanda é julgada com base nos artigos 186 e 187 do Código Civil, após o que recorre-se ao *duty to mitigate the loss* para *enfatizar* a transgressão à boa-fé objetiva.

Chamou a nossa particular atenção caso envolvendo a compra e venda de mercadorias²⁸⁶ em que a parte invocou o *duty to mitigate the loss*, mas a Corte, fazendo a devida anotação desta circunstância no relatório do acórdão, julgou com fundamento no artigo 945 do Código Civil. O caso envolvia a compra e venda de mudas de coco que, apesar de entregues nos tempo e modo devidos, estavam acometidas de doença fúngica pré-existente, devidamente comprovada nos autos, o que, aos olhos do comprador, justificou a sustação dos cheques dados em pagamento. Sobreveio, então, ação de cobrança do vendedor. Entendeu-se que:

(...) tem razão o recorrente [o vendedor] ao afirmar que o réu [o comprador] ao constatar a doença nas plantas agiu de forma negligente, porquanto ele não comprovou ter adotado as providências cabíveis para recuperação delas, quando percebeu a doença e, ainda, demorou mais de 1 (um) ano para reclamar do ocorrido, o que poderia motivar a proliferação da doença.

²⁸² TJ/PR, Apel. Cível n. 1.118.762-3, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, julgado em 08/04/14; TJ/RS, Apel. Cível nº 70029284296, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, julgado em 25/06/09, v.u.

²⁸³ TJ/PR, Apel. Cível n. 1066788-2, 12ª Câmara Cível, Rel. Juíza Ângela Maria Machado Costa, julgado em 21/05/14, v.u. (“considerando que o prejuízo da Apelante adveio de sua própria conduta, improcede o pedido indenizatório por perdas e danos”).

²⁸⁴ Entre muitos outros: TJ/SP, Apel. Cível 991.07.065969-0, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 28/09/10; TJ/SP, Apel. Cível 991.07.072632-5, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 19/10/10; TJ/SP, Apel. Cível 991.06.054173-7, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 26/10/10; TJ/SP, Apel. Cível 9190362-88.2009.8.26.0000, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 8/11/11; TJ/SP, Apel. Cível 0000273-77.2009.8.26.0223, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 1/10/12; TJ/SP, Apel. Cível 0002585-71.2012.8.26.0368, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 15/04/13; TJ/SP, Apel. Cível 0025525-75.2010.8.26.0602, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Negrão, julgado em 24/03/14.

²⁸⁵ Mais uma vez, a influência da doutrina é marcante. Segundo TARTUCE (2005): “Mesmo argumento vale para os contratos bancários em que há descumprimento. Segundo a nossa interpretação, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos.”

²⁸⁶ TJ/PR, Apel. Cível 1.182.212-5, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Fábio Haick Dall Vecchia, julgado em 27/05/14, v.u.

Dessa forma, no caso, a culpa pelo perecimento total das mudas foi concorrente, nos termos do artigo 945 do CC (...). (sublinhamos)²⁸⁷

Apesar de o nosso ordenamento já contemplar clássicas limitações à integralidade da indenização (culpa concorrente, culpa exclusiva da vítima, dano “direto e imediato”),²⁸⁸ também o *duty to mitigate the loss* ganhou legitimidade para tanto,²⁸⁹ embora, tal qual aplicado no Brasil, não permita a identificação de parâmetros objetivos.²⁹⁰

Seria interessante testar, ainda sob o aspecto de limitação à indenização, o *duty to mitigate the loss* em hipóteses de conexão. Explicamos. O Tribunal Paulista julgou apelação envolvendo caso em que os passageiros de um cruzeiro marítimo, inconformados com a inadequação dos serviços prestados (desagradáveis problemas hidráulicos que perduram por dias no navio), ajuizaram ação indenizatória visando ao ressarcimento dos danos.²⁹¹ Considerou-se que a aceitação, pelos consumidores, de estadia em hotel de luxo, teria mitigado os danos sofridos, com o que reduziu-se proporcionalmente o valor da indenização. Entretanto, ao admitir que tal providência era, nas circunstâncias do caso, a mais razoável a se adotar, indagamos se não seria forçoso admitir que também os demais consumidores expostos aos mesmos problemas, mas que não aceitaram a proposta de hospedagem em hotel de luxo (conforme inclusive narrado na mesma decisão), deveriam ter as suas indenizações reduzidas

²⁸⁷ Examinada a mesma questão, sob outro ângulo, é possível admitir, ainda, a aplicação do artigo 403 do Código Civil, segundo o qual “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” (sublinhamos). Ou seja: o dano indenizável é aquele “direto e imediato”. Também aqui a nossa legislação contém um mecanismo de limitação à indenização (função idêntica àquela exercida pelo *duty to mitigate the loss* nos países de tradição *common law*).

²⁸⁸ Vide nota anterior.

²⁸⁹ TJ/RJ, 8ª Câmara Cível, Apel. Cível n. 0019310-43.2007.8.19.0001, Relatora Des. Flávia Romano de Rezende, julgado em 06/05/14, vu. (“Ora, se por um lado, a responsabilidade civil rege-se pelos princípios da integralidade da reparação e da responsabilidade patrimonial do agente, por outro, não se pode desconsiderar a eventual aplicação da doutrina acerca da mitigação do prejuízo pelo próprio credor (*duty to mitigate the loss*), intrinsecamente ligado ao princípio da boa-fé objetiva.”)

²⁹⁰ Repetimos a referência que já fizemos alhures: em caso a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi justamente a ausência de um “critério para o abatimento dos seis meses em razão do dever de mitigar as próprias perdas” que justificou, na decisão monocrática de lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o provimento de agravo no recurso especial n. 371.136-PI (2013/0226832-5), decisão de 06/05/14, Dje 09/05/2014.

²⁹¹ TJ/SP, Apel. com rev. n. 0015885-39.2009.8.26.0196, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hamid Bdine, julgado em 17/06/13. [“... problemas hidráulicos foram identificados (...) e (...) prolongaram-se durante toda a permanência dos apelados no navio (...). Após o desembarque em Salvador, a apelante ofereceu a possibilidade de os passageiros se transferirem para o Hotel Iberostar (fls. 121). Embora os apelados aleguem que não havia outra possibilidade a não ser se hospedar no hotel indicado, é certo que apenas alguns passageiros aceitaram a alternativa oferecida pela apelada, dentre eles os apelados (...) que (...) permaneceram no hotel ofertado pela apelante durante três dias e três noites (...) é certo que a atuação do lesante ao tentar minimizar os danos causados deve ser valorizada, pois atende ao dever de cooperação que deve pautar a atuação das partes na execução do contrato. (...) tal restituição deve ser parcial, tendo em vista a atuação da apelante para mitigar os prejuízos dos apelados com o oferecimento de estadia em hotel de luxo nos dias restantes. Assim sendo, a indenização por danos materiais deve ser reduzida (...)”].

(ou quiçá totalmente recusadas). Tal qual compreendido o *duty to mitigate the loss* na *common law*, não temos dúvida que sim: a decisão da parte no sentido de permanecer no navio corresponderia a uma renúncia à indenização correspondente (ela teria o ônus de mitigar a perda mas deliberadamente não o fez). Entre nós, receamos que a Corte não concordaria em recusar aos demais consumidores o ressarcimento pelos danos sofridos. Isto porque, mais uma vez, há uma certa tensão com a nossa tão prestigiada noção ampla e abstrata da boa-fé. Ou seja: também aqui, mais uma vez, demonstramos que o *duty to mitigate the loss* não se alberga, senão artificial e equivocadamente, sob o guarda-chuva da boa-fé.

O tema mais polêmico em se tratando da aplicação do *duty to mitigate the loss* é a questão da razoabilidade das medidas mitigadoras. Somente a possibilidade, no caso concreto, de adoção de medidas mitigadoras *razoáveis* tem o condão de limitar o valor da indenização. A questão é muito subjetiva e depende das peculiaridades do caso. No Brasil, na maior parte das vezes, os acórdãos não tocam, de modo explícito,²⁹² no difícil problema da razoabilidade das medidas, até porque nem o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, nem a Justificativa que lhe deu amparo, se ocuparam desta que é a questão fundamental relacionada ao *duty to mitigate the loss*. Considerou-se que a parte não se desincumbiu do *duty to mitigate the loss* em hipótese em que, não tendo recebido os bilhetes necessários para a sua viagem, deixou de reprogramá-la ou de adiá-la, providências para as quais teve três semanas para adotar.²⁹³ Em outro caso, considerou-se providência mitigadora adequada a do locador de imóvel que o disponibiliza para locação de terceiros, após o rompimento do primeiro contrato pelo locatário.²⁹⁴

²⁹² Daí termos verificado a existência de um exercício muito pobre de ponderação a respeito do tema, inviabilizando a sedimentação de conceitos que possam, no futuro, serem avaliados pelas partes.

²⁹³ TJ/SP, Apel. cível n. 0001836-78.2012.8.26.0457, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Artur Marques, 16/09/13 (“E, no caso concreto, como bem ponderou o magistrado sentenciante, ‘não tendo os autores recebido os bilhetes eletrônicos no prazo prometido, poderiam ter desde logo contratado outra agência ou mesmo reprogramado ou adiado a viagem (...). Relevante consignar, a esse respeito, que a transação foi feita em 20.03.11 e a saída para Montevideu encontrava-se prevista para 16.04.11 (vide fls. 19), desumindo-se, pois, que os autores tiveram mais de três semanas para refazerem seus planos e aproveitar o período de descanso”. Constou da ementa o seguinte trecho: “Não há nos autos alegação ou comprovação de que os apelantes tenham contactado a apelada após aquele prazo de 72 horas para lhe comunicar o não envio dos “e-tickets” e dos “vouchers” necessários para embarque e hospedagem”).

²⁹⁴ TJ/SP, Apel. n. 0008974-65.2009.8.26.0566, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hamid Bdine, julgado em 25/06/14, vu. [No Código Civil, o dever de agir segundo a boa-fé objetiva está consagrado no artigo 422, noção a partir da qual se deve valor o contrato (...) Não se pode olvidar que é conceito da boa-fé objetiva o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo, o que, no caso, foi alcançado com a propositura desta ação e a celebração de outro contrato de locação com terceiros. A respeito disso, insta destacar o enunciado n. 169 do CJF, com repercussão na jurisprudência do E. STJ (...)]”.

Em outro precedente,²⁹⁵ o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou ação indenizatória ajuizada por vítima de acidente de trânsito em face da concessionária de serviço público que administra a Rodovia Raposo Tavares. A Corte paulista entendeu que a vítima agravou o próprio dano (ao invés de mitigá-lo), por deixar de promover, por cinco meses, os reparos em seu caminhão, que também era seu instrumento de trabalho. A vítima, segundo decidido, não fez jus ao recebimento de “lucros cessantes por todo o período, senão apenas pelo prazo de 1 (um) mês.” Perguntou, retoricamente, o relator: “tivesse o autor permanecido com seu veículo no conserto por 1, 2, 3 ou 4 anos, estaria o DER devedor obrigado a indenizá-lo pelo período que esteve parado (...)?” Curiosamente, o acórdão condenou a concessionária ao pagamento de indenização por danos morais. É que, alijada de seu instrumento de trabalho, a vítima sofreu “evidente descontrole em suas contas, tendo contra si até mesmo título protestado”. Assim, a despeito de reconhecer a circunstância de que o descontrole financeiro do caminhoneiro decorreu do acidente, demandou do caminhoneiro o expedito conserto de seu instrumento de trabalho. A própria pergunta retórica do desembargador relator – “tivesse o autor permanecido com seu veículo no conserto por 1, 2, 3 ou 4 anos, estaria o DER devedor obrigado a indenizá-lo pelo período em que esteve parado?” – denuncia a falta de razoabilidade da decisão, por uma razão óbvia: ele forneceu exemplos que estão fora da zona cinzenta em que a razoabilidade ainda é controversa; empregou o chamado *reductio ad absurdum*.²⁹⁶ Nos EUA, diz-se que “*the duty of mitigation only arises when the effort is not great*” (FRIED, 2007). Há quem afirme que não é necessário “*that the plaintiff invest a great deal of capital in the effort to mitigate damages*” (MACINTOSH & FRYDENLUND, 1987). Ora, se reconhecido o descontrole das contas do autor, parece-nos razoável admitir que seu caminhão não foi consertado, de forma mais rápida, por circunstância imputável ao réu. Em outras palavras: não nos parece razoável exigir de alguém que não dispõe de recursos imediatos a adoção de medidas mitigadoras despendiosas.

Não encontramos decisões que versem sobre a ressarcibilidade das despesas mitigadoras. O tema é dos mais caros ao instituto, havendo expressa menção a seu respeito, por exemplo, nos Princípios UNIDROIT a que já nos referimos e também nos *Principles of*

²⁹⁵ TJ/SP, 9ª Câmara de Direito Público, Apel. Cível nº 0096029-40.2008.8.26.0000, Rel. Rebouças de Carvalho, julgado em 07/11/12. Neste caso, também, o Tribunal de Justiça fez explícita menção à culpa da vítima, entendendo-a “concorrente”.

²⁹⁶ Sobre a *reductio ad absurdum*: no “(...) plano da retórica, fala-se em absurdo quando a demonstração consequente de uma proposição conduz-nos a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que nos obriga a reconhecer a ‘verdade’ da proposição oposta. Este é, genericamente, o sentido da chamada prova pelo absurdo” (SAMPAIO FERRAZ JR, 2013, p. 311).

European Contract Law (PECL).²⁹⁷ O Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil não trata do assunto, que é uma regra implícita da CISG (LANDO & BEALE, 2000, p. 449). A Justificativa o faz de modo despretensioso, sem demonstrar a relevância da questão e os efeitos que ela tem sobre a natureza do instituto: se o *duty to mitigate the loss* é um dever, as despesas incorridas nas medidas mitigadoras não são ressarcíveis – logo, o “credor”, dependendo da extensão que se atribuir ao *duty to mitigate the loss*, pode ser transformado numa figura assemelhada àquela que é a do gestor de negócios no Código Civil.²⁹⁸

Finalmente, é preciso mencionar casos que imputamos à facilidade de conversão, à Língua Portuguesa, da expressão *duty to mitigate the loss*, quase todos oriundos da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal Paulista e, portanto, insuficientes a conformar uma tendência específica relacionada à compreensão do *duty to mitigate the loss*. Já se declarou que: violaria o *duty to mitigate the loss* a conduta de impugnar a citação por edital após haver sido recusado, injustificadamente, o seu recebimento no domicílio da parte;²⁹⁹ que o *duty to mitigate the loss* recomendaria a desistência de perícia médica, diante dos “documentos carreados aos autos”, por si só suficientes para demonstrar o dano e sua extensão;³⁰⁰ que o *duty to mitigate the loss* se aproximaria do “princípio de que a execução deve ser feita da forma menos gravosa para o devedor”;³⁰¹ que o instituto justificaria a avaliação de imóvel por oficial de justiça ao invés de perícia;³⁰² que a observância ao instituto autorizaria a penhora de 10% do salário do devedor³⁰³ e a penhora de faturamento de pessoa jurídica devedor;³⁰⁴ que o

²⁹⁷ “Article 9:505 - Reduction of loss

(1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to 506 the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.” Disponível em

<<http://www.transnational.deusto.es/emtl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>>, acesso no dia 28 de novembro de 2014).

²⁹⁸ Como parece ser o caso da Grécia, se adotado um (o do *negotiorum gestium* – artigo 736 do Código Civil) dos dois fundamentos possíveis (o outro é o da causalidade adequada) - (LANDO & BEALE, 2000, p. 448).

²⁹⁹ TJ/PR, Apel. Cível n. 1179520-3, 12ª Câmara Cível, Rel. Juíza Ângela Maria Machado Costa, v.u.

³⁰⁰ TJ/SP, A.I. n. 0303392-89.2011.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, julgado em 13/01/12.

³⁰¹ TJ/SP, Apel. com rev. n. 0323500-33.2006.8.26.0577, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, julgado em 31/01/12.

³⁰² TJ/SP, A.I. n. 0065535-56-02.2012.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, julgado em 24/04/12.

³⁰³ TJ/SP, A.I. n. 0213248-35.2012.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, julgado em 27/11/12.

³⁰⁴ TJ/SP, A.I. n. 2001723-35.2014.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, vu (“Inferese que a apelante admitiu dever R\$ 61.975,36, fls. 15, não se podendo olvidar do princípio *duty to mitigate the loss*, ou seja, evitar-se a formação da chamada ‘bola de neve’.”).

duty to mitigate the loss também representaria um padrão de interpretação voltado ao próprio julgador,³⁰⁵ que recomendaria às partes economia³⁰⁶ de atos processuais e celeridade.³⁰⁷

A íntima relação que se faz entre o *duty to mitigate the loss* e a ampla e abstrata noção de boa-fé é de tal envergadura que já se afirmou que o “brocardo do ‘Duty to Mitigate the Loss’” estaria “estampado no artigo 422 do Código Civil”.³⁰⁸ É também neste contexto que, segundo nosso entendimento, deve ser enquadrado o entendimento³⁰⁹ de que o *duty to mitigate the loss* – um tema próprio de *direito material* – seria aplicável ao ramo do Direito Processual Civil.

3.6 Casos esparsos merecedores de atenção.

No sítio do Superior Tribunal de Justiça, pesquisamos, no dia 13 de setembro de 2014, acórdãos e decisões monocráticas que contivessem a expressão, entre aspas, *duty to mitigate*.

³⁰⁵ TJ/SP, Edcl. 0228732-90.2012.8.26.0000/50000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, julgado em 22/01/13 (“Importante salientar também o *duty to mitigate the loss*, plenamente aplicável ao caso, pois em sua essência significa que tem o julgador o dever de minimizar as perdas, evitando, através de decisões, que a dívida se torne com o passar dos anos algo impossível de ser paga ou mesmo excessiva, de modo a dilapidar o patrimônio do devedor, que aí sim, será prejudicado através da execução.”). No mesmo sentido, TJ/SP, A.I. n. 0118831-56.2013.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, julgado em 29/10/13.

³⁰⁶ Eis a resposta do Professor Michael Bridge à indagação formulada pelo autor: “12.- *Is the Duty to Mitigate the Loss applicable to Civil Procedural cases? No. But there are rules dealing with costs and penalties, often quite severe, associated with inefficiency and delay in the conduct of civil proceedings. For example, a defendant can make a reasonable offer of settlement. If the claimant refuses and is awarded a sum less than this reasonable offer, the claimant, even if successful in its action, must bear both parties costs incurred after the date of the defendant’s offer.*” Resta evidente que: (i) o *duty to mitigate the loss* não tem aplicação no Direito Processual Civil, e; (ii) quando o *duty to mitigate the loss*, em caráter absolutamente excepcional, tem aplicação à tal seara do Direito, o faz de modo dissociado da boa-fé.

³⁰⁷ TJ/SP, A.I. n. 2047606-39.2013.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, julgado em 28/01/14; TJ/SP, A.I. n. 2058848-92.2013.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, julgado em 18/03/14.

³⁰⁸ TJ/SP, Apel. n. 0106896-44.2012.8.26.0100, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Itamar Gaino, julgado em 19/05/14, v.u.

³⁰⁹ Neste sentido é a opinião de DIDIER JR., para quem se “o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro” (Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil, 2009, p. 48). Não vemos necessidade alguma de se invocar o *duty to mitigate the loss* (que, nos países de tradição *common law*, não é tema adjetivo) para justificar o emprego da boa-fé objetiva em questões puramente processuais, notadamente diante dos termos do artigo 14, II do Código de Processo Civil em hoje em vigor, segundo o qual “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo (...) II - proceder com lealdade e boa-fé.” Segundo nos consta, termos muito semelhantes são adotados no novo Código de Processo Civil.

Foram encontrados, além de 16 (dezesesseis) decisões monocráticas,³¹⁰ 7 (sete) acórdãos.³¹¹ Destes acórdãos, 5 (cinco) são decisões proferidas em *Habeas Corpus*, todos de relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, e 2 (dois) são decisões de recursos especiais.

A utilização do *duty to mitigate the loss* no âmbito no Direito Criminal, tanto em questões substantivas (um precedente) quanto em questões adjetivas (quatro precedentes), chama a atenção.³¹² Em quatro dos cinco precedentes da seara penal, o Superior Tribunal de Justiça fez a seguinte afirmação, com pequeninas e irrelevantes alterações:

O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o *duty to mitigate the loss*. Na espécie (...).

Nos países de tradição *common law*, não se cogita da aplicação do *duty to mitigate the loss* na seara criminal, mesmo na processual criminal.³¹³ O tema sequer é abordado nos trabalhos doutrinários. Diante desta circunstância, mas preocupados com a importância do tema, tomamos a liberdade de indagar BRIDGE, Professor da London School of Economics and Political Science, a respeito:

³¹⁰ Entre outros, vide, AgRg no HC n. 282.869/SP, 2013/0385920-5, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 1º/08/14; HC n. 282.869/SP, 2013/0385920-5, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 09/06/14; Ag Resp n. 513.597/RS, 2014/0107601-7, 27/05/2014, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Ag. Resp n. 371.136/PI, 2013/0226832-5, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, 09/05/2014; Ag. Resp. n. 379.849/DF, 2013/0241327-9, Min. Antonio Carlos Ferreira, 22/04/2014; Ag. Resp. n. 431.472/SC, 2013/0379215-9, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 03/12/2013; HC n. 252.476/SP, 2012/0179018-3, Min. Marco Aurélio Bellizze, 06/11/2013.

³¹¹ Resp n. 758.518/PR, 2005/0096775-4, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3ª Turma, 17.6.2010, DJe 01.07.2010 (decisão a que já nos referimos anteriormente e que constitui o nosso terceiro marco fundamental); HC 266426/SC, 2013/0070770-4, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 07/05/2013, DJe 14/05/2013; HC 171753/GO, 2010/0082684-4, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 04/04/2013, DJe 16/04/2013; HC 137549/RJ, 2009/0102575-1, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 07/02/2013, DJe 20/02/2013; HC 131830/SP, 2009/0052016-3, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 18/12/2012, DJe 01/02/2013; HC 255744/SP, 2012/0206988-2, Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, 06/12/2012, DJe 07/08/2013 (neste, a expressão *duty to mitigate the loss* constou do voto vencido, da Min. Maria Thereza de Assis Moura, relatora de todos os demais Habeas Corpus aqui mencionados); Resp n. 1.274.629/AP, 2011/0204599-4, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/05/13, v.u.

³¹² É importante notar que todos os acórdãos que tratam de questões penais, materiais ou processuais, são de autoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura (em um dos casos, é de sua lavra o voto vencido que invoca o *duty to mitigate the loss*).

³¹³ Em nossa pesquisa a respeito do assunto, deparamo-nos com um caso inglês em que a corte criminal afirma que, aquele que cria uma situação de extremo perigo para outro, cria também para si o dever de adotar as providências cabíveis para salvar a vida da vítima [Court of Appeal, Criminal Division, publicado em 7 de abril de 2009, Regina v Evans (Gemma), Lord Judge, Lord Chief Justice, Lord Justice Moore-Bick, Mr Justice Calvert-Smith, Mr Justice Christopher Clarke and Mr Justice Holroyde, julgado em 2 de abril de 2009]. A reportagem do jornal fala em “*Duty to mitigate harm done and save life*”, mas em absolutamente nada este “*duty*” (que constitui um “dever”) se confunde com o *duty to mitigate the loss*. A expressão, no jornal, é atécnica. Vide “*Duty to mitigate harm done and save life*”, do *The Times* (Londres, Inglaterra), do dia 7 de abril de 2009, p. 55 (<http://www.thetimes.co.uk>).

11.- *Is the Duty to Mitigate the Loss applicable to Criminal Cases?*

No.

(...)

13.- *Is the Duty to Mitigate the Loss applicable to Criminal Procedural cases?*

No.

No julgado envolvendo tema substantivo criminal, o *duty to mitigate the loss* foi invocado para afastar a aplicação do crime de falsidade ideológica para um casal que registrou, em dois países diversos, o nascimento do filho, no intuito de garantir-lhe dupla cidadania e que, depois de fazê-lo, arrependendo-se do ato, ajuizou ação anulatória de registro civil; entendeu-se que a ação anulatória foi medida razoável e compatível para a diminuição do dano causado.³¹⁴ O caso é curioso porque, de lado a impropriedade na aplicação do instituto, no crime de falsidade ideológica, o bem juridicamente tutelado é a fé-pública. Ou seja: o dano mitigado é público e não particular.³¹⁵

Nos julgados que tratam de questão adjetiva criminal, o *duty to mitigate the loss* foi invocado: para afastar a serôdia alegação de nulidade processual, em caso em que a prática de outros atos “consolidou a tácita aceitação da ausência de oitiva de testemunha”,³¹⁶ para exigir do paciente e de sua defesa que informasse “ao juízo o endereço atualizado, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis diligências para a sua

³¹⁴ HC 266426/SC, 2013/0070770-4, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, 07/05/2013, DJe 14/05/2013: “Na espécie, existe manifesta ilegalidade, visto que somente se trouxe a lume o imbróglio após o ingresso da ação anulatória pelos pacientes para regularizar a situação, em franca atitude de mitigar, dentro do empenho possível e razoável, o evento danoso – *duty to mitigate the loss*.”

³¹⁵ É possível assim traçar um paralelo entre esta decisão e aquelas proferidas pela 27ª Câmara do Tribunal de Justiça Paulista, mencionadas há pouco. O próprio Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já afirmou ser inaplicável o instituto do arrependimento posterior em situações em que o bem juridicamente tutelado pela norma é público, como no caso de crime de moeda falsa. A razão da inaplicabilidade do instituto do arrependimento posterior: a vítima é a coletividade como um todo (STJ, 6ª Turma. REsp 1.242.294-PR, Rel. originário Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 18/11/2014). Ou seja: a rigor, o dano do caso em discussão não seria passível de mitigação, uma vez que coletivo. Assim, em última análise, o próprio Superior Tribunal de Justiça se contradiz quando invoca o *duty to mitigate the loss* para afastar a aplicação de pena por crime em que o bem juridicamente tutelado é público; mais adequado seria pura e simplesmente não mencionar o *duty to mitigate the loss* e invocar simplesmente o princípio da lesividade (não houve lesão que justificasse a aplicação da norma penal).

³¹⁶ HC 171753/GO, 2010/0082684-4, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 04/04/2013, DJe 16/04/2013: “O princípio da boa-fé objetiva (...). Dentre os seus subprincípios, destaca-se o *duty to mitigate the loss*. Na espécie, a serôdia insurgência, somente após a realização de diversos atos processuais, como o interrogatório, alegações finais e sentença, evidencia a consolidação da situação, sedimentando a tácita aceitação da ausência de oitiva da testemunha. Não deveria a parte insistir em marcha processual que crê írrita, sob pena de investir tempo e recursos de modo infrutífero.” O *duty to mitigate the loss* (de lado a circunstância de que é de todo inaplicável ao Direito Criminal), segundo dá a entender a decisão, foi surpreendentemente invocado para justificar a relativização de garantias penais.

localização”;³¹⁷ para, aliado a outros argumentos, afastar o cabimento do *habeas corpus*, “tendo em vista o caráter serôdio da impetração, aviada apenas um ano após o acórdão tido por coator, permitindo-se a realização de atos pelo juiz tido por parcial”,³¹⁸ e; como fundamento de voto vencido em caso que versava sobre a nulidade de julgamento de apelação criminal “quando a defensoria não alega a falta de intimação pessoal para a sessão de julgamento ao opor embargos de declaração”.³¹⁹

No próximo capítulo, já à guisa de conclusão, colocaremos em contexto a afirmação, da Ministra Maria Thereza de Assis Moura de que o “princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado”. Neste momento, salientamos apenas que nos parece inadequado qualificar o *duty to mitigate the loss* como um subprincípio da boa-fé e, diante desta premissa, empregá-lo para desempenhar a função que o nosso ordenamento jurídico confia ao dever de cooperação. Tivesse a decisão feito referência ao dever de cooperação, talvez o efeito prático fosse o mesmo, próximo ou semelhante, pelo menos nos casos envolvendo temas processuais.

Na última decisão que selecionamos, o Clipping eletrônico da AASP do dia 11 de julho de 2013 noticiou acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª

³¹⁷ HC 137459/RJ, 2009/0102575-1, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 07/02/2013, DJe 20/02/2013. No caso, “o réu foi condenado a prestar serviços à comunidade, mas não compareceu ao juízo para dar início ao cumprimento, porque não foi intimado em razão de o endereço informado no boletim de ocorrência estar incorreto. O juízo de execuções ainda tentou a intimação em endereço constante na Receita Federal e na Justiça Eleitoral, sem sucesso. Por isso, a pena foi convertida em privativa de liberdade. A ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao analisar a questão, invocou a boa-fé objetiva. Para ela, a defensoria pública deveria ter informado ao juízo de primeiro grau o endereço correto do condenado: ‘A bem do dever anexo de colaboração, que deve empolgar a lealdade entre as partes no processo, cumpriria ao paciente e sua defesa informar ao juízo o endereço, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis diligências para a sua localização’” (disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1445158/boletim-do-servico-de-difusao-43.pdf>>, acessado em 10 de outubro de 2014). A decisão refere que cumpriria ao “paciente e sua defesa informar ao juízo o endereço”. Talvez esta afirmação merecesse considerações mais aprofundadas por parte do acórdão. Se tal dever cabe à defesa (que estava acompanhando o caso e que, portanto, sabia que o juízo das execuções estava empreendendo esforços no sentido de localizar o paciente), seria adequado penalizar o paciente, convertendo a sua pena em privativa de liberdade? Por outro lado, se há – como de resto há mesmo um dever legal de comunicar ao juízo o endereço do réu – segundo o artigo 367 do Código de Processo Penal, o “ processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo” – não vemos motivos para que se recorra, em caráter alegórico (quer-nos parecer), ao *duty to mitigate the loss*.

³¹⁸ HC 131830/SP, 2009/0052016-3, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 18/12/2012, DJe 01/02/2013.

³¹⁹ HC 255744/SP, 2012/0206988-2, Rel. Min. Assussete Magalhães, Sexta Turma, 06/12/2012, DJe 07/08/2013 – o voto vencido, que invocou o *duty to mitigate the loss* é de autoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma.

Região,³²⁰ de relatoria da Desembargadora Mércia Tomazinho. A decisão reduziu a indenização de uma funcionária gestante que recusou sua reintegração ao trabalho, após dispensa durante a estabilidade provisória, ao fundamento de que “a recusa da autora em aceitar a reintegração com o escopo de aguardar, sem trabalhar, a tutela jurisdicional do Estado configura ofensa ao dever de mitigar os próprios prejuízos, posto que, mês a mês, agravou o dever de indenizá-la”.

Em primeiro grau de jurisdição, reconhecendo a estabilidade provisória da gestante, a sentença determinou a sua reintegração ao emprego, no prazo de oito dias, além da condenação da empregadora ao pagamento dos salários relativos ao período “compreendido entre a dispensa e a data da efetiva reintegração, bem como as vantagens daí decorrentes,” segundo informa a AASP. A notícia dá conta de que a empregadora sustentou e provou que, uma vez ciente da gravidez de sua funcionária, tentou reintegrá-la ao cargo. Procurado, o patrono da autora teria dito que “a demissão indevida já foi levada a efeito, sendo assim a reparação do dano não pode ser limitada a mera reintegração”.

A desembargadora entendeu que a conduta da reclamante colidiria com os imperativos da boa-fé, razão pela qual, diz a notícia da AASP, ela deve “suportar as consequências de natureza econômica oriundas de sua recusa injustificada de retornar ao trabalho, pois, mesmo sendo possível, deixou de agir por saber que a reparação buscada no Judiciário seria integral, pouco se importando com a extensão que o dano representaria à empresa.” A desembargadora invocou expressamente o “dever de mitigar o próprio dano”, no que foi seguida pelos demais desembargadores.

Acrescenta a notícia – e aqui volta a referência à causalidade – que “o valor da indenização deve ser proporcionalmente reduzido em razão do ato ilícito também praticado pela reclamante.” A condenação imposta, então, foi limitada ao “pagamento de salários e benefícios relativos ao período compreendido entre a data da dispensa e a primeira convocação formal feita pela empresa a fim de reintegrar a reclamante”.

A Desembargadora Mércia Tomazinho, apesar do recurso ao *duty to mitigate the loss*, aplicou a causalidade: entendeu ilícita a recusa da reclamante e, por isso, recusou-lhe o

³²⁰ <<http://click.info.aasp.org.br/?qs=cdbc91c5974e1d38e890a348b79f165cff8152e3f1fa454b8f1263ae6bcea628e1cfc78b1f4ee932>> acessado em 29 de outubro de 2013.

pleito, no que considerou – embora não o tenha dito explicitamente – que os salários e benefícios relacionados ao período posterior à recusa da reclamante não poderiam ser por ela recebidos, na medida em que, relativamente a este período, *a culpa foi exclusiva da própria reclamante*.

4 CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

4.1 Conclusão

*Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar.
Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota.*

Frase atribuída a Madre Teresa de Calcutá³²¹

Invasive alien species é a expressão que se cunhou para designar os organismos vivos que, inseridos, natural ou artificialmente, em distinto *habitat*, têm a habilidade de se adaptar e dominar o local, causando sérios prejuízos à fauna e à flora do lugar. Interessante publicação do *The Invasive Species Specialist Group* indica que o fenômeno é um dos maiores responsáveis pela extinção de diversas espécies de plantas e animais.³²²

Não há dúvidas de que o *habitat* natural do *duty to mitigate the loss* são os países de tradição *common law*. A doutrina faz referências a precedentes ingleses e americanos muito antigos envolvendo a aplicação do instituto, e a legislação – a *Sale of Goods Act* inglesa e o *Uniform Commercial Code* americano – o incorporou há muito tempo em suas disposições.

Não existem razões, em princípio, que impeçam o trânsito de institutos de Direito por diferentes ordenamentos jurídicos. Aliás, a prática é até mesmo recomendável em determinadas áreas do Direito e, de resto, inevitáveis diante da globalização (TEUBNER, 2005).

Entretanto, as circunstâncias reveladas pelas decisões discutidas neste trabalho demonstram que o *duty to mitigate the loss*, no Brasil, mais se assemelha à uma *invasive alien specie*. Em menos de dez anos, o *duty to mitigate the loss*, de cuja recepção, pelo novo Código Civil, se indagava, passou a ser inadvertida e amplamente aplicado, nas mais distintas

³²¹ Vide <http://pensador.uol.com.br/autor/madre_teresa_de_calcuta/>, acesso em 29 de novembro de 2014.

³²² LOWE S., BROWNE M., BOUDJELAS S., DE POORTER M. (2000) *100 of the World's Worst Invasive Alien Species A selection from the Global Invasive Species Database*. Publicado por *The Invasive Species Specialist Group (ISSG)*, 12pp. Republicado e revisto em Novembro de 2004. Disponível em <http://www.issg.org/database/species/reference_files/100English.pdf>, acessado em 31 de outubro de 2013.

áreas do Direito, e culminou sendo alçado, por flagrante equívoco, à condição de brocardo, de máxima, de axioma.

Três fatores parecem ter sido decisivos para a definição deste cenário: o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, associado à frágil Justificativa que buscou dar-lhe amparo; um ambiente ou *habitat* favorável, marcado por um Judiciário carente de infra-estrutura e pressionado para julgar por critérios quantitativos (ambiente propício para o recurso às soluções de “autoridade”, como bem reflete RODRIGUEZ, 2013), e; a elevada capacidade de adaptação do instituto, que carrega um nome singelo, intuitivo e de fácil tradução para o vernáculo.

Entretanto, o mar seria menor se lhe faltasse esta gota. Reproduzimos trecho do que, para nós, é uma inspiradora decisão, não obstante isolada nos tribunais pesquisados. O acórdão reconhece ao *duty to mitigate the loss* os contornos típicos da *common law*, recusando-lhe aplicação ao caso concreto:³²³

Observa-se, em verdade, que a doutrina referida, diferentemente do defendido neste processo, tem sido aplicada de forma distinta àquela identificada no sistema da Common Law. Neste, o dever de mitigação do próprio prejuízo corresponde a uma orientação que, conjuntamente com outras, determina o valor da indenização – e o direito à própria indenização – da vítima de um dano contratual ou extracontratual que, credora no direito de reparação do dano sofrido, negligencia frente à possibilidade de afastar ou minorar o próprio dano. Assim, aplica-se a chamada teoria do “*duty to mitigate the loss*” (dever de mitigar o dano ou a perda), com o afastamento do dever indenizatório quando, sendo possível a vítima, esta não despende qualquer esforço para mitigar as próprias perdas, implicando em violação à boa-fé objetiva e, no âmbito do processo, à lealdade processual imposta às partes.

Hipótese diversa, portanto, da condição fática do caso sub judice, em que a parte ingressa com a ação sem ofensa à prescrição e dentro do prazo estabelecido em Lei. Ao contrário do alegado, não se trata de um dever da parte credora ingressar desde logo com a ação de cobrança, buscando coibir aumento excessivo da dívida. É ônus, sim, da parte demandada evitar a mora, liberando-se da obrigação contratada pelo pagamento.

³²³ TJ/RS, Apel. Cível nº 70055766745 (nº CNJ: 0301301-45.2013.8.21.7000), 5ª Câmara Cível, Rel. Maria Cláudia Mércio Chachapuz, julgado em 26/07/14, vu.

4.2 Irritações Jurídicas: desafiando TEUBNER

Que fenômeno ocorre quando transpostos institutos de Direito entre países ou jurisdições? Repulsa ou integração? Segundo TEUBNER (2005, p. 157), ocorrem “irritações jurídicas”:

‘Irritações jurídicas’ não são simplesmente domesticáveis, elas não se transformam em algo familiar a partir do estranho, elas não se adaptam simplesmente ao novo contexto, mas sim desenvolvem uma dinâmica evolucionária em princípio não dominável, na qual tanto o significado das normas externas como o contexto interno são fundamentalmente alterados.

Para o jurista e sociólogo alemão, transplantes jurídicos, sujeitos a intransponíveis barreiras entre organismos culturais, não sobrevivem à operação sem modificações (2005, p. 159). O presente trabalho, na linha de outros que com este guardam alguma semelhança,³²⁴ parece confirmar a resposta de TEUBNER.

Se modificações ao instituto transplantado são inevitáveis, é natural que as atenções sejam voltadas, então, às cautelas³²⁵ a se adotar na difícil tarefa de transportar, entre países, institutos de Direito. As preocupações não são com a manutenção das características que delineiam o instituto.³²⁶ Antes, as preocupações são direcionadas à higidez e à coerência do ordenamento jurídico receptor do instituto.

Convém reafirmar, na esteira do que fizemos em passagens de nosso trabalho, que a prudência recomenda que o transplante de institutos de Direito seja precedida de uma investigação criteriosa acerca da existência de uma lacuna no ordenamento jurídico receptor, associada à alguma medida de condescendência jurisprudencial.

Naturalmente, o transplante de institutos de Direito demanda a prévia familiarização com o instituto que se pretende importar. A investigação imparcial a respeito da natureza do

³²⁴ A referência é aos textos do próprio TEUBNER que discute a boa-fé no Direito Inglês (Direito, Sistema e Policontextualidade, 2005) e de SCALISE, que discute a *efficient breach* em países de tradição civilista (Why no "Efficient Breach" in the Civil Law? A comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract, 2007).

³²⁵ Estas cautelas variam de acordo com o veículo de importação. Este trabalho estuda hipótese específica e as observações são pertinentes neste contexto.

³²⁶ Salvo nos casos subordinados à CISG. Nestes, sem dúvida, é preciso que os contornos do instituto sejam preservados.

instituto e de suas características é medida indispensável,³²⁷ tão indispensável quanto o exame da função que o instituto desempenha em seu ordenamento jurídico de origem, e noutras, se nelas também existente.

Por fim, parece-nos que procurar modular os efeitos da adaptação do instituto no ordenamento jurídico receptor é essencial. Talvez, neste ponto, possamos tentar contribuir, se em tempo.

Conforme demonstrado, no Brasil, condensa-se, com sacrifício da técnica, institutos de alcances, naturezas e funções distintas, sob o rótulo de *duty to mitigate the loss*. Nossa tentativa de contribuição consistirá em sistematizá-los, a fim de assegurar que o emprego desses institutos ao caso concreto guarde correspondência com os efeitos adequados.

Desafiando a conclusão de TEUBNER, tentaremos *transformar o estranho em familiar*. A partir daí, proporemos um novo enunciado.

Diante do que foi abordado ao longo deste trabalho, podemos concluir, numa tentativa de sistematizar e compreender o fenômeno do *duty to mitigate the loss* no Brasil, que:

- (a) quando o *duty to mitigate the loss* desempenhar a função de dever de colaboração, configurará um desdobramento da boa-fé objetiva. Neste cenário, é possível que a parte que deixe de observá-lo sofra sanções, podendo haver condenação por perdas e danos, sendo igualmente possível falar em culpa, tudo a depender da existência de danos efetivos e das circunstâncias do caso concreto. Esta modalidade de *duty to mitigate the loss* não guarda semelhança com o instituto homônimo dos

³²⁷ A importação do *duty to mitigate the loss* ao Brasil, consoante já frisamos, veio amparada por uma Justificativa, que fazia expressa menção à CISG, como fonte de inspiração para o instituto. A jurisprudência brasileira, de modo uníssono, afirma, e com razão, que o *duty to mitigate the loss* teve origem na *common law*. Daí a razão de o presente estudo ter levado em conta o instituto tal qual compreendido nos países de tradição *common law* – com conteúdo, aplicação, contornos e alcance próprios, portanto. Convém, entretanto, deixar claro que há interessante trabalho que discute instituto semelhante, sob ponto de vista diverso: ele examina, exclusivamente nos países de tradição *civil law*, a existência de um “deber de evital el daño” – (SAN MARTÍN NEIRA, 2012). É uma referência adicional a respeito do tema, de diversa perspectiva.

países da *common law*³²⁸ e tampouco se aproxima da disposição constante do artigo 77 da CISG;³²⁹

- (b) quando o *duty to mitigate the loss* desempenhar a função de instrumento de combate ao abuso de direito, configurará remédio para a falta praticada pelo titular;³³⁰ poderá a parte sofrer as sanções típicas decorrentes do ato ilícito mas, na maior parte dos casos identificados, a sanção consistirá no não reconhecimento do direito postulado, ou seja, no não reconhecimento daquilo que, nas circunstâncias, se afigurar abusivo ou excessivo. Esta modalidade de *duty to mitigate the loss* não guarda semelhança com o instituto homônimo dos países da *common law* e tampouco se aproxima do artigo 77 da CISG;
- (c) quando o *duty to mitigate the loss* estiver associado à causalidade ou à culpabilidade,³³¹ terá a natureza jurídica de ônus³³² e por efeito a

³²⁸ Nos países de tradição *common law*, o *duty to mitigate the loss* tem natureza jurídica de ônus e por fundamento a causalidade. Se a parte não se desincumbir do *duty to mitigate the loss*, não sofrerá sanções (apenas deixará de receber as vantagens decorrentes do ônus), tampouco poderá ser condenada ao pagamento de perdas e danos, não sendo, em absoluto, o caso de se falar em culpa delitual, ou sequer vizinha a ela.

³²⁹ O *duty to mitigate the loss* da CISG tem os contornos e atributos do instituto nos países de *common law*. Tratados internacionais devem ter interpretação e aplicação uniformes, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Vide <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>, acesso em 30 de outubro de 2013.

³³⁰ O artigo 187 do Código Civil trata o abuso de direito como “ato ilícito”; poderá ser visto como “extensão do conceito de responsabilidade civil” ou como remédio para a “falta praticada pelo titular” (VENOSA, 2008, p. 528).

³³¹ Em todos os países investigados, os institutos que desempenham função assemelhada àquela atribuída ao *duty to mitigate the loss* são associados à causalidade ou à culpabilidade. Assim é na Itália (Artigo 1.227 do *Codice Civile*), na Alemanha (§254 *BGB*), na Suíça (artigo 44 do Código das Obrigações) e na França (HONNOLD, LANDO & BEALE). A questão não é tratada de forma distinta em outros países não examinados ao longo do trabalho, v. g. Áustria (§ 1304 *ABGB*), Grécia (Artigo 300) e Holanda (6:101 *BW*) – para estes e outros exemplos vide LANDO & BEALE, 2000, p. 448 (Principles of European Contract Law - Parts I and II, 2000, p. 448).

³³² Não nos olvidamos que, conforme adverte BEVILÁQUA, “culpa, em sentido lato, é toda violação de um dever jurídico” (BEVILÁQUA *apud* ALVIM, 1980, p. 247), de modo que admitir que o Brasil adota solução baseada na culpabilidade representaria supor a existência de um “dever” (e não de um “ônus”). Entretanto, qualificar uma “exigência de mitigar danos” como um “dever” seria inadequado, porquanto, nesta hipótese, não seria possível admitir o ressarcimento das despesas incorridas nas providências mitigatórias. Haveria enriquecimento ilícito da parte inadimplente/ofensora. Ademais, fala-se, com vistas aos casos de culpa concorrente, em “ônus”, propugnando-se pela aferição da causa adequada (AGUIAR DIAS, 1995, p. 695). Parece ser nesta mesma linha o Enunciado 47 da I Jornada de Direito Civil, inserido justamente sob a rubrica do artigo 945 do Código Civil: “o art. 945 do Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada” – vide <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>, último acesso em 1º de dezembro de 2014. De qualquer maneira, porque pertinentes, trazemos as lições de ALVIM a respeito daquilo que ele mesmo qualifica de “um dos pontos mais escabrosos da teoria da culpa”, a conceituação de “dever indeterminado”. Este “dever indeterminado” poderia ser explicado pela existência de um *dever geral de não lesar a ninguém* (SAVATIER

redução, ou afastamento, da indenização. Neste cenário, a parte que não se desonerar do “duty” não poderá sofrer sanções, tampouco poderá ser condenada ao pagamento de perdas e danos, não sendo o caso de se falar em culpa delitual, ou vizinha a ela. Nestes casos, o *duty to mitigate the loss* desempenhará função semelhante (mas com alcance distinto) daquelas hipóteses em que é aplicado nos países de tradição *common law* e das hipóteses subordinadas à CISG.

*Nemo bonus jurista nisi bartolista?*³³³ A ideia por trás da anacrônica máxima – o recurso à “autoridade” como fundamento primeiro e último de uma decisão judicial – parece ainda soar nos dias de hoje. Isto porque, para o exercício de nenhuma das funções acima, o recurso ao *duty to mitigate the loss* se afigurava indispensável.³³⁴ Nos casos do item “a”, bastaria recorrer ao dever de colaboração, desdobramento da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil). Nos casos do item “b”, bastaria o emprego da proibição ao abuso do direito (artigo 187 do Código Civil). Por fim, nas hipóteses do item “c”, o recurso aos artigos 186, 403, 927 e 945 do Código Civil, onde relevantes, seria suficiente.

Com efeito, diversos dos precedentes estudados fazem menção ao *duty to mitigate the loss*, ora precedidos, ora antecidos, por referências à legislação. Quiçá, o *duty to mitigate the loss* desempenhe, também, a função de “autoridade” (ou, visto de outra forma, de mera “alegoria” ou “ornamento”).

Por fim, porque cientes do prestígio que os enunciados do Conselho da Justiça Federal têm na jurisprudência, tomamos a liberdade de propor a revisão do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, alocando-o sob a norma do artigo 945 do Código Civil e alterando-lhe o texto, conforme segue: “Concorre culposamente aquele que, podendo circunscrever³³⁵

apud ALVIM, 1980, p. 248). ALVIM afirma que “somente o senso do jurista é que pode perceber, nos casos concretos, a existência ou não da infração de dever” (Da inexecução das obrigações e suas consequências, 1980, p. 250 e seqs.).

³³³ “Não há bom jurista que não seja Bartolista” (nossa tradução). Vide <http://en.wikipedia.org/wiki/Bartolus_de_Saxoferrato>, acesso em 03 de dezembro de 2014.

³³⁴ A constatação nos remete à RODRIGUEZ, que se opõe a mudanças no direito brasileiro a pretexto de modernizá-lo, “partindo do pressuposto de que vivemos sob a égide de uma ordem jurídica arcaica ou atrasada” em relação a outros países (2013, p. 19).

³³⁵ O vocábulo é utilizado no sentido de “limitar”, “restringir”. É concebível, nas atuais circunstâncias descritas neste trabalho, exigir das partes a adoção de medidas que circunscrevam o dano, que limitem o dano (podendo tais medidas, ocasionalmente, mitigá-los ou reduzi-los também). Entretanto, parece-nos um passo muito largo, à

os danos por medidas de ordinária diligência,³³⁶ não o faz, desmotivadamente.³³⁷ As despesas razoáveis incorridas pela parte que adotar as medidas serão reembolsadas *incontinenti*.³³⁸

4.3 Um olhar para o futuro

*Rerum cognoscere causas*³³⁹

Concluimos com um brevíssimo convite à reflexão a respeito do papel que a boa-fé deve desempenhar no nosso ordenamento jurídico. A boa-fé é o epílogo deste trabalho porque, a seu abrigo, o *duty to mitigate the loss* recebeu passe livre para, na voz do Superior do Tribunal de Justiça, ecoar por todo o ordenamento jurídico. Seleccionamos opiniões de juristas que se manifestaram tanto sobre o tema desta dissertação, em passagens reproduzidas ao longo deste trabalho, quanto sobre a boa-fé, nos trechos que seguirão abaixo.

Para AGUIAR JÚNIOR, a boa-fé deve funcionar como uma “janela” do sistema jurídico (2005, p. 249):³⁴⁰

Como ‘janela’ do sistema jurídico, a boa-fé permite o conhecimento de elementos externos não positivados, ou positivados em outro sentido, que se impõem à consideração e podem levar a uma decisão para além do que estava programado (*culpa post factum finitum*) ou mesmo em contrariedade (supressio; adimplemento

míngua de lei no sentido estrito que o faça, estabelecer um dever ou ônus da parte no sentido de constrangê-la a mitigar, a reduzir esses danos, notadamente nos casos de responsabilidade civil extracontratual.

³³⁶ Nossa sugestão é inspirada no modelo italiano.

³³⁷ O motivo é refém das circunstâncias do caso concreto.

³³⁸ Não fosse assim, autorizar-se-ia o enriquecimento ilícito do ofensor. A parte que adota providências limitadoras do dano não é gestora dos interesses da contraparte.

³³⁹ “Conhecer as causas das coisas” (nossa tradução), *motto* da *London School of Economics and Political Science*. Vide <<http://www.lse.ac.uk/aboutLSE/LSEHistory/lseHistory.aspx>>, acesso em 29 de novembro de 2014.

³⁴⁰ Talvez ainda mais extrema seja a opinião de BATISTA LOPES, para quem é absolutamente natural que, aos princípios já consagrados em nosso ordenamento jurídico, agreguem-se outros “que pululam ao sabor de cada novo comentador da matéria” e que “impõem o estabelecimento de novas regras”. Continua o autor afirmando que essas novas regras seriam aplicáveis à “prática contratual” ao custo de uma redução da “previsibilidade das normas aplicáveis”, mas que a doutrina e a jurisprudência deverão “munir-se da técnica adequada, que permita dar maior concretude a tais normas que contêm conceitos indeterminados ou cláusulas gerais”, adicionando que é nesse contexto que se enquadra a “minimização dos danos pelo credor no direito contratual brasileiro” (2013, p. 13). A previsibilidade é, na nossa opinião, demasiado cara e de todo ameaçada se levada adiante a ideia de BATISTA LOPES. De resto, BATISTA LOPES não indica um antídoto para assegurar a higidez do ordenamento jurídico.

substancial) a algum preceito expresso, que é assim reelaborado ou desconsiderado em função da atuação prevalente do princípio. (...)

O ex Ministro do Superior Tribunal de Justiça acrescenta que “o afastamento da discricionariedade e do psicologismo é garantido pela necessidade de maior fundamentação da decisão e de sua conformidade com o ordenamento jurídico global” (2005, p. 249).

COUTO e SILVA, em sua seminal obra *A obrigação como processo* (2012, p. 41-42), coloca o princípio da boa-fé, no campo das obrigações, como “talvez a principal reação contra as idéias e o sistema do positivismo jurídico”, mas aponta o perigo de, levado a extremos, malferir “outros valores que o ordenamento jurídico consagra”. COUTO e SILVA termina invocando LEHMANN, para quem “não se pode remover os males do mundo com o §242 (...)” – a referência de LEHMANN é ao dispositivo do *BGB* que prestigia a boa-fé objetiva.

Segundo o jurista alemão SCHLECHTRIEM (2005, p. 52):

*It is much easier to apply a general clause to an issue and thereby rely on one's own sense of justice instead of searching through a voluminous code and, perhaps, additional regulations in by-laws, which might specifically deal with the issue at hand, the more so, since one sometimes finds scholarly opinions claiming that in the end all solutions in the Code are just concretizations of the principle of good faith and fair dealing. But the direct provisions have to be regarded not only in the field of their direct application, but also as guidance as to the values and standards followed or set by a legislator, which are needed to apply general clauses in comparable situations.*³⁴¹

Finalmente, reportamo-nos ao Professor inglês Michael BRIDGE, que já em 1984 anunciava o risco de “*good faith [as] an invitation to judges to abandon the duty of legally reasoned decisions and to produce an unanalytical incantation of personal values*”³⁴² (BRIDGE, Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?, 1984, p. 412).

³⁴¹ “É muito mais fácil aplicar uma cláusula geral para uma determinada questão e se fiar no próprio senso de justiça do que buscar soluções em um código volumoso e, talvez, em outras leis, que talvez regulem especificamente aquela questão, até porque encontra-se opiniões doutrinárias defendendo que, ao fim e ao cabo, todas as soluções dos códigos não passam de concretizações do princípio da boa-fé e da exigência de se negociar com correção. Entretanto, os dispositivos legais específicos devem ser observados não só no campo particular sobre o qual têm aplicação, mas também como um guia relacionado aos valores e padrões seguidos ou estabelecidos pelo legislador, ambos necessários para a aplicação de cláusulas gerais em situações semelhantes” (nossa tradução).

³⁴² “boa-fé como um convite para que os magistrados abandonem o dever de fundamentar legalmente as decisões e para que produzam fórmulas imprecisas de valores pessoais” (nossa tradução).

É interessante notar que, embora advinda de países em que as decisões do Poder Judiciário tendem a ser mais dialéticas,³⁴³ a doutrina estrangeira indicada, mesmo aquela mencionada por COUTO e SILVA, é muito mais conservadora do que a nacional ao analisar o papel da boa-fé.

Parece-nos quimérica a assunção de que “necessidade de maior fundamentação” solucionaria o problema. É pacífico o entendimento de que a decisão sucintamente fundamentada atende à exigência constitucional do artigo 93, IX.³⁴⁴ Mais apropriada é a solução apontada por RODRIGUEZ (2013), para quem é fundamental reverter o método: o ponto de partida mais indicado é o reconhecimento das peculiares características do Poder Judiciário brasileiro (2013, pp. 202-230). Ou seja, precisamos de um antídoto próprio.

Desprezemos o recurso às “autoridades” e examinemos, sob criteriosa lupa, as nossas legítimas fontes do Direito? Ressuscitemos, *em espírito*, a Lei da Boa Razão?

³⁴³ “processo de diálogo, debate entre interlocutores comprometidos com a busca da verdade (...)”, em Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, 1ª edição, p. 679. Vide o ilustrativo exemplo da decisão do *Case No: A3/2012/0249, [2012] EWCA Civ 638, Court of Appeal (Civil Division) on appeal from the High Court of Justice – Queen’s Bench Division, (Commercial Court), Mr. Justice Cooke, 2011 Folio 1519 (Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL), 16 May 2012, SULAMÉRICA CIA NACIONAL DE SEGUROS S.A. v. ENESA ENGENHARIA S.A.* Fazemos referência à decisão não por prática do que os ingleses chamam de *cherry picking*. Não se trata de selecionar somente aquilo que interessa ao nosso argumento. A menção a esta decisão decorre justamente do fato de que a mesma questão acabou sendo enfrentada também pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo que a comparação entre os acórdãos é factível. Vide TJ/SP, A.I. n.º 0304979-49.2011.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Paulo Alcides, julgado em 19 de abril de 2012, maioria.

³⁴⁴ “A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988.” (HC 105.349–AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23-11-2010, Segunda Turma, DJE de 17-2-2011).

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, L. The Doctrine of Avoidable Consequences in Disability Insurance. *Newark Law Review*; disponível em <<http://njlegallib.rutgers.edu/journals/docs/journal.nwk.4.1.8.pdf>>, último acesso em 15 de novembro de 2014.
- ADAR, Y. Comparative Negligence and Mitigation of Damages: two sister-doctrines in search of reunion. 31 *Quinnipiac Law Review* 78, 2013.
- AGUIAR DIAS, J. *Da Responsabilidade Civil - Vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ALVIM, A. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- ANCONA LOPEZ, T. *O Dano Estético - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- ANDRADE MARTINS, J. E. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*. Defesa de Tese e Dissertação - Faculdade de Direito/USP (não publicado).
- ANTUNES VARELA, J. *Das Obrigações em Geral - Vol. I*. Coimbra: Almedina, 2000.
- ATYIAH, P. S. Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation by Charles Fried. *Harvard Law Review*, 95(2), 509-528, 1981.
- BADARÓ, G. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BATES, P. Mitigation of damages: a matter of commercial common sense. *Advocate's Quarterly*, 13(3), 273-307, 1992.
- BATISTA LOPES, C. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- BENJAMIN, J. *Financial Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.
- BERMAN, H. The Religious Sources of General Contract Law: An Historical Perspective. *Journal of Law and Religion*, 103-124, 1986.
- BETTI, E. *Teoria Generale Delle Obbligazioni*. Milano: Dott. A. Giuffrè - Editore, 1953.
- BRIDGE, M. The Overlap of Tort and Contract. *Revue de Droit de McGill*, 872-914, 1982.
- BRIDGE, M. Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith? *Canadian Business Law Journal*, 426, 1984.
- BRIDGE, M. Mitigation of Damages in contract and the meaning of avoidable loss. *Law Quarterly Review*, 398-423, 1989.
- BROWN, J. A Landlord's Duty to Mitigate in Arkansas: what it was, what it is and what it should be. *Arkansas Law Review and Bar Association Journal*, 2002.
- CALAMARI, J., & PERILLO, J. *Contracts*. Saint Paul: West Publishing Co., 1977.

- COLE, H. Labor Law: Back Pay Awards: Duty of Discharged Employee to Seek Other Employment. *Michigan Law Review*, 923-925, 1954.
- COUTO e SILVA, C. *Principes Fondamentaux De La Responsabilite Civile En Droit Bresilien Et Compare*, 1988.
- COUTO e SILVA, C. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.
- CRUZ, G. S. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DAWSON, J., & HARVEY, W. *Cases and Comment on Contracts*. Mineola, Nova Iorque: The Foundation Press, 1977.
- DIDIER JR., F. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*, 35-48, 2009.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DYSON, A. Explaining the Avoidable Loss Rule of Mitigation. *SLS Conference*, Cambridge, 2011.
- DYSON, A. British Westinghouse Revisited, disponível em <https://www.academia.edu/1987110/British_Westinghouse_Revisited>, último acesso em 15 de novembro de 2014.
- FARNSWORTH, A. The Concept of Good Faith in American Law. *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero* (p. 7). Roma: Disponível no website da Pace University, 1993.
- FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004.
- FERRARI, F. Burden of proof under the CISG, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html>>, último acesso em 15 de novembro de 2014.
- FERREIRA DA SILVA, J. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FRADERA, V. J. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, 109-119, 2004.
- FRADERA, V. J. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria à Convenção de Viena de 1980. In: V. J. FRADERA, & L. MOSER, *A Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980* (pp. 1-21). São Paulo: Editora Atlas AS, 2011.
- FRANCESCHINI, J. I. A lei e o foro de eleição em contratos internacionais. In: J. G. RODAS, *Contratos Internacionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FRIED, C. The Convergence of Contract and Promise. *Harvard Law Review Forum*, 1-27, 2007.
- FURMSTON, M. *Law of Contract*. Londres: Butterworths, 1981.

- GEARTY, C. Are human rights truly universal?, disponível em <http://www.conorgearty.co.uk/pdfs/Chapter_29_UniversalityFINAL.pdf>, último acesso em 15 de novembro de 2015.
- GERGEN, M. P. A Theory of Self Help Remedies in Contract. *Boston University Law Review*, 1397-1449, 2009.
- GOETZ, C. J.; SCOTT, R. E. The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation. *Virginia Law Review*, 69, 967-1024, 1983.
- GOLDBERG, V. *Framing Contract Law*. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 2006.
- GOMES, O. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- HART, H. L. *The Concept of Law*. Oxford, United Kingdom: Clarendon Law Series, 2012.
- HART, H. L.; & HONORÉ, T. *Causation in the Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1985.
- HONNOLD, J. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 1999.
- HONORÉ, T. *Responsibility and Fault*. Portland: Hart Publishing, 1999.
- HUBER, P., & MULLIS, A. *The CISG - A new textbook for student and practitioners*. European Law Publishers, 2007.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. O direito pós-moderno. *Revista USP*, 96-101, 1999.
- KNAPP, V. Article 77. In: BONELL, & BIANCA, *Commentary on the Internacional Sales Law* (pp. 559-567). Milão: Giuffré, 1987.
- KONTOROVICH, E. The Mitigation of Emotional Distress Damages. *The University of Chicago Law Review*, 68(2), 491-520, 2001.
- KRAUST, J., & SCOTT, R. Contract Design and the Structure of Contractual Intent. *New York University Law Review*, 84, 1023-1104, sem data.
- LANDO, O., & BEALE, H. *Principles of European Contract Law - Parts I and II*. Haia, Holanda: Kluwer Law International, 2000.
- LENZA, P. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LEVMORE, S. Stipulated Damages, Super-Strict Liability and Mitigation in Contract Law. *Michigan Law Review*, 1365-1379, 2009.
- LITVINOFF, S. Damages, Mitigation, and Good Faith. *Tulane Law Review*, 1161-1195, 1999.
- LOOKOFSKY, J. Article 77 - Mitigation: No Recovery for Avoidable Loss. In: J. LOOKOFSKY, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. J. Herbots edito, 2000.
- MACINTOSH, J., & FRYDENLUND, D. An Investment Approach to a Theory of Contract Mitigation. *The University of Toronto Law Journal*, 37(2), 113-182, 1987.

- MARCOS, R. M. *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, J. Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de Direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 322-281, 2012.
- MARTINS-COSTA, J; PARGENDLER, M. Usos e abusos da função punitiva. *R. CEJ, Brasília*, 15-32, 2005.
- MCCRUDDEN, C. A common law of human rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 499-532, 2000.
- MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil Português - I Parte Geral - Tomo I*. Coimbra: Almedina, 2000.
- MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2001.
- MONTESQUIEU, B. d. *O Espírito das Leis*. (C. Murachco, Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MUÑOZ, E., & MOSER, L. A Adesão do Brasil à CISG - Consequências para o Comércio da China e na América Latina, disponível em < <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/moser-munoz.html>>, último acesso em 15 de novembro de 2014.
- NORONHA, F. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NOVAIS DIAS, O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista de Direito Privado*, 89-145, 2011.
- PAUTREMAT, S. Mitigation of Damage: A French Perspective. *The International and Comparative Law Quarterly*, 55, 205-217, 2006.
- PENTEADO, L. Figuras parcelares da Boa-Fé objetiva e Venire Contra Factum Proprium. *Revista de Direito Privdo*, Jul-Set, 2006.
- PHEGAN, C. The Limits of Compensation: An Australian Perspective on Public Policy, Causation and Mitigation. *The International and Comparative Law Quarterly*, 34(3), 470-497, 1985.
- PINTO, P. M. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Almedina, 2008.
- POSNER, R. Let Us Never Blame a Contract Breaker. *Michigan Law Review*, 107(8), 1349-1363, 2009.
- REALE, M. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RIBEIRO, J. d. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.
- ROBERTO GRAU, E. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

- RODRIGUEZ, J. R. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, R. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.
- ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, R. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF - Conselho da Justiça Federal, 2005.
- ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, R. Enunciados aprovados. *Jornadas de Direito Civil* (p. 135 p.). Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos do Conselho da Justiça Federal, 2012.
- ROSSELLO, C. Sull'onere del creditore di ridurre le conseguenze dell'inadempimento. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1158-84, 1983.
- SAMPAIO FERRAZ JR, T. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- SAN MARTÍN NEIRA, L. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- SÁNCHEZ, J. M. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Buenos Aires: B de F, 2006.
- SANSEVERINO, P. d. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCALISE JR., R. Why no "Efficient Breach" in the Civil Law? A comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. *The American Journal of Comparative Law*, 55, 721-766, 2007.
- SCHLECHTRIEM, P. *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienn: Manz, 1986.
- SCHLECHTRIEM, P. Good Faith in German Law and in International Uniform Laws. *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero* (p. 11). Roma: Disponível no website da Pace University, 1997.
- SCHLECHTRIEM, P. In: P. SCHLECHTRIEM, & I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.
- SCHLECHTRIEM, P. The Functions of General Clauses, Exemplified by Regarding Germanic Laws and Dutch Law. In: S. GRUNDMAN, & D. MAZEAUD, *General Clauses and Standards in European Contract Law - Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. Haia: Kluwer Law International, 2005.
- SCHREIBER, A. *A Proibição de Comportamento Contraditório, tutela da confiança e venire contra factum proprium* (2 ed.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.
- SCHREIBER, A. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - Da Erosão dos filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- SCOTT, R. E., & KRAUS, J. *Contract Law and Theory*. Newark: LexisNexis, 2007.
- SILVA, J. C. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- STOCO, R. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- STOLL, & GRUBER. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. (P. SCHLECHTRIEM, & I. SCHWENZER, Eds.) Oxford: Oxford University Press, 2005.
- STOLZE, P., Texto intomado a respeito do duty to mitigate the loss, disponível em <<http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/15449/material/Editorial13.pdf>>, último acesso em 15 de novembro de 2014.
- TARTUCE, F. A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor, disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fartigos%2FTartuce_duty.doc&ei=2fEFVfaiFoqkNrCcgvH&usg=AFQjCNEat4-i1P9GT_B4cibY3AJSq_CKUg&sig2=sjS2bS9lQbW2BoGSllvFBw&bvm=bv.88198703,d.cWc>, último acesso em 15 de novembro de 2014.
- TEPEDINO, G. *Temas de direito civil, Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEUBNER, G. *Direito, Sistema e Policontexturalidade*. (B. Vincenzi, D. Rudiger, J. Dittberner, P. Galizia, & R. Mendes, Trans.) Piracicaba, São Paulo: Editora Unimep, 2005.
- The University of Chicago Law Review. Landlord's Duty to Mitigate Damages Upon Tenant's Default. *The University of Chicago Law Review*, 567-572, 1957
- TRAIANO, R. *Dizionario Tecnico Italiano/Portoghese*. Rio de Janeiro: Centro Studi Ca' Romana, 1983.
- TRONCOSO, M. I. La Obligación de tomar medidas razonable para evitar la extensión del daño. *Revista de Derecho Privado*, 21, 353-391, 2011.
- TRUBEK, D. Max Weber sobre o Direito e Ascensão do Capitalismo. *Revista Direito GV*, 151-185, 2007.
- VARELA, A. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- VENOSA, S. *Direito Civil - Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2008.
- VENOSA, S. *Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos* (10 ed., Vol. II). São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.
- VENOSA, S. d. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas AS, 2012.
- WATSON, A. *Legal Transplants - An Approach to Comparative Law*. Athens: The University of Georgia Press, 1993.
- ZANETTI, C. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 28-36, 2012.
- ZANETTI, C. d. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.
- ZANETTI, C. d. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.

ZIEGEL, J. The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives. In: M. BENDER, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (pp. 9-43). Galston & Smith, 1984.

ZIMMERMANN, R., & WHITTAKER, S. *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.