

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES

**A MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS
NO DIREITO CONTRATUAL**

**BELO HORIZONTE
2011**

Christian Sahb Batista Lopes

**A MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS
NO DIREITO CONTRATUAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do grau de Doutor em Direito. Linha de pesquisa: A expressão da liberdade em face da pessoa e da empresa. Projeto estruturante: A expressão da liberdade no Direito Privado. Orientador: Professor Doutor Osmar Brina Correa Lima.

**Belo Horizonte
2011**

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação

**Tese intitulada *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*, de autoria do doutorando
Christian Sahb Batista Lopes, _____ **pela banca examinadora**
constituída pelos seguintes professores:**

Prof. Dr. Osmar Brina Correa Lima (Orientador) – UFMG

Profa. Dra. Maria Helena Damasceno e Silva Megale
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação
da Faculdade de Direito da UFMG

Belo Horizonte, _____ de _____ de _____

Aos meus pais, pelo seu amor incondicional que é a base em que se constroem todos meus projetos

AGRADECIMENTOS

À Dannielle, por ser a poesia que arejou minha árida vida de doutorando;

Ao Regis, que, pela sua presença e carinho, me apóia mais do que consegue imaginar;

Aos amigos Daniel e Rafael, pelo incentivo e apoio verdadeiro a esse e outros projetos;

Ao Professor Brina, por ter me acolhido e com imensa boa vontade me orientado;

Às bibliotecas da Universidade Federal de Minas Gerais, da Universidade de Columbia e da Universidade Fumec, por disponibilizar boa parte do material usado nessa pesquisa;

Aos Professores Silvana Lobo, Antonio Marcos Nohmi e Thaís Estevanato, da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Fumec, pela licença que permitiu a realização desse trabalho.

A ESTALAGEM DA RAZÃO

A meio caminho entre a fé e a crítica está a estalagem da razão. A razão é a fé no que se pode compreender sem fé; mas é uma fé ainda, porque compreender envolve pressupor que há qualquer coisa compreensível.

Fernando Pessoa¹

¹ PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 188. Trecho 176.

RESUMO

Diante do inadimplemento contratual, o direito impõe ao devedor a obrigação de indenizar os prejuízos suportados pelo credor. No presente trabalho, questiona-se se o devedor deverá reparar aqueles danos que tenham sido incrementados pelo credor ou mesmo aqueles que o credor poderia ter evitado com esforços razoáveis. Enfim, se o direito impõe ao credor, de alguma forma, a conduta de mitigar os prejuízos causados pelo inadimplemento. É realizada a avaliação desse problema à luz dos direitos dos países de *common law* e de alguns países representativos da tradição romano-germânica, para posteriormente enquadrá-lo no direito brasileiro. A cláusula geral de boa-fé objetiva e a vedação ao abuso do direito levam à conclusão de existir, *de lege lata*, o ônus de o credor mitigar os danos decorrentes do inadimplemento. A partir dessas normas com grande teor de indeterminação, foi possível derivar a regra específica para a mitigação com caráter de maior concretude, que inclui o direito do credor de recuperar as despesas razoavelmente incorridas com esforços de minimização. Foram identificados exemplos de condutas que consistem medidas razoáveis a serem adotadas por um credor para evitar o prejuízo decorrente do inadimplemento. Examinou-se, ainda, o ônus do credor de realizar operações substitutivas e a apuração dos danos por recurso a transações substitutivas abstratas ou concretas. Com base nessas conclusões, foram analisados os acórdãos existentes no Brasil que mencionam a *evitabilidade*. Por fim, ao utilizar o método da análise econômica do direito, constatou-se que a norma de mitigação promove um direito contratual mais eficiente, ao evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes, reduzir custos de transação e fomentar a cooperação.

PALAVRAS-CHAVE: mitigação, boa-fé, inadimplemento, contratos, perdas e danos, operações substitutivas, eficiência, cláusula geral, cooperação, análise econômica do direito.

ABSTRACT

As a consequence of a breach of contract, the law requires that the promisor indemnify the damages sustained by the promisee. In this work, it is questioned whether the promisor should compensate the damages that have been increased by the promisee or even those that the promisee could have avoided with reasonable efforts. Ultimately, if the law imposes on the promisee the behavior to mitigate the damages caused by the breach. This problem has been analyzed in light of the common law and of the law of certain countries of civil law, in order to subsequently frame it under Brazilian law. The general clause of objective good faith and the prohibition to abuse of rights lead to the conclusion that the law currently imposes on the creditor the burden to mitigate damages resulting from breach. From these rules with significant degree of indeterminacy, it was possible to derive the specific and more concrete rule of mitigation, which recognizes the right of the promisee to recover the expenses reasonably incurred in mitigation efforts. It has been identified examples of courses of action that are considered reasonable measures to be taken by a promisee to avoid the loss arising from the breach. It has also been examined promisee's burden of carrying out covers and calculation of damages based on abstract or concrete substitute transactions. Based on these findings, the judgments existing in Brazil that mention the avoidability were analyzed. Finally, by using the economic analysis of law, it was found that mitigation rule promotes a more efficient contract law, as it avoids waste of resources economically and socially relevant, reduces transaction costs and fosters cooperation.

KEYWORDS: mitigation, good faith, breach, contract, damages, substitutive operations, efficiency, general clause, cooperation, economic analysis of law.

RÉSUMÉ

En conséquence de la violation du contrat, la loi impose au débiteur l'obligation d'indemniser les préjudices subis par le créancier. Dans cette étude, on s'interroge sur le rôle du débiteur. Doit-il réparer les dommages qui ont été ajoutés par le créancier mais également ce que le créancier aurait pu éviter par des efforts raisonnables? Enfin, savoir si le droit impose au créancier, de quelque manière que ce soit, la minimisation des dommages causés par l'inexécution. On a évalué ce problème en observant les droits des pays de common law et de certains pays qui représentent la tradition romano-germanique, pour l'analyser en prenant en compte le droit brésilien. La clause générale de la bonne foi objective et de l'interdiction de l'abus de droit menèrent à la conclusion (de) qu'il existe, *de lege lata*, une règle qui incombe au créancier de minimiser les dommages résultant de l'inexécution. À partir de ces normes d'un degré élevé d'indétermination, il a été possible d'établir la règle spécifique pour la minimisation de caractère plus concret, qui comprend le droit du créancier de recouvrer les dépenses raisonnablement engagées dans les efforts de minimisation. On a identifié des exemples de comportement qui caractérisent les mesures raisonnables qui doivent être prises par un créancier afin d'éviter la perte causée par la violation de l'obligation. On a également examiné l'incombance du créancier de réaliser les opérations de substitution et le calcul des dommages-intérêts pour les transactions de remplacement abstraites ou concrètes. Sur la base de ces constatations, on a analysé les jugements existant au Brésil qui mentionnent la minimisation. Finalement, en utilisant la méthode de l'analyse économique du droit, il a été constaté que la règle de minimisation favorise un droit plus efficace du contrat, car il évite de gaspiller des ressources économiquement et socialement importants, et parce qu'il réduit les coûts de transaction et incite à la coopération.

MOTS-CLÉS: minimisation, bonne foi, inexécution, contrat, dommages-intérêts, opérations de substitution, efficacité, clause générale, coopération, analyse économique du droit.

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO.....	13
II – A MINIMIZAÇÃO DO PREJUÍZO NO DIREITO COMPARADO.....	17
2.1 A norma de mitigação nos países da common law.....	17
2.1.1 Breve intróito sobre a reparação de danos na common law.....	17
2.1.2 O dever de mitigar ou a doutrina dos danos evitáveis.....	20
2.1.3 O aspecto positivo da evitabilidade ou a mitigação de fato.....	26
2.1.4 Os pressupostos para aplicação da doutrina dos danos evitáveis no seu aspecto negativo.....	27
2.1.4.1 Aplicação da doutrina da mitigação para evitar um custo.....	28
2.1.4.2 Realização de operações substitutivas para evitar perdas.....	29
2.1.4.3 Adoção de outras medidas para evitar perdas.....	37
2.1.4.4 Determinação da razoabilidade dos esforços tendentes a mitigar a perda.....	39
2.1.4.5 Mitigação pela aceitação de novo contrato com o próprio inadimplente.....	45
2.1.4.6 Possibilidade de mitigação pelo credor e pelo devedor.....	49
2.1.5 Indenização pelas despesas incorridas com a mitigação.....	50
2.1.6 Ônus da prova.....	52
2.2 Mitigação nos países de tradição romano-germânica.....	53
2.2.1 A mitigação no direito alemão.....	54
2.2.2 A mitigação no direito italiano.....	61
2.2.3 A mitigação no direito francês.....	66
2.3 A mitigação na Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias.....	73
2.4 A mitigação nas iniciativas internacionais de consolidação do direito dos contratos.....	82
III – ANÁLISE ECONÔMICA DA MINIMIZAÇÃO DO PREJUÍZO.....	88
3.1 Introdução.....	88
3.2 A teoria do inadimplemento eficiente.....	94

3.4	A mitigação dos danos como redução do custo do inadimplemento contratual.....	99
3.5	A redução dos custos de renegociação do contrato	111
3.6	Redução do custo global do contrato.....	118
3.7	A limitação aos esforços razoáveis de mitigação	120
3.8	A realização de operação substitutiva no mercado.....	124
3.9	Os efeitos do dever de mitigar sobre o inadimplemento eficiente.....	125
IV – FUNDAMENTO DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO		128
4.1	Introdução.....	128
4.2	A abertura do sistema jurídico a partir de cláusulas gerais.....	130
4.3	Do dever de observância da boa-fé à mitigação dos danos.....	139
4.4	A repressão ao abuso do direito como possível fundamento	153
4.5	Impossibilidade de aceitação de outros fundamentos.....	161
4.5.1	Causalidade tout court.....	161
4.5.2	Culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente	165
4.5.3	Venire contra factum proprium	168
4.6	Mitigação e a regra de reparação integral do dano	169
4.7	Mitigação e livre escolha das sanções.....	172
V – APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....		178
5.1	Introdução.....	178
5.2	Natureza jurídica.....	179
5.3	A norma de mitigação no direito brasileiro.....	187
5.3.1	Formulação da regra	187
5.3.2	Operações substitutivas.....	194
5.4	Ônus da prova e reconhecimento de ofício	202
5.5	Dever de mitigar e cláusula penal.....	203
5.6	Análise da aplicação da norma de mitigação pela jurisprudência brasileira.....	205
5.6.1	Situações em que o exercício de um direito pelo credor poderia ter evitado ou reduzido os prejuízos de que pretende ser indenizado.....	205

5.6.1.1	Sumários e comentários relativos a cada decisão	205
5.6.1.2	Comentários gerais.....	213
5.6.2	Situações em que o credor demora para exigir o cumprimento do devedor	214
5.6.2.1	Sumário e comentários relativos a cada decisão	214
5.6.2.2	Comentários gerais.....	219
5.6.3	Situações em que o credor poderia ter informado ao devedor e solicitado providências.....	221
5.6.3.1	Sumários e comentários relativos a cada decisão	221
5.6.3.2	Comentários gerais.....	225
5.6.4	Situação em que o dano poderia ser recomposto de forma menos onerosa	226
5.6.4.1	Sumário e comentário da decisão	226
5.6.5	Situações em que poderia ter havido a substituição do equipamento.....	228
5.6.5.1	Sumários das decisões.....	228
5.6.5.2	Comentários gerais.....	230
5.6.6	Situação em que o credor poderia ter renunciado a um direito para evitar danos... ..	231
5.6.6.1	Sumário e comentário da decisão	231
5.6.7	Situações que nada têm a ver com mitigação.....	233
5.6.7.1	Sumários e comentários relativos a cada decisão	233
5.6.8	Avaliação geral da jurisprudência brasileira	241
VI – CONCLUSÕES		243
6.1	Síntese final	243
6.2	Conclusões finais.....	247
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		250

I – INTRODUÇÃO

Uma pessoa faz reformas em seu apartamento, trocando as antigas janelas por novas. O fornecedor entrega e instala janelas defeituosas, que possibilitam a entrada de água em caso de chuva. Ao perceber os defeitos, está o credor – dono da obra – legitimado a quedar-se inerte, deixando que a água da chuva entre e estrague seus móveis e obras de arte, podendo depois cobrar indenização por todos os prejuízos? Ou o ordenamento jurídico lhe impõe a conduta de adotar medidas para evitar os danos? Em que consistem essas medidas: deverá ele comprar e afixar lonas sobre as janelas, remover os móveis e colocar em depósito, mudando-se para um hotel, ou colocar toldos acima das janelas?

Um panificador faz um contrato de longo prazo com um fornecedor de trigo, que, não obstante seu compromisso, interrompe a entrega das mercadorias. Está o credor – panificador – autorizado a cruzar os braços e cobrar todos os prejuízos (danos emergentes e lucros cessantes) do fornecedor pelo período restante do contrato? Ou deverá buscar no mercado a quantidade de trigo de que precisa, limitando seus danos à diferença entre o valor de mercado e o preço contratual?

Um agricultor adquire sementes e percebe que têm aspecto e cor incomuns. Deverá não as utilizar e procurar determinar se estão boas para o plantio? Ou poderá empregá-las na plantação e, posteriormente, ao verificar que não brotaram, recuperar de seu fornecedor todos os custos com o plantio e os lucros cessantes relativos àquela safra?

Essas ilustrações trazem problemas relativos à mitigação dos danos pelo credor, que constitui o objeto deste trabalho. Objetiva-se, pelo presente, responder às perguntas acima colocadas à luz do direito brasileiro, além de outras que, como será visto, estão relacionadas à minimização dos prejuízos.

O Código Civil brasileiro de 2002 não traz regra expressa que solucione as questões acima colocadas. Dever-se-á avaliar se e em que medida as cláusulas gerais e princípios adotados pelo ordenamento jurídico pátrio impõem ao credor norma de conduta no sentido de mitigar os danos decorrentes de um inadimplemento. Situa-se, portanto, o presente trabalho na pesquisa do âmbito de liberdade de agir de que dispõe o credor prejudicado pelo descumprimento de uma obrigação.

O direito dos contratos é, por excelência, o ramo do direito que maior influência tem no comércio jurídico das sociedades capitalistas. O contrato é o instituto escolhido para operar juridicamente as transações econômicas havidas em sociedades que erigem como princípios a liberdade de iniciativa e a autonomia privada. Desta forma, o direito que regula o contrato deve ser a um só tempo justo – a fim de que as transações havidas não levem a iniquidades insuportáveis sob o ponto de vista social – e previsível – de maneira a permitir que os indivíduos pautem sua conduta e manifestem sua vontade com base em uma infra-estrutura normativa que possam conhecer e em que possam confiar.

Assim como todo o direito, as normas aplicáveis aos contratos devem ser estabelecidas com vistas a maximizar, tanto quanto possível, os valores de justiça e segurança jurídica. Em matéria contratual, entretanto, especial destaque deve ter este último valor, uma vez que os indivíduos apenas terão condição de exercer sua autonomia se puderem conhecer *ex ante* o conjunto de normas que regerá, qualificará, limitará e completará sua declaração de vontade no momento de realizar as operações econômicas. Desta forma, já se considerou, inclusive, que a regra mais justa é aquela que esteja mais bem estabelecida², não dando ensejo a dúvidas ou questionamentos, pois permite que os indivíduos busquem, caso a caso, a justiça aplicável àquela situação, atribuindo-se a função de assegurar a equidade no caso concreto ao sujeito livre e capaz de determinar-se autonomamente.

No entanto, esta perspectiva do direito contratual tem sido objeto de constantes e profundos questionamentos nas últimas décadas. Assim, foram e continuam sendo revistos os princípios do direito contratual que foram originalmente assentados como corolários da liberdade individual. Aos três princípios tradicionalmente identificados pela doutrina – princípio da autonomia da vontade, da relatividade dos contratos e da obrigatoriedade das convenções –, agregaram-se outros que pululam ao sabor de cada novo comentador da matéria, dos quais cabe mencionar, por terem sido expressamente acolhidos no Código Civil Brasileiro de 2002, os princípios da boa-fé, da função social e do equilíbrio econômico do contrato³.

² Cf. KATZ, Avery. When should an offer stick? The economics of promissory estoppel in preliminary negotiations. *The Yale Law Journal*, New Haven, n. 105, p. 1.249-1.309, Mar. 1996. p. 1.252. COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. Chicago, v. 3, p.1-44, Oct. 1960. p. 19.

³ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137-147.

Tais novos princípios impõem o estabelecimento de novas regras à prática contratual que, em sua maioria, têm como fim declarado atingir maior justiça *ex post*, diante de um caso concreto, reduzindo, em princípio, a segurança jurídica e a previsibilidade das normas aplicáveis aos contratos. Contudo, cabe à doutrina e à jurisprudência munir-se da técnica adequada, que permita dar maior concretude a tais normas que contêm conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, identificando seus impactos na aplicação do direito contratual brasileiro e orientando sua interpretação de maneira a assegurar a solução que permita a maximização da justiça sem perder de vista a estabilidade das relações privadas⁴. Pela correta compreensão de tais normas e com sua integração a princípios e valores jurídicos e metajurídicos, pode-se colorir o quadro formado pelas cláusulas gerais previstas na nova codificação, permitindo interpretações convergentes que evitem o arbítrio e a discricionariedade em sua aplicação.

Neste contexto, será estudada a minimização dos danos pelo credor no direito contratual brasileiro. Partindo das normas do Código Civil que contêm conceitos indeterminados e cláusulas gerais e da análise econômica do direito, essa tese tem por fim comprovar as seguintes hipóteses: (i) o direito brasileiro impõe ao credor que seja adotada conduta para a mitigação do dano causado pelo inadimplemento do devedor; (ii) o reconhecimento da norma de mitigação melhora o nível de eficiência econômica do direito contratual brasileiro.

Tendo em vista tais finalidades, o trabalho se inicia com o estudo da mitigação no direito comparado, que é o objeto do Capítulo II. Será abordada a forma pela qual a mitigação é tratada nos países de *common law*, onde a norma tem sua mais ampla e tradicional aplicação como um dos critérios a serem observados para a fixação da indenização devida ao credor. Em seguida, abordar-se-á a mitigação em três países de tradição romano-germânica: Alemanha, Itália e França. Por fim, será estudada a norma de minimização dos danos nos instrumentos internacionais de uniformização dos direitos dos contratos, em que se comprova a sua ampla aceitação. Pela maior tradição na aplicação do instituto nos países de *common law*, o presente trabalho se alongará mais no estudo da minimização em tais ordenamento jurídicos do que nos países de tradição romano-germânica.

⁴ Cf. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 545-547.

No Capítulo III, é realizada a análise econômica da norma de mitigação. Demonstrar-se-á que promove um direito contratual mais eficiente, reduz custos de transação e fomenta a cooperação. Será reconhecido, também, que diminui o risco de atuação oportunística do credor quanto aos danos, mas o aumenta no que se refere à adoção de medidas de mitigação, merecendo especial atenção do julgador quanto a esse aspecto.

Uma vez definida a ampla aceitação do instituto no direito comparado e seu efeito de tornar o direito contratual economicamente mais eficiente, buscar-se-á, no Capítulo IV, o fundamento da mitigação no direito brasileiro. Em outros termos, verificar-se-á se a minimização dos danos pode ser derivada como corolário de outras normas que contêm conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, de forma que possa ser considerada como existente no direito pátrio *de lege lata*, ou se, ao contrário, apenas poder-se-á recomendar a sua adoção *de lege ferenda*.

O Capítulo V é dedicado à aplicação da norma de mitigação no direito brasileiro. Definir-se-á a sua natureza jurídica e serão formulados os seus pressupostos, limites e efeitos, no sentido de dar maior concreção e convergência em sua utilização. Com base nessas definições, será analisada a incipiente jurisprudência brasileira sobre a mitigação dos danos pelo credor.

O Capítulo VI dedica-se às conclusões desta tese.

II – A MINIMIZAÇÃO DO PREJUÍZO NO DIREITO COMPARADO

*The law of contract has long been one of the core subjects of comparative law. Of all areas of law, perhaps none has been subjected to comparative study as consistently, frequently and intensely as contract law.*⁵

2.1 A norma de mitigação nos países da *common law*

2.1.1 Breve intróito sobre a reparação de danos na *common law*

Diante do inadimplemento contratual, é possível imaginar-se duas reações do direito: determinar a reparação *in natura*, ordenando ao devedor que cumpra exatamente a obrigação inadimplida, ou impor ao devedor a obrigação de ressarcir os danos causados ao credor. Uma das grandes diferenças de concepção que existe no direito contratual entre os sistemas da *common law* e os de tradição romano-germânica reside exatamente na determinação sobre o que o direito deve prioritariamente fazer diante do inadimplemento. Em geral, os países de tradição romano-germânica, como o Brasil⁶, preferem a execução específica da obrigação, determinando a reparação em perdas e danos apenas quando não é possível a reparação *in natura* ou quando assim prefere o credor⁷. Na *common law*, há grande preferência pelo ressarcimento dos danos decorrentes do inadimplemento, cabendo execução específica apenas como medida excepcional quando a reparação por perdas e danos não parece adequada⁸.

Farnsworth lista várias razões históricas para tal fato⁹. Atualmente, a regra é explicada pela visão tradicional de Oliver Wendell Holmes de que o descumprimento do contrato não tem conteúdo moral. Segundo o jurista, a obrigação contratual representa para o devedor uma opção: cumpri-la ou descumpri-la e pagar perdas e danos. Qualquer escolha que tomar é

⁵ FARNSWORTH, E. Allan. Comparative contract law. In: REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 900.

⁶ Cf. artigo 947 do Código Civil brasileiro. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p 229.

⁷ Cf. FARNSWORTH, E. Allan. Legal remedies for breach of contract. *Columbia Law Review*. New York, v. 70, p. 1145-1216, Nov. 1970. p. 1150-1151. MICHAUD, Anne. Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract. *Revue Générale de droit*. Ottawa, v. 15, p. 293-340, 1984. p. 292.

⁸ *Idem*.

⁹ Cf. FARNSWORTH, Legal... op. cit. p. 1154-1156.

neutra do ponto de vista valorativo¹⁰. Essa visão permite que o devedor promova o chamado inadimplemento eficiente (*efficient breach*), que será visto mais pormenorizadamente no Capítulo III. Se o direito determina a execução específica, impõe ao devedor o cumprimento de uma obrigação que pode não ser a melhor opção disponível sob o ponto de vista de eficiência¹¹. Apesar de tais razões, Farnsworth nota que a tendência é que sejam aumentadas as hipóteses em que se admite a execução específica no direito norte-americano¹².

Há três medidas para as perdas e danos na *common law*: de expectativa (*expectation damages*), de confiança (*reliance damages*) e de restituição (*restitution*)¹³. As perdas e danos de expectativa são o valor necessário para colocar o credor na mesma posição que ele estaria se o contrato tivesse sido cumprido¹⁴. Equivaleria ao interesse positivo, na divisão feita por Jhering, mais comum aos juristas de tradição romano-germânica¹⁵. É a medida mais benéfica para o credor e aquela em que se baseia a responsabilidade pelo descumprimento contratual¹⁶.

¹⁰ Cf. POSNER, Richard A. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 107, p. 1349-1363, June 2009. p. 1349-1350.

¹¹ Cf. COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 2. ed. Londres: Butterworths, 1993. p. 368. Segundo Collins:

“If liability exceeds either the potential losses on an uneconomic contract or the profits on an alternative deal, the there will be no economic incentive to break the contract. But even with these two facts included in the efficiency calculus, in some instances deliberate breach of contract may prove the most advantageous course of action. The question in such cases boils down to whether or not the law should discourage or support the deliberate breach of contract.

A wealth maximizing criterion of justice supports the view that the law should permit efficient breaches of contract. This view holds that the wealth of the society will be increased in total by the breach of contract. With the receipt of the damages for breach of contract the injured party should be at least no worse off than before, and the defendant should, if his calculations prove correct, be better off. The breach of contract will move goods to those who value them most, without any party being worse off than before, which complies with the standard of Pareto efficiency. The law should therefore support efficient breach of contract. If this wealth maximizing criterion of justice does guide the law in its determination of judicial remedies, what practices does it require?

It suggests that orders for compulsory performance should not be generally available. If the injured party can insist upon performance of the contract, then this may prevent the defendant from making an advantageous profitable transaction elsewhere.”

¹² Cf. FARNSWORTH, Legal... op. cit. p. 1156.

¹³ Cf. § 344 do Restatement (Second) of Contracts. AMERICAN Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Contracts*. Saint Paul: American Law Institute, 1981.

¹⁴ FULLER, L. L., PERDUE Jr., William R. The Reliance Interest in Contract Damages (pt. 1), *Yale Law Journal*, New Haven, v. 46, p. 52-96, 1936. p. 54.

¹⁵ JHERING, R. Von. *Oeuvres Choisies*. v.2. Paris: Librairie A. Marescq, 1983. p. 1-100: De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860). p. 16.

¹⁶ Atiyah defende, no entanto, que a medida amplamente utilizada no descumprimento contrato é a dos danos de confiança, apesar de a doutrina e a jurisprudência, na Inglaterra e nos Estados Unidos, sequer questionarem que a medida usada é de expectativa. A teste de Atiyah se fundamenta, exatamente, na necessidade de se deduzir, da indenização, os danos evitáveis pelo credor. Cf. ATYIAH, P. S. The liberal theory of contract. In: ATYIAH, P. S. *Essays on contracts*. New York: Oxford University Press, 1990. p. 123.

As perdas e danos de confiança são aquelas que, no direito da *common law*, se aplicam ao rompimento indevido das negociações, quando o contrato não é válido ou lhe falta um elemento típico daquele direito chamado *consideration*, tendo uma das partes, não obstante, confiado na promessa da outra. Essas perdas e danos são medidas por um valor que coloque a parte na mesma posição que estaria se o contrato jamais tivesse sido celebrado (ou se as negociações não tivessem se iniciado)¹⁷. Equivale, na terminologia de Jhering, aos interesses negativos¹⁸.

Por fim, um dos contratantes pode ter um interesse de restituição. Ou seja, diante de qualquer evento de frustração do projeto contratual, se uma das partes recebeu qualquer valor ou benefício da outra, deve restituí-lo. Para Fuller e Perdue, esse é o interesse mais fundamental que um indivíduo tem, se comparado com os demais, pois consiste em receber de volta aquilo que foi indevidamente transferido¹⁹. Na tradição *civil law*, a restituição é também amplamente tutelada pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa, que é aplicável na ausência de qualquer outro recurso que possa tutelar a parte prejudicada.

Em matéria contratual, a reparação das perdas e danos suportadas pelo credor comporta três limitações: imprevisibilidade, incerteza e *evitabilidade*²⁰. De acordo com a primeira, não serão reparados os danos que não podiam ser previstos, no momento da celebração do contrato, como resultado provável do inadimplemento. Os danos são previsíveis se decorrem do curso natural das coisas ou se são resultado de circunstâncias especiais de que o devedor sabia ou deveria saber²¹. Pela limitação de incerteza, não serão reparados os danos que não possam ser determinados pelas provas com razoável certeza²². A limitação de *evitabilidade* é justamente o objeto dessa tese e passará a ser tratada com mais pormenor nos tópicos seguintes.

¹⁷ FULLER, PERDUE. *The Reliance...* *op. cit.* p. 54.

¹⁸ JHERING. *De la culpa...* *op. cit.* p. 17.

¹⁹ FULLER, PERDUE. *The Reliance...* *op. cit.* p. 56.

²⁰ A palavra *evitabilidade* é um neologismo para traduzir *avoidability*, que parece ser também um neologismo em língua inglesa. Preferiu-se usar *evitabilidade* no texto deste trabalho, sempre em itálico para indicar o neologismo, por ser menor que a expressão correta – “possibilidade de se evitar o dano” – e por ser mais fidedigno na tradução de seu correspondente em língua inglesa.

²¹ Cf. § 351 do Restatement (Second) of Contracts.

²² Cf. § 352 do Restatement (Second) of Contracts.

2.1.2 O dever de mitigar ou a doutrina dos danos evitáveis

A terceira limitação à reparação das perdas e danos consiste no chamado dever de mitigar (*duty to mitigate*) ou doutrina dos danos evitáveis. De acordo com essa norma, o credor, prejudicado por um inadimplemento, não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias²³. Atiyah e Smith assim conceituaram e exemplificaram a limitação de *evitabilidade*:

Ao calcular os danos do requerente (...), os tribunais agem com base na suposição de que o requerente não pode ser indenizado por perdas que ele poderia ter evitado, ou de fato evitou, ao tomar medidas razoáveis. É esperado que o requerente, diz-se, “mitigue” suas perdas. Para tomar um exemplo simples, suponha que uma pessoa é indevidamente demitida de seu emprego, em que recebe £150 por semana. Suas perdas e danos de expectativa são *prima facie* o valor dos salários que poderia ter ganhado enquanto trabalhasse no período de aviso prévio; se estava sujeita a um aviso com antecedência de quatro semanas, pareceria à primeira vista que ela perdeu a expectativa de ganhar £600. Mas antes que o requerente possa receber esse (na verdade, qualquer) montante como perdas e danos, deve ficar claro que ele fez seu melhor para encontrar uma alternativa razoável de emprego. Se de fato o requerente obteve um novo trabalho pelo mesmo (ou maior) salário, sem qualquer intervalo, então ele não sofreu nenhum dano efetivo. Se ficou uma semana sem trabalhar enquanto procurava emprego, perdeu o salário de uma semana e não mais.²⁴

O exemplo trazido por Atiyah e Smith contempla uma situação em que o credor efetivamente mitigou os danos. No entanto, a limitação de *evitabilidade* se aplica também quando o credor poderia ter evitado os danos, mas não tomou as medidas apropriadas para tanto. No caso hipotético acima, se o empregado sequer tivesse procurado emprego, sua indenização seria reduzida dos danos que poderia ter evitado se tivesse encontrado uma nova colocação. A indenização é calculada como se o credor tivesse mitigado os danos²⁵. Como afirmaram Corbin e Perillo, a parte prejudicada por um inadimplemento contratual não pode simplesmente quedar-se inerte e permitir que os danos se acumulem²⁶.

O sentido em adotar-se tal regra é patente. Seu objetivo é evitar o desperdício de recursos econômicos que resultaria do fato de o credor prejudicado sofrer danos que poderia ter evitado por esforços razoáveis. Ao deixar que tais danos ocorram, o credor tira do mercado

²³ Cf. FARNSWORTH. *Farnsworth on Contracts*. v. 3. 3. ed. Nova York: Aspen, 2004. p. 229.

²⁴ ATIYAH, P. S., SMITH, Stephen A. *Atiyah's introduction to the law of contract*. 6. ed. Oxford: Clarendon, 2005. p. 420. Os trechos citados de obras estrangeiras ao longo de todo esse trabalho foram traduzidos pelo autor, salvo se houver indicação em sentido diverso.

²⁵ Cf. *Idem*.

²⁶ Cf. CORBIN, Arthur L., PERILLO, Joseph M. *Corbin on contracts: damages*. v. 11. rev. ed. Newark: LexisNexis, 2005. p. 301.

um recurso econômico que tem um valor social²⁷. Tomando-se o exemplo acima, se o empregado resolvesse não procurar emprego durante um mês, deixando de minimizar um dano evitável, sua força de trabalho estaria excluída do mercado de trabalho por tal período, esse recurso econômico não estaria socialmente disponível quando poderia estar por meio de esforços razoáveis. Conforme anotou McCormick:

Regras jurídicas e doutrinas são estabelecidas não apenas para prevenir e reparar danos e injustiças individuais, mas para proteger e conservar o bem estar econômico e a prosperidade de toda a comunidade. Conseqüentemente, é importante que as regras sobre reparação de danos sejam tais que desencorajem até mesmo pessoas contra as quais um ilícito foi praticado de passivamente sofrerem perdas econômicas que poderiam ter sido evitadas por meio de esforços razoáveis, ou de ativamente aumentar tais danos quando a prudência recomendaria que tal atividade fosse interrompida. O instrumento de que se vale a lei para incentivar que danos sejam evitados é a vedação a que a parte prejudicada possa ser indenizada das perdas que poderia ter razoavelmente evitado e a permissão de que seja indenizado por qualquer perda, prejuízo ou despesa incorrida em esforços razoáveis de minimizar seus prejuízos.²⁸

Completa Litvnoff:

Essas razões parecem ter suas raízes na política de maximização da atividade negocial ou na política que favorece e promove meios de manter o mecanismo econômico em funcionamento com o menor distúrbio possível.²⁹

A doutrina dos danos evitáveis é bastante consolidada na *common law*³⁰, sendo inquestionável sua aplicação no direito contratual inglês³¹ e norte-americano³². Suas origens não são muito claras, tendo sido gradualmente desenvolvida pelos Tribunais. Inicialmente, reconheceu-se o direito do credor, prejudicado pelo inadimplemento, de substituir o devedor por um terceiro a fim de receber prestação equivalente àquela devida, mantendo o direito de

²⁷ Cf. HILLMAN, Robert A. Keeping the deal together after material breach: common law, mitigation rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 47, p. 553-615, 1975-1976. p. 558. FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law, 1999. p. 806-807.

²⁸ McCORMICK, Charles T. *Handbook on the law of damages*. St. Paul: West, 1935. p. 127.

²⁹ LITVINOFF, Saúl. Damages, mitigation, and good faith. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 73, p. 1161-1195, 1998-1999. p. 1168. No Capítulo III, analisar-se-á com mais pormenor os efeitos econômicos do dever de mitigar.

³⁰ Cf. *Idem*.

³¹ Cf. ATIYAH, SMITH. *Atiyah's introduction...* op. cit. p. 420. ANSON, William Reynell, BEATSON, J. Anson's law of contract. 28. ed. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2002. p. 614. COLLINS. *The law...* op. cit. p. 378. FURMSTON, Michael (org). *The law of contract*. Londres: Butterworths, 1999. p. 1290.

³² Cf. WILLISTON, Samuel, LORD, Richard A. *A treatise on the law of contracts*. Eagan: Thomson West, 1990. p. 191. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 229. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 301. DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages, equity, restitution*. St. Paul: West, 1993. p. 270. McCORMICK. *Handbook...* op. cit. p. 127.

indenizar-se junto ao devedor inadimplente. A partir daí, devedores levaram aos tribunais o pedido de que se descontasse da indenização os danos que o credor, por meio de sua diligência, tivesse conseguido evitar. Os Tribunais firmaram, então, o aspecto positivo da mitigação, ou seja, o dano efetivamente reduzido pelo credor passou a não ser incluído na indenização devida pelo devedor. A faculdade gradativamente tornou-se uma limitação, com a consequência de não ser incluído na indenização o dano que poderia ter sido evitado se o credor tivesse agido diligentemente nesse sentido. Moldou-se assim o aspecto negativo da mitigação. A dedução dos prejuízos mitigáveis, que ficava à discricionariedade de cada Júri, foi erigida à norma, passando o Juiz a dar instruções específicas com relação apenas à apreciação dos fatos envolvidos na aplicação da limitação de *evitabilidade*. Desde o Século XVIII, já havia sido adotada a mitigação no seu aspecto negativo que o caracteriza até o presente³³.

Segundo Farnsworth, a limitação de evitabilidade, mesmo em seu aspecto negativo, teve origem ainda no final do Século XVII em um estranho caso inglês conhecido como *Vertue v. Bird* julgado em 1677. O requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich e deixá-las no lugar a ser indicado pelo requerido. Ao chegar ao destino, entretanto, este demorou mais de seis horas para proceder a tal indicação, fazendo com que os cavalos do requerente ficassem muito tempo expostos ao sol e ao cansaço, morrendo em seguida. O Tribunal, entretanto, negou o direito à indenização pela perda dos animais, afirmando que foi insensatez do requerente deixá-los esperando, uma vez que poderia ter retirado deles a carroça ou deixado as mercadorias em qualquer lugar em Ipswich³⁴.

Embora amplamente aceita, não há consenso entre os doutrinadores da *common law* sobre o fundamento da limitação de *evitabilidade*³⁵. O mais provável é que seja considerada como um princípio autônomo³⁶, sendo que a maioria dos autores sequer se pergunta seu fundamento, tratando-a autonomamente como uma regra de apuração das perdas e danos

³³ Cf. LAITHIER, Yves-Marie. *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Paris : L.G.D.J., 2004. p. 436. MICHAUD. *Mitigation...* op. cit. p. 296. SCHMITTHOFF, C. M. The duty to mitigate. *The Journal of Business Law*, Londres, v. 1961, p. 361-367, 1961. p. 362-363.

³⁴ Cf. FARNSWORTH. *Farnsworth on...* op. cit. p. 229.

³⁵ Cf. LAITHIER. *Étude...* op. cit. p. 435.

³⁶ Cf. MICHAUD. *Mitigation...* op. cit. p. 336.

indenizáveis³⁷. Corbin e Perillo alinham a matéria de forma autônoma, mas afirmam que é consequência da doutrina do nexo causal. Se o dano podia ser evitado e não foi, o que o teria causado teria sido a negligência do credor e não o inadimplemento do devedor³⁸. Os autores reconhecem, entretanto, o papel central da *evitabilidade* na determinação dos danos e afirmam que até mesmo a limitação de imprevisibilidade poderia ser abrangida por ela³⁹. Além do nexo causal, aparecem como explicação para a doutrina dos danos evitáveis a imprevisibilidade de tais danos⁴⁰, a culpa concorrente⁴¹, o fato ou culpa do credor⁴², a violação ao dever de boa-fé⁴³, abuso do direito e *venire contra factum proprium*⁴⁴. Para os juristas da *commom law*, entretanto, a busca pelo fundamento da limitação de *evitabilidade* não faz sentido. O importante é o fato de ela ter sido bem estabelecida pela jurisprudência, sendo mais produtivo discutir suas consequências e formas de aplicação, bem como a sua adequação em termos de política, isto é, se visa a promover o bem estar social ao tornar o direito contratual mais eficiente. Desta forma, não se buscará, no presente trabalho, fazer o que nem mesmo os juristas ingleses e norte-americanos se preocupam em fazer. O que será realizado no Capítulo IV é a investigação do necessário fundamento para a introdução da doutrina da *evitabilidade* no direito brasileiro.

Praticamente toda a doutrina inglesa e norte-americana, no entanto, está de acordo em afirmar que não se pode referir ao instituto como “dever de mitigar”. Diz-se que não há um verdadeiro “dever” do credor prejudicado de mitigar os danos sofridos. Se houvesse, a mitigação poderia ser exigida pela parte inadimplente e a parte prejudicada estaria sujeita a indenizar se não adotasse as medidas necessárias para a mitigação⁴⁵. Por isso, sustenta-se não haver verdadeiro “dever”, mas apenas “limitação”: se a parte contratante não adotar as medidas razoáveis para minimizar o prejuízo, a indenização ficará limitada ao que era inevitável. De acordo com Corbin e Perillo:

³⁷ Cf. COLLINS. The law... op. cit. p. 377-378. ANSON, BEATSON. Anson's Law... op. cit. p. 614. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 229.

³⁸ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 301.

³⁹ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 302.

⁴⁰ Cf. LAITHIER. *Étude*... op. cit. p. 440.

⁴¹ Cf. MICHAUD. Mitigation... op. cit. p. 299.

⁴² Cf. LAITHIER. *Étude*... op. cit. p. 444.

⁴³ Cf. MICHAUD. Mitigation... op. cit. p. 300. LITVINOFF. Damages... op. cit. p. 1162.

⁴⁴ Cf. LITVINOFF. Damages... op. cit. p. 1164.

⁴⁵ Cf. FARNSWORTH. Legal... op. cit. p. 1184. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 231. ANSON. *Anson's law*... op. cit. p. 615. WILLISTON, LORD. A treatise... op. cit. p. 191-193.

Não é infrequente dizer que é “dever” da parte prejudicada mitigar os danos na medida do que seja possível por meio de esforço razoável. Entretanto, como não há penalidade judicial para a falta em realizar esse esforço, não é desejável dizer que a parte prejudicada está sob um “dever”. A recuperação [dos danos] contra o requerido será exatamente a mesma tenha o esforço sido feito, e a perda mitigada, ou não; mas se a parte prejudicada deixa de empregar o esforço razoável, com o resultado de que seu prejuízo será maior que poderia ter sido, o tribunal não incluirá em seu julgamento o valor do aumento evitável e desnecessário. O direito não penaliza a falta de ação da parte prejudicada; ele simplesmente não faz nada para compensar a perda que a parte prejudicada ajudou a causar por não tê-la evitado.⁴⁶

Apesar das críticas à terminologia, Goetz e Scott constataram que o uso da expressão dever de mitigar é mais comum e conveniente⁴⁷. Será discutido, posteriormente nesse trabalho, a designação que deverá ser adequadamente empregada no direito brasileiro para se referir à norma dos danos evitáveis⁴⁸.

A expressão “dever de mitigar” não foi adotada pelo Restatement (Second) of Contracts⁴⁹, que preferiu dar tratamento ao instituto sob a terminologia de limitação de *evitabilidade*, compilando a matéria da seguinte forma:

§ 347. Medida das perdas e danos em geral

Sujeito às limitações previstas nos §§ 350-53, a parte prejudicada tem direito às perdas e danos baseadas no seu interesse de expectativa, medidas por

(a) a perda para ela no valor da prestação da outra parte causada por sua falta ou deficiência, mais

(b) qualquer perda, incluindo perdas incidentais ou consequenciais causadas pelo inadimplemento⁵⁰, menos

⁴⁶ CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 303.

⁴⁷ GOETZ, Charles J., SCOTT, Robert E. The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*. Charlottesville, v. 69, p. 967-1024, Sep. 1983. p. 967.

⁴⁸ Cf. item 5.2.

⁴⁹ Os *Restatements* são compilações do direito desenvolvido por precedentes jurisprudenciais, elaboradas pelo *American Law Institute*, sobre dez diferentes tópicos do direito. O *American Law Institute* foi formado em 1923 por advogados, juízes e acadêmicos com o objetivo de reduzir a grande massa de direito jurisprudencial em um corpo de regras facilmente acessíveis sob a forma de uma consolidação, muito embora, em alguns casos, o *Restatement* traga a norma que “deveria ser” sob o ponto de vista de seus relatores, ao invés de refletir fielmente o direito jurisprudencial. Sobre contratos, o primeiro *Restatement* foi finalizado em 1932 e substituído pelo segundo em 1981. O *Restatement (Second) of Contracts* contém: (i) parágrafos com comandos normativos, que equivaleriam aos artigos na técnica legislativa brasileira; (ii) comentários, explicando sob a forma de doutrina o conteúdo da norma referida em cada parágrafo; (iii) ilustrações que consistem casos hipotéticos que exemplificam a norma de cada parágrafo; (iv) observações do relator, em que expõe os fundamentos da norma, comentários e explicações de cada parágrafo, em geral em um ato normativo ou em um julgado. A análise do tratamento dado pelo *Restatement (Second) of Contracts* ao dever de mitigar é interessante para o presente trabalho, pois estabelece de forma razoavelmente confiável qual é o direito norte-americano nessa matéria.

⁵⁰ De acordo com as ilustrações a esse parágrafo, todos os outros danos (que não a perda de valor da prestação) são indenizáveis, sendo que os que ocorrem com mais frequência são aqueles que o direito de *common law* classifica como incidentais ou consequenciais. Os danos incidentais são aquelas despesas extras tida pela parte em razão do inadimplemento, notadamente para tentar, com ou sem sucesso, minimizar a perda (por exemplo, se o devedor tinha a obrigação de entregar um bem fungível e a descumprir, o credor compra tal bem de outra

(c) qualquer custo ou outra perda que tenha sido evitado por não ter que prestar.

(...)

§ 350. Evitabilidade como Limitação das Perdas e Danos

(1) Exceto conforme estabelecido na Subseção (2), as perdas e danos não são indenizáveis pela perda que a parte prejudicada poderia ter evitado sem risco, ônus ou humilhação indevidos.

(2) A parte prejudicada não está impedida de ser indenizada pela regra referida na Subseção (1) na medida em que fez esforços razoáveis mas sem sucesso para evitar a perda.⁵¹

Observa-se que o § 347 insere, na apuração das perdas e danos a serem indenizadas, dois conceitos relacionados à mitigação. O primeiro afirma que o credor tem direito a ser indenizado das despesas razoáveis que tiver incorrido para minimizar os danos, referidas nesse dispositivo como danos incidentais. O segundo se aplica a contratos em que a parte prejudicada pelo inadimplemento não tenha ainda realizado, no todo ou em parte, a sua prestação ou outras despesas, relacionadas ou não a outros contratos⁵². Os custos de tais recursos são deduzidos no cálculo das perdas e danos. Além disso, a parte prejudicada é instada a tomar as medidas razoáveis para evitar a ocorrência de danos, o que é tratado no § 350⁵³.

No tópico seguinte, passar-se-á a analisar os pressupostos para a aplicação da mitigação no direito da *common law*.

peessoa, mas tem que incorrer em nova despesa de corretagem, que é considerada como danos incidentais). Os prejuízos consequenciais são danos causados à propriedade ou à integridade física do credor como resultado do inadimplemento (por exemplo, se o devedor fornece janelas defeituosas para uma casa e, em razão de tal defeito, a casa é tomada por água e os móveis são danificados, a perda do mobiliário é considerada danos consequenciais). Cf. AMERICAN. Restatement... op. cit. p. 114.

⁵¹ AMERICAN. Restatement... op. cit. p. 112, p. 126.

⁵² Esse dispositivo pode ter duas aplicações distintas: pela economia de custos com o próprio contrato ou com outras circunstâncias. Como exemplo à primeira hipótese, pode-se imaginar que um empreiteiro foi contratado para construir uma estrada. Se o contratante descumprir o contrato, o empreiteiro pode interromper sua prestação, economizando os materiais que teria que empregar na estrada, locação de equipamentos, mão-de-obra, etc. Em ilustração à segunda hipótese, pode-se imaginar que um empreiteiro, que foi contratado para construir uma loja, descumprir o contrato e atrasa a entrega. A inauguração da loja é atrasada em um mês, o que gera ao contratante economia de um mês de mão de obra, despesas com energia, água, etc.

⁵³ Cf. AMERICAN. Restatement... op. cit. p. 114-115. O Restatement oferece, entre outras, a seguinte ilustração: “A contracts to build a house for B for \$100,000. When it is partly built, B repudiates the contract and A stops work. A would have to spend \$60,000 more to finish the house. The \$60,000 cost avoided by A as a result of not having to finish the house is subtracted from the \$100,000 price lost in determining A’s damages. A has a right to \$40,000 in damages from B, less any progress payments that he has already received.”

2.1.3 O aspecto positivo da *evitabilidade* ou a *mitigação de fato*

Caracterizado o inadimplemento contratual, o devedor tem a obrigação de pagar ao credor prejudicado as perdas e danos sofridas que serão medidas *grosso modo* na forma do § 347 do *Restatement (Second) of Contracts*. O devedor inadimplente poderá, entretanto, valer-se da limitação de *evitabilidade* para reduzir a indenização devida ou mesmo para demonstrar que não há indenização a ser paga.

A primeira possibilidade de oposição da *evitabilidade* consiste em deduzir-se da indenização os danos que o credor efetivamente evitou que ocorressem⁵⁴. Consiste no chamado aspecto positivo do dever de mitigar⁵⁵ ou *mitigação de fato*⁵⁶. Se o credor foi diligente e reagiu diante do inadimplemento, tendo conseguido reduzir os danos que adviriam da falta do devedor, a indenização não poderá incluir esses prejuízos que, de fato, não ocorreram. Ademais, o devedor inadimplente pode creditar à indenização qualquer ganho que o credor teve como resultado do inadimplemento.

Um exemplo típico de *mitigação de fato* é aquele de Atiyah e Smith do início do item 2.1.2 acima. O empregado que, não obstante não ter sido dado o aviso prévio de quatro semanas, consegue um novo emprego depois de uma, com salário igual ou superior ao antigo, evitou a ocorrência de danos avaliados em três semanas de salário. Nessa hipótese, evitou-se o chamado dano geral, ou seja, a perda de valor da própria prestação devida.

Pode-se retomar, ainda, o caso hipotético referido no início da Introdução (Capítulo I). Imagine que o fornecedor entregou janelas defeituosas que deixam que a casa seja tomada por água na eventualidade de uma chuva. O adquirente das janelas e dono da casa, sabendo de tal defeito, cobre as janelas com lonas para evitar a entrada de água e danos ao mobiliário. Houve *mitigação de fato* dos danos chamados *conseqüenciais*.

Um curioso caso inglês do início do Século XX ilustra uma mais extensa aplicação do aspecto positivo da *evitabilidade*. Em um contrato de fornecimento de motores para o metrô de Londres, a fabricante descumpriu o contrato ao entregar equipamentos defeituosos. A compradora obteve outros motores, melhores, junto a outro fornecedor e requereu em juízo as

⁵⁴ Cf. DOBBS. *Law of...* op. cit. p. 271.

⁵⁵ Cf. SCHMITTHOFF, C. M. *The duty...* op. cit. p. 362.

⁵⁶ Cf. MUIR-WATT, Horatia. *La modération des dommages en droit anglo-américain. Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 45-49, nov. 2002. p. 45.

perdas e danos contra a fabricante inadimplente. A indenização, entretanto, foi reduzida a zero, porque as novas turbinas adquiridas eram mais modernas e eficientes, economizando significativa quantidade de carvão em seu funcionamento. Assim, a economia proporcionada mais que compensou as perdas e danos sofridas pelo descumprimento inicial⁵⁷. Houve compensação dos danos relativos à própria prestação pelos ganhos proporcionados pela mitigação⁵⁸.

2.1.4 Os pressupostos para aplicação da doutrina dos danos evitáveis no seu aspecto negativo

Mais interessante é a aplicação da mitigação em seu aspecto negativo, ou seja, a possibilidade de que sejam excluídas da indenização as perdas e danos que o credor poderia ter evitado com o emprego de esforços ou despesas razoáveis⁵⁹.

A questão fundamental na aplicação ou não da limitação da evitabilidade no aspecto negativo é saber se o credor prejudicado pelo inadimplemento atuou de forma razoável ou não. Sobre esse aspecto, assim anotou Laithier:

Se todos estão de acordo sobre o princípio, poucos se esforçam a defini-lo. Há quem indique até mesmo que a vítima pode não fazer nada que não seja determinado pelo “curso normal das coisas” e, mais precisamente, segundo a jurisprudência inglesa, pelo curso normal dos negócios (“*ordinary course of business*”). O que significa aparentemente que o modelo de referência que serve para apreciar o caráter razoável da escolha feita é aquele de um co-contratante que adota uma conduta econômica útil ou eficaz. A fórmula abstrata empregada pela jurisprudência não introduz nenhuma rigidez na apreciação do comportamento. O padrão conserva a flexibilidade que o caracteriza. A apreciação do caráter razoável das decisões tomadas pelo credor é uma questão de fato, variável de acordo com as circunstâncias de cada caso. Nenhuma medida é razoável ou irrazoável por natureza.⁶⁰

O sistema de precedentes da *common law*, pela apreciação dos casos que são levados aos Tribunais, termina por fixar o caráter razoável ou irrazoável em determinadas situações específicas, trazendo maior segurança na aplicação do princípio dos danos evitáveis. Os precedentes e a doutrina vão moldando, com maior determinação, a doutrina da evitabilidade,

⁵⁷ Cf. *British Westinghouse Co. v. Underground Electric Rys Co. of London*, 1912, A.C. 673. Citado por MUIR-WATT, Horatia. *La modération...* op. cit. p. 45. CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 302.

⁵⁸ Corbin e Perillo criticam a solução deste caso, defendendo que os danos à própria prestação só podem ser reduzidos por mitigação relativa a esses próprios danos. Cf. CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 302.

⁵⁹ Cf. HILLMAN. *Keeping...* op. cit. p. 558. Hillman assim sintetiza: “The avoidable consequences doctrine provides that damages caused by a breach of contract which could be avoided by taking reasonable steps are not recoverable in an action for the breach.”

⁶⁰ LAITHIER. *Étude...* op. cit. p. 448.

como será visto a seguir. Seguindo uma linha de decisões judiciais, o *Restatement (Second) of Contracts* estabeleceu não ser considerado razoável o esforço que implique “risco, ônus ou humilhação indevidos”⁶¹.

Os danos evitados podem ser divididos em custo evitado e perda evitada, os quais serão tratados nos tópicos seguintes⁶².

2.1.4.1 Aplicação da doutrina da mitigação para evitar um custo

Pelo aspecto do custo evitado, deve-se reconhecer que o credor deve imediatamente interromper sua prestação se sabe ou tem razões para saber que a contraprestação não será cumprida⁶³. A regra tem grande aplicação em contratos de empreitada, prestação de serviços ou fabricação de produtos. Imagine que um advogado tenha sido contratado para elaborar um contrato, mas o cliente tenha desistido do negócio e informado o advogado de tal circunstância. Não está o advogado legitimado a finalizar a elaboração do contrato e cobrar integralmente os honorários. Deve interromper e receber, como perdas e danos, os lucros cessantes e o valor do trabalho realizado até então.

Um caso norte-americano ilustra a aplicação da doutrina da *evitabilidade* ao custo evitado. Um empreiteiro foi contratado por um município para construir uma ponte. Depois de iniciada a construção, o município notificou o empreiteiro para que parasse as obras, pois tinha desistido de construir a estrada. O empreiteiro finalizou a ponte e iniciou ação judicial para receber todo o preço devido. O Tribunal entendeu que o empreiteiro não poderia receber nada que remunerasse os custos incorridos depois da notificação do município⁶⁴.

Não será em todos os casos, entretanto, que a melhor forma de minimizar os danos dar-se-á pela interrupção da prestação pelo credor prejudicado. Há situações em que o melhor a fazer é terminar a fabricação do bem para que esse possa ser vendido a terceiros, cobrando-se como perdas e danos a diferença entre o valor obtido na operação substitutiva e aquele contratado⁶⁵. Em outros casos, a interrupção da produção simplesmente não é possível⁶⁶.

⁶¹ §350 do *Restatement (Second) of Contracts*. AMERICAN. Restatement... op. cit. p. 112, p. 126.

⁶² Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... p. 233.

⁶³ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... p. 234.

⁶⁴ *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 35 F.2d 301 (4th. Cir. 1929). Citado por FARNSWORTH. Farnsworth on... p. 234.

⁶⁵ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... p. 234.

Portanto, embora na maioria das hipóteses o credor deva mitigar seus danos interrompendo a sua prestação, o que regerá sua decisão será a razoabilidade. Em determinados casos concretos, a conduta mais razoável a ser adotada pode ser terminar a obra, serviço ou produto para permitir a mitigação dos danos pela sua venda a terceiros. No entanto, se a forma mais razoável de mitigar é cessar o cumprimento de sua parte do contrato e a parte prejudicada pelo inadimplemento não o faz, o valor a que fará jus como indenização será reduzido pelo montante que poderia ter economizado se tivesse descontinuado sua prestação⁶⁷.

Essas aplicações da limitação de *evitabilidade* inspiraram o seguinte dispositivo do *Uniform Commercial Code*⁶⁸:

§ 2-704. Direito do vendedor de atribuir mercadorias ao contrato apesar do inadimplemento ou de recuperar por mercadorias inacabadas.

(...)

(2) Quando as mercadorias estiverem inacabadas, o vendedor prejudicado pode, no exercício de seu julgamento empresarial razoável, com o objetivo de evitar perda e sua efetiva realização, tanto completar a manufatura e atribuir as mercadorias ao contrato como cessar a manufatura e revender pelo valor de sucata ou bens recuperados, bem como proceder de qualquer outra maneira razoável.

2.1.4.2 Realização de operações substitutivas para evitar perdas

No que concerne à perda evitada, pode ela se expressar de duas formas: evitar-se um dano ao próprio valor da prestação e evitar-se danos exteriores à prestação, chamados na *common law* de conseqüenciais. De maneira geral, esses danos são evitados pela realização, pelo credor prejudicado, de uma operação substitutiva, chamada de *cover* ou *substitute transaction*. Obviamente, a norma de mitigação apenas imporá ao credor o ônus de realizar

⁶⁶ Farnsworth cita caso em que um contrato de compra e venda de leite, em que o credor prejudicado pelo inadimplemento era um proprietário de gado que inevitavelmente produzia leite diariamente. O Tribunal entendeu que não era razoável que o produtor se livrasse de seu gado para mitigar os danos. *Oosten v. Hay Haulers Dairy Employees & Helpers Union*, 291 P.2d 17 (Cal. 1995). Citado por FARNSWORTH. Farnsworth on... p. 234.

⁶⁷ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 306.

⁶⁸ O *Uniform Commercial Code (UCC)* é uma lei contendo vários preceitos de direito comercial, editada pelo Congresso norte-americano, para que fosse adotada de maneira uniforme pelos vários estados da federação, uma vez que direito privado é matéria de competência estadual. Todos os estados adotaram o *UCC*, exceto Louisiana que adotou apenas algumas de suas seções. Muito embora os estados tenham adotado o texto uniforme do *UCC*, cada um desenvolve de forma autônoma o direito jurisprudencial baseado no *UCC*. Para um breve histórico do *UCC*: Cf. FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. op. cit. p. 31-35.

uma operação substitutiva se a prestação original tiver por objeto um bem ou serviço fungível⁶⁹.

O dever de realizar uma operação substitutiva pressupõe a existência de um mercado para aquele bem ou serviço. Assim, se o vendedor descumpre seu contrato e não entrega a mercadoria ao comprador, este pode realizar uma operação substitutiva e adquirir o bem junto a um terceiro. Dessa forma, são evitados todos os danos decorrentes do inadimplemento, excetuadas as despesas extras incorridas para a realização da operação substitutiva e da mora. Caso o inadimplemento seja do comprador, poderá também o vendedor realizar a operação substitutiva e colocar seus produtos no mercado. Por isso, em regra, as perdas e danos pelo descumprimento de um contrato de compra e venda de mercadorias são fixadas tendo por base a diferença entre o valor fixado contratualmente e o valor de mercado na data e local de entrega⁷⁰. Se a parte agiu diligentemente e realizou a operação substitutiva no mercado, aplica-se a mitigação de fato. Caso contrário, poderia ter evitado danos maiores realizando esforços razoáveis (isto é, a operação substitutiva), sendo de se aplicar a limitação de *evitabilidade* na apuração da indenização devida.

Segundo Farnsworth, em contratos de compra e venda de mercadorias, a aplicação da limitação de *evitabilidade* faz com que a apuração de danos seja realizada de acordo com fórmulas padrão, segundo as quais a indenização será apurada pela diferença entre o valor contratual e o preço de mercado daquele produto no momento em que o credor deveria ter feito a operação substitutiva de compra ou venda de produtos similares, mais as despesas extras incorridas⁷¹. Essas regras ficaram conhecidas como fórmulas de preço de mercado (*market price formulas*).

A título de exemplo, considere-se que foi celebrado, no dia 12/07/2010, um contrato para a compra e venda de cem unidades de certa mercadoria ao preço de R\$ 1.000,00 cada

⁶⁹ Cf. LAITHIER. Étude... op. cit. p. 451.

⁷⁰ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 307.

⁷¹ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 238-239. Dobbs observa que não está totalmente consolidada na *common law* a possibilidade de o credor prejudicado receber as despesas extras que teria incorrido se tivesse mitigado. Ou seja, na mitigação de fato, quando o credor age diligentemente e consegue reduzir os danos, é claro que tem direito a receber o valor do contrato, menos o valor obtido na operação substitutiva, mais as despesas incorridas com a operação substitutiva. Entretanto, na aplicação do aspecto negativo da mitigação, ou seja, quando o credor não emprega esforços razoáveis para minimizar os danos, a indenização é fixada como a diferença entre o valor do contrato e aquele que poderia ter sido obtido na operação substitutiva, sendo que alguns julgados somam a tal montante as despesas que teriam sido gastas para mitigar, enquanto outros negam a inclusão de tais despesas hipotéticas nos cálculos dos danos. Cf. DOBBS. Law of... op. cit. p. 271.

unidade, para entrega no dia 17/12/2010. O vendedor descumpre o contrato, sendo que o valor daquele produto no mercado está em R\$ 1.200,00 na data prevista para a entrega. O comprador deve buscar aquela mercadoria no mercado no dia da entrega ou em data próxima, ou seja, sem atraso indevido. Caso não o faça, os danos serão calculados pela diferença entre o valor de mercado (montante que deveria ter sido pago pelo comprador na operação substitutiva para mitigar os danos causados pela falta de entrega pelo vendedor) menos o valor do contrato (soma que o comprador pagaria pelas mesmas mercadorias se o vendedor cumprisse sua obrigação), mais as despesas adicionais (suponha que para fazer uma operação nesse mercado o comprador tenha que pagar uma taxa de corretagem de 1%). As perdas e danos para esse caso hipotético seriam, destarte, R\$ 21.200,00.

Esses corolários da doutrina dos danos evitáveis foram incorporados ao *Uniform Commercial Code*. Com efeito, ao tratar do contrato de compra e venda de mercadorias, o Artigo 2 do Código estabelece vários direitos que ficam à disposição do vendedor ou do comprador, dependendo de qual é a parte prejudicada pelo inadimplemento. Se o comprador descumpre o contrato, entre outras medidas, o vendedor poderá revender as mercadorias de boa-fé e de forma comercialmente razoável, cobrando do comprador inadimplente a diferença entre o preço obtido na revenda e aquele contratualmente previsto – aspecto positivo da mitigação. Poderá, entretanto, optar por não realizar a operação substitutiva (*cover*), quando seus danos serão calculados, regra geral, pela fórmula de preço de mercado – aspecto negativo da mitigação. As seguintes seções tratam dessas hipóteses:

§ 2-706. Revenda pelo Vendedor, incluindo contrato para revenda

(1) Sob as condições estabelecidas na Seção 2-703 sobre os remédios à disposição do vendedor, o vendedor pode revender as mercadorias respectivas ou qualquer saldo não entregue. Quando a revenda é feita de boa-fé e de forma comercialmente razoável, o vendedor pode recuperar a diferença entre o preço de revenda e o preço contratual, além de quaisquer danos incidentais permitidos de acordo com os dispositivos desse Artigo (Seção 2-710), mas descontadas as despesas economizadas em razão do inadimplemento do comprador.

(...)

§ 2-708. Perdas e danos do vendedor pela não aceitação ou recusa

(1) Sujeita à subseção (2) e aos dispositivos desse Artigo relativos à prova do preço de mercado (Seção 2-723), a medida dos danos pela não aceitação ou recusa pelo comprador é a diferença entre o preço de mercado no momento e lugar da entrega e o preço contratual não pago, acrescido de quaisquer danos incidentais permitidos de acordo com os dispositivos desse Artigo (Seção 2-710), mas descontadas as despesas economizadas em razão do inadimplemento do comprador.

(2) Se a medida de danos estabelecida na subseção (1) é inadequada para colocar o vendedor em posição tão boa quanto o cumprimento teria feito, então a medida de danos é o lucro (incluindo as despesas gerais) que o vendedor teria auferido

do integral cumprimento pelo comprador, acrescido de quaisquer danos incidentais permitidos de acordo com os dispositivos desse Artigo (Seção 2-710) e das despesas razoavelmente incorridas com a revenda, mas dando-se crédito pelos pagamentos ou valores obtidos com a revenda.

Se o vendedor opta por realizar a operação substitutiva, não precisará demonstrar posteriormente que realizou a revenda pelo melhor preço que existia. Bastará demonstrar que agiu diligentemente para obter um bom preço e que sua conduta se enquadra no que é comercialmente aceitável e de boa-fé⁷². Portanto, tendo o vendedor feito uma operação substitutiva razoável, o comprador inadimplente não obterá uma redução na indenização devida pelo mero fato de demonstrar que o vendedor poderia ter revendido a um preço melhor⁷³.

A segunda subseção do §2-708 trata do problema chamado de *lost volume*. Em alguns casos, a diferença entre o preço contratual e o valor de mercado (ou aquele obtido em outra venda) não será a medida adequada dos danos experimentados pelo vendedor prejudicado pelo inadimplemento, porque o vendedor realizaria outras vendas independentemente do inadimplemento contratual. Em outros termos, as vendas realizadas pela parte prejudicada pelo inadimplemento não são operações substitutivas porque seriam realizadas de qualquer forma. Com o inadimplemento, o vendedor perdeu uma venda, ou seja, perdeu volume, podendo validamente alegar que poderia ter realizado as duas operações (a inadimplida e a realizada em seguida) e lucrado em ambas⁷⁴. Segundo Corbin e Perillo, “ganhos feitos pela parte prejudicada em outras transações depois do inadimplemento não devem ser deduzidos dos danos que são indenizáveis, a menos que tais ganhos não pudessem ter sido realizados se não tivesse havido o inadimplemento.”⁷⁵

⁷² No entanto, se o credor prejudicado pelo inadimplemento realiza uma operação substitutiva a um valor que não é razoável tendo em vista o curso normal dos negócios, a operação substitutiva será desconsiderada, realizando-se a limitação das perdas e danos indenizáveis pelo valor que seria obtido no mercado. Corbin e Perillo citam interessante precedente: “In *Robinson v. United States*, the successful bidder at a real estate auction breached a contract to purchase an item of property at \$ 394,000. The U.S. Small Business Association (SBA) sold the property to another for \$ 200,000 and claimed the difference between the bid price and the resale price pursuant to usual contract price/market price differential. The court (...) [held] that SBA failed to pursue reasonable efforts to mitigate damages in reselling the property at such a low price. It place the fair market value at \$400,000 and held that the SBA was not entitled to damages measured by the difference between contract price and the sales price.” CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 306.

⁷³ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 247.

⁷⁴ Cf. WILLISTON, LORD. A treatise... op. cit. p. 200.

⁷⁵ CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 324.

No âmbito da compra e venda de mercadorias, se o vendedor dispõe de significativos estoques e poderia ter realizado a operação inadimplida e várias outras, não se aplicará a apuração de danos pela regra da operação substitutiva efetiva ou hipotética. Nessa hipótese, o § 2-708(2) do *Uniform Commercial Code* estabelece que os danos serão calculados pelo critério normal de lucros cessantes. O mesmo raciocínio pode ser aplicado a outros tipos de contratos, como será visto a seguir.

Se o inadimplemento é do vendedor, o *Uniform Commercial Code* confere ao comprador direitos equivalentes. Poderá realizar a operação substitutiva, de boa-fé e de acordo com os padrões comercialmente razoáveis, cobrando a diferença entre o valor obtido nessa transação e o preço do contrato inadimplido. Se não o fizer, aplica-se a fórmula do valor de mercado:

§ 2-712. Operação substitutiva; aquisição pelo comprador de mercadorias substitutas

(1) Depois do inadimplemento na forma da seção precedente, o comprador pode efetivar operação substitutiva, desde que, de boa-fé e sem atrasos indevidos, efetive razoavelmente a compra ou um contrato de compra de mercadorias em substituição daquelas devidas pelo vendedor.

(2) O comprador pode recuperar do vendedor como perdas e danos a diferença entre o custo da operação substitutiva e o preço contratual, além de quaisquer danos incidentais ou consequenciais conforme definidos a seguir (Seção 2-715), mas descontadas as despesas economizadas em razão do inadimplemento do vendedor.

(3) A abstenção do comprador em realizar a operação substitutiva nos termos dessa seção não o impede de obter qualquer outro remédio.

§ 2-713. Perdas e danos do comprador pela falta de entrega ou recusa

(1) Sujeita aos dispositivos desse Artigo relativos à prova do preço de mercado (Seção 2-723), a medida das perdas e danos pela falta de entrega ou recusa pelo vendedor é a diferença entre o preço do mercado no momento que o comprador tomou conhecimento do inadimplemento e o preço contratual, além de quaisquer danos incidentais ou consequenciais conforme definidos a seguir (Seção 2-715), mas descontadas as despesas economizadas em razão do inadimplemento do vendedor.

(2) O preço de mercado é determinado no lugar da entrega ou, em casos de rejeição depois do recebimento ou de revogação da aceitação, no local do recebimento.

Há uma pequena diferença na solução adotada na Inglaterra. Se houver mercado para o produto em questão, a opção do comprador em fazer ou não a operação substitutiva não interferirá na apuração das perdas e danos. De acordo com o *Sale of Goods Act*, quando houver mercado, os prejuízos serão calculados sempre pela fórmula de preço do mercado, ou

seja, pelo critério abstrato⁷⁶. Por outro lado, se não houver mercado, a apuração é feita pelas efetivas perdas e danos – danos emergentes e lucros cessantes. Assim dispõe o referido ato normativo:

Seção 51:

(1) Quando o vendedor indevidamente negligencia ou se recusa a entregar os bens ao comprador, o comprador terá ação contra o vendedor pelos danos decorrentes da não entrega.

(2) A medida dos danos é a perda estimada resultando direta e naturalmente, no curso ordinário dos negócios, do inadimplemento contratual do vendedor.

(3) Quando houver um mercado disponível para os bens em questão a medida dos danos é realizada *prima facie* pela diferença entre o preço contratual e o de mercado ou o corrente das mercadorias no momento ou nos momentos em que deveriam ter sido entregues ou (se não houver prazo fixado) no momento da recusa em entregar.

Na visão corrente no direito inglês, a apuração dos danos pelo critério abstrato já é incentivo suficiente para que o credor mitigue os prejuízos decorrentes do inadimplemento. Se pretender não correr riscos da flutuação do mercado, poderá realizar a operação substitutiva logo após o inadimplemento. Se adquiriu os bens por valor maior que o de mercado, há uma indicação que não houve razoabilidade em seus esforços em fazer a operação substitutiva. Assim, receberá apenas danos calculados pelo critério de valor de mercado. Se adquiriu por valor menor que o mercado, deve ficar com os lucros decorrentes de sua própria habilidade e competência⁷⁷. Por fim, se pretender correr os riscos de mercado, pode não realizar a operação substitutiva, hipótese em que o credor arcará com todos os ônus, se os preços subirem, e perceberá todos os ganhos, na hipótese oposta.

O raciocínio pode ser aplicado também para outros contratos que não a compra e venda de mercadorias. Retomando exemplo anteriormente formulado, se o empregado é dispensado indevidamente, pode mitigar os danos empregando-se em outro lugar⁷⁸. Caso a dispensa tenha ocorrido em época de crise, com alto índice de desemprego, o credor se

⁷⁶ Cf. TREITEL, Guenter H. Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved). In: VON MEHREN, Arthur (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. v. 7, ch. 16. Tübingen: Mohr, 1972. p. 46.

⁷⁷ Cf. BEALE, Hugh et al. (ed.). *Contract Law*. Oxford, Portland: Hart, 2002. p. 845.

⁷⁸ Há interessante caso em que se considerou que o credor faltou com seu dever de mitigar apesar de ter encontrado uma segunda colocação depois de sua demissão. O empregado era o presidente de uma grande sociedade, com salário anual de cerca de um milhão de dólares. Depois de sua demissão indevida, empregou-se como conselheiro de adoções, com salário de cerca de quinze mil dólares ao ano. A mitigação de fato foi desconsiderada, tendo sido os danos pleiteados reduzidos pelo salário que o credor poderia ter obtido se tivesse feito esforços para se empregar em sua própria carreira. *Cook v. City of Chicago*, 192 F.3d 693 (7th Cir. 1999). Citado por FARNSWORTH. *Farnsworth on... op. cit.* p. 235.

desincumbirá de seu ônus de mitigar ao demonstrar que fez esforços razoáveis, isto é, procurou empregar-se, mas não conseguiu se recolocar naquele contexto. Por outro lado, não se exige que o empregado aceite um emprego de categoria inferior, por um salário bastante reduzido, significativamente distante de seu local de trabalho anterior ou uma posição para a qual precise residir separadamente de seu cônjuge⁷⁹. Esses esforços não são considerados “razoáveis”.

Se alguém contrata o uso de um espaço publicitário, é razoável supor que o proprietário do espaço pode fazer a operação substitutiva e contratá-lo a um terceiro. Assim, as perdas e danos serão a diferença do valor previsto originalmente no contrato menos o que o proprietário poderia obter se realizasse a operação substitutiva, mais os custos incorridos com a operação substitutiva⁸⁰. Pode-se aplicar o mesmo entendimento para contratos de aluguel de equipamentos, salão para festas, barcos⁸¹ ou imóveis⁸², em que é possível realizar um contrato substitutivo, sendo as perdas e danos medidas pela diferença de valores entre o acordo inadimplido e o substituto. Se o contratado não realiza os serviços de manutenção a que está obrigado, geralmente é possível que o contratante obtenha a manutenção junto a outro prestador de serviços⁸³, evitando-se os prejuízos com o não funcionamento da máquina ou equipamento.

Se uma parte descumpra sua obrigação de contratar um seguro e a parte prejudicada tem conhecimento de tal inadimplemento, caso ocorra um sinistro, as perdas e danos não incluirão o valor do bem sinistrado. Considera-se que o credor poderia ter facilmente realizado a operação substitutiva no mercado – um contrato de seguro para aquele bem – e cobrado como perdas e danos os prêmios pagos nesse contrato substitutivo. Portanto, mesmo

⁷⁹ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 309. Cumpra observar que, se o empregado efetivamente aceita um emprego que lhe exige um desses esforços “não razoáveis” (por exemplo, em uma categoria inferior), o salário efetivamente obtido nesse novo emprego será deduzido para efeitos de apuração dos danos, por aplicação da mitigação de fato.

⁸⁰ O exemplo é de Corbin e Perillo. Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 310.

⁸¹ Exemplos de CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 310.

⁸² Com relação à imóveis, entretanto, a aplicação da regra de mitigação é questionável. O *lease* é visto como um direito real, sendo que a *common law* considera o *lessee* um proprietário por prazo determinado. Assim, se ele abandona o imóvel antes do término do prazo, considera-se que renunciou a um direito de propriedade seu, sem impacto no valor devido ao *lessor* pela aquisição de tal propriedade. O *lessor* pode cobrar integralmente o valor pactuado, independentemente de ter ou não agido no sentido de mitigar os danos, isto é, de buscar um novo locatário. Essa visão tradicional tem sido objeto de crítica pelos doutrinadores, em razão de não encontrar qualquer justificativa econômica, sendo que alguns julgados já determinaram a aplicação da doutrina dos danos evitáveis ao *lease*. Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 319.

⁸³ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 310.

tendo ocorrido o sinistro, o credor prejudicado apenas poderá receber como perdas e danos os prêmios que deveriam ser pagos para segurar o bem, por aplicação da limitação aos danos inevitáveis⁸⁴.

A esses contratos aplicam-se também as considerações relativas ao problema da perda de volume, referido acima. Na apuração da indenização apenas serão descontados os valores obtidos com uma operação subsequente do credor, real ou presumida, se se puder determinar que ela foi ou poderia ter sido realizada em substituição àquele contrato descumprido. Em outros termos, se o credor poderia manter o contrato original na hipótese de adimplemento do devedor e, ainda assim, realizar contratos subsequentes semelhantes, esses não são considerados substitutos do primeiro.

Nos contratos que implicam exclusividade, em razão do objeto (p. ex., aluguel de um imóvel específico, relação de emprego), de impossibilidade material de se prestar o serviço ou entregar os bens ou da vontade das partes (p. ex., consultoria ou representação comercial em que se pactua exclusividade), deve-se reduzir, na apuração da indenização, o que foi obtido com a operação substitutiva, pois o credor não a poderia ter realizado se não tivesse havido o inadimplemento, conforme visto acima. No entanto, naqueles contratos em que não há exclusividade, aplica-se a regra de apuração das perdas e danos de forma regular, normalmente pelo critério dos lucros cessantes, pois o credor perdeu volume com o inadimplemento. Corbin e Perillo citam algumas hipóteses que são frequentemente consideradas de perda de volume: empreitada, pois o empreiteiro pode organizar mais times de trabalho e realizar várias obras ao mesmo tempo, representação comercial não exclusiva, em que o representante pode atender vários clientes; locação de veículos ou máquinas *jukebox*, porque o locador pode sempre adquirir mais veículos ou máquinas para a locação; consultoria, uma vez que o consultor pode atender mais de um cliente⁸⁵.

Por fim, cabe destacar que se a operação substitutiva for mais vantajosa para o credor do que o contrato inadimplido, o devedor inadimplente não deverá ser beneficiado. A parte inadimplente não deve se beneficiar da boa sorte da outra parte para se enriquecer⁸⁶. Em um precedente, o comprador de circuitos para computadores rejeitou as mercadorias que

⁸⁴ WILLISTON, LORD. A treatise... op. cit. p. 196. Os seguintes casos são citados: *Brant v. Gallup*, 111 Ill. 487, 1885 Wl. 8140 (1885); *U.S. Bond & Mortg. Corp. v. Berry*, 249 Ky. 610, 61 S.W.2d 293 (1933); *Grindle v. Eastern Expres Co.*, 67 Me. 317, 1877 WL 4123 (1877).

⁸⁵ Cf. CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 325-330.

⁸⁶ Cf. CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 332.

continham vícios e comprou as mercadorias de outro fornecedor a preços menores que os do contrato original, em razão de uma repentina queda no mercado de eletrônicos. O comprador então ingressou com ação e obteve o direito de receber restituição total do preço pago, sem qualquer desconto pelos ganhos que teve na operação substitutiva⁸⁷.

2.1.4.3 Adoção de outras medidas para evitar perdas

Além de realizar operações substitutivas, o credor prejudicado pelo inadimplemento pode realizar qualquer outra medida que pareça razoável para minimizar os danos ou evitar o seu incremento.

Retornando ao caso hipotético já mencionado acima. Se um fornecedor entrega janelas defeituosas, que deixarão a água da chuva entrar, o comprador, desde que saiba de tal defeito, pode evitar prejuízos a seus móveis simplesmente cobrindo a área das janelas com lonas. Se o comprador, prejudicado pelo inadimplemento do fornecedor, não adotar tais medidas e tiver seu mobiliário danificado, ele não poderá recuperar, como perdas e danos, o valor dos móveis que foram perdidos⁸⁸.

O empreiteiro que compra um equipamento necessário para uma obra que será iniciada poderá alugar máquina idêntica ou equivalente se o fornecedor atrasa a entrega do objeto adquirido⁸⁹. Tal medida evita o dano maior que seria representado pelo atraso de toda a obra.

McCormick cita um caso em que o comprador adquiriu uma gleba do vendedor que o assegurou que tinha direito a um canal de irrigação. O comprador posteriormente descobriu não ter tal direito, mas mesmo assim plantou na terra. O comprador perdeu a plantação e ajuizou ação contra o vendedor, na qual foi negado seu direito de recuperar, como perdas e danos, os custos gastos com o plantio ou o valor da plantação. O comprador, sabendo que não teria acesso à irrigação, deveria ter se absterido de plantar para evitar prejuízos⁹⁰. Tendo ou não

⁸⁷ Cf. *Allied Semi-Conductors International, Limited v. Pulsar Components International, Inc.*, 907 F. Supp. 618 (E.D.N.Y. 1995). Citado por CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 331-332.

⁸⁸ Existe caso real similar, mas envolvendo telhado e paredes defeituosas que, na ausência de mitigação, causaram a perda do reboco das paredes internas do prédio. *Pratt v. Dunlap*, 85 Conn. 180, 82 A. 195 (1912). Citado por CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 331-341.

⁸⁹ Cf. LAITHIER. *Étude...* op. cit. p. 453.

⁹⁰ Cf. *Hickman v. Johnson*, 36 Cal. App. 342, 178 P. 145 (1918). Citado por McCORMICK. *Handbook...* p. 131.

plantado, o comprador receberá como perdas e danos apenas a diferença de preço entre o terreno com irrigação (prometido no contrato) e aquele sem ela (efetivamente entregue).

Farnsworth, Corbin e Perillo oferecem a ilustração do caso de um padeiro que usou farinha defeituosa, embora conhecesse do defeito. Posteriormente, o padeiro ingressou com ação contra o fornecedor pedindo indenização por todas as perdas que teve ao indenizar seus consumidores insatisfeitos. O pedido foi negado, pois o padeiro poderia ter minimizado as perdas e danos se simplesmente não usasse a farinha⁹¹. As perdas e danos devem ser, então, limitadas ao preço da farinha vendida. Na mesma linha, o lavrador que planta sementes sabendo que são defeituosas não pode cobrar, como perdas e danos, os gastos que teve com a plantação frustrada. Suas perdas e danos ficam limitadas ao valor das sementes, pois os outros prejuízos poderiam ter sido evitados⁹². Os autores citam ainda o comprador de óleo que descobriu que havia um vazamento nos barris e não os substituiu. Pela limitação de *evitabilidade*, não poderá ser indenização pelo valor do óleo, pois poderia ter facilmente impedido a perda do conteúdo se tivesse substituído os barris⁹³.

Outro caso bastante conhecido envolve o arrendamento de uma mina. O arrendatário notificou o arrendante de que iria abandonar a mina e interromper o bombeamento de água para fora da mina. O arrendante nada fez e a mina foi destruída pela água. Foi negado o direito do arrendante a ser indenizado pelo valor da mina, uma vez que este deveria ter continuado a bombear a água, que representava um custo insignificante, para evitar o enorme prejuízo de se perder toda a mina⁹⁴.

Por fim, deve-se ressaltar que é esperado que o credor realize esforços razoáveis para impedir que danos ocorram; todavia, não se espera que ele impeça o inadimplemento de ocorrer. A doutrina da *evitabilidade* somente tem lugar depois que o inadimplemento ocorreu⁹⁵. Deve-se ressaltar, entretanto, que a *common law* aceita a possibilidade de inadimplemento antecipado (*anticipatory breach*), quando uma das partes repudia o contrato

⁹¹ Cf. *Saxony Mills v. Huck*, 208 S.W. 868 (Mo. Ct. App. 1919). Citado por CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 323. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 232.

⁹² Cf. *Wavra v. Karr*, 142 Minn. 248, 142 N.W. 118 (1919). Citado por CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 323.

⁹³ Cf. *Hitchcock v. Hunt*, 28 Conn. 343 (1859). Citado por CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 341. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 232.

⁹⁴ Cf. *Bear Cat Min. Co. v. Grasselli Chemical Co.*, 247 F. 286, L.R.A. 1918C, 907 (8th Cir. 1917). Citado por CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 341.

⁹⁵ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 232.

ou quando uma das partes tem razões para acreditar que a outra não irá cumprir. De qualquer forma, a norma de mitigação somente será aplicável depois de ocorrido o inadimplemento, seja ele regular ou antecipado⁹⁶.

2.1.4.4 Determinação da razoabilidade dos esforços tendentes a mitigar a perda

Entretanto, dadas as circunstâncias, nem sempre é razoável adotar alguma medida para minimizar os danos ou impedir que ocorram. Como destacado acima, a apreciação acerca de ter o credor realizado ou não esforços razoáveis para mitigar é uma questão de fato a ser analisada caso a caso. A casuística da *common law* oferece algumas situações em que a mitigação não foi possível porque implicaria esforços considerados irrazoáveis.

Se o credor prejudicado pelo inadimplemento não tem condições financeiras de realizar a operação substitutiva ou outra medida de mitigação, as perdas e danos a que faz jus não serão reduzidas pela limitação de *evitabilidade*⁹⁷. Como afirmou Bates, “a teoria da mitigação não presume que o requerente tem recursos financeiros ilimitados”⁹⁸. As operações necessárias para minimizar os danos não são esforços razoáveis se o credor não dispõe de situação financeira que lhe permita realizá-las.

Igualmente, não são considerados razoáveis os esforços que representam despesas excessivas com relação ao contrato original ou com relação aos danos que se pretende evitar⁹⁹. Na compra de um carro antigo, que não foi entregue pelo vendedor, a aquisição de outro e a sua reforma implicariam cerca de setecentos mil dólares a mais do que o valor original do contrato, que era de trezentos mil dólares¹⁰⁰.

Não é esperado que, para minimizar os danos, o credor faça um sacrifício de seus próprios interesses, que passe por dificuldades financeiras, que reduza sua classificação de

⁹⁶ Cf. BATES. Mitigation... op. cit. p. 285-286. Bates lembra, entretanto, que o credor tem uma opção: (i) pode declarar o inadimplemento antecipado e fazer uso dos remédios disponíveis, inclusive requerer perdas e danos, submetendo-se às regras da *evitabilidade*; ou (ii) insistir para que o devedor realize a prestação e aguardar, no tempo certo, seu cumprimento ou inadimplemento para aí sim fazer uso dos remédios disponíveis. Em todo caso, a regra exposta acima permanece aplicável, isto é, o dever de mitigar somente surgirá depois do inadimplemento. Questão interessante consiste em saber se o credor deve declarar o inadimplemento antecipado se esta for uma medida razoável para evitar um prejuízo.

⁹⁷ Cf. McCORMICK. Handbook... p. 141. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 314.

⁹⁸ BATES. Mitigation... op. cit. p. 291.

⁹⁹ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 339.

¹⁰⁰ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 232. O caso citado é: *Simeone v. First Bank Natl. Assn.*, 73 F.3d 184 (8th Cir. 1996).

crédito ou que renuncie a direitos seus. Também não é considerado razoável a medida que implique o cometimento de um ilícito pelo credor, no descumprimento de um outro contrato ou da palavra dada¹⁰¹. Nesse sentido, se a única forma de minimizar os prejuízos seria pelo esbulho de um terreno de terceiro, o credor poderá não adotar tal medida e, ainda assim, receber a indenização sem qualquer limitação pela *evitabilidade*¹⁰².

Não será considerado que o credor faltou com a conduta de minimização dos danos esperada se a medida a ser tomada implicaria risco de perda econômica ou de reputação¹⁰³. Um interessante caso ilustra essa hipótese. Um empreiteiro ofereceu uma proposta para a construção de um prédio em uma licitação pública. Para formar seu preço, consultou uma empresa especializada em instalações hidráulicas. Depois de vencer a licitação, a empresa especializada disse que não honraria a quotação. O empreiteiro realizou o trabalho para o órgão público, contratou outra empresa para realizar as instalações hidráulicas e moveu ação para cobrar as perdas e danos daquela que não honrou a proposta. A requerida argüiu que os danos poderiam ter sido evitados se o empreiteiro não assinasse o contrato com o órgão público, hipótese em que perderia o valor do depósito realizado para assegurar a proposta, mas tal montante seria inferior aos danos pleiteados. O Tribunal considerou que, se não assinasse o contrato, o empreiteiro estaria descumprindo uma regra da ética negocial e sua reputação estaria sendo abalada, tendo anotado que:

O dever do requerente de manter os danos no mínimo montante que seja razoavelmente possível não exige que o credor desconsidere seus próprios interesses ou que os exalte acima daqueles do requerido inadimplente.¹⁰⁴

Esforços razoáveis não incluem aqueles muito arriscados. Não pode o devedor inadimplente argüir que o credor não minimizou devidamente os danos porque deixou de adotar uma medida que poderia ter reduzido os danos devidos, mas as chances disso ocorrer eram pequenas¹⁰⁵. Em outros termos, não se espera que o credor coloque em risco mais recursos econômicos, pois tal medida seria contrária ao objetivo de maximizar a eficiência no direito contratual que serve de fundamento à doutrina dos danos evitáveis.

¹⁰¹ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 311.

¹⁰² Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 337.

¹⁰³ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 342.

¹⁰⁴ Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 214 F. Supp. 614, 655 (D. Tenn. 1963). Citado por Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 342.

¹⁰⁵ Cf. WILLISTON, LORD. A treatise... op. cit. p. 195.

Nesse ponto, é importante observar o tratamento diferenciado dado à mitigação nos seus aspectos positivo e negativo. Conforme dito acima, se não houve minimização dos prejuízos porque a medida a ser tomada seria muito arriscada, essa não é considerada como “esforço razoável” e não será possível limitar a indenização devida ao credor. Por outro lado, as medidas que são efetivamente tomadas pelo credor com o objetivo de reduzir os prejuízos são apreciadas com certa “boa vontade” pelos Tribunais, o que é explicado pela política de fomentar as práticas de minimização dos danos oriundos de inadimplementos contratuais. Assim, se no momento seguinte ao inadimplemento, o credor tinha duas ou mais medidas a tomar e todas pareciam razoáveis naquele contexto, concluir-se-á que o credor agiu em conformidade com a norma de mitigação se adotou qualquer delas, mesmo que não tenha tido sucesso em reduzir o prejuízo¹⁰⁶. Assim manifestou-se o Tribunal do Terceiro Circuito dos Estados Unidos:

Quando é exigida a escolha entre duas medidas razoáveis, a pessoa cujo inadimplemento forçou a escolha não pode reclamar que uma foi adotada ao invés da outra. A regra de mitigação dos danos não pode ser invocada pela parte inadimplente de um contrato como fundamento de uma análise excessivamente crítica da conduta da parte prejudicada, ou meramente com o propósito de mostrar que a parte prejudicada poderia ter adotado ações que pareceriam mais inteligentes ou que seriam mais vantajosas para o inadimplente. Ninguém é obrigado a exaltar os interesses do inadimplente em seu próprio provável detrimento.¹⁰⁷

Vale lembrar que a questão se situa em determinar a razoabilidade ou não das opções ao alcance do credor de acordo com as circunstâncias fáticas do caso. Se, no momento seguinte ao inadimplemento, uma das opções parecia claramente eficaz e a outra era bastante arriscada e o credor adota a segunda, não terá ele cumprido com seu ônus de mitigar e verá seu pedido de indenização reduzido pelos danos que poderiam ter sido evitados se tivesse adotado a primeira medida. É importante destacar, entretanto, que a avaliação da razoabilidade das medidas à disposição do credor é feita à luz das informações disponíveis e demais circunstâncias (inclusive o grau de conhecimento do credor naquela situação e, em certos casos, a necessidade de se tomar uma decisão rápida) presentes no momento em que o credor teve que tomar a decisão. A avaliação de razoabilidade não é realizada tomando por padrão a ausência de pressões inerentes ao tempo e com base nas informações disponíveis a

¹⁰⁶ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 232.

¹⁰⁷ In re Kellet Aircraft Corp., 186 F.2d 197, 198-99 (3rd Cir. 1950). Citado por FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 233.

posteriori, quando uma das medidas já foi testada. Segundo Schmitthoff, a doutrina da *evitabilidade* não pode ser usada para limitar as opções disponíveis ao credor¹⁰⁸.

O credor poderá não tomar medidas para minimizar as perdas, apesar de estar caracterizado o inadimplemento, se o devedor vem prometendo que o contrato será cumprido e que o inadimplemento será sanado. Em tal contexto, o credor está legitimado a acreditar nas promessas do devedor inadimplente e este não poderá futuramente obter a redução da indenização a ser paga ao credor que nele confiou. Da mesma forma, se o devedor inadimplente dá conselhos sobre as medidas de minimização a serem adotadas ou dizendo que nenhuma delas é necessária, depois não poderá aduzir que o credor não adotou as medidas que teriam os melhores efeitos para reduzir as perdas¹⁰⁹.

É importante destacar que as medidas realizadas supostamente para minimizar os danos, que sejam consideradas razoáveis, devem ser adotadas imediatamente, sobretudo quando se trata de realizar operações substitutivas. Por isso, no regime do *Uniform Commercial Code*, as operações substitutivas devem ser feitas sem atraso indevido e, caso não sejam feitas, as fórmulas de preço de mercado usam como base o preço da data do inadimplemento. O objetivo é não permitir que o credor utilize o descumprimento para ganhar com as flutuações do mercado às custas do devedor inadimplente¹¹⁰.

A título de ilustração, suponha que uma pessoa tenha determinado à corretora de valores que comprasse ações de certa companhia. No momento em que ordem foi dada, a ação estava cotada a R\$ 2,00. A ordem não foi cumprida e o suposto comprador descobriu tal fato quando a ação estava a R\$ 2,50. Nesse momento, deve agir para minimizar os danos, comprando as ações pretendidas ao preço mais alto e cobrando da corretora de valores, a título perdas e danos, o valor de R\$ 0,50 por ação. No entanto, se o suposto comprador não age tempestivamente, aguarda o desenvolvimento do mercado nos dias seguintes e termina por comprar as ações a R\$ 5,50 um mês depois de saber do inadimplemento, não poderá cobrar da corretora de valores indenização correspondente a R\$ 3,50 por ação. Como seus esforços de mitigação não foram realizados tempestivamente, não são considerados razoáveis,

¹⁰⁸ Cf. SCHMITTHOFF. The duty... op. cit. p. 365.

¹⁰⁹ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 312.

¹¹⁰ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 236.

ficando o prejuízo limitado a R\$ 0,50 por ação¹¹¹. Não fosse essa a solução, o direito permitiria que o credor ganhasse de qualquer forma com o mercado, sem assumir os riscos inerentes a ele. Se o valor das ações caísse, ele não as compraria e não exigiria perdas e danos da corretora. Caso contrário, ele poderia comprá-las e cobrar a valorização do devedor inadimplente.

No entanto, o que caracteriza tempo razoável dependerá de uma análise casuística a partir das circunstâncias concretas. Segundo Bates, parece que o período mais longo que já se admitiu para a adoção de medidas de mitigação é de oito anos¹¹².

Portanto, várias aplicações do princípio dos danos evitáveis pressupõem que exista um mercado em que possam ser realizadas operações substitutivas, de forma efetiva ou hipotética. Todavia, nem sempre haverá mercado disponível para o bem ou serviço objeto do contrato, em razão, por exemplo, de racionamentos. Nesse caso, não se pode exigir que o credor realize operação substitutiva como “esforço razoável” de mitigação. O credor fará jus à totalidade dos danos incorridos pelo inadimplemento¹¹³.

Para verificar se existe ou não um mercado no qual possam ser realizadas operações substitutivas, torna-se necessário esclarecer em qual deverá o credor buscar a substituição da prestação inadimplida. Segundo Laithié, quando se faz referência ao mercado para efeitos de mitigação, esse não designa um local físico em que as mercadorias são trocadas. Mais abstratamente, significa um ambiente em que se verifica a oferta e demanda de bens e

¹¹¹ Steckman, Getzoff e Conner se referem a caso real similar, que foi decidido por arbitragem administrada pela National Association of Securities Dealers, Inc. Cf. STECKMAN, Laurence A., GETZOFF, Steve, CONNER, Robert E., BELLAIRE, Courtney. *Mitigation damages in securities litigation and arbitration*. p. 3-4. Disponível na internet: www.lskdnylaw.com/docs/MITIDAMLS820.pdf. Acesso em 25/06/2009.

¹¹² Cf. BATES, Paul J. *Mitigation of damages: a matter of commercial common sense*. *Advocates' Quarterly*, Agincourt, v. 13, n. 3, p. 273-307, 1991-1992. p. 285. O autor narra esse interessante caso: “In *Dodd Properties (Kent) Ltd. v. Canterbury City Council*, [1980] 1 All E.R. 928 (C.A.), the plaintiff's commercial building was damaged by the defendants pile driving operations in 1968. The earliest time in which the plaintiffs could have undertaken repairs was 1970. The cost at that time would have been £11,375. The plaintiff's chief financial officer testified that he postponed making the repairs having regard to the plaintiff's cash-flow situation and the defendant's denial of responsibility. The trial judge found this evidence indicated commercially reasonable behaviour. By 1978, the time of trial, the repair costs had increased to £30,327. The court awarded the 1978 figure.”

¹¹³ Cf. CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 307. MUIR-WATT. *La modération...* p. 47. Essa autora observa, ainda, que a inexistência de mercado para o bem ou serviço objeto do contrato é o fundamento que permite excepcionar a regra geral da *common law* de que o inadimplemento contratual tem por consequência perdas e danos e não execução específica. Assim anotou: “L'existence d'un marché disponible de produits ou services de substitution et l'accès à l'exécution en nature sont donc mutuellement exclusifs. À l'inverse, le caractère unique, irremplaçable, de la prestation inexécutée justifie la *specific performance*, précisément parce qu'elle ne peut être obtenue d'un autre que du débiteur.”

serviços similares àqueles que o devedor deixou de entregar¹¹⁴. O autor continua para afirmar que, uma vez identificado o mercado, a disponibilidade é verificada de acordo com quatro critérios. Primeiro, deve haver uma equivalência qualitativa entre o bem ou serviço a ser substituído pelo mercado e aquele da relação contratual inadimplida. Não é necessária a identidade perfeita, bastando que o bem ou serviço substituto seja similar ou comparável ao original. A disparidade entre o substituto e o substituível pode ser aceitável ou não, dependendo da importância que a característica divergente tem para o uso pretendido pelo credor. Quando a divergência é aceitável, mas o substituto é um produto de menor qualidade ou valor que o substituído, considera-se ser razoável que o credor realize a operação substitutiva e ingresse com ação para receber, em dinheiro, compensação pela diferença de valor ou qualidade¹¹⁵.

Segundo, deve haver uma correspondência quantitativa *grosso modo* entre a prestação prometida no contrato e aquela disponível no mercado. Se no contrato foi vendida grande quantidade de produtos e o comprador inadimpliu, não é razoável exigir que o vendedor faça várias operações de venda de pequenas quantidades. Ele estará acessando um mercado diferente, com o qual pode não estar acostumado a lidar, ou seja, que não faz parte de seu regular curso de negócios, incorrerá em custos mais significativos para realizar várias transações e empregará muito tempo nessa ação de minimização de danos. No entanto, devem-se analisar as circunstâncias de cada situação específica, já tendo sido considerado que um comprador de grande quantidade poderia fazer várias aquisições menores para substituir a entrega que não foi realizada pelo vendedor¹¹⁶. Nesse ponto, cumpre destacar que se o contrato foi realizado no atacado, não é exigido do credor que tenha que realizar operações substitutivas no varejo, sendo a recíproca também verdadeira¹¹⁷.

Terceiro, como a mitigação deve ser realizada sem atraso injustificável, o mercado deve estar disponível logo após o inadimplemento ou, em outros termos, no momento em que as ações de minimização dos danos seriam esperadas¹¹⁸.

¹¹⁴ Cf. LAITHIER. *Étude...* op. cit. p. 451.

¹¹⁵ Cf. LAITHIER. *Étude...* op. cit. p. 452. AMERICAN. *Restatement...* op. cit. p. 130.

¹¹⁶ Cf. LAITHIER. *Étude...* op. cit. p. 452.

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Idem.*

O quarto e último requisito é de natureza espacial. O mercado em que a operação substitutiva se mostra disponível deverá estar localizado dentro de um perímetro razoável, tendo em vistas as características do contrato original. A determinação de quão distante deverá o credor ir para procurar a operação substitutiva depende do tipo de contrato, de atividade exercida, do custo e das dificuldades da procura e da entrega da operação substitutiva, entre outros fatores¹¹⁹.

2.1.4.5 Mitigação pela aceitação de novo contrato com o próprio inadimplente

Questão interessante reside em saber se o credor deve aceitar nova proposta do próprio devedor inadimplente para evitar a causação de prejuízos maiores. Conforme visto acima, uma das formas de mitigar os danos é realizar uma operação substitutiva com um terceiro. No entanto, se o próprio devedor oferece um novo contrato que se mostra como a melhor forma de minimizar as perdas, terá o credor que lidar com ele para atender aos requisitos da doutrina da *evitabilidade*?

Os Tribunais de *common law* não têm respostas idênticas a esse problema. Em algumas situações, determinam que o credor deveria ter aceito a proposta do devedor para mitigar os danos. Em outras, afirmam que não é razoável exigir-se que o credor tenha que se submeter novamente a um devedor que já está inadimplente. Como asseverou McCormick, há uma tensão entre realismo econômico e emoção:

Considerações de realismo econômico nos fariam dizer ao requerente que ele deve fazer até mesmo isso [negociar com o inadimplente] para minimizar sua perda, mas as reações emocionais “de sangue quente” nos levam à visão de que o requerente não precisa se humilhar, chegando a novos termos com alguém que acabou de violar seus deveres com o requerente. Esse conflito entre realismo e emoção é refletido nas decisões, que chegam a resultados variados nas diferentes situações em que o problema se apresenta.¹²⁰

Novamente se impõe uma análise das circunstâncias de cada caso para avaliar a razoabilidade da conduta do credor. Alguns Juízes aplicam precedentes de casos considerados

¹¹⁹ Idem. A título exemplificativo, se uma pessoa contrata em Belo Horizonte os serviços de reparo de um aparelho de televisão e o prestador de serviços descumprir o acordado, não é razoável supor que o contratante deverá procurar substituição em São Paulo. Se não há outros prestadores disponíveis em Belo Horizonte, a mitigação será impossível. Por outro lado, se uma usina siderúrgica sediada na Europa compra minério de ferro de uma mineradora brasileira e esta não entrega, é razoável esperar que a compradora realize a operação substitutiva por meio de compra no mercado australiano.

¹²⁰ McCORMICK. Handbook... op. cit. p. 142.

semelhantes para limitar ou não o direito do credor à indenização nessas situações, enquanto outros deixam à avaliação do Júri a determinação da razoabilidade da conduta do credor¹²¹.

Hillman lista as quatro razões mais frequentes para que os Tribunais considerem que o credor agiu de acordo com a norma de mitigação apesar de ter negado uma proposta feita pelo próprio devedor inadimplente que minimizaria os riscos¹²².

A primeira delas reside no fato de o contrato ser de natureza bastante pessoal e a submissão à nova proposta do inadimplente significar humilhação para o credor. Essa razão se aplica sobretudo a contratos de emprego, quando a demissão ocorreu de forma tal que voltar ao trabalho para aquele empregador significaria reatar relações pessoais desagradáveis ou aviltamento da posição do empregado. Da mesma forma, não se espera que o empregado demitido aceite a nova proposta de emprego daquele que o demitiu indevidamente se essa implica perda de status ou benefícios¹²³.

Esse motivo pode ser aplicado também à análise do problema em outros tipos de contratos que tenham natureza pessoal e envolvam maior proximidade entre o credor prejudicado e o inadimplente, como, por exemplo, contrato para treinamento de um atleta, para consultoria com grande dedicação pessoal ou para agenciamento de um artista.

A segunda razão apontada por Hillman para que as Cortes neguem aplicação à limitação de evitabilidade ocorre quando a proposta feita pelo inadimplente inclui novos termos ou modificações do contrato original em detrimento do credor prejudicado¹²⁴. Não há, entretanto, consenso nessa matéria.

Se o inadimplente faz oferta para cumprir a obrigação nos mesmos termos do contrato original, em geral, espera-se que o credor aceite. Essa nova oferta, na verdade, corresponderá a sanar o inadimplemento e o credor poderá, posteriormente, ajuizar ação contra o devedor pelos prejuízos decorrentes do atraso em cumprir. No entanto, o cumprimento pelo próprio devedor, sem alteração do contrato original, será a melhor forma de mitigar os danos do que um terceiro que levaria o mesmo ou mais tempo e, ainda, poderia cobrar um preço maior pela

¹²¹ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 343-344.

¹²² Cf. HILLMAN. Keeping... op. cit. p. 569-570.

¹²³ Cf. HILLMAN. Keeping... op. cit. p. 569. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 347.

¹²⁴ Cf. HILLMAN. Keeping... op. cit. p. 569.

prestação¹²⁵. Mas, se o inadimplemento é tal que gere no credor um fundado receio de que o devedor não cumprirá novamente, poderá recusar a oferta (esse é o quarto motivo referido por Hillman e será visto a seguir).

Se o devedor inadimplente faz uma nova exigência para cumprir o contrato, ou seja, nova proposta menos favorável ao credor do que o original, tanto a recusa da proposta como sua aceitação podem ser consideradas medidas razoáveis, dependendo da razoabilidade da proposta feita em vista dos danos que pode evitar. O caso de um viticultor da Califórnia é referido por praticamente todos que tratam dessa matéria. O viticultor contratou o fornecimento de água junto a uma empresa de irrigação por \$58, que deveriam ser pagos em 1º de setembro. A empresa, entretanto, requereu o pagamento antecipado em duas prestações iguais, vencendo-se em 1º de fevereiro e 1º de julho, justificando sua solicitação em uma regra da autoridade regulatória. O viticultor recusou essa demanda, a empresa cortou a água e toda a safra foi perdida, resultando em prejuízos de milhares de dólares. A Corte considerou que o custo da mitigação seria apenas de \$1,53, representado pelos juros devidos pelo adiantamento do pagamento, e que tal valor seria insignificante diante do que poderia ter sido evitado. Negou, assim, a indenização pelos prejuízos com a perda da safra. Restou anotado na decisão:

Quando existe diferenças inconseqüentes de tal monta entre as partes, o direito espera que aquela que tem mais interesses em jogo ceda para economizar danos e custos excessivos. (...) O requerente pode ficar orgulhoso por sua firmeza em insistir no que considerava ser seu direito e faz jus a toda satisfação que isso possa trazer a ele, mas a ordem jurídica não permite que tal orgulho impeça o pagamento, embora indevido, de menos de \$2 para economizar a perda de, possivelmente, milhares de dólares.¹²⁶

No mesmo sentido, quando a parte havia contratado a venda de bens a prazo e descumpre o contrato, considera-se razoável que o comprador aceite proposta desse mesmo vendedor para entregar as mercadorias com pagamento à vista, desde que o comprador disponha dos recursos ou possa obtê-los sem maiores dificuldades¹²⁷. Mas, se se tratava de uma venda com pagamento em várias prestações em prazo médio ou longo, a demanda do

¹²⁵ Cf. Idem.

¹²⁶ Severini v. Sutter-Butte Canal Co., 59 Cal. App. 154, 210 P. 49 (1922). Citado por McCORMICK. Handbook... op. cit. p. 144.

¹²⁷ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 244.

vendedor de receber todo o preço à vista é considerada uma alteração significativa do contrato, não sendo esperado que o comprador a aceite para minimizar os danos¹²⁸.

Embora haja certa hesitação nessa matéria, é possível concluir que a avaliação sobre a razoabilidade da conduta a ser tomada pelo credor diante de uma nova proposta do devedor inadimplente depende de vários fatores: as circunstâncias do inadimplemento (se este tem alguma justificativa fática, embora não jurídica, ou se representa apenas o interesse do devedor de se enriquecer indevidamente), se a nova proposta feita pelo devedor inadimplente representa uma alteração substancial do contrato original e se o custo da nova proposta é representativo com relação ao dano a ser evitado¹²⁹. O vendedor que descumpra o contrato de vender um tipo de melão a 4,75 cents por galão não prevalece em seu pedido de limitar a indenização a que o comprador faz jus porque ofereceu entregar outro tipo de melão a 6,5 cents, pois o credor prejudicado não precisa passar por nova experiência com um fornecedor desacreditado¹³⁰.

O fato de a nova proposta do devedor inadimplente estar condicionada à renúncia dos direitos que tenha no âmbito do contrato original é a terceira justificativa identificada por Hillman para que o credor possa recusar a proposta do inadimplente¹³¹. Há consenso na jurisprudência quanto a esse aspecto, pois não se considera esforço razoável a desistência pelo credor de direitos seus para efetuar a minimização dos danos.

O quarto e último motivo identificado por Hillman na jurisprudência consiste na perda de credibilidade do devedor inadimplente. Quando o inadimplemento do contrato é substancial, o credor não precisa mais levar em conta novas propostas feitas pelo devedor como forma de mitigar as perdas e danos. Considera-se que o inadimplente não é confiável e que o credor pode se negar a contratar com ele novamente pois tem a legítima expectativa que qualquer novo contrato também não será cumprido¹³².

¹²⁸ Cf. McCORMICK. Handbook... op. cit. p. 145.

¹²⁹ Cf. HILLMAN. Keeping... op. cit. p. 598.

¹³⁰ Cf. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 345.

¹³¹ Cf. HILLMAN. Keeping... op. cit. p. 569-570.

¹³² Cf. HILLMAN. Keeping... op. cit. p. 570.

2.1.4.6 Possibilidade de mitigação pelo credor e pelo devedor

Como será visto no Capítulo III, dentre os fundamentos econômicos da limitação de evitabilidade, está o fato de que o credor é aquele que incorre em menores custos para mitigar (*least cost avoider*)¹³³. Em geral, ele está em melhor posição e detém mais informações que o devedor para mitigar os danos causados pelo inadimplemento.

No entanto, existem casos em que tanto o credor como o devedor têm iguais oportunidades de mitigar. Nessa situação, os precedentes norte-americanos estabelecem que o credor tem direito a receber integralmente a indenização, mesmo que não tenha adotado esforços razoáveis para mitigar os danos. O fato de credor e devedor terem iguais oportunidades de mitigar é uma exceção à limitação de *evitabilidade*, que tem sido aceita por mais de cem anos¹³⁴.

O seguinte caso é considerado paradigmático desta exceção. Um empreiteiro, envolvido na construção de uma ponte, subcontratou o fornecimento de concreto junto a uma empresa. Essa, entretanto, continuamente fornecia quantidade insuficiente de concreto. O empreiteiro continuou lidando com a empresa faltosa ao invés de procurar outro fornecedor de concreto ou adquirir em outro lugar as quantidades faltantes. Terminada a obra, o empreiteiro ingressou com ação pedindo indenização pelos danos causados pelo reiterado descumprimento contratual do fornecedor de concreto. Em primeira instância, decidiu-se que, a partir de certo momento, o empreiteiro não estava mais legitimado a acreditar que o fornecedor entregaria a quantidade de concreto conforme especificado no contrato e deveria ter procurado um outro fornecedor. Dessa forma, a indenização não contemplou os danos que poderiam ter sido evitados. O Tribunal do Terceiro Circuito reformou essa decisão, considerando que tanto o empreiteiro como o fornecedor de concreto tinham iguais oportunidades de contratar o fornecimento adicional de concreto no mercado. Assim anotou:

Quando tanto o requerente quanto o requerido tiveram igual oportunidade de reduzir os danos pelo mesmo ato, sendo igualmente razoável esperar que o requerido minimize os danos, o requerido não está em posição de argumentar que o requerente falhou em mitigar. Nem será a condenação reduzida pelos danos que o requerido poderia ter evitado tão facilmente quanto o requerente. O dever de mitigar os danos não é aplicável quando a parte que tem o dever inicial de cumprir o contrato tem igual

¹³³ Cf. GOETZ, SCOTT. *Mitigation principle...*, *op. cit.* p. 979.

¹³⁴ Cf. KELLY, Michael B. *Defendant's responsibility to minimize plaintiff's loss: a curious exception to the avoidable consequences doctrine.* *South Carolina Law Review*. Columbia, v. 47, p. 391-429, 1995-1996. p. 392.

oportunidade de cumprimento e igual conhecimento das consequências do descumprimento.¹³⁵

Essa posição jurisprudencial é, no entanto, criticada. Segundo Kelly, se a exceção tivesse ampla aplicação, todos os casos em que se requer a realização de operação substitutiva pelo credor teriam que ser revistos¹³⁶. No entanto, essa regra é raramente aplicada e, nos casos em que serviu como razão de decidir, poderia ser dispensada porque a *common law* poderia, por outros mecanismos, chegar ao mesmo resultado. A chamada exceção de iguais oportunidades é vista não apenas como inútil¹³⁷, mas como contraproducente, pois não preserva o incentivo ao credor para que este busque alternativas para a mitigação dos danos¹³⁸, que é a motivação da própria doutrina da evitabilidade. Portanto, a tendência é que essa regra seja paulatinamente abandonada nos julgados.

2.1.5 Indenização pelas despesas incorridas com a mitigação

Como afirmaram Corbin e Perillo, “a doutrina da evitabilidade é uma faca de dois gumes”¹³⁹. Da mesma forma que limita o direito do credor prejudicado de ser indenizado por danos que poderiam ter sido evitados, permite que o credor possa recuperar os custos e despesas incorridas com os esforços razoáveis de mitigação.

Se o objetivo da doutrina da evitabilidade é promover a eficiência e evitar que se desperdissem recursos econômicos que podem ser economizados pela adoção de medidas de mitigação pelo credor, a *common law* fornece à parte prejudicada dois fortes incentivos para empregar esforços razoáveis nesse sentido. Por um lado, nega seu direito a ser indenizado se simplesmente quedar-se inerte; por outro lhe concede o direito à reparação pelos custos empregados nos esforços de mitigação¹⁴⁰.

Diante da existência da norma de mitigação, os custos incorridos com os esforços feitos pelo credor são consequência do inadimplemento. O devedor pode razoavelmente

¹³⁵ S.J. Groves & Sons Co. v. Warner Co., 576 F.2d 524, 530 (3d Cir. 1978). Citado por KELLY. Defendant’s... op. cit. p. 393.

¹³⁶ Cf. KELLY, Defendant’s... op. cit. p. 394.

¹³⁷ Cf. KELLY. Defendant’s... op. cit. p. 428.

¹³⁸ Conforme anotado por Posner no julgamento de Cates v. Morgan Portable Bldg. Corp., 780 F.2d 683 (7th Cir. 1985). Citado por FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 230.

¹³⁹ CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 347.

¹⁴⁰ Cf. McCORMICK. Handbook... op. cit. p. 152-153.

esperar que, diante de seu descumprimento contratual, o credor adotará medidas para reduzir os danos, para a realização das quais podem decorrer despesas. A indenização por tais custos é, portanto, um corolário da mitigação e integra as perdas e danos que o inadimplente deverá indenizar¹⁴¹, como demonstra o § 347 do *Restatement (Second) of Contracts* anteriormente transcrito.

No entanto, as despesas devem também passar pelo teste da razoabilidade, que é matéria fática analisada em cada caso. Como visto acima, para se desincumbir de seu ônus de mitigar, deverá haver razoabilidade nos esforços feitos pelo credor para minimizar os danos. Além disso, para que possa ser indenizado pelo devedor inadimplente dos custos incorridos em tais esforços, também os gastos devem ser razoáveis. No entanto, o fato de o credor ter efetivamente desembolsado esses recursos serve de prova *prima facie* de que as despesas são razoáveis¹⁴².

Os custos razoáveis devem ser indenizados mesmo que não tenham surtido o efeito esperado de minizar os danos¹⁴³. O que importa é que a economia esperada seja maior que os custos em que o credor planejava incorrer¹⁴⁴. A análise da razoabilidade será feita tendo em vista as opções à disposição do credor e a sua situação naquele momento, ou seja, se as medidas adotadas e as despesas incorridas pareciam, a um credor hipotético em igual situação naquele momento, como razoáveis. Não se leva em consideração o resultado efetivo que os esforços realizados tiveram ou deixaram de ter. Essa hipótese é ilustrada por vários autores pelo caso de um embarcador noruguês que, durante a Primeira Guerra, foi acusado por um jornal de transportar mercadorias secretamente para a Tríplice Aliança. O embarcador gastou \$ 2.722 para publicar desmentidos em vários outros jornais e exigiu a reparação desses danos em ação contra o periódico que o havia difamado. Na decisão, foi concedido o direito à reparação, apesar de se reconhecer que as ações não tiveram o efeito de restaurar a honra e o bom nome que o embarcador gozava na praça¹⁴⁵.

¹⁴¹ Cf. LAITHIER. *Étude...* op. cit. p. 459.

¹⁴² Cf. McCORMICK. *Handbook...* op. cit. p. 153.

¹⁴³ Cf. FARNSWORTH. *Farnsworth on...* op. cit. p. 246. WILLISTON. *A treatise...* op. cit. p. 206.

¹⁴⁴ Cf. BATES. *Mitigation...* op. cit. p. 301.

¹⁴⁵ Cf. *Den Norske Ameriekalinje Actiesselskabet v. Sun Printing and Publishing Ass'n*, 226 N. Y. 1, 122 N. E. 463 (1919). Citado por McCORMICK. *Handbook...* op. cit. p. 156. CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 347-348.

Igualmente, são indenizáveis os gastos incorridos para minimizar um tipo de dano, mesmo que terminem por aumentar um outro prejuízo¹⁴⁶. Não se nega o direito do credor à reparação dos custos incorridos se esses pareciam razoáveis à época mas foram posteriormente verificados como sendo maiores que a economia proporcionada nos danos¹⁴⁷.

São obviamente indenizáveis os custos incorridos com a compra de lonas para evitar que a água entre por uma janela defeituosa e danifique os móveis da casa¹⁴⁸. São também indenizáveis as despesas médicas incorridas pelo credor para minimizar sofrimentos decorrentes do inadimplemento do devedor¹⁴⁹. Se o produto é entregue defeituoso, não apenas os custos da reparação são indenizáveis, como também aquelas despesas incorridas para descobrir os defeitos¹⁵⁰.

Enfim, deve-se ressaltar que a análise de razoabilidade é feita caso a caso. Se as iniciativas de mitigação forem muito especulativas ou remotas, suas despesas não serão indenizadas¹⁵¹. Mas, de forma geral, a apreciação da conduta do credor é feita com certa “boa vontade”, a fim de fomentar o comportamento de adotar medidas de minimização dos prejuízos que decorrem de um inadimplemento.

2.1.6 Ônus da prova

O credor afetado pelo inadimplemento tomará a iniciativa de propor ação judicial para cobrar a indenização pelas perdas e danos decorrentes do descumprimento contratual. Para tanto, deverá demonstrar os danos que sofreu e o nexo causal, ou seja, que os danos narrados e provados são resultado do inadimplemento.

Se o credor efetivamente realizou medidas para minimização dos danos, relacionará, dentre os prejuízos sofridos, aquelas despesas que incorreu com a mitigação, que serão

¹⁴⁶ Cf. COLLINS. *The law...* op. cit. p. 380. Collins cita o caso de uma fábrica que pegou fogo e foi reconstruída pelo seu proprietário. Na ação de indenização contra o causador do incêndio, foi deferida a reparação integral do dano, mesmo a nova fábrica tendo valor superior a que havia sido incendiada, porque a reconstrução visava a mitigar um dano maior, representado pelos lucros cessantes do empreendimento.

¹⁴⁷ Cf. CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 348.

¹⁴⁸ Cf. McCORMICK. *Handbook...* op. cit. p. 154.

¹⁴⁹ Cf. *Idem*.

¹⁵⁰ Cf. CORBIN, PERILLO. *Corbin on...* op. cit. p. 348.

¹⁵¹ Cf. LAITHIER. *Étude...* op. cit. p. 459.

indenizáveis de acordo com o § 347, “b” do *Restatement (Second) of Contracts*. O ônus da prova de que incorreu nessas despesas cabe ao credor, que será o autor da ação.

O devedor inadimplente deverá alegar a limitação de *evitabilidade* se pretender reduzir a indenização pleiteada pelo credor. Caso o faça, recairá sobre o devedor o ônus de provar que o credor não empregou esforços razoáveis para reduzir os prejuízos¹⁵². Deverá, então, indicar que todos ou alguns dos prejuízos relacionados pelo credor poderiam ter sido evitados por ele se adotasse certa medida¹⁵³.

2.2 Mitigação nos países de tradição romano-germânica

Conforme ressaltado acima, o sistema de tradição romano germânica e o da *common law*, diante de um inadimplemento contratual, têm diferentes preferências quanto à consequência a ser atribuída. Enquanto o primeiro tende a conceder a execução específica da obrigação descumprida sempre que possível, o segundo privilegia a solução via indenização pelas perdas e danos sofridas, reconhecendo direito à execução específica apenas excepcionalmente¹⁵⁴.

Tal circunstância pode reduzir o âmbito de aplicação da norma de mitigação nos países de *civil law*. Com efeito, quando se concede a execução específica da obrigação, o inadimplemento será sanado pelo cumprimento da prestação. Assim, não há lugar para que ocorram danos, salvo aqueles decorrentes da mora. Reduzindo-se significativamente as perdas e danos pela execução *in natura*, diminui-se também o âmbito de aplicação da doutrina que visa a incentivar o credor a minimizar tais prejuízos¹⁵⁵.

Não obstante, os países de tradição romano-germânica conhecem e aplicam a norma de mitigação¹⁵⁶. A abordagem entre esses dois sistemas para a questão da *evitabilidade* e as consequências derivadas de sua aplicação, todavia, divergem.

Nos países de *civil law*, a mitigação aparece como mera aplicação do conceito de culpa ou de causalidade. Diz-se que o credor que não mitiga os danos é culpado por eles,

¹⁵² Cf. LITVINOFF. *Damages...* op. cit. p. 1188.

¹⁵³ Cf. LAITHIER. *Étude...* op. cit. p. 454-455.

¹⁵⁴ Cf. item 2.1.1 acima.

¹⁵⁵ Cf. MUIR-WATT. *La modération...* op. cit. p. 46-47. TREITEL. *Remedies...* op. cit. p. 78.

¹⁵⁶ Cf. MICHAUD. *Mitigation...* op. cit. p. 336.

aplicando-se, assim, a doutrina da culpa concorrente – para que o valor total dos danos seja repartido entre eles de acordo com o grau de culpa – ou da culpa exclusiva da vítima – quando se exclui da indenização aquele montante de perdas que poderiam ter sido evitadas. Ademais, diz-se que aqueles danos não foram causados pelo inadimplemento do devedor, mas pela falta do credor em evitá-los. Seria um dano não indenizável por ser indireto, que não decorre diretamente do inadimplemento¹⁵⁷.

Na *common law*, a doutrina da *evitabilidade* é vista como um princípio autônomo, aplicado na definição dos danos que são indenizáveis e dos que não o são, depois de já superada a questão da causalidade¹⁵⁸. Nesse sistema, não se exige culpa para a caracterização do inadimplemento contratual¹⁵⁹ e, portanto, essa noção também não poderia ser usada como fundamento.

Dentre os países de tradição romano-germânica, pode-se distinguir entre aqueles que contêm a previsão da *evitabilidade* expressamente positivada, daqueles que não a têm. Para efeitos comparativos, os direitos da Alemanha e da Itália serão tomados como paradigma do primeiro grupo, enquanto o da França será o exemplo do segundo grupo.

2.2.1 A mitigação no direito alemão

Quando foi analisada a limitação de *evitabilidade* na *common law*, distinguiu-se, inicialmente, entre o aspecto positivo e o negativo da doutrina. O primeiro abrange dois problemas diferentes: a adoção de medidas pelo credor que evitem que danos ocorram e a dedução dos ganhos que o credor teve, mas não poderia ter tido se não tivesse havido o inadimplemento (ganhos com operações substitutivas realizadas). O primeiro problema é facilmente resolvido em qualquer sistema jurídico, pois somente se indeniza o dano que efetivamente tenha ocorrido¹⁶⁰. O aspecto negativo contempla a possibilidade de se reduzir a

¹⁵⁷ Cf. MICHAUD. Mitigation... p. 311-131. MARKESINIS, Sir Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. *The german law of contract: a comparative treatise*. 2. ed. Oxford, Portland: Hart, 2006. p. 473-474. HONORÉ, A. M. Causation and Remoteness of Damage. In: TUNC, André (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. v. 11, pt. 1, ch. 7. Tübingen: Mohr, 1983. p. 96.

¹⁵⁸ Cf. item 2.1.2 acima. Cf. HONORÉ. Causation... op. cit. p. 102.

¹⁵⁹ Cf. MARKESINIS, UNBERATH, JOHNSTON. *The german...* op. cit. p. 472.

¹⁶⁰ Cf. SPANOGLE JR., John A., et al. *Global issues in contract law*. St. Paul: Thomson West, 2007. p. 179-180. Anotam os autores: “There are parallels between common law and European approaches to mitigation of damages, in so far as neither legal tradition would permit the nonbreaching party to recover damages that he or she has already voluntarily mitigated. The nonbreaching party should be compensated commensurate with the loss suffered, not beyond that measure – tout le préjudice mais rien que le préjudice.”

indenização do montante dos danos que poderiam ter sido reduzidos e daqueles ganhos que poderiam ter sido auferidos.

No direito alemão, as questões relativas ao aspecto negativo da *evitabilidade* são analisadas sob o prisma da culpa concorrente (*Mitverschulden*), enquanto aquelas pertinentes ao aspecto positivo se enquadram nas normas de apuração dos danos e no ajuste das vantagens obtidas (*Vorteilsausgleichung*)¹⁶¹. No que se refere ao aspecto negativo da mitigação, o Código Civil alemão assim dispõe:

§ 254

Culpa concorrente

(1) Quando a culpa da pessoa prejudicada contribui para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos e a extensão da compensação a ser paga dependem das circunstâncias, em particular, de qual extensão do dano é causada preponderantemente por uma ou pela outra parte.

(2) Isso também se aplica se a culpa da parte prejudicada se restringe a falhar em chamar a atenção do credor para o perigo de um dano de extensão incomum, quando o credor não estava ou não deveria estar ciente do perigo, ou em falhar em evitar ou reduzir o dano. O disposto no artigo 278 se aplica com as necessárias modificações.¹⁶²

O § 254 trata de três hipóteses sob a rubrica de culpa concorrente. A primeira, prevista no parágrafo (1), é a culpa concorrente propriamente dita, ou seja, o tratamento que deve ser dado pelo direito na hipótese de a vítima ter contribuído culposamente para a causação do dano. O Código Civil alemão, nesse ponto, atribui significativa discricionariedade ao juiz, que deverá determinar a extensão da responsabilidade de cada uma das partes de acordo com as circunstâncias, sendo que um dos critérios é a participação de cada uma delas como causa dos danos¹⁶³.

A segunda hipótese considera que há culpa do devedor em não ter avisado o credor da possibilidade de danos de extensão maior que a usual¹⁶⁴. Essa culpa deverá ser levada em consideração no momento de fixar a indenização, o que deverá ser feito pelo juiz com a mesma discricionariedade acima referida.

¹⁶¹ Cf. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 75.

¹⁶² Tradução a partir da versão em inglês disponibilizada pelo Ministério Federal da Justiça da Alemanha em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html. Consulta realizada em 17/07/2010.

¹⁶³ Cf. HONORÉ, A. M. Causation... op. cit. p. 101.

¹⁶⁴ Cf. MARKESINIS, UNBERATH, JOHNSTON. The german... op. cit. p. 475.

A terceira hipótese versada pelo § 254 cuida da mitigação e está prevista na parte final da primeira sentença do parágrafo (2). Segundo Makesinis, Unberath e Johnston, essa regra é de grande importância prática, sendo aplicável tanto para a responsabilidade contratual quanto para a extracontratual. No entanto, reconhecem os autores que sua maior utilização tem se dado no âmbito da responsabilidade civil¹⁶⁵.

Apesar de a mitigação ser tratada em conjunto com a culpa concorrente, não é uma hipótese desta. A culpa concorrente existe quando a vítima contribui para a causa do dano ou, em outros termos, o dano tem mais de uma causa sendo pelo menos uma delas atribuível à culpa da própria vítima. A falta em mitigar, por outro lado, surge após a ocorrência do evento danoso, na responsabilidade extra-contratual, ou o inadimplemento, na contratual¹⁶⁶. No entanto, o direito alemão equipara a culpa concorrente e aquela existente em não evitar ou reduzir o prejuízo, atribuindo às duas hipóteses o mesmo efeito¹⁶⁷.

Desta forma, se o credor faltou em agir de maneira a minimizar os danos, a indenização será fixada discricionariamente pelo juiz que deverá levar em conta, entre outras circunstâncias, a extensão do dano que poderia ter sido evitada ou reduzida. Poderá, assim, “indeferir totalmente a pretensão de indenização ou reconhecê-la em parte ou, inclusive, totalmente”¹⁶⁸. Percebe-se que, diante de um dano que poderia ter sido minimizado e não foi, o direito alemão concede maior liberdade ao juiz para fixar a indenização que os direitos dos países de *common law*.

O § 254 não traz expresso o requisito de que o credor deverá evitar os danos apenas na medida de que isso seja possível por esforços razoáveis. No entanto, ao considerar a ausência de mitigação como culpa, introduz a idéia de que a omissão é de diligência normal exigível em situações semelhantes. Assim explica Enneccerus:

A conduta do prejudicado contribuinte ao dano tem que ter sido culposa. De culpa do prejudicado só se pode falar em sentido impróprio, já que, na realidade, sua conduta não viola nenhum dever jurídico que venha imposto no interesse de outras pessoas, mas só infringe o mandato de atender devidamente a seu próprio interesse

¹⁶⁵ Cf. MARKESINIS, UNBERATH, JOHNSTON. The german... op. cit. p. 476.

¹⁶⁶ Cf. BEALE et al. Contract... op. cit. p. 833.

¹⁶⁷ Cf. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 76.

¹⁶⁸ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. t.2: Derecho de obligaciones, por L. Enneccerus. 2. ed. rev. H. Lehmann. trad. B. Pérez González e J. Alguer (35 ed. alemã). p. 82.

(“culpa contra si mesmo”, Zitelmann). Se trata da omissão da diligência exigida no tráfego, em virtude da qual poderia ter-se evitado o dano próprio. A omissão da diligência pode consistir em que o prejudicado contribua para causar o nascimento do dano, ou em descuidar de que seja evitado ou minimizado, quando possível, ou em ter omitido fazer presente ao devedor o risco de um dano extraordinariamente elevado (§254, ap. 2 prop. 1).¹⁶⁹

Um caso envolvendo erro médico ilustra a investigação que deve fazer o juiz quanto à razoabilidade da conduta do credor. O requerente era um artesão que procurou o requerido para tratar de uma lesão no dedo menor da mão direita. O tratamento causou gangrena do dedo, de forma que a única solução para que o artesão tivesse a sua capacidade de trabalho restaurada seria pela amputação do dedo. O artesão negou-se a realizar tal procedimento em razão da dor e de seu receio de que isso pudesse piorar sua capacidade de trabalho. Em ação de perdas e danos contra o médico, o juiz de primeira instância julgou favoravelmente ao artesão, mas, em recurso para o *Reichsgericht*, a decisão foi anulada e enviada para novo julgamento. O Tribunal considerou que, para determinar se a recusa em se submeter a uma cirurgia desse tipo constitui falta do dever de minimizar o dano, conforme o § 254, os seguintes dados deveriam ser levados em consideração: (a) se a operação, aos olhos de *experts*, é livre de risco; (b) se a cirurgia é uma que não envolve dor significativa, pois entende-se que o princípio da boa-fé não impõe que uma parte tenha que se submeter a dor excessiva em benefício da outra parte; (c) se é possível assegurar, por *experts*, que a operação trará benefícios para a capacidade de trabalho do requerente; (d) se o requerido se comprometeu a pagar a cirurgia ou pagou os custos antecipadamente¹⁷⁰. Todos esses fatores serviriam em um novo julgamento para determinar se a minimização dos danos pelo artesão lhe exigiria esforços que ultrapassariam aqueles impostos pela razoabilidade.

Pode ser que a conduta exigível do credor seja a propositura de uma ação judicial ou o exercício de um direito reconhecido. A requerente havia contratado um arquiteto para realizar os projetos e supervisionar as obras de uma casa, tendo executado seu contrato até o imóvel estar construído. No entanto, o telhado da casa estava defeituoso e a requerente pedia, em ação judicial, os custos para instalação de um novo telhado. O arquiteto alegou que a requerente tinha faltado em seu ônus de mitigar, imposto pelo § 254, porque poderia ter pedido que o telhado fosse consertado pelo próprio marceneiro responsável pela sua construção. O Tribunal reconheceu que a requerente tinha direito de optar entre pedir a

¹⁶⁹ ENNECCERUS, KIPP, WOLFF. Tratado... op. cit. p. 79-80.

¹⁷⁰ RGZ 83, 15. Citado por MARKESINIS, UNBERATH, JOHNSTON. The german... op. cit. p. 476-477.

reparação dos danos do arquiteto ou do marceneiro, mas observou que esse direito “está sujeito ao princípio da boa-fé, consagrado no § 254”¹⁷¹. No caso concreto, o arquiteto não teria o direito de demandar o marceneiro para realizar o serviço ou para receber compensação pelo que tivesse que pagar à dona da obra. Assim, o Tribunal decidiu que cabia à requerente ter tentado receber a reparação do dano do marceneiro, mesmo que isso significasse ter que acioná-lo judicialmente. Essa medida apenas não seria considerada razoável se o resultado dessa ação fosse previsivelmente complicado ou difícil de ser executado¹⁷².

Cabe destacar existir jurisprudência que considera ser razoável para mitigar os danos que o turista aceite um substituto oferecido pela operadora de turismo, se o hotel reservado tenha se tornado indisponível, desde que seja compatível em termos de localização e qualidade com aquele originalmente reservado¹⁷³.

Deve-se perquirir se a norma de mitigação na Alemanha impõe o dever de realizar a operação substitutiva. No âmbito dos contratos mercantis, essa matéria é tratada pelo seguinte dispositivo do Código Comercial:

§ 376

(1) Estipulado que o cumprimento de uma parte deve ocorrer precisamente em um termo fixado ou em um prazo fixado, se o cumprimento não é realizado naquele tempo ou prazo fixado, a outra parte pode rescindir o contrato ou, na hipótese de estar o devedor em atraso, requerer perdas e danos pelo descumprimento ao invés de requerer o adimplemento. A parte poderá demandar apenas o adimplemento se, imediatamente depois da expiração do termo ou prazo, ela notifica a outra parte de que insiste no cumprimento.

(2) Se o pagamento dos danos pelo descumprimento é demandado e os bens têm um preço fixado em bolsa ou mercado, poderá ser demandada a diferença entre o preço de compra e o preço em bolsa ou mercado no tempo e lugar da prestação devida.

(3) Quando os bens têm um preço fixado em bolsa ou mercado, o resultado de uma venda ou compra realizada de forma diferente pode ser adotado como base para um pedido de perdas e danos apenas quando a compra ou venda ocorre imediatamente depois da expiração do termo ou prazo fixado para o cumprimento. A venda ou compra, se não for realizada em leilão público, deverá ser feita ao preço corrente por um corretor comercial oficialmente licenciado para tais vendas ou por uma pessoa que seja oficialmente licenciada como leiloeiro.¹⁷⁴

¹⁷¹ NJW 1962, 149. Citado por BEALE et al. *Contract...* op. cit. p. 830.

¹⁷² Cf. NJW 1962, 149. Citado por BEALE et al. *Contract...* op. cit. p. 830-831.

¹⁷³ NJW 1986, 1616. Citado por BEALE et al. *Contract...* op. cit. p. 831.

¹⁷⁴ Tradução a partir da versão em inglês disponibilizada em BEALE et al. *Contract...* op. cit. p. 844.

Portanto, se se tratar de uma compra e venda comercial, o comprador que não recebe os bens no tempo ajustado pode optar entre realizar a operação substitutiva ou não. Se a realiza, deverá fazê-lo logo após o inadimplemento e, nesse caso, as perdas e danos serão medidas pela diferença entre o valor do contrato inadimplido e aquele ajustado na operação substitutiva, salvo se esse se distanciar do valor corrente. A operação substitutiva deverá ser feita via leilão ou corretor autorizado, o que é uma forma de assegurar que o valor será aquele vigente no mercado. Essa hipótese se enquadra na mitigação de fato ou no aspecto positivo da mitigação, em que o credor prejudicado pelo inadimplemento efetivamente agiu para evitar o dano, adquirindo produtos substitutos no mercado. Por obter o mesmo objeto da prestação devida, ainda que de outro fornecedor, o credor não deverá sofrer outro dano que não seja o preço, as demais despesas para adquirir a mercadoria substituta e, eventualmente, algum prejuízo decorrente do atraso que pode ter havido. O Código Comercial alemão exige a razoabilidade dos termos em que a operação substitutiva foi realizada, ao estipular que esta deverá ter sido feita a preços correntes.

Por outro lado, o credor prejudicado pelo inadimplemento pode preferir não realizar a operação substitutiva. Nessa hipótese, se houver um mercado com cotações para aquele produto objeto do contrato, os danos serão calculados pela diferença entre o preço do contrato inadimplido e o valor de mercado. É a fórmula do preço de mercado, referida acima¹⁷⁵, ou do critério abstrato de quantificação das perdas e danos¹⁷⁶. O Código Comercial alemão, nessa passagem, aplica a norma de mitigação em seu aspecto negativo e desconsidera todos os demais prejuízos que o comprador possa ter tido em razão do descumprimento na entrega das mercadorias, pois ele, se não fez a operação substitutiva no mercado, poderia tê-la feito e, com isso, evitado tais danos. A indenização, então, fica limitada às perdas e danos que adviriam dessa operação substitutiva hipotética. Em razão dos requisitos impostos para a realização da operação substitutiva, percebe-se que o Código Comercial alemão privilegia a quantificação abstrata dos danos pelo uso da fórmula do preço de mercado¹⁷⁷.

É importante observar que o § 376 é aplicável tanto para a hipótese de inadimplemento do vendedor em entregar as mercadorias, como para a do comprador de receber os produtos. Assim, se houver recusa do comprador em receber as mercadorias,

¹⁷⁵ Cf. Item 2.1.4.2.

¹⁷⁶ Cf. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 44.

¹⁷⁷ Cf. BEALE et al. Contract... op. cit. p. 845.

também o vendedor poderá realizar uma operação substitutiva no mercado, isto é, efetuar a revenda daqueles bens, desde que siga os requisitos referidos acima. Se não o fizer ou se não atender aos requisitos impostos pelo Código Comercial, a apuração dos danos será feita pelo critério abstrato, ou seja, pela diferença entre o preço do contrato e a cotação do produto no mercado, pois o vendedor poderia ter revendido os produtos a tal valor.

Treitel anota que a aplicação desses dispositivos tem sido ampliada, no âmbito mercantil, para outros tipos de contratos que não apenas a compra e venda de mercadorias com prazo certo para entrega, mas que há controvérsias quanto ao uso dessas normas para contratos não-mercantis¹⁷⁸.

Para as operações de compra e venda que não se enquadram no Código Comercial, o Código Civil traz uma norma específica para a hipótese de inadimplemento do comprador. Nesse caso, o vendedor é autorizado a realizar o depósito e, quando esse não é possível, revender os bens. Se se trata de produtos negociados em bolsa ou com preço de mercado, o vendedor é autorizado a realizar a venda nesse mercado, desde que seja por corretor ou leiloeiro, conforme determina a § 385. Entretanto, se não se trata de produto regularmente negociado em bolsa ou mercado, a realização da operação substitutiva depende de leilão com prévia notificação do comprador inadimplente (§§ 383-384) a fim de proteger seus interesses¹⁷⁹. A mitigação via operação substitutiva quando a parte prejudicada é o vendedor não pode ser realizada de forma tão simples como no direito da *common law*.

Outra possibilidade em que se leva em conta os ganhos com a operação substitutiva está prevista no § 615, que trata de contratos de serviços. Se a tomadora do serviços indevidamente recusa-se a receber a prestação devida, o prestador tem direito a receber todo o valor acordado. No entanto, deverá descontar aquilo que tiver ganho ao empregar seu tempo em outro serviço, desde que esse tempo esteja disponível apenas em razão do inadimplemento do tomador do serviço. Trata-se da mitigação de fato. A dedução poderá haver, ainda, pelo aspecto negativo da *evitabilidade*: se o prestador de serviços intencionalmente deixar de prestar outro serviço com o tempo que se tornou disponível, a remuneração que seria obtida nesse contrato hipotético servirá para reduzir a indenização devida pelo tomador dos serviços. Há, nesse ponto, uma diferença fundamental com relação à *common law*: não basta que

¹⁷⁸ Cf. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 45.

¹⁷⁹ Cf. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 47.

prestador de serviços não tenha feito esforços razoáveis; deverá ter intencionalmente não se envolvido no novo contrato¹⁸⁰.

Além das hipóteses que encontram expresso tratamento legal, como as que foram acima referidas, as demais situações devem ser analisadas sob o prisma do § 254, que considera culpa do credor o fato de não ter agido para evitar ou reduzir os danos. O juiz deverá, então, analisar as circunstâncias do caso para determinar se a realização de uma operação substitutiva é o que se esperaria que um credor com normal diligência fizesse para evitar ou diminuir os danos. Determinado que seria razoável que o credor agisse de tal forma, deverá ser determinada a contribuição do credor e do devedor para a causação do dano e fixada a responsabilidade do devedor pela indenização. Por outro lado, se o credor efetivamente realizou uma operação substitutiva, os ganhos obtidos devem ser deduzidos da indenização, por aplicação do princípio *compensatio lucri cum damno*¹⁸¹.

Por fim, deve-se destacar que a aplicação da *evitabilidade*, seja em seu aspecto positivo ou negativo, deve ser alegada e provada pelo devedor inadimplente. Se este pretende ver a indenização reduzida por ganhos obtidos pelo credor em operações substitutivas, deverá alegar realização delas e demonstrar o lucro daí decorrente. Caso requeira a redução porque o credor descumpriu a norma de mitigação, deverá provar os fatos constitutivos da culpa do credor. Enneccerus anota que, apesar de normalmente ter que ser alegada, “não se trata de uma exceção, mas de uma objeção, de modo que deve ter-se em conta de ofício quando a culpa resulte em uma situação de fato”¹⁸².

2.2.2 A mitigação no direito italiano

Assim como ocorre no direito alemão, o Código Civil italiano prevê expressamente a norma de mitigação em conjunto com a culpa concorrente. Com efeito, assim dispõe esse diploma:

Art. 1.227. Concurso de fato culposo do credor
Se o fato culposo do credor tiver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é reduzido de acordo com a gravidade da culpa e a magnitude das conseqüências daí derivadas.

¹⁸⁰ Cf. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 77.

¹⁸¹ Cf. ENNECCERUS, KIPP, WOLFF. Tratado... op. cit. p. 88. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 78.

¹⁸² ENNECCERUS, KIPP, WOLFF. Tratado... op. cit. p. 88. Cf. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 83.

O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando ordinária diligência (2.056 e seguintes).¹⁸³

Apesar de a *evitabilidade* estar prevista em um artigo cujo título indica que trataria da matéria de culpa concorrente, a doutrina e a jurisprudência italianas firmaram entendimento de que esse artigo trata de duas hipóteses diferentes. No primeiro parágrafo, cuida propriamente da culpa concorrente, em que o ato culposo do credor intervém para a produção do evento danoso. Nesse caso, o juiz terá discricionariedade para fixar o valor da indenização tendo em vista o grau relativo de culpa das partes e o papel que o ato de cada uma delas teve na causação do dano¹⁸⁴.

A hipótese prevista no parágrafo segundo “pressupõe que o comportamento do autor tenha sido a única causa eficiente do referido evento, e se refere às consequências posteriores que, devido à falta de ordinária diligência da parte do credor prejudicado, agravaram o dano.”¹⁸⁵ Portanto, reconhece-se haver diferenças entre as duas normas previstas no art. 1.227. Na primeira delas, há mais de uma causa para a ocorrência do evento danoso. Na segunda, que trata realmente da minimização dos danos, há apenas uma causa para o evento danoso. Entretanto, entende-se que a falta de uso da ordinária diligência do credor para evitar danos interrompe o nexo de causalidade com relação aos danos que poderiam ter sido evitados¹⁸⁶. Desta forma, a lei atribui uma consequência para essa segunda hipótese que é diferente daquela prevista para a primeira: o credor não poderá ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado¹⁸⁷.

Nesse ponto, portanto, o direito italiano se distancia do alemão. O primeiro impede que o credor recupere danos evitáveis, enquanto o segundo remete o problema da *evitabilidade* ao mesmo tratamento dado à culpa concorrente, ou seja, à avaliação discricionária do juiz com relação à contribuição dos atos de cada parte para a causação dos danos.

¹⁸³ Traduzido do original em italiano obtido em http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm. Acesso em 18/07/2010.

¹⁸⁴ Cf. DISTASO, Nicola. *Le Obbligazioni in generale*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1970. p. 444.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ Cf. DISTASO. *Le Obbligazioni...* op. cit. p. 444. GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 14. ed. Padova: Cedam, 2008. p. 214.

¹⁸⁷ Cf. DISTASO. *Le Obbligazioni...* op. cit. p. 444, 446.

A jurisprudência italiana tem entendido a norma de mitigação de forma bastante estreita ao interpretar o que seria a diligência ordinária do credor. Este não é obrigado a evitar os danos se, para tanto, precisar incorrer em medidas muito onerosas ou arriscadas¹⁸⁸. Igualmente, não se exige que realize a prestação no lugar do devedor faltoso, renuncie a um direito ao qual faz jus, tenha os bens consertados por terceiros, na hipótese de entrega de bens defeituosos pelo devedor, ou que inicie uma ação judicial¹⁸⁹. A verificação da “diligência ordinária” equivale ao critério de “razoabilidade” das medidas de mitigação da *common law*, embora nesse sistema se considere esforços razoáveis o que a jurisprudência italiana consideraria além da diligência ordinária do credor.

No entanto, se a parte prejudicada emprega sua diligência para evitar ou reduzir os danos e a adoção de medidas implica despesas, essas deverão ser indenizadas pelo inadimplente, conforme orientação jurisprudencial¹⁹⁰.

Não há, no direito italiano, uma norma geral acerca da obrigação ou faculdade do credor em realizar uma operação substitutiva à prestação inadimplida pelo credor. Para os contratos de compra e venda, entretanto, o Código Civil assim dispõe:

Art. 1.515. Execução coativa por descumprimento do comprador

Se o comprador não cumpre a obrigação de pagar o preço (1.498), o vendedor pode fazer vender, sem atraso, a coisa por conta e à custa dele.

A venda é feita por leilão por meio de uma pessoa autorizada a tais atos ou, na falta dessa no lugar em que a venda deve ser realizada, por meio de um oficial judiciário. O vendedor deve dar tempestiva notícia ao comprador do dia, lugar e hora em que a venda será feita.

Se a coisa tem um preço corrente, estabelecido por ato da autoridade pública (ou padrões corporativos) ou demonstrado por listagens da bolsa ou de mercado, a venda pode ser feita sem o leilão, ao preço corrente, por meio das pessoas indicadas no parágrafo precedente ou por um comissário nomeado pelo tribunal. Em tal caso, o vendedor deve dar ao comprador pronta notícia da venda.

O vendedor tem direito à diferença entre o preço convencionado e o produto líquido da venda, além do ressarcimento de danos superiores (1.536, 1.551, 1.686).

Art. 1.516. Execução coativa por inadimplemento do vendedor

¹⁸⁸ Cf. ANTONIOLLI, Luisa, VENEZIANO, Anna (ed.). *Principles of European Contract Law and Italian law*. Haia: Kluwer Law International, 2005. p. 457. As autoras citam as seguintes decisões: Cass. 14 Jan. 1992 no. 320, *Giur. It.*, 1993, I, 1, 156; Cass. 29 Sep. 1999 no. 10763, *Giust. Civ. Mass.* 19999; Cass. 6 Jul. 2002 no. 9850, *Giust. Civ. Mass.* 2002.

¹⁸⁹ *Idem*. Segundo as autoras, as razões acima foram utilizadas para se negar a aplicação da limitação de *evitabilidade*, respectivamente, nas seguintes decisões: Cass. 5 Dec. 1997 no. 12347, *Giust. Civ. Mass.* 1997; Cass. 6 Apr. 1971 no. 1008, *Rep. Gen. Giur. It.* 1971; Cass. 18 Sep. 1980 no 5303, *Giust. Civ. Mass.* 1980; Cass. 31 Jul. 2002 no. 11364, *Giust. Civ. Mass.* 2002.

¹⁹⁰ Cf. ANTONIOLLI, VENEZIANO. *Principle... op. cit.* p. 458.

Se a venda tem por objeto coisas fungíveis que têm um preço corrente de acordo com o disposto no terceiro parágrafo do artigo anterior, e o vendedor não cumpre sua obrigação (1.476), o comprador pode, sem atraso, comprar as coisas às custas do vendedor, por meio de uma das pessoas indicadas no segundo e terceiro parágrafos do artigo precedente. O comprador deve dar pronta notícia da aquisição ao vendedor.

O comprador tem direito à diferença entre o montante das despesas relativas à compra e ao preço acordado, além do ressarcimento de danos superiores (1.223, 1.536, 1.551).¹⁹¹

Na compra e venda, portanto, existe a possibilidade de realização de operação substitutiva pelo comprador ou pelo vendedor, dependendo de quem for a parte prejudicada pelo inadimplemento. Essa norma é entendida como facultativa, isto é, o credor prejudicado não está obrigado a realizar a operação substitutiva na forma dos artigos 1.515 e 1.516. Caso opte por realizá-las, as perdas e danos serão apuradas na forma prevista nesses dispositivos, ou seja, pela diferença entre o valor contratual e aquele obtido com a operação substitutiva. Se preferir não proceder da forma dos citados dispositivos legais, o credor inadimplente ainda assim terá direito às perdas e danos, mas essas deverão apuradas de acordo com as regras gerais, previstas no artigo 1.223 (danos emergentes e lucros cessantes) ou conforme o artigo 1.518 se o contrato se enquadrar nos requisitos ali previstos (que serão abordados a seguir)¹⁹².

O artigo 1.515 apenas se aplica se o vendedor já tiver transferido a propriedade dos bens para o comprador. Se o vendedor ainda detiver a propriedade sobre eles, poderá vendê-los livremente sem ter que seguir as formalidades do referido dispositivo¹⁹³. Esses artigos têm escopo bastante reduzido, aplicando-se a poucas hipóteses: se o vendedor é a parte prejudicada, não deverá ter a propriedade dos bens; se o comprador é a parte prejudicada, os bens devem ser fungíveis e com preço oficial, de bolsa ou de mercado. Além disso, tais dispositivos cercam a realização da operação substitutiva de tantos requisitos e formalidades que são raramente aplicados¹⁹⁴.

No entanto, mesmo que a realização de uma operação substitutiva não seja obrigatória, caso ela seja realizada, os lucros obtidos deverão reduzir a indenização a que o credor faz jus. Como regra geral, todas as vantagens obtidas, que não poderiam ser auferidas sem o

¹⁹¹ Traduzido do original em italiano obtido em http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm. Acesso em 18/07/2010.

¹⁹² Cf. ANTONIOLLI, VENEZIANO. *Principle...* op. cit. p. 460.

¹⁹³ Cf. ANTONIOLLI, VENEZIANO. *Principle...* op. cit. p. 461.

¹⁹⁴ *Idem*.

inadimplemento, devem ser levadas em conta no momento de fixar o dano, em aplicação do princípio *compensatio lucri cum damno*¹⁹⁵.

Por fim, cabe abordar a questão acerca do critério abstrato de apuração dos danos. Ou seja, embora não seja obrigado a fazer a operação substitutiva, caso o credor não a efetue, cogita-se se a indenização será apurada como se essa tivesse sido realizada, pela diferença entre o valor contratual e aquele que seria obtido em uma operação substitutiva hipotética. Em uma hipótese, o Código Civil determina a aplicação do critério abstrato:

Art. 1.518. Critérios para determinação do ressarcimento

Se a venda tem por objeto uma coisa que tem um preço corrente conforme o terceiro parágrafo do artigo 1.515, e o contrato se resolve por inadimplemento de uma das partes, o ressarcimento é constituído da diferença entre o preço convencionado e aquele corrente no lugar e no dia e que se deva fazer a entrega, salvo prova de um dano maior.¹⁹⁶

Portanto, a quantificação abstrata das perdas e danos será feita se se tratar de um contrato de compra e venda e o inadimplemento tiver sido de entregar ou receber um produto que tenha “preço corrente, estabelecido por ato da autoridade pública (ou padrões corporativos) ou demonstrado por listagens da bolsa ou de mercado”. Nesse caso, se a parte prejudicada não realizou a operação substitutiva, a determinação das perdas e danos será feita pela diferença entre o valor oficial, de bolsa ou mercado e o preço contratual, ou seja, por uma operação substitutiva hipotética no mercado.

Esse regime de apuração dos danos tende a favorecer a parte prejudicada pelo inadimplemento, pois possibilita o ressarcimento sem que esse tenha que demonstrar prejuízo efetivo. Além disso, o artigo 1.518 deixa aberta a possibilidade de que a parte prejudicada demonstre ter incorrido em danos maiores em razão do inadimplemento e seja indenizada de tais prejuízos. A jurisprudência, entretanto, diverge sobre a possibilidade de o devedor inadimplente demonstrar que o credor teve prejuízos menores que aqueles apurados pelo critério abstrato¹⁹⁷.

¹⁹⁵ LONGO, Giannetto. *Diritto delle obbligazioni*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1950. p. 348.

¹⁹⁶ Traduzido do original em italiano obtido em http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm. Acesso em 18/07/2010.

¹⁹⁷ Cf. ANTONIOLLI, VENEZIANO. *Principle...* op. cit. p. 462.

Esse artigo tem sido interpretado restritivamente. Portanto, não se aplica a contratos que não se enquadrem perfeitamente na *fattispecie* ali prevista¹⁹⁸. Para os casos não tratados pelo artigo 1.518, o problema tem que ser analisado sob a ótica do artigo 1.227. Ou seja, deve-se avaliar, caso a caso, se a realização da operação substitutiva é algo esperado daquele credor no uso de sua diligência ordinária. Assim, encontram-se decisões que afirmam que o credor deveria ter realizado a operação substitutiva para evitar danos, negando ressarcimento àqueles que poderiam ter sido evitados, e outras que concluem que realizar a operação substitutiva estava além da diligência ordinária, concedendo ressarcimento de todos os danos causados¹⁹⁹.

2.2.3 A mitigação no direito francês

O Código Civil francês não traz previsão genérica a respeito da limitação de *evitabilidade*, apesar de essa idéia ter sido discutida pela doutrina anterior à codificação. Com efeito, em 1745, Domat se questionava acerca da extensão da responsabilidade do autor do dano e escrevia que se deveria levar em conta se a vítima tinha tido ou não a possibilidade de minimizar sua perdas²⁰⁰.

Nas ilustrações formuladas por Pothier em 1761, também havia subliminarmente a idéia de que o credor teria direito apenas aos danos que não pudessem ser evitados. Em um exemplo hipotético, cogita da venda de um cavalo a um cônego com cláusula expressa de que teria que ser entregue a tempo de chegar ao lugar onde receberia frutas, como benefício. Atrasando o vendedor na entrega do cavalo, o cônego teria direito à indenização pela perdas das frutas se não tivesse podido facilmente encontrar um outro cavalo ou transporte. Em outra ilustração, imagina a venda de uma vaca contaminada, sendo que o vendedor esconde o vício. Segundo o autor, nessa hipótese, o vendedor teria que indenizar a perda da vaca e de todo o rebanho do comprador que tenha sido contaminado por essa vaca. São perdas que decorrem diretamente do ato do vendedor. Ficando sem o gado, o comprador ficará com sua terra inculca, o que o autor reconhece como um efeito do dolo do vendedor. No entanto, considera um efeito mais distante, do qual o comprador não será indenizado pois poderia dar utilização

¹⁹⁸ Cf. Idem.

¹⁹⁹ Cf. ANTONIOLLI, VENEZIANO. *Principle...* op. cit. p. 457.

²⁰⁰ Cf. DOMAT, Jean. *Le droit civil dans l'ordre naturel*. t. 1. Paris: Rollin et Fils, 1745. § 162. Citado por HANOTIAU, Bernard. Régime juridique et partie de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales*. Paris, v. 1987, n. 4, p. 393-405, 1987. p. 398.

à terra de outra forma: comprando outros bois ou, se não tivesse fundos para tanto, alugando bois ou alugando a terra para terceiros²⁰¹.

Embora o conceito de minimização do dano já estivesse subjacente nas lições da época, a sua formulação ainda não havia atingido o necessário grau de abstração para que fosse incluído no Código Napoleão. Tal fato comprometeu o desenvolvimento do instituto na França, pois, segundo Hanotiau, o juiz francês motiva suas decisões fazendo referência a artigos do Código sem proceder a uma discussão aprofundada dos princípios que o sustentam. Assim, a minimização passou a ter aparição bastante escassa na doutrina e na jurisprudência²⁰².

Apesar de não ter sido positivada a limitação de *evitabilidade*, cabe perquirir se ela existe no direito francês por meio de outros expedientes legais. A doutrina identifica alguns casos em que a falta do credor em evitar que os danos ocorressem foi utilizada como fundamento fático para impedir que fosse indenizado de tais danos. Nessas decisões, todavia, o fundamento jurídico foi outro, sem se fazer menção ao dever de mitigar.

Um conjunto de casos trata da realização de tratamento médico ou cirúrgico para diminuir as consequências de um ato ilícito. Considerando que, em razão da inviolabilidade do corpo humano, ninguém pode ser compelido a uma intervenção cirúrgica, surge a questão de saber se, diante da recusa do credor, poderá ou não ser ele indenizado pelos agravamento dos danos que seria evitado se tivesse se submetido à cirurgia. A jurisprudência francesa distinguiu entre uma intervenção grave ou dolorosa e um “simples tratamento médico benigno”²⁰³. No primeiro caso, a recusa da vítima não leva a qualquer redução na indenização devida. No segundo, por outro lado, a recusa é considerada culpa da vítima que, portanto, não será indenizada por danos provocados por ela própria, pois “nem a liberdade individual, nem

²⁰¹ Cf. POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations, selon les regles, tant du for de la conscience, que du for extérieur*. t. 3. Paris: Debure pere, 1761. § 162. Citado por HANOTIAU. *Régime...* op. cit. p. 398.

²⁰² Cf. HANOTIAU. *Régime...* op. cit. p. 398.

²⁰³ LAUDE, Anne. *L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français? Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 55-60, nov. 2002. p. 57. A autora cita caso em que a Corte de Cassação considerou a colocação de uma prótese como um “intervenção grave e dolorosa”. Assim, não houve redução no montante de capital constituído para assegurar renda à vítima de ato ilícito, embora a colocação da prótese lhe permitisse voltar a trabalhar.

a inviolabilidade do corpo humano podem legitimar a obstinação da vítima em recusar cuidados específicos.”²⁰⁴

Em outro caso, a vítima de um acidente automobilístico teve que fechar sua loja por vários meses em razão de seus ferimentos. Ao requerer indenização, o Tribunal de Montpellier negou reparação pelas perdas econômicas relativas ao fechamento da loja, pois afirmou que a vítima poderia, logo após ter recuperado sua capacidade intelectual e gerencial, ter reaberto a loja pela contratação de um empregado para o tempo em que tivesse se recuperando dos ferimentos. O nexo causal serviu de fundamento para negar-se tal parte da indenização pedida, ou seja, os danos relativos ao fechamento da loja não foram considerados consequência necessária do acidente²⁰⁵.

Em matéria contratual, a Corte de Cassação se manifestou em 1985 sobre o caso de um viticultor que comprou tanino com um odor incomum. Apesar disso, o viticultor empregou o tanino na fabricação de seus vinhos e os revendeu, vindo em seguida a requerer em juízo indenização pelos prejuízos com os quais teve que arcar perante seus consumidores. O Tribunal de Apelação concedeu a indenização integral, mas a decisão foi reformada pela Corte de Cassação que considerou que os danos suportados junto aos consumidores foram consequência da culpa do próprio viticultor. Como um profissional do ramo, que havia descoberto o defeito no tanino, não poderia tê-lo empregado e revendido o vinho com ele produzido²⁰⁶. Percebe-se que, embora o fundamento utilizado tenha sido a culpa do credor, a solução é a mesma que a *common law* prescreve, utilizando-se da mitigação, para as situações de uso de produtos defeituosos pelo adquirente que sabe ou deveria saber do defeito²⁰⁷.

Em um contrato de compra e venda de um equipamento de impressão para publicações periódicas, o vendedor descumpriu sua obrigação ao entregar um produto defeituoso. O comprador requereu a resolução do contrato e indenização pela perda do mercado, por não ter podido realizar alguns trabalhos que dependeriam daquele equipamento. O Tribunal de Versailles concedeu a resolução, mas negou a indenização, uma vez que o comprador poderia

²⁰⁴ Revue Trimestrielle de Droit Civil 1997. 675. Citado por LAUDE. L'obligation... op. cit. p. 57.

²⁰⁵ Cf. Cour d'Appel de Montpellier (9 décembre 1965) D 1967, 477. Citado por LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. *International and Comparative Law Quarterly*. Londres, v. 55, p. 205-217, 2006. p. 206.

²⁰⁶ Cf. Bull. civ. I, n° 210. Citado por LAUDE. L'obligation... op. cit. p. 57.

²⁰⁷ Cf. item 2.1.4.3 acima.

ter adotado soluções intermediárias para limitar as consequências da falta do equipamento²⁰⁸. O fundamento jurídico aduzido foi que tais danos seriam remotos e imprevisíveis²⁰⁹.

Um último exemplo colhido da jurisprudência teve por fundamento o descumprimento do dever de boa-fé. Em um contrato de trato sucessivo com duração de quatro anos, o devedor já estava há mais de três anos inadimplente e o credor havia interrompido a prestação de serviços em que consistia sua contraprestação. No entanto, deixou que o contrato fosse renovado por prazo indeterminado e posteriormente, requereu indenização pelo descumprimento em todo esse período. O Tribunal de Apelação de Paris considerou que constituía violação à boa-fé deixar o contrato se prorrogar por mais dois anos naquela situação e que o credor não poderia se beneficiar do que poderia ter evitado²¹⁰.

Portanto, existem alguns precedentes jurisprudenciais que podem ser interpretados sob a ótica da mitigação. Le Pautremat, entretanto, anota que esses casos são escassos, têm diferentes fundamentos legais e não revelam nenhuma preocupação do Judiciário francês em estabelecer um padrão de conduta relativamente à mitigação de um dano²¹¹. Indubitavelmente, os fundamentos jurídicos usados para lidar com essas situações são diversos: ausência denexo causal, culpa da vítima ou do credor, violação do princípio de boa-fé, consideração de que não se trata de dano direto²¹². Tais recursos, embora existentes, não significam o mesmo que se adotar a norma de mitigação.

A Corte de Cassação, em dois julgados de 2003, manifestou-se claramente pela ausência de norma no direito francês que imponha ao credor a conduta de minimizar os danos, pelo menos no que concerne à responsabilidade extracontratual.

No primeiro desses casos, a vítima de um acidente requereu indenização pelos danos suportados por problemas mentais desenvolvidos depois do ocorrido. O Tribunal de Bourges decidiu que ela seria compensada apenas parcialmente, porque tinha se recusado a seguir a orientação de dois médicos que recomendaram tratamento psicológico que poderia ter melhorado sua condição. A Corte de Cassação reformou a decisão, afirmando que o autor do

²⁰⁸ Cf. 26 novembre 1986, Gaz. Pal. 1987. 2, somm. P. 402. Citado por LAUDE. *L'obligation...* op. cit. p. 58.

²⁰⁹ Cf. LE PAUTREMAT. *Mitigation...* op. cit. p. 207.

²¹⁰ Cf. Paris, 22 juin 2001, D. 2002. 843. Citado por LAUDE. *L'obligation...* op. cit. p. 60.

²¹¹ Cf. LE PAUTREMAT. *Mitigation...* op. cit. p. 207.

²¹² Cf. VINEY, Geneviève. *Rapport de Synthèse. Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 66-71, nov. 2002. p. 68. HANOTIAU. *Régime...* op. cit. p. 400.

dano deve compensar a vítima por todas as consequências danosas do acidente e que a vítima não tem o dever de limitar seu prejuízo no interesse do responsável²¹³.

No segundo, o dono de uma padaria sofreu um acidente que o deixou incapacitado de trabalhar por um tempo. Ajuizou ação contra o autor do dano em que pedia indenização pela perda de aviamento e por prejuízos decorrentes da obsolescência dos equipamentos decorrentes do fato de a padaria ter ficado fechada por um longo período. O Tribunal de Amiens negou a reparação de tais danos, pois entendeu que esses não eram decorrência do acidente, mas sim da decisão do dono da padaria de não encontrar outra forma de mantê-la em funcionamento durante o período de sua recuperação, em que teria podido, por exemplo, contratar temporariamente um gerente. A Corte de Cassação reformou a decisão pelos mesmos fundamentos do caso acima comentado, ou seja, o autor do dano deve compensar a vítima por todas as consequências danosas do acidente e a vítima não tem o dever de limitar seu prejuízo no interesse daquele que cometeu o ato ilícito²¹⁴. Observa-se que essa decisão é diametralmente oposta àquela do Tribunal de Montpellier de 1965 acima comentada, embora os fatos sejam semelhantes.

Essas duas decisões se basearam no princípio da reparação integral do dano e no disposto no artigo 1.382 do Código Civil que dispõe que “qualquer fato de um homem, que causa ao outro um dano, obriga a repará-lo aquele em razão de cuja culpa os danos ocorreram.”²¹⁵ Observa-se, entretanto, que essas duas decisões se referem a casos de responsabilidade extracontratual. Embora a responsabilidade contratual e extracontratual guardem semelhanças, o Código Civil francês tem disposições separadas para tratar da indenização por ato ilícito e daquela por descumprimento contratual. Por isso, não se pode estender automaticamente os precedentes acima à responsabilidade contratual, embora as decisões possam representar uma tendência de recusa à doutrina da *evitabilidade* também na esfera contratual.

Portanto, embora existam alguns mecanismos no direito francês que podem, em alguns casos, levar a resultados semelhantes à aplicação da norma de mitigação consagrada em outros países, há outras situações em que a indenização será concedida integralmente na

²¹³ Cass 2ème civ (19 juin 2003) No 931 FS-PRBI, Dibaoui c/ Flamand, Bull Civ II No 203, D 2003 Jur 2396. Citado por LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 208.

²¹⁴ Cass 2ème civ (19 juin 2003) No 930 FS-PBRI, Xhaufaire c/ Decrept, D 2003 Jur 2396. Citado por LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 208.

²¹⁵ Tradução a partir do original em francês. Code Civil. 109. ed. Paris: Dalloz, 2010.

França, quando seria limitada pela *evitabilidade* em outras jurisdições. A maior preocupação dos Tribunais franceses é não permitir que o credor, por sua culpa, faça crescer os danos decorrentes de um ato ilícito ou um inadimplemento e, em seguida, seja indenizado por eles²¹⁶. Como anotou Viney:

Existe então em direito francês meios não negligenciáveis de sancionar, por uma diminuição da indenização, a atitude negligente da vítima ou do credor que deixou o dano se desenvolver sem reagir.

Todavia, seria excessivo afirmar que esses meios são equivalentes àqueles que a jurisprudência inglesa e americana extraem do “duty to mitigate”.²¹⁷

A resistência do direito francês à adoção da norma de minimização dos danos encontra várias explicações. Na esfera extracontratual, é uma idéia em geral aceita que a vítima pode manter-se inerte e ver os prejuízos se agravarem se esses tiveram como causa inicial a culpa do autor do dano²¹⁸. É reconhecida à vítima a liberdade de ação diante do evento danoso, que poderia ser tolhida se ela tivesse que abandonar algumas opções para adotar a que minimizaria os danos. Considera-se injusto que a vítima tenha que adiantar despesas para evitar um dano se não tem certeza que tais custos serão reembolsados e diz-se que a justiça não pode se submeter aos interesses econômicos do autor do dano²¹⁹.

Em matéria contratual, vige também o princípio da reparação integral do dano. Além disso, o credor tem liberdade para escolher a forma de exigir o cumprimento do contrato: se pela execução *in natura* da obrigação, pela prestação feita por um terceiro ou pela execução pelo equivalente. A garantia de que o credor pode exigir a execução específica da obrigação é vista como expressão do princípio da força obrigatória dos contratos, previsto no artigo 1.134 do *Code Napoléon*. Há o temor de que a adoção da regra de mitigação exigiria que o credor prejudicado fizesse a operação substitutiva sempre que houvesse mercado para a prestação inadimplida, pois essa seria a melhor forma de evitar prejuízos, não podendo assim fazer uso da execução *in natura*²²⁰. Como afirmou Muir-Watt:

²¹⁶ Cf. LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 207.

²¹⁷ VINEY. Rapport... op. cit. p. 68.

²¹⁸ Cf. SAFA, Rachid. Obligation under French law of a claimant to mitigate loss in international contracts. *International business lawyer*. Londres, v. 22, p. 34-37, jan. 1994. p. 36. O autor expõe que o comportamento de manter-se inerte é considerado razoável, porque se a vítima atua para reduzir o dano pode terminar por aumentá-lo, sendo que o prejuízo adicional gerado pela ação da vítima não será indenizável.

²¹⁹ Cf. LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 209.

²²⁰ Cf. LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 211.

Introduzida no direito francês, semelhante solução colocará profundamente em causa a primazia da execução específica que a doutrina francesa faz resultar, como uma consequência inevitável da força obrigatória dos contratos. É então toda a hierarquia dos remédios contratuais e até mesmo as decorrências da força obrigatória dos contratos que se encontram revirados pela presença de um simples princípio de avaliação das perdas e danos.²²¹

No entanto, em alguns casos específicos, o direito positivo estabelece o dever do credor de mitigar os danos. Laude menciona a obrigação do locador de encontrar novo locatário (art. 1.760 do Código Civil), do segurado de salvar os bens (art. L-172-23 do Código de Seguros) e nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, em razão da adoção, pela França, da Convenção de Viena a seguir referida²²².

Não há, no direito francês, norma que imponha ao credor o ônus de realizar uma operação substitutiva no mercado. O credor prejudicado pelo inadimplemento pode requerer que a prestação seja realizada por um terceiro, de acordo com o art. 1.144 do Código Civil, às custas do devedor inadimplente. No entanto, essa faculdade é vista como execução específica indireta (*faculté de remplacement*) e não como uma solução por perdas e danos²²³. Além disso, é feita sob supervisão judicial²²⁴.

Se se tratar de produto disponível no mercado, a mensuração pode ser feita tendo em vista uma operação hipotética, mas sem que tal apuração tenha por fundamento a norma de mitigação. Na verdade, será concedido o valor de mercado da prestação porque essa é a medida da reparação integral do dano, ou seja, um determinado montante que permita ao credor obter a prestação devida. Esse valor será apurado, via de regra, no momento do julgamento. Como não há regra de minimização dos danos, não se espera que o credor faça a operação substitutiva logo após o inadimplemento. O devedor suporta, assim, os riscos de flutuação nos preços de mercado. Como ele foi quem descumpriu sua obrigação, deve assegurar que o credor receba, na data de julgamento, montante suficiente para substituir a prestação devida²²⁵.

²²¹ Cf. MUIR-WATT. *La modération...* op. cit. p. 47.

²²² Cf. LAUDE. *L'obligation...* op. cit. p. 56.

²²³ Cf. TREITEL. *Remedies...* op. cit. p. 45.

²²⁴ Cf. MICHAUD. *Mitigation...* op. cit. 322.

²²⁵ Cf. TREITEL. *Remedies...* op. cit. p. 49.

Há, entretanto, duas exceções à apuração dos danos no momento do julgamento. A primeira ocorre quando o credor atrasou injustificadamente o processo judicial ou quando recusou uma oferta de indenização apropriada feita em momento anterior²²⁶. A outra exceção tem lugar quando o credor efetivamente realizou a operação substitutiva. Nesse caso, faz-se a apuração de danos pelo critério concreto, ou seja, pela diferença entre o valor contratual e aquele obtido na operação substitutiva, no momento em que essa ocorreu²²⁷.

Portanto, embora não exista norma de mitigação, os danos que tenham sido voluntária e efetivamente evitados ou reduzidos não serão indenizados, pois se evita o excesso de compensação. O credor tem direito à reparação dos prejuízos, mas nada mais que isso (*tout le préjudice mais rien que le préjudice*).

Por fim, cumpre anotar ter sido apresentada proposta de inclusão expressa da mitigação no direito francês, por meio do “Anteprojeto de Reforma do Direito das Obrigações (art. 1.101 a 1.386 do Código Civil) e do Direito da Prescrição (art. 2.234 a 2.281 do Código Civil)”, sob coordenação do Professor Pierre Catala²²⁸. Essa reforma permitiria alinhar o direito francês não apenas à sistemática da *common law*, mas também ao direito dos países vizinhos (Alemanha, Itália, Bélgica, Suíça), aos instrumentos internacionais e aos projetos de uniformização do direito europeu dos contratos²²⁹.

2.3 A mitigação na Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias

A Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (conhecida pela sigla CISG²³⁰ ou Convenção de Viena) tem por objetivo estabelecer normas uniformes aplicáveis às operações de compra e venda internacional de mercadorias. Segundo o preâmbulo da própria Convenção, “a adoção de regras uniformes, (...) que levem em conta os diferentes sistemas sociais, econômicos e legais, contribuiria para a remoção das barreiras legais no comércio internacional e para a promoção do desenvolvimento do comércio internacional”.

²²⁶ Cf. MICHAUD. *Mitigation...* op. cit. 329-330.

²²⁷ Cf. MICHAUD. *Mitigation...* op. cit. 331. TREITEL. *Remedies...* op. cit. p. 49.

²²⁸ Cf. LE PAUTREMAT. *Mitigation...* op. cit. p. 209.

²²⁹ Cf. LE PAUTREMAT. *Mitigation...* op. cit. p. 212.

²³⁰ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)

A Convenção foi resultado de um trabalho iniciado em 1968 pela UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law ou Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, que havia sido estabelecida de maneira permanente em 1966. A UNCITRAL retomou o texto de duas convenções aprovadas em Haia em 1964 sobre a matéria²³¹ que, por sua vez, haviam sido resultado do trabalho iniciado em 1930 pelo Unidroit – International Institute for the Unification of Private Law, com sede em Roma. Para elaboração e propositura do anteprojeto da Convenção, a UNCITRAL formou um grupo de trabalho formado inicialmente por vinte e nove membros, posteriormente expandido para trinta e seis, que representavam, de forma equilibrada, as várias regiões do mundo. Assim, a África foi representada por nove membros, a Ásia por sete, o Leste Europeu por cinco, a América Latina por seis e os demais países ocidentais por nove. A UNCITRAL requereu que os delegados de seus Países-Membros fossem pessoas experientes no comércio internacional.

Não obstante tais cuidados, as discussões esbarraram em dificuldades terminológicas e nas diferenças de interesses que os delegados entendiam que deveriam representar para seus respectivos países. As divergências foram mais acentuadas entre os países industrializados e aqueles em vias de desenvolvimento.

As deliberações ocorreram em Viena, nos meses de março e abril de 1980. Na reunião final, em 11 de abril de 1980, a Convenção foi aprovada em seu texto final por quarenta e dois países, dentre os sessenta e dois presentes à Conferência. A Convenção entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988, depois de terem sido depositados dez instrumentos de ratificação e aprovação da Convenção, requisito imposto por seu artigo 99²³².

Até a presente data²³³, a Convenção de Viena foi assinada, ratificada e aprovada por setenta e seis países, o que faz dela um sucesso em seu objetivo de prover um regime uniforme aplicável às operações internacionais de compra e venda de mercadorias. Apesar de o Brasil não ser signatário da Convenção²³⁴, sua ampla aceitação por países de diferentes

²³¹ Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias e Convenção sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, conhecidos respectivamente pelas siglas ULIS (Uniform Law on the International Sale of Goods) e ULF (Uniform Law on the formation of Contracts for the International Sale of Goods).

²³² Para uma breve história do processo de elaboração da CISG: Cf. SCHLECHTRIEM, Peter. Introduction. In: SCHLECHTRIEM, Peter, SCHWENGER, Ingeborg (ed). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 1-3.

²³³ 25 de junho de 2011.

²³⁴ Está em trâmite na Câmara dos Deputados, desde 08/11/2010, em regime de prioridade, a MSC-636/2010, oriunda do Poder Executivo, que submete à apreciação do Congresso Nacional o texto da CISG.

tradições jurídicas demonstra a utilidade de, no presente esforço comparativo, verificar o tratamento dado pela CISG à mitigação. Até porque, como afirma Katz, a CISG representa uma solução de compromisso entre os institutos previstos nos vários sistemas jurídicos – common law, civil law e outras tradições – e foi o resultado da busca de “quais normas são melhores ou mais justas como matéria de política geral ou como compromisso internacional”²³⁵.

Inicialmente, cabe considerar que, em uma relação de compra e venda internacional de mercadorias regida pela Convenção, o comprador ou o vendedor, diante do inadimplemento contratual da outra parte, tem à sua disposição vários diferentes remédios ou sanções, podendo optar entre eles, desde que os respectivos requisitos estejam presentes²³⁶. A CISG não estabeleceu a prevalência de um remédio sobre o outro como forma de assegurar a aceitação de países com diferentes tradições jurídicas²³⁷.

Assim, se o vendedor descumprir o contrato, o comprador poderá: (a) exigir execução específica da obrigação (art. 46); (b) exigir que o inadimplemento seja sanado (arts. 47 e 48); (c) declarar resolvido o contrato (art. 49); (d) ter direito a abatimento do preço, em caso de não conformidade (art. 50); (e) receber indenização pelas perdas e danos (arts. 74 a 77). Se o descumprimento for do comprador, o vendedor poderá: (a) exigir o pagamento do preço ou a execução específica de qualquer outra obrigação (art. 62); (b) exigir que o inadimplemento seja sanado (arts. 63); (c) declarar resolvido o contrato (art. 64); (d) realizar qualquer especificação que o comprador tenha deixado de fazer (art. 65), (e) receber indenização pelas perdas e danos (arts. 74 a 77).

Portanto, a indenização por perdas e danos é um dos remédios à disposição do credor prejudicado pelo inadimplemento, dentre outras providências que pode requerer. O credor poderá, inclusive, agregar perdas e danos com outros remédios, desde que isso não leve a um excesso de compensação²³⁸. Ou seja, as perdas e danos, na hipótese de cumulação, deverão se restringir aos danos que efetivamente ocorreram apesar da adoção de outro remédio.

²³⁵ KATZ, Avery. Remedies for breach of contract under CISG. *International Review of Law and Economics*, Meppel, v. 25, p. 378-396, 2006. p. 378-379.

²³⁶ Cf. MÜLLER-CHEN, Markus. Section III: Remedies for breach of contract by the seller. In: SCHLECHTRIEM, SCHWENGER. Commentary... op. cit. p. 524.

²³⁷ Cf. VINEY. Rapport... op. cit. p. 69.

²³⁸ Cf. MÜLLER-CHEN. Section... op. cit. p. 528-529.

No que concerne à apuração das perdas e danos, a Convenção de Viena expressamente contemplou a norma de mitigação em seu artigo 77, *in verbis*:

Artigo 77

A parte que invocar o descumprimento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para mitigar os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote essas medidas, a parte inadimplente poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.

No cenário internacional, a mitigação é amplamente aceita, sendo aplicado em arbitragem internacional e referido como parte da *lex mercatoria*²³⁹. Tendo isso em vista e levando em consideração que a idéia possivelmente não representa afronta à ordem jurídica de nenhum país, a *evitabilidade* foi contemplada na CISG. Cabe destacar que a mitigação foi tratada de maneira independente da culpa da vítima ou da culpa concorrente, que está incluída nas várias situações que podem ser enquadradas no artigo 80²⁴⁰. Nesse ponto, portanto, distanciou-se do tratamento dado pelas codificações alemã e italiana que era objeto de crítica pela doutrina de ambos os países.

Durante a Conferência de Viena, a delegação americana pretendeu inserir, no final da segunda frase, a expressão “ou a modificação correspondente ou um ajuste de qualquer outro remédio”²⁴¹, sugestão esta que foi rejeitada pela votação das delegações presentes. Esse fato, juntamente com a colocação do artigo 77 em uma seção que trata de perdas e danos, leva ao entendimento da doutrina de que o dever de mitigar na CISG aplica-se apenas à indenização por perdas e danos, não afetando os demais remédios nela previstos²⁴². Assim, se a parte prejudicada escolher a execução específica da obrigação ou a rescisão contratual, o dever de mitigar não será sequer avaliado pelo Tribunal estatal ou arbitral que vier a se pronunciar a respeito do remédio escolhido.

²³⁹ Cf. DERAIS, Yves. L’obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale. *Revue de droit des affaires internationales*. Paris, v. 1987, n. 4, p. 375-382, 1987. p. 377.

²⁴⁰ Cf. ZELLER, Bruno. *Damages under the Convention of Contracts for the International Sale of Goods*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 109.

²⁴¹ WITZ, Claude. L’obligation de minimiser son propre dommage dans le convention internationales: l’exemple de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale. *Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 50-54, nov. 2002. p. 51.

²⁴² Cf. WITZ. L’obligation... p. 50. ZELLER. Damages... op. cit. p. 104. STOLL, Hans, GRUBER, Georg. Section II: Damages. In: SCHLECHTRIEM, SCHWENGER. Commentary... op. cit. p. 788. LIU, Chengwei. *Remedies in international sales: perspectives from CISG, UNIDROIT principles and PECL*. Huntington: Juris Net, 2007. p. 488.

A utilização da expressão “deverá” (*must* na versão oficial em inglês) fez surgir, na doutrina, o questionamento acerca da natureza desse dispositivo. A palavra usada parece indicar que se trata de uma verdadeira obrigação para a parte prejudicada pelo inadimplemento, cujo cumprimento poderia ser exigido de forma independente pela outra parte. No entanto, prevalece na doutrina o entendimento de que não se trata de um verdadeiro dever, mas que não se deve buscar a sua natureza para a CISG nas concepções do direito interno de cada parte signatária. Isto é, não se deve perguntar se se trata de uma limitação à indenização, como fazem os países da *common law*, ou de ônus, como fazem os países de tradição romano-germânica²⁴³.

A busca por um fundamento nas concepções de cada direito interno é incompatível com o caráter internacional e uniformizador da Convenção de Viena e não contribui para o objetivo pretendido com a adoção de tal norma de direito internacional²⁴⁴. Assim, deve-se simplesmente interpretar o dispositivo no quadro da própria Convenção, sendo que a segunda sentença do artigo 77 já determina qual será a consequência para a falta de mitigação: a parte prejudicada não será indenizada pelo dano que poderia ter evitado. Portanto, tal dispositivo, em sua primeira sentença, estabelece um comando – a parte prejudicada deve mitigar o dano – e em sua segunda sentença, a sanção – se não mitigar, não recuperará os prejuízos que poderiam ter sido evitados²⁴⁵.

O dever de mitigar é visto como “uma expressão do princípio geral de boa-fé no comércio internacional (artigo 7(1))”²⁴⁶. Assim, quando o artigo 77 exige que o credor, para ser compensado, tenha adotado medidas razoáveis para evitar os danos, a avaliação de sua conduta deverá ser realizada tendo em vista o que uma pessoa agindo de boa-fé faria em circunstâncias semelhantes, levando-se em conta, ainda, os usos do comércio internacional²⁴⁷. A análise é realizada caso a caso²⁴⁸, como deixa claro o próprio dispositivo da Convenção.

²⁴³ Cf. WITZ. L’obligation... op. cit. p. 50.

²⁴⁴ O artigo 7(1) da Convenção estabelece que sua interpretação deve ser realizada tendo em vista o seu caráter internacional e seu objetivo de promoção da uniformidade.

²⁴⁵ ZELLER. Damages... op. cit. p. 105.

²⁴⁶ STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 787.

²⁴⁷ Cf. STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 790.

²⁴⁸ Cf. ZELLER. Remedies... op. cit. p. 105.

No âmbito da CISG, não se espera que o credor adote medidas excessivas, que impliquem custos extraordinários ou elevados riscos²⁴⁹.

Assim, não é exigido que o comprador conserte bens defeituosos recebidos se o custo de tal medida for maior que o benefício, devendo, em tal caso, apenas recusá-los²⁵⁰. No entanto, se o custo não for excessivo, o comprador deverá reparar as mercadorias para mitigar um prejuízo maior, cobrando, a título de indenização, o custo da reparação²⁵¹. Entretanto, entendeu-se em caso julgado na Alemanha que o comprador não tem o dever de mitigar nessas circunstâncias se o vendedor tem iguais condições de reparar o bem²⁵².

O comprador que recebe produtos defeituosos deve, como medida de mitigação, interromper o seu uso ou abster-se de revendê-lo assim que descobrir o defeito, como já se manifestou a Corte Federal Alemã de Justiça²⁵³.

Um Tribunal arbitral russo manifestou-se sobre interessante caso em que os danos poderiam ter sido evitados por um credor de boa-fé, aplicando o artigo 77 da Convenção. O vendedor havia avisado ao comprador que descumpriria o contrato, pois não conseguiria entregar as mercadorias nas datas avençadas. Não obstante, o comprador fretou o navio para fazer o transporte e o deixou disponível no porto nas datas inicialmente previstas para a entrega. O Tribunal arbitral negou a indenização pelos custos com a empresa transportadora²⁵⁴.

Sobre a questão da razoabilidade de o credor aceitar uma proposta menos vantajosa do próprio devedor inadimplente para evitar prejuízo maior, a Suprema Corte espanhola manifestou-se afirmativamente. O comprador tentou alterar o preço do contrato, o que não foi aceito pelo vendedor que terminou revendendo o produto no mercado. O preço obtido no mercado, entretanto, foi menor que aquele oferecido pelo comprador inadimplente. Não se

²⁴⁹ Cf. ZELLER. Remedies... op. cit. p. 106.

²⁵⁰ Cf. Oberster Gerichtshof, Austria, Jan. 14, 2002, 7 Ob 301/Olt, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>. Citado por ZELLER. Remedies... op. cit. p. 106.

²⁵¹ Cf. STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 790.

²⁵² Cf. AG München, 23 June 1995, CISG-online 368, UNILEX. Citado por STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 791. Conforme visto anteriormente, essa é também a orientação da jurisprudência norte-americana, embora seja criticada pela doutrina. Cf. item 2.1.4.6 acima.

²⁵³ Cf. Bundesgerichtshof, 24 mars 1999, D. 2000, somm p. 435. Citado por WITZ. L'obligation... op. cit. p. 52.

²⁵⁴ Cf. Russia, July 27, 1999, arbitration proceeding 302/1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727rl.html>. Citado por ZELLER. Remedies... op. cit. p. 106.

usou o preço mais baixo do mercado para se medir as perdas e danos, mas o da oferta do comprador²⁵⁵.

Ainda com relação a tal matéria, cabe indagar se o credor deve realizar uma operação substitutiva. Como anota Witz, a doutrina se divide acerca desse problema. Alguns autores afirmam que, em razão do princípio da livre escolha dos remédios disponíveis no âmbito da CISG, o artigo 77 não deve constranger o credor a realizar a operação substitutiva, uma das opções disponíveis, para minimizar as perdas do devedor²⁵⁶. Assim anotaram Stoll e Gruber:

Desta forma, o direito do credor de requerer o cumprimento do devedor inadimplente, em princípio, continua totalmente eficaz, mesmo quando a rescisão do contrato e um pedido de indenização seriam menos onerosos para o devedor, mas o credor não adota tal medida. A CISG não reconhece uma obrigação geral de rescindir o contrato. Nem, basicamente, existe uma obrigação indireta de renunciar ao direito ao cumprimento para exonerar o devedor. Geralmente, a insistência no cumprimento do contrato não pode ser, portanto, considerada uma falta em mitigar os prejuízos no âmbito do artigo 77, mesmo que posteriormente o credor rescinda o contrato e requeira perdas e danos.²⁵⁷

A aplicação do artigo 77 é justificável apenas se o credor atrasa a rescisão do contrato sem nenhuma razão plausível ou de maneira especulativa, embora uma operação substitutiva fosse razoável e possível.²⁵⁸

Na visão desses autores, se o credor prejudicado exerce qualquer dos direitos a que faz jus no âmbito da Convenção, ele estaria, em princípio, agindo de forma razoável, mesmo que não fosse a melhor forma de evitar os prejuízos.

A opinião diversa é que, embora o credor esteja livre para escolher o remédio que lhe convier, o qual, inclusive, não será afetado pelo dever de mitigar, essa escolha tem consequências na apuração das perdas e danos se, posteriormente, o credor vier a requerê-la. Em outros termos, se o credor obtém a satisfação desejada pelo remédio escolhido, o artigo 77 não se aplica. No entanto, se não for atendido em seus interesses pelo remédio escolhido e tiver que requerer perdas e danos, essas serão avaliadas de acordo com os artigos 74 a 77, verificando-se, inclusive, se o credor poderia ter minimizado os danos se tivesse adotado outra conduta. Conforme comentado por Witz:

²⁵⁵ Supreme Court, Spain, Jan. 28, 2000 (Internationale Jute Maatschappij v. Marín Palomares), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html>. Citado por ZELLER. Remedies... op. cit. p. 106. A abordagem a essa questão pela *common law* foi discutida no item 2.1.4.5 acima.

²⁵⁶ Cf. WITZ. L'obligation... op. cit. p. 53.

²⁵⁷ STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 789.

²⁵⁸ STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 792.

Essa última tese foi adotada por uma jurisdição de apelação alemã que estava consciente da dificuldade e enunciou, a propósito de um vendedor que não resolveu o contrato, nem realizou as vendas substitutivas: “Sem dúvida, o vendedor não é obrigado a exercer esses meios; no contexto do cálculo das perdas e danos, o vendedor deve ser tratado como se tivesse tomado as medidas razoáveis”; assim, essas medidas razoáveis teriam conduzido à resolução do contrato.²⁵⁹

No mesmo sentido, um Tribunal arbitral ucraniano decidiu, contrariamente ao entendimento de Stoll e Gruber, que requerer repetidas vezes a entrega do produto pelo vendedor não constitui medida razoável da parte do comprador; deveria ele ter comprado bens semelhantes no mercado²⁶⁰. Segundo Witz, a realização de uma operação substitutiva é considerada como típica medida de mitigação por numerosos precedentes jurisprudenciais²⁶¹.

Portanto, acredita-se que no âmbito da Convenção, o comprador ou vendedor que tenha sido prejudicado pelo inadimplemento deverá efetuar a operação substitutiva se essa terá o condão de mitigar os danos. Caso não o faça, sua indenização será quantificada tendo por base a operação substitutiva hipotética que poderia ter sido realizada, por força do artigo 76 da Convenção.

Com efeito, a CISG estabelece normas para apuração dos danos por operações substitutivas, tanto pelo critério concreto como pelo abstrato. No primeiro caso, se o credor efetivamente realizou a operação substitutiva e essa foi em termos razoáveis, as perdas e danos serão medidas pela diferença entre o preço do contrato e o custo dessa operação substitutiva. Assim dispõe o artigo 75 da Convenção:

Artigo 75

Se o contrato é resolvido e se, de maneira razoável e em tempo razoável depois da resolução, o comprador comprou bens em substituição ou o vendedor revendeu os bens, a parte requerendo indenização poderá recuperar a diferença entre o preço do contrato e o preço da operação substitutiva, além de qualquer outro prejuízo indenizável nos termos do artigo 74.

O artigo 75 se aplica apenas quando de fato foi feita a operação substitutiva. A mera possibilidade de realizá-la não permite a aplicação desse dispositivo²⁶². Para a realização da operação substitutiva, exige-se que o contrato tenha sido resolvido, o que pressupõe o

²⁵⁹ WITZ. L'obligation... op. cit. p. 53. O caso citado por Witz é: Oberlandesgericht Munich, 8 février 1995, C.L.O.U.T. 133, C.I.S.G.-online, n° 143.

²⁶⁰ Cf. Ukraine, 2005, Arbitration proceeding case no. 48, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050000u5.html>. Citado por Zeller. Remedies... op. cit. p. 106.

²⁶¹ Cf. WITZ. L'obligation... op. cit. p. 53.

²⁶² Cf. STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 774.

inadimplemento ou que uma das partes tenha deixado claro que não irá cumprir o contrato (inadimplemento antecipado). Entende-se que apenas depois de resolvido o contrato as partes estão livres para agir e buscar a satisfação junto a terceiros. Enquanto ainda estão ligadas pelo vínculo contratual, a parte prejudicada pode ainda exigir o cumprimento via execução específica²⁶³. Portanto, contrariamente do que ocorre na *common law*, não se pode realizar a operação substitutiva após caracterizado apenas o inadimplemento.

Por outro lado, se a operação substitutiva não foi realizada, mas existe um mercado para os bens em que se pode obter uma cotação de preços para a mercadoria objeto do contrato, as perdas e danos serão calculadas pela forma abstrata. Presentes essas condições, entende-se que o credor poderia facilmente ter mitigado os danos pela realização da operação substitutiva. O artigo 76 da CISG estabelece o seguinte:

Artigo 76

(1) Se o contrato é resolvido e existe um preço corrente para os bens, a parte requerendo indenização pode, se não realizou a compra ou revenda em conformidade com o artigo 75, recuperar a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da rescisão, além de qualquer outro prejuízo indenizável nos termos do artigo 74. Se, entretanto, a parte requerendo os danos resolveu o contrato depois de receber os bens, o preço corrente no momento em que recebeu os bens será aplicado ao invés do preço corrente no momento da resolução.

(2) Para os objetivos do parágrafo precedente, o preço corrente é o preço vigente no local em que a entrega das mercadorias deveria ter sido feita ou, se não houver preço corrente em tal lugar, no preço em outro lugar que sirva de razoável substituto, realizando-se a compensação devida pelas diferenças no custo de transporte dos bens.

Contrariamente ao que ocorre no direito inglês, a mensuração abstrata apenas se aplicará se não tiver sido realizada a operação substitutiva. Para atender o disposto no artigo, entende-se que preço corrente não precisa ser um valor de cotação oficial, bastando que tenha sido estabelecido um preço em uma determinada praça como resultado de várias transações regulares envolvendo produtos do mesmo tipo²⁶⁴.

A Convenção de Viena não se refere expressamente à possibilidade de o credor recuperar os custos razoavelmente incorridos com as medidas de mitigação. No entanto, tal

²⁶³ Cf. STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 775.

²⁶⁴ Cf. STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 782.

direito é reconhecido pela doutrina e jurisprudência, a partir do princípio da reparação integral previsto no artigo 74 da CISG²⁶⁵.

Por fim, cumpre observar que a doutrina considera que a limitação de *evitabilidade* prevista no artigo 77 pode ser aplicada de ofício, apesar da linguagem utilizada (“a parte inadimplente poderá pedir”). Portanto, o juiz poderá negar a indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados mesmo na ausência de um pedido nesse sentido por parte do devedor inadimplente²⁶⁶.

Não obstante, incumbe à parte inadimplente a prova de que o credor poderia ter adotado medidas razoáveis e que teriam evitado parte ou todos os danos²⁶⁷. Segundo julgado da Suprema Corte da Áustria, a parte deve demonstrar “as possibilidades de conduta alternativa e qual parte dos danos teria sido evitada.”²⁶⁸

2.4 A mitigação nas iniciativas internacionais de consolidação do direito dos contratos

O dever de mitigar é contemplado nas várias iniciativas de consolidação internacional do direito dos contratos, o que permite concluir tratar-se de um instituto aceito pela generalidade dos ordenamentos jurídicos ou, pelo menos, reconhecido como uma norma cuja adoção se mostra conveniente em uma iniciativa de harmonização ou uniformização.

Dentre essas iniciativas, cabe mencionar os Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais. Os Princípios foram editados pelo Unidroit - International Institute for the Unification of Private Law, uma organização intergovernamental independente, criada com o objetivo de modernizar, harmonizar e coordenar normas relativas ao comércio internacional²⁶⁹. Os Princípios Unidroit são entendidos como uma compilação do direito aplicável aos contratos internacionais ou a redução a escrito das normas consuetudinárias da *lex mercatoria*²⁷⁰. Não se trata de uma convenção internacional e, assim, não pode ser

²⁶⁵ Cf. STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 792.

²⁶⁶ Cf. STOLL, GRUBER. Section... op. cit. p. 793. WITZ. L’obligation... op. cit. p. 54. Zeller. Remedies... op. cit. p. 105.

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Oberster Gerichtshof, Austria, 6 February 1996. No. 10 Ob 518/95, <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/960206a3.html>. Citado por LIU. Remedies... op. cit. p. 486.

²⁶⁹ Cf. <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>. Consulta realizada em 21/07/2010.

²⁷⁰ VOGENAUER, Stefan, KLEINHEISTERKAMP, Jan. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009. p. 1.

simplesmente adotado por um determinado país, muito embora possa servir de orientação doutrinária para a revisão da legislação interna de cada nação. Sua força é doutrinária e deriva da autoridade do instituto, das pessoas envolvidas em sua elaboração e da aceitação, pela livre vontade das partes, em razão da percepção de ser uma acurada compilação do direito aplicável aos contratos internacionais²⁷¹.

A primeira versão dos Princípios Unidroit foi publicada em 1994, sendo fruto dos esforços de um grupo de trabalho formado pelo Instituto em 1980. O grupo era formado por vinte e um membros, em sua maioria juristas com experiência em contratos internacionais, tendo sido posteriormente reduzido a dezessete membros de quatorze diferentes países. Em 1997, o Instituto formou outro grupo de trabalho, com dezessete membros, representando dezesseis diferentes jurisdições, para trabalhar em uma segunda versão dos Princípios, que veio a lume em 2004²⁷².

Nas palavras de Bonell, *chairman* do primeiro grupo de trabalho, “os Princípios Unidroit pretendem enunciar regras que são comuns à maioria dos sistemas jurídicos existentes e, ao mesmo tempo, fornecer soluções que parecem melhor adaptadas às exigências especiais do comércio internacional”²⁷³. Dessa forma, a adoção do dever de mitigar pelos Princípios Unidroit representa a sua aceitação no direito contratual dos vários países, além de demonstrar a opinião do grupo de trabalho, formado por eminentes juristas de vários países, de que se trata de instituto cuja adoção é salutar.

Assim foi prevista a limitação da *evitabilidade* nos Princípios:

ARTIGO 7.4.8

(Mitigação do dano)

(1) A parte inadimplente não é responsável por danos sofridos pela parte prejudicada na medida em que esses danos poderiam ter sido reduzidos com a adoção de medidas razoáveis por parte desta.

(2) A parte prejudicada tem direito a reaver quaisquer despesas que tenha razoavelmente realizado na tentativa de reduzir os danos.²⁷⁴

Inicialmente, cumpre observar que, nos Princípios Unidroit, o princípio da mitigação tem tratamento separado da culpa concorrente que, por sua vez, é objeto do Artigo 7.4.7.

²⁷¹ Cf. VOGENAUER, KLEINHEISTERKAMP. Commentary... op. cit. p. 6.

²⁷² Cf., para um histórico da elaboração dos Princípios Unidroit, VOGENAUER, KLEINHEISTERKAMP. Commentary... op. cit. p. 6-12.

²⁷³ BONELL, Michael Joachim. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? *Tulane Law Review*. New Orleans, v. 69, p. 1121-1147, 1994-1995. p. 1129.

²⁷⁴ UNIDROIT. *Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais/2004*. trad. João Baptista Villela et al. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Não se utilizou a expressão “dever” de mitigar, de forma a evitar-se a polêmica, presente na *common law* e na CISG, acerca de constituir ou não a mitigação um verdadeiro dever. Sem dizer tratar-se também de uma limitação, como faz o *Restatement (Second) of Contracts*, os Princípios simplesmente enunciam que a parte inadimplente não responderá pelos danos que pudessem ter sido evitados. Contrariamente à norma adotada pelo direito alemão, em que a indenização é fixada com certa discricionariedade tendo em vista as circunstâncias, o julgador não tem liberdade na aplicação dos Princípios: se o dano poderia ter sido evitado, não haverá responsabilidade da parte inadimplente²⁷⁵.

Assim como nos ordenamentos jurídicos vistos acima, o credor deve apenas adotar medidas razoáveis. O que é razoável é uma questão de fato e deverá ser determinado a cada caso. Nessa determinação, deve-se levar em conta que o credor é a parte prejudicada e, portanto, não se deve exigir dele medidas excessivamente onerosas²⁷⁶. O Artigo 7.4.8 prevê expressamente a possibilidade de o credor recuperar as despesas razoavelmente incorridas com a tentativa de reduzir os danos. Como atesta Bonell, esse dispositivo já foi aplicado em inúmeros casos, sobretudo envolvendo jurisdição arbitral²⁷⁷.

Os Princípios Unidroit estabelecem, ainda, disposições relativas à realização de operações substitutivas, de forma semelhante à CISG. Há preferência pelo critério concreto de apuração das perdas e danos. Assim, se a parte prejudicada realizou a operação substitutiva em termos razoáveis e sem atraso indevido, a indenização será calculada pela diferença entre o preço contratual e aquele obtido na operação substitutiva. Se a operação substitutiva não foi realizada, mas existe um preço corrente para o objeto do contrato, aplica-se o critério abstrato. Os dispositivos relevantes são os seguintes:

ARTIGO 7.4.5

(Prova do dano em caso de transação substitutiva)

Nos casos em que a parte prejudicada tenha extinguido o contrato e tenha realizado uma transação substitutiva em tempo e de maneira razoável, pode cobrar a diferença entre o preço do contrato e o preço da transação substitutiva, bem como a indenização por outros danos.

ARTIGO 7.4.6

²⁷⁵ Cf. VOGENAUER, KLEINHEISTERKAMP. Commentary... op. cit. p. 903.

²⁷⁶ Cf. VOGENAUER, KLEINHEISTERKAMP. Commentary... op. cit. p. 902.

²⁷⁷ BONELL, Michael Joachim (ed). *The Unidroit Principles in practice: caselaw and bibliography on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. 2. ed. Ardsley: Transnational, 2006. p. 413-415.

(Prova do dano por referência ao preço corrente)

(1) Nos casos em que a parte prejudicada tenha extinguido o contrato e não tenha feito uma transação substitutiva, mas haja um preço corrente para a prestação contratada, ela pode reaver a diferença entre o preço contratado e o preço corrente no momento em que o contrato é extinto, além de indenização por qualquer dano adicional.

(2) O preço corrente é o preço normalmente cobrado por bens entregues ou serviços prestados em circunstâncias semelhantes no lugar em que o contrato deveria ter sido adimplido ou, se não há preço corrente nesse local, o preço corrente em qualquer outro lugar que pareça razoável poder-se tomar como referência.²⁷⁸

A doutrina da *evitabilidade* aparece em outra iniciativa de consolidação do direito dos contratos: os Princípios de Direito Contratual Europeu, conhecidos pela sigla PECL²⁷⁹. Trata-se de uma consolidação do direito europeu dos contratos, sem força vinculante como lei nacional, supranacional ou internacional, como destacado nos seus próprios comentários²⁸⁰. Assim como os Princípios Unidroit, sua força decorre de sua livre aceitação pelas partes em reconhecimento da qualidade do trabalho em estabelecer o que há de comum entre o direito contratual dos Estados membros da União Européia.

O trabalho foi iniciado em 1982 pela Comissão sobre o Direito Europeu dos Contratos, formada por advogados dos países então membros da União Européia e coordenada pelo Professor Ole Lando²⁸¹. A primeira parte foi publicada em 1995, depois revisada e republicada, juntamente com a segunda parte, em 1999²⁸². A terceira parte foi publicada em 2003.

Os objetivos dos PECL e dos Princípios Unidroit são basicamente os mesmos; no entanto, os PECL pretendem ser a consolidação do direito do contrato apenas dos países europeus, enquanto os Princípios Unidroit pretendem abranger todos os sistemas jurídicos do globo. Além disso, os Princípios Unidroit estabelecem o direito comum dos contratos internacionais, ao passo que os PECL consolidam o direito aplicável aos contratos em geral, inclusive aqueles de caráter eminentemente nacional²⁸³. Além disso, os PECL foram

²⁷⁸ UNIDROIT. *Op. cit.*

²⁷⁹ Principles of European Contract Law.

²⁸⁰ Cf. LANDO, Ole, BEALE, Hugh. Principles of European contract law. Pt. 1 and 2. Haia, Londres, Boston: Kluwer, 2000. p. 95.

²⁸¹ Cf. LANDO, BEALE. Principles... *op. cit.* xxiii.

²⁸² Cf. LANDO, Ole. *Principles of European Contract Law and Unidroit principles* : similarities, differences and perspectives. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002. p. 2.

²⁸³ Cf. LANDO, Ole. Principles... *op. cit.* p. 7-8.

elaborados tendo em vista servir de fundamento para um futuro direito comum dos contratos na Europa²⁸⁴.

Em formulação bastante semelhante àquela prevista nos Princípios Unidroit, os PECL assim dispõem sobre a mitigação:

Artigo 9:505: Redução dos danos

(1) A parte inadimplente não é responsável pelos danos sofridos pela parte prejudicada na medida em que a parte prejudicada poderia ter reduzido os danos pela adoção de medidas razoáveis.

(2) A parte prejudicada faz jus a recuperar quaisquer despesas razoavelmente incorridas na tentativa de reduzir os danos.²⁸⁵

A limitação da *evitabilidade* é tratada separadamente da culpa concorrente, em linha com os Princípios Unidroit e o entendimento majoritário da doutrina de que são dois institutos diferentes. A culpa concorrente vem referida no artigo 9:504.

Igualmente aos Princípios Unidroit, é contemplada a apuração da indenização pela diferença entre uma operação substitutiva concreta, se esta tiver sido realizada. Caso não tenha sido, mas exista um preço corrente no mercado, aplica-se o critério abstrato de apuração. Assim dispõem os artigos relevantes:

Artigo 9:506: Operação substitutiva

Na hipótese em que a parte prejudicada resolveu o contrato e fez uma operação substitutiva em um tempo razoável e de maneira razoável, ela poderá recuperar a diferença entre o preço contratual e o preço da operação substitutiva, além da indenização por qualquer outra perda na medida em que seja indenizável nos termos dessa Seção.

Artigo 9:507: Preço corrente

Na hipótese em que a parte prejudicada resolveu o contrato e não fez uma operação substitutiva, mas há um preço corrente para a prestação contratada, ela pode recuperar a diferença entre o preço contratual e o preço corrente ao tempo em que o contrato foi resolvido, além da indenização por qualquer outra perda na medida em que seja indenizável nos termos dessa Seção.

A mitigação é prevista de forma semelhante, ainda, no *Draft of a Common Frame of Reference*, ou Minuta de um Quadro Comum de Referência, referido a seguir como DCFR. Esse documento foi preparado pelo Grupo de Estudo sobre o Código Civil Europeu e pelo

²⁸⁴ Cf. LANDO, BEALE. Principles... op. cit. xxi.

²⁸⁵ Cf. LANDO, BEALE. Principles... op. cit. 445.

Grupo de Pesquisa sobre o Direito Privado da Comissão Europeia²⁸⁶. O trabalho se insere no Plano de Ação sobre um Direito Europeu dos Contratos mais Coerente, adotado pela Comissão Europeia em janeiro de 2003. Como ressaltado na própria introdução ao documento, o DCFR é um documento acadêmico e consiste em um passo para a adoção do *Common Frame of Reference*, o documento político que servirá de base para futuras iniciativas de harmonização ou uniformização do direito europeu dos contratos, entre outros fins²⁸⁷.

No que se refere à mitigação dos danos, o DCFR repetiu, em seus Artigos 3:705, 3:706 e 3:707, o que dispõe o PECL nos Artigos 9:505, 9:506 e 9:507, respectivamente. A inclusão da *evitabilidade* nessa nova iniciativa de consolidação do direito europeu dos contratos reforça a conclusão da aceitabilidade geral desse instituto nos vários países da Europa e da sua conveniência de sua manutenção no direito contratual.

²⁸⁶ Cf. VON BAR, Christian, CLIVE, Eric, SCHULTE-NÖLKE, Hans. *Principles, definitions and model rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): Interim Outline Edition*. Munique: Sellier, 2008.

²⁸⁷ Cf. VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE. *Principles...* op. cit. p. 29-35.

III – ANÁLISE ECONÔMICA DA MINIMIZAÇÃO DO PREJUÍZO

*O contrato é antes de tudo um fenômeno econômico. Não é uma criação do direito.*²⁸⁸

*É preciso repensar os esquemas tradicionais [da teoria de contratos], associá-los aos dados novos da Economia e da Sociologia, impregná-los de valores humanos.*²⁸⁹

3.1 Introdução

Conforme evidenciado pelo capítulo precedente, o princípio da mitigação encontra-se consolidado nos países de *common law* e aceito nos países de tradição romano-germânica, à exceção da França, onde a sua formulação como um princípio geral de aferição dos danos indenizáveis encontra resistência, sendo, contudo, aplicado em tipos contratuais específicos. Os instrumentos internacionais e as iniciativas de harmonização ou uniformização do direito europeu trazem o dever de mitigar. Uma vez avaliada a aceitação ampla, embora não irrestrita, da mitigação no direito comparado, parte-se para a análise econômica do instituto, o que se mostra apropriado diante da constatação de ser o contrato a “veste jurídico-formal de operações econômicas”²⁹⁰.

Cabe nesse capítulo averiguar se a adoção da *evitabilidade* torna o direito contratual mais eficiente e em que medida sua previsão influencia o comportamento das partes. Com efeito, a análise econômica é um instrumento para avaliar o impacto das normas sobre o comportamento. Parte-se do pressuposto de que sanções impostas juridicamente são, para os indivíduos, como preços e que as pessoas reagem às sanções assim como respondem aos preços. Ao tomar sanções (negativas ou positivas) como preços, a economia fornece mecanismos para avaliar os incentivos que as pessoas terão para agir de determinada forma,

²⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97.

²⁸⁹ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, a. 20, n. 2-3,4, p. 313-338, abr.-dez. 1975. p. 335.

²⁹⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

pois o preço maior desestimulará certa conduta, enquanto o menor a incentivará²⁹¹. Pode-se assim comparar se o incentivo ou desestímulo a certa conduta condiz com o objetivo visado pelo legislador ao introduzir tal norma²⁹². Em outros termos, permite verificar se a norma atenderá ao objetivo de política desejado²⁹³.

Além disso, a análise econômica do direito permite avaliar a eficiência de determinada norma para a obtenção do objetivo desejado. Uma vez que uma política é traçada, a análise econômica do direito permite identificar qual forma de implementação implicará menor emprego de recursos econômicos para o mesmo resultado ou o emprego dos mesmos recursos para um resultado melhor. Como afirmaram Cooter e Ulen, “a eficiência é relevante na formulação de normas porque é sempre melhor atingir determinado objetivo a custos menores que maiores. Autoridades públicas nunca defendem o desperdício de dinheiro.”²⁹⁴ Esse é o chamado aspecto normativo da análise econômica do direito, que avalia o quanto a eficiência deve ser sacrificada para atingir outros valores considerados socialmente mais relevantes ou, preservados valores sociais considerados significativos, qual a norma permitirá atingir o objetivo de forma mais eficiente.^{295 296}

²⁹¹ Cf. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 77. PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 89.

²⁹² Cf. COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley, 2008. p. 3.

²⁹³ A título de ilustração, pode-se citar o controle de preços já vivenciado no Brasil algumas vezes. Se o governo considera abusivo o preço de determinado produto, por exemplo, carne, e fixa um preço máximo inferior ao de mercado, isso desestimulará os produtores. Possivelmente eles direcionarão suas terras e demais recursos a outras atividades, o que gerará uma escassez de carne no mercado. Mantida a mesma demanda, a falta de oferta pressionará ainda mais o preço que, no entanto, estará fixado pela norma governamental. Essa tensão será resolvida, em geral, de duas formas: por meio de filas ou pelo pagamento de ágio (valores ou vantagens pagas pelo consumidor além do preço, em burla à norma). Nos dois casos, o objetivo pretendido pelo governo foi frustrado. Em razão da redução da oferta, menos pessoas terão acesso à carne e, por isso, terão que fazer fila e aguardar sua vez de consumir esse produto. Aqueles que têm melhor poder aquisitivo poderão ter acesso ao produto, mas a um preço maior (soma do preço oficial mais o ágio) do que seria se não houvesse o controle.

²⁹⁴ COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 4.

²⁹⁵ Cf. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003. p. 24-25. RIBEIRO, GALESKI JUNIOR. *Teoria...* op. cit. p. 70.

²⁹⁶ Retornando ao exemplo na nota de rodapé 293, se o objetivo fixado pelo legislador é que a população possa comer mais carne, foi ali visto que a fixação de um preço máximo não surtirá o efeito desejado. Por outro lado, o governo pode avaliar outras possibilidades como, por exemplo, subsidiar os produtores de carne, reduzir o imposto sobre o produto, dar “vales-carne” para pessoas com determinada renda, aumentar o imposto sobre outros alimentos, etc. A análise econômica permitirá avaliar qual dessas hipóteses atingirá o objetivo – que a população coma mais carne – com o emprego de menos recursos econômicos do próprio Estado ou de particulares.

Mesmo ao analisar uma determinada operação contratual, que em princípio envolveria apenas as partes do contrato, a análise da eficiência é relevante. Inicialmente porque é possível avaliar a eficiência social da operação, analisando-se não apenas os custos envolvidos para as partes contratantes, mas também para terceiros e a sociedade como um todo. Assim, por meio do conhecimento do comportamento das partes diante dos incentivos dados pela ordem jurídica, pode-se alinhar o interesse de cada uma em maximizar o valor obtido naquela operação com o objetivo de atingir bem estar social. Ao buscar o lucro, o contratante estará beneficiando a sociedade como um todo²⁹⁷. Além disso, operações eficientes evitam o desperdício de recursos econômicos ou, em outros termos, tendem a maximizar a riqueza. Quanto maior a riqueza de cada operação, maior sua disponibilidade em toda sociedade.

A eficiência pode ser avaliada de forma isolada se determinado resultado (de um contrato, opção ou norma) é ou não eficiente. Nesse caso, trata-se de uma análise típica de custo/benefício, isto é, tem-se em conta se os benefícios globais resultantes superam os custos. A eficiência também pode ser analisada de forma comparativa, ou seja, analisa-se se um contrato, opção ou norma é mais ou menos eficiente com relação a outro, comparando-se o resultado dos benefícios menos os custos de cada alternativa. Em alguns casos, chama-se de eficiente o contrato, a opção ou a norma que maximiza a eficiência. Em outros termos, é eficiente aquele que resulta em maior diferença entre o benefício e os custos²⁹⁸.

Portanto, pelo último viés, diz-se que a produção em uma fábrica é eficiente se não for possível produzir mais com os mesmos recursos (mesmos equipamentos, mão-de-obra, energia e matéria prima), ou se não for possível produzir o mesmo tanto com menos recursos (redução em custo com equipamentos, mão-de-obra, energia ou matéria prima)²⁹⁹.

Em uma determinada operação contratual, faz-se referência a dois critérios para apuração da eficiência. A primeira, chamada de eficiência de Pareto ou eficiência de alocação, diz respeito à satisfação de preferências individuais ou a utilidades. Nesse sentido, uma operação será Pareto-superior, ou seja, eficiente, se uma pessoa está mais satisfeita (segundo seus próprios critérios) e a outra não está menos satisfeita (também segundo seus próprios

²⁹⁷ Cf. COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 5.

²⁹⁸ Cf. COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 16-18.

²⁹⁹ Cf. COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 17.

critérios)³⁰⁰. Assim, se uma pessoa compra um livro raro em um sebo por duzentos reais, esse contrato será Pareto-superior. O livreiro, possivelmente, está satisfeito com a operação ou pelo menos é indiferente com relação a ela, senão não a realizaria. O mesmo pode ser dito do adquirente. A maximização da eficiência ocorreria quando fosse impossível realizar outra operação em que a soma das satisfações fosse maior.

No entanto, há várias objeções ao emprego do critério de Pareto. A primeira delas reside na dificuldade de medir utilidade. Ou seja, é possível saber que o livreiro e o comprador estão satisfeitos, mas não é possível mensurar o quanto. Assim, é bastante limitada a aplicação do critério de Pareto à análise de adequação de normas à política desejada³⁰¹. Além disso, sua aplicação traz dificuldades ao vincular o conceito de eficiência à ética utilitarista³⁰². O critério de Pareto envolve, ainda, a inconveniência de desconsiderar o impacto da operação analisada em terceiros³⁰³.

Devido a tais deficiências no critério de Pareto, a análise econômica do direito utiliza mais comumente a eficiência de Kaldor-Hicks, também chamada de maximização de riqueza ou de melhora potencial de Pareto. Por esse critério, uma operação será considerada eficiente se os ganhos auferidos pelos vencedores superarem as perdas sofridas pelos perdedores (se houver)³⁰⁴. Para a avaliação de eficiência no critério de Kaldor-Hicks, não se utiliza o conceito de utilidade, mas sim o conceito de valor. Segundo Posner, “o valor econômico de alguma coisa é quanto uma pessoa está disposta a pagar por ela ou, se já a tem, quanto de dinheiro exige para abrir mão dela.”³⁰⁵

Assim, retomando o exemplo da compra do livro raro, se o adquirente está disposto a pagar até trezentos reais para ter o livro e o livreiro não o vende por menos que cento e cinquenta reais, o contrato firmado por duzentos reais é eficiente pelo critério de Kaldor-Hicks. O adquirente está cem reais melhor e o livreiro está cinquenta reais melhor. Além de ser possível avaliar a eficiência da operação, pode-se mensurar os ganhos e perdas de cada parte e terceiros, bem como mensurar a eficiência gerada, nesse caso, cento e cinquenta

³⁰⁰ Cf. COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 17. RIBEIRO, GALESKI JUNIOR. *Teoria...* op. cit. p. 88.

³⁰¹ Cf. POSNER, Richard A. *The ethical and political basis of efficiency norm in common law adjudication.* *Hofstra Law Review.* Hempstead, v. 8, p. 487-507, 1979-1980. p. 489.

³⁰² Cf. POSNER. *Economic...* op. cit. p. 12.

³⁰³ Cf. POSNER. *Economic...* op. cit. p. 13.

³⁰⁴ Cf. COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 47. PINHEIRO, SADDI. *Direito...* op. cit. p. 121.

³⁰⁵ POSNER. *Economic...* op. cit. p. 10.

reais³⁰⁶. Se o livreiro tem que pagar, naquele dia, a sua conta de luz e não dispõe ainda de recursos, pode ser que ceda às pressões feitas pelo comprador durante as negociações e termine por vender o exemplar por cento e vinte reais. Nessa hipótese, o adquirente está cento e oitenta reais melhor e o livreiro está trinta reais pior³⁰⁷. Essa compra e venda é também eficiente pelo critério de Kaldor-Hicks, sendo que a eficiência total gerada continuará sendo cento e cinquenta reais.

Portanto, uma transação será eficiente, pelo critério de Kaldor-Hicks, se o montante que os ganhadores auferirem for suficiente para compensar, em princípio, os prejuízos dos perdedores (partes do contrato ou terceiros) e ainda sobrar algum valor para os vencedores. Essa compensação, todavia, é apenas potencial, não precisando efetivamente ser realizada para que se caracterize uma operação eficiente³⁰⁸.

Essa análise oferece eficiência como a justificativa econômica de porque os contratos são, em geral, reconhecidos e executados pela ordem jurídica. Parte do pressuposto que as pessoas fazem escolhas racionais³⁰⁹ e agem de forma a maximizar seus interesses. Como as pessoas ingressam em contratos voluntariamente, pode-se inferir que terão um benefício em razão daquele contrato; em outros termos, atribuem mais valor à prestação que será recebida da outra parte do que aquela que irão prestar. Voltando ao exemplo da compra do livro, se ele tivesse o valor de noventa reais para o cliente e cento e cinquenta reais para o livreiro, o contrato não seria realizado, qualquer que seja o preço que se possa imaginar. Portanto, de forma geral, operações voluntárias são eficientes e geram valor, pois o objeto do contrato – o livro no exemplo aqui tratado – será alocado para aquela pessoa que o valoriza mais. O recurso econômico – livro – estará alocado de forma a maximizar o seu valor, aumentando a riqueza disponível na sociedade.

Por outro lado, se o direito não reconhecesse e executasse contratos, esses não seriam realizados, a menos que representassem trocas à vista. Se o livreiro não tivesse a

³⁰⁶ A medida da eficiência geral pode ser vista de duas formas. Uma, pela soma dos ganhos de cada uma das partes. A outra, pela avaliação de que o recurso econômico (livro) deixou de estar nas mãos de quem lhe atribuía o valor de R\$ 150,00 para quem lhe atribui o valor de R\$ 300,00.

³⁰⁷ Em outros termos, o adquirente trocou R\$ 120,00 em dinheiro por algo que para ele valia R\$ 300,00. O livreiro trocou algo que para ele valia R\$ 150,00 por R\$ 120,00 em dinheiro.

³⁰⁸ Cf. COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 47. RIBEIRO, GALESKI JUNIOR. *Teoria...* op. cit. p. 89.

³⁰⁹ Embora essa seja uma presunção muitas vezes refutada por estudos de psicologia comportamental, continua sendo uma presunção válida para a economia, que trabalhará com a idéia de maioria; ou seja, muito embora não se possa dizer que todas as pessoas agem o tempo todo de forma racional, pode-se partir do pressuposto de que a maioria das pessoas age a maior parte do tempo racionalmente. Cf. POSNER. *Economic...* op. cit. p. 17-18.

disponibilidade do livro naquele momento, mas acertasse com o comprador o preço de duzentos reais, a serem pagos no momento da contratação, para entregar o livro em duas semanas, essa operação seria igualmente eficiente, gerando um ganho de cento e cinquenta reais (considerando que o valor do livro para o livreiro é cento e cinquenta reais e para o comprador é trezentos reais). Mas, se o direito não fizesse cumprir esse contrato, o comprador possivelmente não concordaria com tal contrato, pelo receio de não receber o bem. Assim uma operação eficiente deixaria de ser realizada e o bem deixaria de estar alocado de forma a maximizar o seu valor. Por outro lado, pode ser que o contrato fosse realizado, mas o livreiro não entregasse o produto. Nesse caso, o livreiro teve um ganho de duzentos reais e o comprador um prejuízo de duzentos reais, resultando em eficiência zero. Se o livreiro, mesmo na ausência da ordem jurídica, entregasse o livro, a eficiência seria de cento e cinquenta reais. Portanto, se não há execução dos contratos pela ordem jurídica, há duas possibilidades em três de que seja perdida uma transação eficiente³¹⁰.

Ao fomentar operações eficientes, o direito contribui para incrementar, de forma geral, o nível de riqueza disponível na sociedade. A análise econômica do direito não se preocupa, entretanto, com a distribuição dessa riqueza, o que tem sido objeto de críticas desse método. Entretanto, como anotado por Posner, essa limitação metodológica é uma vantagem da análise econômica e não uma deficiência³¹¹. O economista poderá avaliar como uma norma afetará a distribuição de riquezas e qual é a forma mais eficiente de redistribuí-la, mas a distribuição deve ser feita pelas pessoas incumbidas do poder político para tanto³¹². Ao comparar eficiência com equidade, Polinsky afirmou:

Eficiência corresponde ao ‘tamanho da torta’, enquanto equidade tem a ver com como ela é repartida. Economistas tradicionalmente se concentram em como maximizar o tamanho da torta, deixando para outros – como os legisladores – a decisão sobre como dividi-la. A atratividade da eficiência como um objetivo é que, sob algumas circunstâncias (...), todos podem ficar melhores se a sociedade é organizada de maneira eficiente.³¹³

³¹⁰ Cf. COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 203-207.

³¹¹ Cf. POSNER. *Economic...* op. cit. p. 15.

³¹² Cf. COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 9-10. Cooter e Ulen fornecem um exemplo interessante. Em um deserto, há dois oásis, um tem sorvete e o outro não. Cabe à autoridade naquele deserto dizer se essa é a distribuição correta ou se o sorvete deve ser distribuído de alguma forma. Imagine que essa autoridade determine que o primeiro oásis deve transferir ao segundo metade do sorvete que tem. O primeiro pega, então, metade do sorvete e o entrega a um mensageiro que atravessa o deserto com aquele sorvete. Como ele irá derreter, o segundo oásis obterá apenas uma pequena fração do que foi redistribuído. Ou seja, a análise econômica irá concluir que a forma de redistribuição não foi eficiente, avaliando alternativas mais eficientes de efetuá-la.

³¹³ POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 3. ed. Nova York: Aspen, 2003. p. 7.

Na maioria dos casos, portanto, a busca da eficiência não colidirá com a justiça ou qualquer outro valor socialmente relevante. Quando houver colidência, entretanto, caberá aos representantes da sociedade escolher qual valor deverá ser sacrificado e em qual medida³¹⁴. Como assinalou Rodrigo Garcia da Fonseca:

O direito não é escravo da economia, e pode atuar diretamente para afetá-la de modo a condicioná-la aos preceitos constitucionais em matéria econômica, mas só será capaz de fazê-lo na medida em que compreender adequadamente os mecanismos econômicos, e respeitá-los.³¹⁵

Portanto, avaliada a posição da mitigação do prejuízo no direito comparado, faz-se mister analisar se a sua adoção pelo direito brasileiro incrementará a eficiência nos contratos celebrados no país e em que medida afetará o comportamento dos envolvidos.

3.2 A teoria do inadimplemento eficiente

Como a mitigação terá lugar a partir do inadimplemento contratual, cabe inicialmente perquirir a explicação dada pela economia para o descumprimento de um contrato.

Ressalvadas trocas à vista, um contrato servirá para alocar riscos entre as partes³¹⁶. Cada uma das partes reconhecerá os custos e riscos da sua prestação e a precificará, ou seja, exigirá uma contraprestação suficiente para arcar com tais custos e riscos, além de algo a mais, que representa sua lucratividade. O preço do contrato, então, será fixado tendo em vista as expectativas das partes para o futuro. No entanto, essas expectativas tendem a não se confirmar completamente na realidade, pois as partes não conseguem prever todas as contingências e estabelecer em seus contratos regras para tratá-las³¹⁷. À medida que o tempo

³¹⁴ Cf. POSNER. *Economic...* op. cit. p. 16.

³¹⁵ FONSECA, Rodrigo Garcia. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 241.

³¹⁶ Cf. POSNER. *Economic...* op. cit. p. 104-105.

³¹⁷ A previsão de todas as contingências é impossível por dois motivos: racionalidade limitada (*bounded rationality*) e custos de transação. O primeiro representa a falta de conhecimento das partes sobre todas as contingências que podem ocorrer no futuro. A racionalidade humana é limitada e não consegue alcançar, por mais experiente que a pessoa seja no ramo em que está atuando ao contratar, todos os riscos e possibilidades envolvidos com aquele contrato. O segundo motivo indica que, mesmo que algumas contingências tenham sido previstas, as partes preferem não tratar delas, pois o custo para prever qual seriam as possíveis soluções para contingência, negociar uma delas e redigi-la em um contrato podem superar a perda gerada por aquela contingência, vezes a probabilidade de ela ocorrer. Cf. MEDINA, Barak. *Renegotiation, 'efficient breach' and adjustment: the choice of remedy for breach of contract as a choice of a contract-modification theory*. In: COHEN, Nili, MCKENDRICK, Ewan (ed.). *Comparative remedies for breach of contract*. Oxford, Portland: Hart, 2005. p. 52-53. COOTER, ULEN. *Law...* op. cit. p. 220. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 148.

passa e se aproxima da data de cumprimento da obrigação, as partes obtêm mais informações sobre suas respectivas prestações e as reavaliam³¹⁸.

No momento anterior ao cumprimento, uma das partes pode ter avaliado que o cumprimento da prestação devida resulta em prejuízo. Esse fato, por si só, não faz com que descumpra o contrato. Afinal, se o fizer, estará sujeita às sanções legais (indenização, execução específica, multa contratual) e extralegais (impossibilidade de negociar com a outra parte novamente, perda de reputação no mercado). Portanto, uma parte pode decidir entregar a prestação devida, mesmo com perdas, pois os prejuízos de descumprir o contrato seriam ainda maiores.

No entanto, em certas situações, a melhor opção disponível para o devedor poderá ser descumprir o contrato. Isso ocorrerá sempre que os custos com o cumprimento superarem os custos com as consequências do inadimplemento, aí incluídos aqueles relativos às consequências legais e extralegais. Segundo Posner, o descumprimento poderá ocorrer por motivos oportunistas ou por outros motivos, que, por sua vez, poderão ser eficientes ou não³¹⁹.

O inadimplemento será eficiente se o custo de cumprimento para o devedor for maior que o benefício que o credor obtém do contrato. Nessa hipótese, o devedor poderá descumprir o contrato, reparar os danos sofridos pelo credor entregando-lhe a totalidade dos benefícios que receberia e, ainda assim, ficar melhor do que se cumprisse o contrato³²⁰. Com o inadimplemento, o devedor fica melhor e o credor não fica pior do que se o contrato fosse adimplido, atendendo ao critério de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks³²¹.

Tome-se, a título de ilustração, o caso hipotético formulado por Scalise Júnior, com algumas adaptações³²². A pessoa X foi contratada para fabricar e vender para Y 100 unidades de uma peça, ao preço unitário de \$2. O custo de fabricação é \$1 e, portanto, o lucro de X para cumprir o contrato é \$100. Y usará essas peças em um equipamento, cujo uso lhe renderá

³¹⁸ Cf. GOETZ, SCOTT. Mitigation principle..., *op. cit.* p. 972.

³¹⁹ Cf. POSNER. Economic... *op. cit.* p. 108-109.

³²⁰ Cf. ARAÚJO. Teoria... *op. cit.* p. 735.

³²¹ Cf. COOTER, ULEN. Law... *op. cit.* p. 209. COLLINS, Hugh. The law... *op. cit.* p. 368.

³²² Cf. SCALISE JR., Ronald J. Why no "efficient breach" in the civil law? A comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract. *American Journal of Comparative Law*. Ann Arbor, v. 55, p. 721-766, 2007. p. 723.

\$50. Depois de celebrado o contrato, W entra em contato com X e lhe pede 100 unidades de tal peça, oferecendo pagar o preço unitário de \$3. X não consegue atender os dois pedidos simultaneamente. Pela teoria do inadimplemento eficiente, X deve descumprir o seu contrato com Y e vender as peças para W. Desta forma, ela vende as 100 unidades por \$300, incorre em \$100 para fabricá-las e paga a Y o benefício que obteria, ou seja, \$50. X tem, então, \$150 de lucro e se cumprisse o contrato teria \$100. Está, portanto, melhor com o inadimplemento que com o cumprimento do contrato. Y receberia \$50 de lucro se pudesse usar as peças, mas, em compensação, receberá \$50 de indenização, ficando assim na mesma situação em que ficaria se o contrato fosse cumprido. Portanto, se comparado ao cumprimento do contrato, o inadimplemento gera uma eficiência de \$50.

A situação de inadimplemento eficiente pode ser analisada também por uma muito simples aplicação da teoria dos jogos³²³. Para tanto, adotar-se-á a seguinte ilustração: A, que presta serviços educacionais, contrata B para realizar a impressão de 1.000 apostilas. O preço contratado é \$10 por apostila e o custo é \$7. No entanto, antes da entrega, o equipamento de B estraga, sendo possível ser consertado a tempo de cumprir o contrato, mas ao custo de \$8.000. B já estava planejando a substituição do equipamento por um novo e mais moderno, mas este não chegaria antes do prazo de entrega das apostilas para A. Se B descumprir, A terá que contratar uma outra gráfica que, pelo menor tempo disponível, cobrará \$11 por apostila. Essa situação pode ser analisada pela seguinte tabela de resultados:

		B		
		Cumprir ao custo normal	Cumprir depois do defeito	Não cumprir
A	Contratar	3.000 1.000	-5.000 1.000	-1.000 1.000
	Não contratar	0 0	0 0	0 0

Essa matriz indica que A tinha duas opções inicialmente: contratar ou não contratar B. Se não contratasse, não seria gerado valor para nenhuma das partes; por isso, essa linha está preenchida por zeros.

³²³ A teoria dos jogos procura identificar qual o processo de decisão de uma pessoa quando sua ação depende das opções que forem adotadas pela outra pessoa. A teoria dos jogos lida, portanto, com as estratégias racionais adotadas pelos indivíduos diante de certas situações, que equivalem a “jogos”. Cf. COOTER, ULEN. *Law... op. cit.* p. 38-42, 210-212. BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H., PICKER Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994. PINHEIRO, SADDI. *Direito... op. cit.* p 157-200.

Se A contrata, a matriz indica os benefícios ou prejuízos suportados pelas partes diante das três opções disponíveis para B. A terceira coluna (“cumprir ao custo normal”) representa o que as partes obteriam de benefício com o contrato se não tivesse havido o defeito do equipamento e ele fosse cumprido conforme planejado. B obtém \$3.000, que é o lucro de produzir aquela quantidade de apostila. A obtém \$1.000, que é a diferença entre obter as apostilas de B e obtê-las de outra gráfica. A soma dos dois valores mede a eficiência geral da transação, que é de \$4.000. A quarta coluna representa os benefícios/prejuízos das partes se o contrato for cumprido, o que exigirá o conserto do equipamento. B tem um prejuízo de \$5.000, pois recebe \$10.000 pelas apostilas, mas tem que pagar \$8.000 de manutenção da máquina e \$7.000 de custos da produção. A continua com o mesmo benefício de \$1.000, pois recebe as mesmas apostilas que valem \$11.000, pagando o preço de \$10.000. Se o contrato é descumprido, B tem um prejuízo de \$1.000, representado pela indenização que terá que pagar a A. A continua com o mesmo benefício de \$1.000, podendo contratar a impressão das apostilas por \$11.000.

A matriz demonstra que cumprir o contrato conforme havia sido planejado pelas partes gera uma eficiência de \$4.000 e é vantajoso para ambas as partes. Por outro lado, cumpri-lo com a contingência surgida (defeito no equipamento), gera uma ineficiência de \$4.000 (soma do prejuízo para B com o ganho para A). Descumpri-lo é neutro em termos de eficiência, pois a soma será zero.

A comparação desses valores permite concluir que, em condições normais, B provavelmente não descumprirá o contrato, pois o ganho no cumprimento é maior que no descumprimento. Diante da contingência, B terá um grande estímulo em descumprir o contrato, porque evitará uma perda de \$5.000 com um prejuízo de \$1.000. Observa-se que o descumprimento gera uma eficiência global para as duas partes, que será igual a zero, maior do que o cumprimento, que será igual a -\$4.000. O descumprimento, assim, não é apenas melhor para B, mas é mais eficiente socialmente. É possível constatar, ainda, que a opção de B não interfere na decisão de A contratar ou não, pois, qualquer que seja a escolha de B, A recebe o mesmo valor (\$1.000) se contratar e um valor menor (\$0) se não contratar.

A partir da constatação de que existem inadimplementos que são eficientes, juristas, sobretudo norte-americanos, passaram a defender que o direito não deveria criar mecanismos que barrem a possibilidade de uma das partes descumprir o contrato se tal inadimplemento é

eficiente³²⁴. Conforme visto no item 2.1 acima, essa é a explicação econômica que se dá para a *common law* preferir conceder à parte prejudicada pelo inadimplemento uma indenização pelas perdas e danos do que execução específica da obrigação. No exemplo da venda das peças, se fosse fixada, por exemplo, uma *astreinte* para que X entregasse as 100 peças para Y, o direito determinaria uma solução que não é a mais eficiente. Da mesma forma, no caso da gráfica, a execução específica determinaria que um contrato fosse cumprido com uma ineficiência de \$4.000, quando o inadimplemento poderia ter sido neutro sob o ponto de vista de eficiência.

A teoria do inadimplemento eficiente parte do pressuposto que o credor pode obter, como indenização, todo o benefício que teria do contrato. Essa presunção, embora correta do ponto de vista teórico³²⁵, não se verifica na prática, pois a mensuração das perdas e danos não é perfeita. Retomando os exemplos acima, no caso da venda das peças, provavelmente será de difícil determinação os lucros que o credor Y teria ao utilizar seu equipamento. Além de grandes possibilidades de erro nessa determinação, Y incorrerá em custos elevados para demonstrar seu prejuízo e o julgador terá também custos significativos para determinar a indenização correta. No caso da gráfica, em que há uma prestação substituta idêntica no mercado, a apuração das perdas e danos é mais simples, disponível a baixos custos, sendo pouco provável a ocorrência de erro. Em razão da dificuldade de se mensurar os prejuízos sofridos pelo credor em certos casos, pode ser que o credor receba uma indenização menor ou maior que os danos efetivamente sofridos. Por isso, assim observaram Cooter e Ulen:

Em geral, a melhor medida de perdas e danos gera um nível eficiente de comprometimento do devedor, enquanto a medida errada de perdas e danos cria um nível ineficiente de comprometimento. Perdas e danos abaixo do melhor nível fazem com que o devedor descumpra o contrato com muita frequência, o que faz com que o credor se torne relutante em contratar. Perdas e danos acima do melhor nível fazem com que o devedor cumpra quando é muito oneroso, o que faz com que ele se torne relutante em contratar.³²⁶

Assim, a aceitação da teoria do inadimplemento eficiente não é irrestrita, havendo críticas em razão dos altos custos em se determinar as perdas e danos e do inexorável erro em

³²⁴ Cf. COLLINS, Hugh. The law... op. cit. p. 368. POSNER. Economic... op. cit. p. 109. BIRMINGHAM, Robert L. Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. *Rutgers Law Review*. Newark, v. 24, p. 273-292, 1969-1970. p. 284.

³²⁵ Seja nos países de *common law*, em que a regra geral para definição da indenização é pelos danos de expectativa, cf. item 2.1, ou nos países de *civil law*, em que vige o princípio da reparação integral do dano, que abrange os danos emergentes e os lucros cessantes.

³²⁶ COOTER, ULEN. Law... op. cit. p. 212.

sua determinação para várias situações. Além disso, a teoria não é suficiente para explicar porque o mesmo critério não deve ser usado para inadimplementos que, apesar de originados de oportunismo, sejam eficientes³²⁷.

Além disso, a teoria se fundamenta no chamado princípio da indiferença, que reza que, para o credor, não há diferença entre receber a prestação devida e a indenização, desde que essa permita a completa recuperação das perdas e danos. No entanto, é de se reconhecer que o credor pode ter um interesse subjetivo na prestação e não ser indiferente entre perdas e danos e prestação *in natura*³²⁸.

Portanto, o favorecimento do inadimplemento eficiente privilegia a maximização da eficiência, mas faz com que se torne mais frequente o descumprimento contratual. Outros valores de um sistema jurídico – *e.g.* maior garantia à palavra dada, proteção dos interesses subjetivos dos credores – podem, entretanto, determinar que não seja adotada uma política de favorecer inadimplementos eficientes³²⁹.

No entanto, a teoria do inadimplemento eficiente fornece informações interessantes sobre o comportamento das partes ao decidir a respeito de cumprir ou descumprir o contrato, o que será útil para a avaliação dos impactos gerados pela adoção da *evitabilidade* em determinado sistema jurídico.

3.4 A mitigação dos danos como redução do custo do inadimplemento contratual

Conforme visto no item 2.1.2 acima, a doutrina da *evitabilidade* tem um fundamento óbvio: evitar o desperdício de recursos econômicos. Se, diante de um inadimplemento, o credor deixa simplesmente que prejuízos se acumulem, embora ele seja reembolsado de tais perdas (na ausência da regra de mitigação), aquele recurso não será reintegrado na economia. Em outros termos, a indenização apenas altera a alocação daquele valor, do devedor inadimplente para o credor, mas não cria valor. Assim, aquele recurso econômico perdido não

³²⁷ Cf. FRIEDMANN, Daniel. The efficient breach fallacy. *The Journal of Legal Studies*. Chicago, v. 18, p. 1-24, 1989. MACNEIL, Ian R. Efficient breach of contract: circles in the sky. *Virginia Law Review*. Charlottesville, v. 68, p. 947-969, 1982.

³²⁸ Cf. FRIEDMANN, Daniel. Economic aspects of damages and specific performance compared. In: SAIDOV, Djakhongir, CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford, Portland: Hart, 2008.

³²⁹ Sobre as resistências éticas em se adotar a abordagem do inadimplemento eficiente: Cf. ARAÚJO. Teoria... op. cit. p. 740-743.

será restaurado à sociedade, pois a indenização apenas fará com que mude de mãos³³⁰. Segundo raciocina Dobbs, se o credor pode evitar perdas de \$10, gastando \$1, motivos de eficiência sugerem que o credor deve impedir que tal perda ocorra, pelo menos quando o devedor não está em condição de evitar a perda de forma menos onerosa³³¹.

No item antecedente, restou consignado que as partes, ao contratarem, avaliam os custos e os riscos de suas respectivas prestações. No entanto, podem ocorrer contingências entre a data da celebração do contrato e a de seu cumprimento que aumentem o custo de tal maneira que inadimplir o contrato se torna a decisão mais racional para o devedor.

O mesmo pode ocorrer com um projeto de uma pessoa natural ou jurídica que não envolva um contrato³³². Um indivíduo, quando planeja desenvolver um projeto, avalia seus custos, riscos e expectativas de ganhos. No entanto, podem ocorrer fatos que façam com que os custos extrapolem significativamente o previsto e faça com que a pessoa reavalie o projeto. Se os custos superarem a expectativa de ganhos³³³, a pessoa que agir racionalmente interromperá o projeto e tomará todas as medidas que sejam economicamente eficientes para reduzir ao máximo seus prejuízos. Portanto, a pessoa irá compatibilizar as ações de interromper

³³⁰ Cf. HILLMAN, Keeping... op. cit. p. 558. FARNSWORTH. Contracts. op. cit. p. 806-807. McCORMICK. Handbook... op. cit. p. 127.

³³¹ Cf. DOBBS. Law of... op. cit. p. 274.

³³² Uma das relevantes contribuições de Ronald Coase para a teoria econômica consiste exatamente em seu exame das razões pelas quais a pessoa resolve realizar projetos em uma firma ao invés de persegui-los por meio de operações no mercado, ou seja, por contratos. Cf. COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica, New Series*. Londres, v. 4, p. 386-405, Nov. 1937.

³³³ A expectativa de ganhos deve sofrer um “desconto” em razão da probabilidade de auferir aquele ganho. Por exemplo, se com um custo de \$100, a pessoa tem 70% de chance de ganhar \$200, a expectativa de ganho pode ser medida como \$140. Na verdade, a decisão de prosseguir ou não com o projeto envolve uma análise mais complexa, trazendo-se a valor presente o ganho projetado. Para fazer isso, o ganho terá que sofrer um desconto pela taxa de retorno, projetada no tempo, de projetos semelhantes com mesmo risco. A idéia é que, se houver outros projetos em que a pessoa possa incorrer em um custo de \$100 e ter 70% de chance de ganhar \$300, ela não vai investir naquele em que tem 70% de chance de ganhar \$200, muito embora o saldo desse último projeto seja positivo (expectativa de ganho de \$140, contra custo de \$100). Da mesma forma, se houver outro projetos com mesma expectativa de ganho, mas riscos menores, a pessoa irá preferi-lo. O padrão de escolha da maioria das pessoas é que, se puder investir \$100 com certeza de que ganhará \$140, não investirá em um projeto com 70% de chance de ganhar \$200. Isso ocorre porque a maioria das pessoas é avessa a risco. Nas análises feitas nessa seção, entretanto, não será necessário proceder às avaliações mais complexas de valor presente, que não alterariam o resultado das conclusões. Ademais, nos cálculos de indenizações feitas pelo Poder Judiciário, esse não costuma ser um critério utilizado. No entanto, para uma análise econômica da mitigação a partir do modelo de cálculo do valor presente, cf. MACINTOSH, Jeffrey G., FRYDENLUND, David C. An investment approach to a theory of contract mitigation. *University of Toronto Law Review*. Toronto, v. 37, p. 113-182, 1987. Sobre a constatação de que a maioria das pessoas é avessa ao risco, cf. COOTER, ULEN. Law... op. cit. p. 49-50.

o projeto e minimizar os danos de forma a obter, dadas as contingências da situação, uma solução que maximize sua riqueza³³⁴.

Quando o projeto é realizado pela forma contratual, há uma fratura no processo de decisão. Uma das partes decide acerca de interromper o projeto (inadimplir o contrato), enquanto a outra responderá pela mitigação dos danos. Na ausência da regra de mitigação, está nas mãos do credor evitar ou não o prejuízo que, ao final, será suportado pelo devedor, criando uma situação conhecida na análise econômica do direito como problema de agência³³⁵, que “se resume a uma situação em que os interesses de uma pessoa (o *principal*) dependem das ações da outra (o *agente*) – com o qual não compartilha os objetivos –, conforme regulado no contrato entre as duas”³³⁶.

Os interesses das partes não estão alinhados subsequente ao término de um projeto desenvolvido pela forma contratual, como necessariamente estariam se o projeto fosse realizado individualmente. Como anotaram MacIntosh e Frydenlund, “o resultado pode ser a diminuição do produto econômico conjunto das partes.”³³⁷ Desta forma, o objetivo da norma de mitigação é promover a colaboração entre as partes após o inadimplemento contratual, tendo como ideal mimetizar as decisões que seriam tomadas em um projeto desenvolvido individualmente³³⁸.

O credor prejudicado pelo inadimplemento pode deixar de adotar as medidas razoáveis para evitar o dano, basicamente, por três razões: risco moral (*moral hazard*), reação à incerteza ou oportunismo. A adoção da *evitabilidade* atua de forma a neutralizar esses motivos, induzindo o credor prejudicado a agir de forma a mitigar os prejuízos e evitar a perda de recursos econômicos.

³³⁴ Cf. MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... op. cit. p. 113.

³³⁵ Cf. MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... op. cit. p. 134. O problema de agência (*agency problem*) surge quando uma parte age por outra, como em um contrato de agência, em que o agente atua pelo proponente. A questão é exatamente como assegurar que os interesses do agente estarão alinhados com os do proponente. O problema de agência não tem aplicação apenas no contrato de agência, mas em todas as situações em que uma parte age por outra, como, por exemplo, um diretor de uma sociedade age no interesse dos acionistas ou o credor age no interesse do devedor para mitigar os danos. Cf. COOTER, ULEN. Law... op. cit. p. 331-334. POSNER. Economic... op. cit. p. 408-410.

³³⁶ PINHEIRO, SADDI. Direito... op. cit. p. 139.

³³⁷ MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... op. cit. p. 114.

³³⁸ Cf. GOETZ, SCOTT. Mitigation principle..., op. cit. p. 972.

Na falta da limitação de *evitabilidade*, o credor não tem nenhum incentivo para evitar um dano que será, ao final, ressarcido pelo devedor. Se ele considera que o devedor tem boas condições financeiras, podendo arcar com os prejuízos, e confia que o julgador determinará o ressarcimento pelo devedor, o credor poderá preferir ficar inerte a ter que agir e incorrer em custos razoáveis para defender os interesses que considera como pertencentes ao devedor. Enfim, o credor pode simplesmente agir de forma descuidada com relação aos danos causados porque, como serão ressarcidos, não tem qualquer incentivo para agir de forma diligente.

A situação equivale à de risco moral (*moral hazard*), identificada em contratos de seguro: a partir do momento que o bem está segurado, seu titular passa a agir com menos cuidado para a conservação desse bem. Segundo Posner:

A tendência de um segurado em relaxar seus esforços para evitar a ocorrência do risco com relação ao qual está segurado, porque transferiu esse risco a uma companhia seguradora, é conhecida como “risco moral”³³⁹.

Observa Fernando Araújo que a identificação de risco moral, com um dos custos de transação, é aplicável a todos os contratos:

Inicialmente desenvolvido na análise da relação contratual – tal como o conceito que lhe é contraposto – o “risco moral” é hoje aceite como um problema universal, detectável nas mais diversas situações e nos mais remotos recantos das relações económicas e jurídicas. O seu domínio de eleição é, todavia, o da “relação de agência”, denotando nesse caso o uso estratégico de informação privativa por parte de um agente, na medida em que os objetivos visados com o contrato dependam crucialmente da conduta desse agente e ele possa manipular as condições em que cumpre os seus deveres contratuais, mais especificamente o seu grau de esforço e a sua fidelidade ao programa de acção a que se declarou adstrito, privando a contraparte, o principal, da informação que propiciaria a este a detecção e a avaliação desse desvio dos fins contratuais.³⁴⁰

Goetz e Scott constataram que o inadimplemento contratual gera uma situação de risco moral:

Na falta de regras de mitigação, a indiferença do credor de fazer adaptações que sejam eficientes em termos de custo pode significativamente afetar o custo da opção de inadimplemento. Esse é o caso clássico de “risco moral”: a parte cujos direitos estão “segurados” pela obrigação não está disposta a adotar as precauções que beneficiem o segurador.³⁴¹

³³⁹ POSNER. *Economic...* op. cit. p. 109.

³⁴⁰ ARAÚJO. *Teoria...* op. cit. p. 287.

³⁴¹ GOETZ, SCOTT. *Mitigation principle...*, op. cit. p. 980.

A adoção de uma norma que circunscreva a indenização aos danos inevitáveis corrige essas distorções e impede a perda desnecessária de recursos econômicos quando o contrato é inadimplido, neutralizando o comodismo do credor. Basta imaginar o exemplo das janelas defeituosas, mencionado no item 2.1.4.3 acima.

O credor prejudicado pela entrega e instalação de janelas defeituosas, na ausência da norma de mitigação, pode preferir ficar inerte, ou seja, não se dar ao trabalho de se dirigir a um depósito de construção e gastar uma pequena quantia para comprar lonas para cobrir as janelas. Afinal, se de fato chover e os móveis forem estragados, a perda seria indenizada pelo devedor inadimplente. Então, se a indenização efetivamente cobrir os danos, para ele será indiferente se os móveis foram perdidos ou não e, portanto, o credor não terá nenhum incentivo para evitar os danos. Se considerarmos que, na ausência da norma de mitigação, o credor não teria direito a recuperar as despesas incorridas para mitigar, será possível afirmar que o credor terá até mesmo um incentivo para não evitar que os danos ocorram. O credor não terá nenhum benefício se assim agir, enquanto terá que arcar com as despesas de suas ações.

A título ilustrativo, pode-se afirmar que o custo de correção das janelas é de \$300, o custo das lonas é \$2 e o custo dos móveis é \$1.000. Os valores que as partes obtêm após o inadimplemento são os seguintes³⁴²:

	Credor			
	Não mitigar, sem dever de mitigar	Mitigar, sem dever de mitigar	Não mitigar, com dever de mitigar	Mitigar, com dever de mitigar
Devedor inadimplente	\$300	\$298	-\$700	\$300
	-\$1.300	-\$300	-\$300	-\$302
	-\$1.000	-\$2	-\$1.000	-\$2

Considerando que o inadimplemento já ocorreu, ou seja, que as janelas foram entregues defeituosas, o custo de seu reparo é considerado como um dano inevitável. Portanto, representará uma perda para o devedor e um ganho para o credor em todos os cenários. Na primeira coluna, se o credor não mitigar e não existir a limitação de *evitabilidade*, o credor vai perder móveis que valem \$1.000, mas tal perda é compensada pela indenização de \$1.000. O devedor terá que pagar o custo do reparo e a indenização, perdendo

³⁴² Para facilitar a compreensão das consequências em se adotar ou não a regra de mitigação, utilizar-se-á uma representação gráfica similar à tabela de resultados (ou matriz de *payoff*) da teoria dos jogos. No entanto, a análise não está sendo feita sob essa teoria, pois não se avalia a estratégia as possíveis decisões de uma das partes tendo em vista a estratégia da outra, uma vez que, no modelo acima, a decisão de inadimplir o contrato já foi tomada. Analisa-se apenas o possível comportamento do credor prejudicado pelo inadimplemento.

\$1.300. A ineficiência total corresponde ao valor dos móveis, que é o recurso econômico que a sociedade perdeu.

Na segunda coluna, o credor resolve comprar as lonas e evitar a perda dos móveis. Recebe o conserto da janela, que vale \$300, mas não o custo da lona, tendo uma perda de \$2. O devedor apenas arca com o reparo da janela. Os móveis são preservados e a ineficiência total é de \$2.

Na terceira coluna, o direito adotou o dever de mitigar, mas, apesar disso, o credor não fez nada para evitar a perda dos móveis. Receberá os reparos na janela, que valem \$300, mas perderá os móveis que valem \$1.000, ficando com um saldo de -\$700. Como a indenização é limitada aos prejuízos evitáveis, o credor não receberá indenização pelos móveis perdidos. Assim, o único valor que o devedor perderia seria o custo dos reparos.

Na quarta coluna, existe o dever de mitigar e o credor age conforme esperado, evitando as perdas. Ele obtém o reparo, que vale \$300, tem uma perda de \$2 com a aquisição da lona, mas obtém o reembolso dessa despesa. O devedor terá apenas que pagar os custos do reparo e da lona adquirida.

Essa ilustração permite perceber de forma clara a procedência das afirmativas feitas anteriormente. Inicialmente, verifica-se que a mitigação evita a perda de recursos econômicos. Com ou sem a adoção da norma, se o credor efetivamente adota uma conduta de mitigação, o saldo é melhor \$998 do que se permanece inerte. Essa quantia equivale à diferença entre os móveis que foram salvos e o custo das medidas adotadas.

Apesar desse resultado, o exemplo acima demonstra que o dever de mitigar tem o papel de induzir a conduta que é mais eficiente. Sem a adoção da norma, o credor possivelmente ficaria inerte porque *para ele* mitigar seria pior do que não mitigar. No entanto, *socialmente e para o devedor* mitigar é melhor³⁴³. Partindo do pressuposto que o credor é um agente racional que visa a maximizar sua própria riqueza, ele não adotará condutas para evitar os danos. Com a inserção no ordenamento jurídico do dever de mitigar, os interesses do credor, do devedor e da sociedade como um todo ficam alinhados. Não mitigar passa a ser a pior conduta *para o credor*, assim como é a pior conduta do ponto de vista *social* de

³⁴³ Percebe-se a veracidade da afirmativa feita acima de que, quando um projeto é conduzido por meio de contrato, a divisão entre a decisão sobre interrompê-lo e aquela concernente à mitigação pode levar à dicotomia entre os interesses perseguidos em cada uma dessas condutas, gerando perda de recursos econômicos maior do que seria necessária.

preservação de riquezas. O indivíduo é, assim, induzido a adotar a conduta que mais interessa à sociedade.

A segunda razão para que o credor, na ausência do dever de mitigar, prefira não evitar a ocorrência de danos é a incerteza de que receberá, a título de indenização, todas as perdas e danos efetivamente incorridas. Em outros termos, o credor teme que possa ser subcompensado e, por isso, incrementa seus danos. Se os danos majorados pela falta de mitigação são igualmente difíceis de serem apurados, essa não parece ser uma estratégia racional, pois o credor estaria se submetendo a maiores riscos. Assim, o credor apenas terá incentivo para não mitigar, em razão da incerteza de recuperar todos os danos, se os danos majorados forem mais fáceis de serem apurados em um futuro processo judicial. Cumpre ressaltar que é hipotética a presunção de que a avaliação das perdas e danos é feita de forma perfeita e que o credor não recebe nem mais nem menos do que os prejuízos que sofreu. Normalmente, haverá super ou subcompensação em maior ou menor grau³⁴⁴.

O caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*³⁴⁵ pode ser ilustrativo. O empreiteiro foi contratado para construir uma ponte, mas o Município posteriormente rescindiu o contrato e determinou que as obras fossem paralisadas, porque a estrada não passaria mais por lá. Apesar disso, o empreiteiro conduziu as obras até o final e cobrou o preço de toda a ponte. Possivelmente, o que o motivou foi a incerteza quanto à indenização. Ao terminar a ponte, a construtora pretendia assegurar-se de receber o preço contratado, ou seja, exatamente a expectativa que tinha quando contratou. Se interrompesse o serviço, ficaria receosa quanto a receber integralmente o lucro cessante, por ser um elemento de difícil prova em um processo judicial.

A mesma análise acima pode ser feita para esse caso, considerando que o contrato foi rescindido antes de o empreiteiro ter realizado qualquer despesa para sua execução, que a ponte completa custasse \$10.000 e que o empreiteiro tivesse uma expectativa de lucro de \$1.500. No entanto, ele avalia que, em razão da dificuldade de apurar corretamente os lucros

³⁴⁴ Cf. SCALISE JR. *Why no...* op. cit. p. 738.

³⁴⁵ Cf. item 2.1.4.1 e nota de rodapé 64 acima.

cessantes, sua indenização será de \$1.000³⁴⁶. Na avaliação do credor antes de tomar uma decisão sobre mitigar ou não, os valores seriam compostos da seguinte forma:

	Empreiteiro			
	Não mitigar, sem dever de mitigar	Mitigar, sem dever de mitigar	Não mitigar, com dever de mitigar	Mitigar, com dever de mitigar
Município	\$1.500	\$1.000	-\$9.000	\$1.000
	-\$10.000	-\$1.000	-\$1.000	-\$1.000
	-\$8.500	\$0	-\$10.000	\$0

Portanto, na ausência da norma de mitigação, a percepção do credor de que poderá não receber reparação apropriada de seus lucros cessantes o estimula a completar as obras e cobrar o preço definido no contrato. Ou seja, troca um lucro a ser apurado pelo julgador por um lucro certo. No entanto, isso se faz com a perda de recursos econômicos; nesse caso, o resultado será uma ponte sem qualquer ligação com a estrada. A adoção da regra de mitigação alinha o interesse do credor com a conduta que permite menor desperdício de recursos econômicos. Se a percepção do empreiteiro sobre a capacidade do julgador de determinar os lucros estiver correta, todavia, ele receberá menos indenização do que seria seu lucro no contrato.

O terceiro motivo que pode ter um credor para não evitar prejuízos é o oportunismo. Diante do inadimplemento da outra parte, o credor pode perceber a chance de auferir um ganho indevido com a indenização ou pode ameaçar o aumento dos danos para obter uma vantagem indevida em uma negociação futura com o devedor para a apuração da indenização³⁴⁷. Segundo Williamson, “oportunismo é (...) a busca do próprio interesse com malícia.”³⁴⁸ Conforme definiu Fiani:

O conceito de oportunismo na TCT [Teoria dos Custos de Transação], portanto, possui um sentido diverso daquele que se utiliza na linguagem corrente, em que um comportamento ‘oportunistas’ é muitas vezes definido como habilidade por parte de um agente de identificar e explorar as possibilidades de ganho oferecidas pelo ambiente. É importante ter clareza de que oportunismo neste último sentido não é

³⁴⁶ Essa é uma forma simplificada para avaliar o valor da indenização para o empreiteiro *ex ante*. Para fazê-lo de forma mais apurada, ter-se-ia que decompor as várias probabilidades e os valores que ele percebe que poderia receber.

³⁴⁷ Segundo Fernando Araújo: “o incabamento contratual pode tornar-se crítico se os investimentos – pela sua especificidade, pelo seu nível *ex ante* ou pelas titularidades que envolvem, pelo *tipo* de dependências estruturais de que emergem – eram uma espécie de ‘efeito de *lock-in*’ que expõe o investidor ao oportunismo da contraparte, gerando-se o impasse do ‘*holdup*’.” ARAÚJO. Teoria... op. cit. p. 633. Itálicos no original.

³⁴⁸ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 22, p. 233-261, apr. 1979. p. 234.

oportunismo pela TCT. Oportunismo na TCT está essencialmente associado à manipulação de assimetrias de informação, visando apropriação de fluxos de lucros.³⁴⁹

Nesse ponto, pode-se retomar o caso *Vertue v. Bird*³⁵⁰, para inserir uma cogitação que não estava ali presente: é possível que ao autor da ação não interessassem mais os cavalos. Não obstante, ele não conseguia vendê-los no mercado. Ao agir oportunisticamente, deixando que os cavalos percessem – um dano evitável – obteria o equivalente pecuniário por eles, conforme viesse a ser determinado pelo julgador. A falta de nomeação pelo requerido do lugar onde os bens deveriam ser deixados pode ter surgido para o requerente como uma oportunidade de maliciosamente obter um retorno financeiro por aqueles cavalos. Pode-se, assim, imaginar que os cavalos tinham algum valor, pois ainda serviam para o transporte de mercadorias, embora menor do que aquele que o requerente esperava receber como indenização. Pode-se dizer que tinham um valor de \$50, mas que o requerente esperava receber por eles \$500, que seria a quantia necessária para comprar cavalos novos no mercado. As decisões sobre mitigar são tomadas, então, tendo em vista os seguintes valores:

Requerido	Requerente			
	Não mitigar, sem dever de mitigar	Mitigar, sem dever de mitigar	Não mitigar, com dever de mitigar	Mitigar, com dever de mitigar
	\$450	\$0	-\$50	\$0
	-\$500	\$0	\$0	\$0
	-\$50	\$0	-\$50	\$0

Pela comparação dessa ilustração com aquela baseada no caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* anteriormente realizada, pode-se perceber que, na falta da norma de mitigação, a percepção de que a indenização pode ser determinada de maneira imperfeita pode funcionar como incentivo para que o credor não mitigue. Esse incentivo pode existir tanto em hipóteses de percepção de super como de subcompensação. A adoção do dever de mitigar não necessariamente faz com que a quantificação dos danos seja feita de forma mais correta, no entanto, em ambas as situações, corrige a distorção que tal imperfeição pode causar no comportamento do credor. Em outros termos, mesmo em um ambiente de adjudicação imperfeita³⁵¹, a limitação de *evitabilidade* alinha os interesses do credor, do

³⁴⁹ FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David & HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial: Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 271.

³⁵⁰ Cf. item 2.1.2.

³⁵¹ Cf. GOETZ, SCOTT. Mitigation principle..., *op. cit.* p. 977.

devedor e da sociedade e faz com que o credor aja de forma a evitar o desperdício de um recurso econômico.

A regra de mitigação operaria da mesma forma se o objetivo do credor fosse ameaçar o devedor de incrementar indevidamente os danos ou simplesmente deixá-los aumentar para obter uma compensação vantajosa de forma negociada com o devedor. Retornando à ilustração acima sobre as janelas defeituosas, o credor poderia dizer ao devedor que deixaria que os móveis se estragassem se não obtivesse mais \$250 como compensação pelo inadimplemento, além dos \$300 correspondentes ao custo de reparo. O oportunismo é um custo de transação, que torna mais onerosa a negociação entre as partes e dificulta a cooperação entre elas³⁵². Em determinadas circunstâncias, os custos de transação poderão ser tão altos que impedirão que as partes cheguem a um acordo³⁵³. No momento em que é estabelecida a limitação de *evitabilidade*, deixam de ser críveis as eventuais ameaças do credor de deixar que os danos aumentem. Ele perderá o poder de pressão que tem sobre o devedor que, diante da dificuldade de negociar uma solução para o contrato após seu inadimplemento, deixará a questão ser resolvida pelo Poder Judiciário porque sabe que sua responsabilidade estará limitada aos danos inevitáveis³⁵⁴. No item seguinte tratar-se-á de forma mais pormenorizada os impactos da adoção do dever de mitigar sobre as negociações das partes após o inadimplemento.

Por fim, cabe destacar que a limitação de *evitabilidade* contribui para a eficiência da solução da questão gerada pelo inadimplemento por outro motivo: na maioria dos casos, ela faz recair a responsabilidade de mitigação dos danos naquela parte que está melhor preparada para fazê-lo. Em outros termos, o credor é normalmente a pessoa que, com menor custo, pode evitar a perda de um recurso econômico. Geralmente as medidas para que os danos sejam evitados ou minimizados estão sob controle do credor, que é chamado, assim, de *least cost avoider*³⁵⁵. Pode-se fazer uso, nesse ponto, de exemplo elaborado por Goetz e Scott, com algumas modificações³⁵⁶.

³⁵² Para uma discussão sobre o conceito de custos de transação: Cf. ARAÚJO. Teoria... op. cit. p. 198-200.

³⁵³ Cf. COASE. The problem... op. cit. p. 15.

³⁵⁴ Cf. GOETZ, SCOTT. Mitigation principle..., op. cit. p. 972. MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... op. cit. p. 116-117.

³⁵⁵ Cf. GOETZ, SCOTT. Mitigation principle..., op. cit. p. 979.

³⁵⁶ Cf. GOETZ, SCOTT. Mitigation principle..., op. cit. p. 976.

Imagine-se que duas partes – Vendedor e Comprador – celebraram um contrato para a compra e venda de um compressor para um sistema de ar condicionado por \$15.000. As especificações foram passadas pelo Comprador, para que o compressor se ajustasse ao sistema de ar condicionado que estava projetado. O Vendedor iria comprar o compressor do Fabricante A para vendê-lo ao comprador. No entanto, uma greve do Fabricante A fez com que o produto se tornasse mais escasso, de forma que o Vendedor não conseguiria comprá-lo por menos de \$20.000. Se o Vendedor conseguisse comprar um compressor com as mesmas especificações de um outro fabricante, a um preço menor que \$15.000, poderia cumprir o seu contrato com o Comprador e o problema da mitigação não se colocaria. No entanto, considere-se que apenas o compressor do Fabricante A tivesse as especificações pedidas. O Vendedor poderia cumprir o contrato e ter um prejuízo na transação. Ou poderia inadimpli-lo, devendo o Comprador exigir o pagamento das perdas e danos. Na ausência de uma norma de mitigação, os danos seriam a diferença entre o preço de mercado do compressor e o preço contratado, de maneira que as opções de cumprir o contrato ou descumpri-lo seriam equivalentes para o Vendedor.

No entanto, pode ser possível ao Comprador reduzir os prejuízos sofridos pelo inadimplemento. Poderia ele aceitar um compressor com especificações um pouco diferentes de um outro fabricante, com custo menor que \$20.000. O Comprador está melhor posicionado que o Vendedor para avaliar se o compressor com outras especificações atende ao seu projeto. Poderia ele alterar o seu projeto de refrigeração, a um custo de \$1.000, para que pudesse se adaptar a outro compressor, a um custo de \$16.000. Os danos seriam, então, de \$2.000,00, contra os \$5.000,00 na ausência do dever de mitigar. Portanto, as ações para a mitigação dos danos estão sob controle do Comprador. Por fim, pode ser possível ao Comprador adaptar o seu cronograma de obras, adiando o recebimento do compressor em um mês, quando a greve do Fabricante A já teria terminado e os preços estariam regularizados. Mais uma vez, cabe ao Comprador adotar ou não essa conduta, pois ele é quem tem as informações necessárias para mitigar.

Quando o ordenamento jurídico estabelece que o credor deve adotar as medidas razoáveis para mitigar os danos, sob pena de não ser indenizado pelos prejuízos que poderiam ter sido evitados, atribui ao credor a responsabilidade para evitar o desperdício de recursos econômicos. Essa atribuição se justifica porque o credor é quem usualmente tem as informações e os recursos necessários para mitigar os prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Além disso, essa é a norma que possivelmente as partes teriam escolhido se tivessem previsto a contingência no momento da contratação. Voltando ao exemplo acima, se as partes pensassem na possibilidade de escassez do compressor no mercado no momento da entrega, elas possivelmente teriam previsto no contrato que, diante de tal situação, o Comprador deveria passar ao Vendedor outras opções de compressores com uma estimativa nos custos de adapção do sistema de ar condicionado. Tal previsão reduziria o custo de uma eventual indenização futura, reduzindo o custo estimado da obrigação do Vendedor que poderia, assim, reduzir seu preço³⁵⁷. Ou seja, o Vendedor desejaria poder pedir ao Comprador que fizesse o que fosse necessário para reduzir os danos que teria que indenizar no futuro. Segundo Goetz e Scott:

O inadimplemento é o sinal do devedor que: “Minha avaliação de suas capacidades relativas sugere que você goza de vantagem comparativa [à minha] em todos os possíveis ajustes. Então, por favor adote todos os ajustes que reduzam custos e me envie a conta.”³⁵⁸

Portanto, a norma de mitigação estimula a cooperação entre as partes no momento em que há inadimplemento, em busca de uma solução que reduza o impacto do descumprimento contratual. Ao mimetizar o quadro cooperativo que as partes desejariam ter previsto para seu contrato, estimula a troca de informações³⁵⁹ entre elas auxiliando na busca por uma solução mais eficiente para o inadimplemento:

O problema de encorajar as partes a trocar informações é realmente um caso especial do problema de não cooperação acima discutido: porque o credor não tem interesse *ex post* em reduzir os custos do devedor, ele tem pouco incentivo para entregar informações úteis. A falha do credor em transmitir informações ao devedor é um desperdício porque o impede de explorar até mesmo aqueles ajustes que, se pudessem ser percebidos, estariam sob controle autônomo do devedor.³⁶⁰

Dentre as opções vistas acima de que dispõe o devedor diante de um arrependimento quanto às obrigações assumidas, a terceira delas – a renegociação do contrato – tem também

³⁵⁷ Ou o Comprador poderia não concordar com tal estipulação, fazendo com que o Vendedor exigisse um prêmio pelo maior risco que correria.

³⁵⁸ GOETZ, SCOTT. *Mitigation principle...*, *op. cit.* p. 980.

³⁵⁹ Percebe-se que, se o projeto tivesse sido conduzido de forma individual, e não mediante um contrato, a informação sobre a melhor forma de mitigar estaria disponível, facilitando a mitigação dos prejuízos gerados por um projeto que, em razão de alguma contingência, foi interrompido. Cf. MACINTOSH, FRYDENLUND. *An investment...* *op. cit.* p. 114.

³⁶⁰ GOETZ, SCOTT. *Mitigation principle...*, *op. cit.* p. 981.

seus custos reduzidos pela norma de mitigação por fomentar o quadro cooperativo no inadimplemento do contrato. Esse é o objeto do tópico seguinte.

3.5 A redução dos custos de renegociação do contrato

Diante da situação em que o cumprimento da obrigação pelo devedor se tornou mais onerosa do que havia inicialmente previsto, ele pode procurar o credor para renegociar o contrato. Se houver danos evitáveis, essa renegociação é possível porque resultará em saldo positivo que poderá ser repartido entre as partes. Em síntese, a renegociação será mais eficiente do que as perdas e danos, o que funciona como incentivo para que as partes negociem³⁶¹.

Voltando ao último exemplo visto no item precedente, em que o preço do compressor foi fixado no contrato em \$15.000, quando o Vendedor esperava obtê-lo para revenda por \$14.000. Em razão da contingência (greve no Fabricante A), o preço do compressor no mercado passou a ser \$20.000. Nesse caso, o Vendedor poderá procurar o Comprador para negociar alguma estratégia de mitigação que envolva a renegociação do contrato. As partes trocarão informações e identificarão que a forma menos onerosa de contornar a contingência surgida é comprar outro compressor, do Fabricante B, com especificações um pouco diferentes. O compressor do fabricante B custa \$16.000 e o Comprador terá que fazer adaptações em seu projeto que custarão \$1.000, como, por exemplo, construir caixa com dimensões diferentes e adaptar os conectores que ligam os dutos ao compressor. Essa estratégia tem custo total de \$17.000, enquanto o cumprimento do contrato representaria custo de \$20.000.

Na renegociação, o preço do compressor, incluindo as adaptações necessárias, pode ser mantido em \$15.000. Nesse caso, o Comprador fica na mesma situação, enquanto o Vendedor fica \$3.000 melhor do que estaria se tivesse que indenizar. Ou as partes podem negociar uma redução no preço, mesmo com a inclusão das modificações, para \$14.000. O Comprador fica \$1.000 melhor, enquanto o Vendedor fica \$2.000 melhor. Pode ser também que o Comprador exija um desconto de \$3.000, hipótese em que ficará melhor do que estaria se recebesse o mesmo compressor do Fabricante A e o Vendedor ficaria na mesma situação. De qualquer forma, em razão de a operação ter gerado um valor a ser repartido entre as partes, a renegociação é eficiente pelo critério de Kaldor-Hicks. Tomando a situação intermediária

³⁶¹ Cf. POSNER. *Economic Analysis...*, *op. cit.* p. 119.

em que é concedido um desconto de \$1.000, pode-se representar da seguinte forma o resultado dessa renegociação:

	Comprador		
	Cumprimento do contrato, sem a contingência	Cumprimento do contrato, com a contingência	Renegociação do contrato
Vendedor	\$0	\$0	\$1.000
	\$1.000	-\$5.000	-\$3.000
	\$1.000	-\$5.000	-\$2.000

O quadro acima foi elaborado com base no pressuposto que o Comprador atribui ao compressor o valor que foi ajustado no contrato, de \$15.000. Por isso, o contrato não gerará ganho para ele, pois receberá um bem que ele atribui o valor de \$15.000 e entregará ao vendedor igual quantia em dinheiro³⁶². O Vendedor, conforme o contrato havia sido originalmente imaginado, teria um ganho de \$1.000, que é a diferença entre o preço de compra e o de venda.

Com a contingência, se o Vendedor resolve cumprir o contrato, ele sairá de um ganho de \$1.000 para uma perda de \$5.000, sendo a perda total para ele de \$6.000. Como o comprador ficará na mesma situação, pois o contrato será cumprido, a perda global da transação será igual àquela suportada pelo vendedor.

Se as partes negociam uma forma alternativa de cumprir a obrigação na forma acima descrita, o Comprador passará a ter um ganho de \$1.000, representado pela redução de preço obtida nas negociações. O Vendedor terá perdas de \$1.000 com o desconto concedido e de \$2.000 com a compra de outro modelo de compressor e os custos de adaptação. A perda de \$3.000, todavia, é melhor que a de \$5.000 que teria se cumprisse o contrato. Em termos globais a renegociação gera ganhos de \$3.000 se comparados com o cumprimento.

Esse raciocínio permitiria inferir que a adoção, pelo ordenamento jurídico, do dever de mitigar é desnecessária, pois sempre que existir uma estratégia de mitigação eficiente, partes racionais, que têm por objetivo maximizar seus próprios ganhos, terão incentivos para adotar de forma consensual condutas de mitigação dos prejuízos³⁶³. Essa afirmativa, entretanto, não

³⁶² Essa não é a hipótese frequente e só ocorreria em situações extremas em que o Comprador tem virtualmente nenhum poder de barganha e o Vendedor tem todo poder de barganha no momento da negociação. No entanto, a presente análise tem por fim comparar as situações existentes antes e depois da contingência, de forma que não faz diferença se o comprador atribuía ou não valor ao compressor superior ao preço contratado.

³⁶³ Cf. GOETZ, SCOTT. *Mitigation principle...*, *op. cit.* p. 977. POSNER. *Economic Analysis...*, *op. cit.* p. 119. Essa afirmativa se baseia no Teorema de Coase, em que, ausentes custos de transação, a alocação final do

seria verdadeira porque estaria fundamentada na premissa irreal de que as partes, após o inadimplemento ou na iminência deste, pudessem negociar sem custos de transação³⁶⁴. Como destacado por Fernando Araújo:

Vimos já que a renegociação do contrato será, em muitos casos, a solução mais óbvia para o problema da alteração das circunstâncias que interferem no equilíbrio das partes e na onerosidade do contrato – ainda que essa solução mais óbvia, como referimos também, possa degenerar às mãos das partes: seja quando o credor ameaça exacerbar suas perdas para obter concessões do devedor através da renegociação, seja quando o próprio devedor ensaia um “holdup” sobre os investimentos específicos realizados pelo credor ou sobre sua situação de inelasticidade por falta de alternativas de mercado, procurando obter concessões do credor através da renegociação.³⁶⁵

Na realidade, a negociação a ser desenvolvida envolve grandes custos de transação por ser desenvolvida no contexto do chamado monopólio bilateral. Apesar de a negociação envolver apenas duas partes e não uma extensa e onerosa busca no mercado, uma depende exclusivamente da outra para estabelecer uma repactuação que seja mais vantajosa que cumprir o contrato ou pagar integralmente as perdas e danos³⁶⁶. Segundo Posner, o monopólio bilateral é um grave problema social, porque:

Os custos de transação incorridos por cada uma das partes no esforço de absorver o máximo de lucro possível da operação constituem um desperdício de um valor social. Eles alteram a riqueza relativa das partes, mas não aumentam a riqueza agregada da sociedade. Uma das vertentes principais da common law (...) é resolver os problemas de monopólio bilateral, ou pelo menos reduzir a gravidade deles.

Se os custos de transação são altos o suficiente (maior do que geralmente são em uma situação de monopólio bilateral simples) – especificamente, se forem maiores

recurso estaria alocado naquele que o valoriza mais, independentemente da alocação inicial do recurso pela lei. Segundo Coase: “while the delimitation of rights is an essential prelude to market transactions... the ultimate result (which maximizes the value of production) is independent of the legal decision.” Assim, independentemente da alocação inicial do ônus de mitigar, quando essa estratégia gerasse um ganho, as partes negociariam (realizariam um “market transaction”) para que tal ganho fosse gerado e alocado naquela que o valoriza mais. Cf. COASE, Ronald H. Notes on the Problem of Social Cost. In: COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: Chicago University Press, 1988. p. 158.

³⁶⁴ Cf. KORNHAUSER, Lewis A. An introduction to the economic analysis of contract remedies. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 57, p. 683-725, 1895-1986. p. 722-723. Segundo Coase, várias negociações não seriam realizadas devido aos custos de transação, o que significaria que o recurso poderia não ser alocado da maneira mais eficiente em um ambiente com custos de transação significativos. Cf. COASE. Notes... op. cit. p. 175-176.

³⁶⁵ ARAÚJO. Teoria... op. cit. p. 676. Itálicos no original. Fernando Araújo menciona o risco de o credor usar algum ativo específico do devedor como refém, mas os custos de transação nessa renegociação poderão também ser representados pela possibilidade de o devedor utilizar algum ativo do credor como refém.

³⁶⁶ Cf. POSNER. *Economic analysis...*, op. cit. p. 119.

que o valor da operação –, eles não serão incorridos; as partes estarão em melhor situação se desistirem da operação.³⁶⁷

Assim, se os custos de transação gerados pelo monopólio bilateral em que as partes se encontram logo após o inadimplemento ou na iminência dele forem tão grandes a ponto de superar a economia que se pretende fazer ao se renegociar o contrato, as partes irão preferir não renegociá-lo. Perder-se-á, desta forma, a oportunidade de se fazer uma operação eficiente.

O monopólio bilateral pode promover a escalada de dois componentes do custo de transação: oportunismo e assimetria de informações.³⁶⁸

O oportunismo foi tratado na seção anterior desse trabalho e é representado pela conduta da parte que se utiliza de malícia para obter uma vantagem para si. No contexto de uma possível negociação após o surgimento de uma contingência em um contrato, o oportunismo pode ser representado pela conduta do credor de incrementar seus danos ou ameaçar fazê-lo para pressionar a outra parte. Como o devedor apenas pode negociar as medidas de mitigação com o seu credor, ficam menos representativos os limites naturalmente existentes à atuação oportunística. No contexto da negociação de um contrato sem as restrições impostas por um monopólio ou oligopólio, se uma das partes adota uma conduta oportunística, a outra simplesmente desistirá de negociar com ela e procurará outro potencial contratante no mercado. Assim, o mercado atua como limite natural para a atuação oportunística dos agentes econômicos. Quando houver uma falha de mercado, o oportunismo irá aparecer³⁶⁹.

Também na negociação em torno das medidas de mitigação poderá haver limites naturais ao oportunismo. Na ilustração acerca da compra e venda do compressor, o limite é o custo do cumprimento do contrato, se a negociação ocorre antes do inadimplemento, ou o montante das perdas e danos, se for depois. No caso da construção da ponte pelo empreiteiro, o limite ao oportunismo será o valor da ponte. No exemplo das janelas defeituosas, o limite é bastante mais difícil de conhecer de antemão, pois, em princípio, seria o custo de tudo que pudesse ser danificado pelo vazamento das janelas: construção, móveis, obras de arte, eletrodomésticos, etc. Há, nessa hipótese, muito mais possibilidade de o credor agir oportunisticamente, pois pode ameaçar colocar outros objetos na casa apenas para

³⁶⁷ POSNER. *Economic analysis...*, *op. cit.* p. 61.

³⁶⁸ Cf. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos custos...*, *op. cit.* p. 269.

³⁶⁹ Cf. COOTER, ULEN. *Law...* *op. cit.* p. 43-47.

incrementar a responsabilidade do devedor. Por outro lado, quando há um mercado com ampla oferta de prestações que substituem aquela descumprida pelo devedor, mesmo que a um custo mais alto (como ocorre na ilustração da compra e venda do compressor), a operação substitutiva funciona como um limite ao oportunismo. No entanto, à medida que a disponibilidade da operação substitutiva no mercado se reduz, a margem para oportunismo aumenta³⁷⁰.

Portanto, o limite à atuação oportunística termina por ser, então, não negociar e indenizar as perdas e danos, o que pode implicar a perda da possibilidade de se fazer uma transação mais eficiente.

A adoção do dever de mitigar impõe limites mais restritivos à atuação oportunística. Ao limitar a indenização aos danos inevitáveis, a norma sujeita o credor que agiu oportunisticamente a perder todos os benefícios que pretendia com sua malícia e, ainda, ter que arcar com parte do prejuízo. Como o devedor poderá demonstrar futuramente em juízo que um dano era evitável com esforços razoáveis, o credor terá receio em exigir uma vantagem excessiva para realizar uma adaptação no contrato para minimizar os danos. Conforme destacou Kornhauser:

É essa possibilidade de comportamento oportunístico que causa a necessidade por regras de mitigação. A decisão de uma parte sobre inadimplir depende dos custos relativos do cumprimento e do descumprimento. Na falta de regras de mitigação, o credor pode, durante negociações *ex post*, ameaçar incrementar seus danos. Essa ameaça pode permitir que ele capture a maior parte da diferença entre os custos do descumprimento e do cumprimento.³⁷¹

Retornando à ilustração do compressor e considerando inexistente o dever de mitigar, o Comprador poderia exigir uma vantagem de \$3.000 do Vendedor, além dos \$2.000 com custos de adaptação. Nesse caso, o Comprador ficaria com todos os benefícios da mitigação. Não conseguiria exigir nada mais que isso porque o Vendedor preferiria cumprir o contrato com perdas de \$5.000. Ao se adotar a regra de mitigação, o poder de negociação das partes é reequilibrado, pois o Comprador terá receio de exigir \$3.000, o Vendedor não aceitar e, em futura ação judicial, conseguir demonstrar que, do prejuízo total de \$5.000, \$3.000 eram evitáveis com razoável esforço, ficando a indenização limitada a \$2.000.

³⁷⁰ Cf. GOETZ, SCOTT. *Mitigation principle...*, *op. cit.* p. 984. ARAÚJO. *Teoria...* *op. cit.* p. 676.

³⁷¹ KORNHAUSER. *An introduction...* *op. cit.* p. 723.

A adoção da norma de mitigação, assim, reequilibra a relação entre devedor e credor em uma eventual renegociação do contrato após o surgimento de uma contingência, pré ou pós-inadimplemento. Desta forma, neutraliza os efeitos da conduta oportunística e fomenta a colaboração entre as partes em um esforço comum de buscar uma solução para a relação contratual. Conforme anota Posner:

O dever da vítima de um inadimplemento contratual de mitigar seus prejuízos pode também ser explicado em termos de monopólio. O inadimplemento cria um monopólio bilateral: as partes prefeririam entrar em acordo sobre as reivindicações que a vítima legalmente tenha do que litigar a respeito deles, mas elas só podem fazer isso se negociarem uma com a outra. A vítima preferiria que os danos em que ela ainda não incorreu fossem incrementados, porque isso aumentará a proposta máxima de acordo da outra parte. Suponha que o contrato lhe dê direito a um milhão de objetos, que o inadimplemento ocorra depois que apenas cem mil lhe tenham sido entregues e que ele possa obter o resto de outro fornecedor a baixo preço, mas o custo para o fornecedor original completar a entrega seria astronômica. O dever de mitigar os danos impede que o comprador explore seu monopólio temporário e conferido pelo contrato para obter um acordo mais generoso em sua ação por inadimplemento contratual.³⁷²

Outro significativo custo na renegociação do contrato é a assimetria de informações. No momento em que uma das partes verifica que seu custo foi alterado mais do que havia inicialmente previsto, ela possivelmente não dispõe de informações precisas sobre as consequências de seu inadimplemento – quais são os danos evitáveis e quais são inevitáveis – ou sobre os possíveis ajustes que podem ser feitos de maneira eficiente em sua prestação, de forma a evitar o descumprimento contratual.

Como se afirmou no item precedente, o credor é a pessoa melhor posicionada para mitigar os danos. Uma das razões para tanto consiste no fato de ter o credor mais informações sobre as consequências que ele próprio sofrerá a partir do inadimplemento. Fazendo uso novamente do exemplo do compressor, o Comprador provavelmente tem melhores condições de saber se uma adaptação no seu projeto permitiria a instalação de um outro equipamento³⁷³. Certamente será o Comprador e não o Vendedor que terá a informação a respeito de possíveis adaptações no cronograma para receber o compressor um mês depois da data planejada.

³⁷² POSNER. *Let us...*, *op. cit.* p. 1359.

³⁷³ Embora, nessa hipótese, é possível que o Vendedor também tenha essa informação. Se ele é um empresário experimentado desse setor, pode saber que os equipamentos do Fabricante A e do Fabricante B são substituíveis com algumas adaptações. No entanto, pode não saber com exatidão os custos que deverão ser incorridos para que essas adaptações ocorram no projeto do Comprador. Talvez consiga descobrir até isso, se, por exemplo, for até a Prefeitura, verificar os projetos aprovados para a construção e contratar um orçamentista para avaliar os custos da alteração. No entanto, o acesso à informação custará mais ao Vendedor que ao Comprador.

No entanto, como na ausência do dever de mitigar o credor não tem nenhum interesse em reduzir os custos do devedor após o descumprimento do contrato, não terá nenhum incentivo para lhe transmitir qualquer informação que permita a minimização dos danos. Pelo contrário, se o credor pretende agir oportunisticamente e obter vantagens ao negociar com o devedor, sua tendência será ameaçar a existência de danos em proporção maior que a real. Em outros termos, o credor oportunista transmitirá informações que superestimem o valor dos prejuízos e não aquelas que demonstrem ao devedor que os danos podem ser reduzidos.

Além disso, como afirmou Stigler, a “informação é um recurso valioso”³⁷⁴. Assim, o credor pretenderá *vendê-la* no curso das renegociações do contrato, ou seja, assegurar-se de que receberá alguma vantagem em troca da informação que transmitirá³⁷⁵. Todavia, observam MacIntosh e Frydenlund com propriedade que a venda da informação não é plausível, pois o devedor concordaria em um *preço* se conhecesse a informação e verificasse qual é o seu efetivo valor. Se o devedor passa a conhecê-la, a possibilidade de venda pelo credor desaparece³⁷⁶. Na ausência de alguma confiança entre as partes ou de uma norma que imponha um comportamento diverso, essa situação pode levar ao impasse, que apenas será resolvido se alguma das partes renunciar à sua posição, isto é, se o credor transmitir a informação gratuitamente ou se o devedor consentir em *pagar* algo por uma informação cujo valor não conhece.

Essa falta de troca de informações poderá, inclusive, distorcer a decisão do devedor quanto ao que fazer com relação ao contrato diante da contingência. Por não ter informações precisas sobre os danos que terá que ressarcir ou sobre as medidas que poderão ser tomadas para reduzi-los, o devedor pode decidir equivocadamente entre as opções de cumprir o contrato com prejuízo, descumprir, arcando com os danos, ou renegociá-lo.³⁷⁷

A assimetria de informações pode ser de tal monta que inviabilize a própria renegociação, fazendo com que as partes percam a oportunidade de readequar o contrato de maneira mais eficiente que seu inadimplemento e que o credor termine por não obter nenhum valor de sua informação. Ao adotar a norma de mitigação dos danos, o direito contratual torna

³⁷⁴ STIGLER, George. The economics of information. In: KATZ, Avery Wiener. *Foundations of the economic approach to law*. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 234.

³⁷⁵ Cf. GOETZ, SCOTT. Mitigation principle..., *op. cit.* p. 985.

³⁷⁶ Cf. MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... *op. cit.* p. 142.

³⁷⁷ Cf. GOETZ, SCOTT. Mitigation principle..., *op. cit.* p. 981.

o credor interessado na redução dos custos do devedor após o inadimplemento. Como visto no item precedente, o dever de mitigar alinha os interesses do credor aos do devedor e da sociedade em evitar o desperdício de recursos econômicos. O credor é envolvido na busca pela solução para um projeto contratual que, por algum motivo, não saiu como esperado. Ele passa a ter interesse em cooperar e, conseqüentemente, transmitir informações. Desta forma, Kornhauser constatou:

A análise econômica sugere que o objetivo das regras de mitigação é fornecer a ambas as partes os incentivos apropriados para revelar informações sobre as circunstâncias alteradas e para agir de forma a minimizar os custos de execução do contrato dadas as circunstâncias modificadas.³⁷⁸

Desta forma, a limitação de *evitabilidade* estimula a troca de informações com vistas à mitigação dos prejuízos no quadro cooperativo de que se tratou na seção precedente. Ao diminuir a assimetria de informações entre credor e devedor, reduzem-se os custos de transação, facilitando a renegociação do contrato. Conforme afirmou Polinsky, “quando há custos de transação positivos, o resultado eficiente pode não ocorrer sob qualquer norma jurídica. Nessas circunstâncias, a norma preferida é aquela que minimiza os efeitos dos custos de transação.”³⁷⁹

3.6 Redução do custo global do contrato

No item 3.3, restou demonstrado que a norma de mitigação induz o credor a adotar a conduta economicamente mais eficiente após o inadimplemento e evita a perda de riquezas socialmente relevantes. No item precedente, comprovou-se que a adoção da *evitabilidade* favorece, ainda, que as partes estabeleçam uma negociação após o aparecimento de uma contingência relativa ao contrato, seja antes ou depois de seu inadimplemento. De forma conjunta, esses dois efeitos da mitigação fomentam o estabelecimento de um ambiente cooperativo entre credor e devedor, com o objetivo de buscar uma solução comum para o projeto contratual que não teve o resultado esperado. Essas medidas reduzem o custo do inadimplemento para o devedor e para a sociedade, na medida em que evitam a perda de um recurso econômico.

Cabe reconhecer, entretanto, que a adoção da norma de mitigação não traz apenas o efeito benéfico de reduzir os custos do inadimplemento para a sociedade e para o devedor.

³⁷⁸ KORNHAUSER. An introduction... *op. cit.* p. 722.

³⁷⁹ POLINSKY. An introduction... *op. cit.* p. 15.

Como o inadimplemento surgirá se houver a ocorrência de uma contingência entre o momento da contratação e a data em que a prestação seria devida, a redução dos custos do inadimplemento pode ser percebido como a diminuição das despesas com as contingências que surgirem após a celebração da avença.

Posner observou que todo contrato é um seguro³⁸⁰, pois, ao contratar, cada uma das partes assume uma série de riscos. Para assumi-los, uma contratante cobra um prêmio, que é embutido na contraprestação que exige de seu parceiro contratual. Embora a adoção da norma de mitigação não reduza os riscos, ou seja a probabilidade da ocorrência de contingências, diminui o valor que terá que ser desembolsado pelo devedor, que é o segurador daquele risco, caso aquela contingência ocorra.

No contrato de seguro, a existência da franquia funciona para incentivar o segurado a agir diligentemente, sendo a estratégia adotada pelo mercado para reduzir o risco moral³⁸¹. O dever de mitigar funciona como uma “franquia” aplicável a todos os contratos. Ao invés de o devedor/segurador pagar indenização por todos os danos, arcará apenas com aqueles inevitáveis, sendo que os evitáveis constituirão a “franquia” que fica por conta do credor/segurado.

Portanto, a contratante que está exposta ao pagamento de uma indenização menor pelos riscos que assume tem condições de reduzir o preço exigido por aquele contrato. Conforme asseveraram Goetz e Scott:

Uma vez que um contrato foi feito, um credor pode parecer ter pouco interesse nos custos excedentes do devedor. Mas uma parte que prevê ter que suportar custos excedentes presumivelmente negociará por uma contraprestação mais onerosa para compensar aqueles custos inflados. Porque os termos aceitáveis a um devedor que suporta os riscos refletirá a magnitude esperada de seus custos potenciais de arrependimento, as duas partes ganham se eles concordam antecipadamente em disposições que irão reduzir os esperados custos futuros.³⁸²

O resultado final é que todas as contratações tendem a ser mais eficientes, independentemente de ocorrer ou não a contingência e de ela acarretar ou não o inadimplemento. Retomando o exemplo das janelas defeituosas³⁸³, pode-se agregar as

³⁸⁰ Cf. POSNER. *Economic analysis...*, *op. cit.* p. 104-105.

³⁸¹ Cf. COOTER, ULEN. *Law...* *op. cit.* p. 53.

³⁸² GOETZ, SCOTT. *Mitigation principle...*, *op. cit.* p. 973.

³⁸³ Ver item 3.4.

seguintes informações: tendo o preço sido fixado para a compra e instalação das janelas de \$2.000, o comprador valoriza a prestação em \$2.200 e o vendedor a valoriza, sem contar os riscos a que está sujeito em \$1.600. No entanto, existe o risco de 5% de a janelar ser defeituosa e, com isso, ele ter que arcar com as consequências de seu descumprimento. Se as consequências forem apenas a reparação do defeito, ao custo de \$300, esse risco seria avaliado em \$15. Se tiver que arcar também com os móveis, o custo total seria de \$1.300, chegando-se a uma avaliação de risco de \$65. Os ganhos de cada uma das partes no contrato de fornecimento e instalação das janelas, com ou sem o dever de mitigar, são os seguintes:

	Comprador	
Vendedor	Contrato sem dever de mitigar	Contrato com dever de mitigar
	\$200	\$200
	\$335	\$385
	\$535	\$585

Há, portanto, um ganho de eficiência de \$50 no contrato pelo fato de o direito adotar o dever de mitigar. Esse ganho é representado por uma redução de igual monta nos custos do vendedor, sendo que a sua distribuição pode ser negociada entre as partes. É possível, por exemplo, que seja dado um desconto no preço de \$30, fazendo com que o comprador fique com \$30 desse ganho de eficiência e o vendedor com \$20. A constatação da eficiência gerada pela adoção da norma de minimização dos danos fez com que Muir-Watt, ao analisar a mitigação nos países de *common law* com um olhar francês, anotasse:

A inspiração utilitarista da common law explica a mitigação em termos de interesse geral. A análise econômica do direito lhe faz eco, postulando que é no interesse geral do mercado que o credor é incitado a substituir [a prestação inadimplida] nas melhores condições, diminuindo, em benefício de todos, o custo do fracasso em uma transação.³⁸⁴

Conclui-se, então, que a adoção do dever de mitigar incrementa a eficiência, de maneira geral, das contratações e, conseqüentemente, da circulação de riquezas em sociedade.

3.7 A limitação aos esforços razoáveis de mitigação

Nas formulações existentes do dever de mitigar, o credor se vê impedido de ser indenizado pelos danos que podiam ter sido evitados com esforços *razoáveis* ou mediante sua diligência *ordinária*. Não se exige, como visto no Capítulo II, o emprego de esforços

³⁸⁴ MUIR-WATT. La modération... op. cit. p. 48.

excessivos, o dispêndio de valores elevados, a adoção de medidas significativamente arriscadas ou a conduta que imponha ao credor humilhação.

O critério de razoabilidade é avaliado de forma discricionária pelos julgadores que, como observado anteriormente, têm certa boa vontade com o credor que, afinal, é a vítima do inadimplemento e não teve responsabilidade pela criação da situação que lhe demanda mitigar.

MacIntosh e Frydenlund investigaram a possibilidade de se adotar outra forma para aplicação do dever de mitigar³⁸⁵. Para os autores, a mitigação deveria ser analisada pelo critério que investidores usam para avaliar investimentos³⁸⁶, ou seja, de forma a maximizar o retorno.

Se o projeto fosse realizado individualmente e não de forma contratual, o seu titular o interromperia quando surgisse uma contingência que incrementasse os custos de tal forma que o projeto não mais daria retorno. Esse indivíduo adotaria, então, as medidas mais eficientes para minimizar seus prejuízos decorrentes da interrupção. Como visto acima, o fato de o projeto ser realizado de forma contratual acarreta uma cisão nos centros decisórios, sendo que o devedor resolve interromper o projeto (inadimplir), mas é o credor quem decidirá sobre as estratégias de mitigação de danos que, ao final, serão reembolsados pelo devedor. A situação se caracteriza como o problema de agência, devendo ser adotada uma norma que realinhe os interesses do devedor e do credor. Essa norma é o dever de mitigar, que se presta bem a essa função como visto nos itens precedentes.

No entanto, MacIntosh e Frydenlund argumentam que o critério de razoabilidade é *frouxo* demais e, embora seja capaz de gerar um incentivo para que o credor adote medidas de mitigação, não é suficiente para que ele escolha a *melhor* estratégia de minimização dos prejuízos³⁸⁷. Assim, a regra não é capaz de reproduzir a decisão que seria tomada no caso de interrupção de um um projeto individual, em que o agente iria adotar a melhor, ou seja, a mais eficiente estratégia de minimizar os danos. Embora a existência da norma de mitigação leve a

³⁸⁵ Cf. MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... op. cit.

³⁸⁶ Os autores defendem o uso do valor presente líquido para avaliar o investimento em mitigação. Não será necessário reproduzir o pensamento dos autores e os cálculos por eles realizados para efeitos desse trabalho, bastando abordar, de maneira geral, as idéias por eles levantadas.

³⁸⁷ Cf. MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... op. cit. p. 133.

resultados mais eficientes do que se não fosse adotada, não garante ela que será adotada a conduta que maximize a eficiência.

Além disso, o fato de o credor ter o direito de ser reembolsado pelos custos incorridos com a mitigação traz de volta o problema do risco moral, desta vez no sentido inverso, ou seja, com relação à própria mitigação. Embora o credor minimize os danos, ele pode adotar uma conduta pouco diligente sobre como fazê-lo. O credor não terá incentivo para economizar custos de mitigação, porque esses serão reembolsados pelo devedor. O limite ao risco moral é, obviamente, a razoabilidade, que é pouco exigente³⁸⁸.

A ilustração da janela defeituosa pode ser útil novamente. O credor pode evitar danos aos seus móveis se comprar lonas e cobrir as janelas. Essa conduta, como visto, tem custo de \$2. Ele poderia também evitar os danos se colocasse seus móveis em um depósito e se mudasse para um hotel até que o defeito fosse corrigido. Essa conduta teria um custo de \$300.

Como, em ambos os casos, o custo da mitigação é menor do que os prejuízos que visa a evitar, é provável que as duas condutas sejam consideradas razoáveis na *common law*, na Alemanha, na Itália ou no âmbito da Convenção de Viena. As duas levam a resultados eficientes se comparadas à ausência de mitigação, mas a colocação da lona é claramente mais eficiente, como demonstrado abaixo:

	Credor		
	Não mitigar, sem dever de mitigar	Mitigar, colocando a lona	Mitigar, colocando móveis no depósito
Devedor inadimplente	\$300	\$300	\$300
	-\$1.300	-\$302	-\$600
	-\$1.000	-\$2	-\$300

A formulação atual da norma de mitigação, entretanto, não faz essa distinção e se contenta com qualquer das medidas adotadas pelo credor. MacIntosh e Frydenlund propõem, então, que seja adotado sempre o critério abstrato de mitigação (que chamam de *ex ante*). Nesse caso, o julgador avaliaria o montante dos danos incorridos e, abstratamente, quanto poderia ser evitado se o credor tivesse adotado a mais eficiente estratégia de mitigação. A indenização seria a diferença entre essas duas quantias. Essa forma de apuração das perdas e danos serviria de incentivo para que o credor buscasse sempre adotar a melhor forma de

³⁸⁸ Cf. MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... op. cit. p. 149.

mitigação, pois saberia que não conseguiria recuperar todos os prejuízos sofridos se não o fizesse.

No entanto, os próprios autores reconhecem que, na maioria dos casos, essa regra não pode ser aplicada devido aos seus altos custos de transação:

A atratividade teórica da regra *ex ante* pode ser seriamente diminuída pelo custo (ou impossibilidade) de obter a informação necessária para colocá-la em prática e pela falta de capacidade dos julgadores de avaliar a informação, mesmo quando essa esteja disponível. (...)

Mesmo que, em uma regra *ex ante*, o requerido não precise saber o que o requerente efetivamente fez para mitigar os danos (ou quanto vigorosamente ele perseguiu a estratégia), ele deve ainda ter boas informações sobre o rol de estratégias de mitigação disponíveis para o requerente e o valor potencial (derivado do conhecimento dos fluxos de caixa e riscos) de cada. Essa informação pode ser de onerosa obtenção, especialmente quando o credor tem acesso monopolístico à informação acerca do valor de suas várias alternativas de mitigação. (...)

Outro problema com a abordagem *ex ante* é a falta de capacidade institucional dos Tribunais de realizar os cálculos relativamente complexos exigidos por essa regra.³⁸⁹

Portanto, do ponto de vista econômico, os altos custos para se aplicar o critério abstrato de mitigação desaconselham a sua adoção na maioria dos casos. Por isso, contenta-se com a segunda melhor alternativa: uma avaliação concreta a respeito da razoabilidade da conduta do credor. Essa avaliação é mais facilmente realizada pelo julgador e requer menos informações, bastando verificar se a conduta do credor se enquadra no amplo espectro da razoabilidade³⁹⁰.

Será considerada razoável qualquer conduta cujo custo seja menor do que o dano que se pretende evitar, ajustado à probabilidade de aquela medida efetivamente reduzir o prejuízo. Em outros termos, será razoável toda medida de mitigação com saldo positivo de eficiência. Assim, no exemplo da janela defeituosa, a colocação dos móveis em um depósito e a mudança para um hotel garantem certeza de evitar os danos aos móveis. O custo da mitigação é de \$300 para evitar danos de \$1.000. A conduta será, portanto, razoável. A compra e instalação de lonas custa \$2 e tem 90% de chance de evitar o dano. O custo é, assim, de \$2 para evitar um dano de \$900; a mitigação será considerada razoável.

³⁸⁹ MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... op. cit. p. 153-154.

³⁹⁰ Cf. MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... op. cit. p. 154. GOETZ, SCOTT. The mitigation... op. cit. p. 970. Os autores afirmam o seguinte: “standard mitigation roles do not motivate optimal reduction of losses because they are not sufficiently precise to fit particular situations.”

Pode-se imaginar, ainda, que o credor poderia ter instalado toldos do lado de fora do prédio para evitar que a água atingisse as janelas. Essa instalação tem custo de \$700 e eficácia de 50% para impedir a ocorrência dos danos. Essa não será uma medida considerada razoável, pois o custo é de \$700 para evitar um dano de \$500. O credor que age dessa forma é provavelmente movido por oportunismo. É possível que sempre tenha querido instalar os toldos e viu, nos defeitos da janela, a oportunidade de fazê-lo às custas do devedor. Nesse último caso, o credor não receberá o reembolso dos \$700 e, se seus móveis forem efetivamente atingidos pela água, não receberá os \$1.000 pela perda desses objetos, pois poderia ter evitado esse prejuízo pela simples colocação de lonas. Portanto, a razoabilidade das medidas de mitigação deve ser entendida em termos de eficiência econômica, servindo a uma dupla função:

(a) os danos são considerados evitáveis apenas se puderem ser mitigados por investimentos razoáveis, isto é, aqueles que não superem o montante do prejuízo que se pretende evitar, ajustado pela probabilidade de ser efetivamente evitado por aquela medida; se o credor não adota essas medidas consideradas razoáveis, não receberá indenização por danos que podiam ser evitados; se as adota, recebe indenização pelos danos inevitáveis e pelos investimentos feitos em mitigação;

(b) apenas os investimentos considerados razoáveis podem ser recuperados pelo credor; se implementa medidas de mitigação mais onerosas que os danos cuja ocorrência se pretende impedir, ajustados pela probabilidade de que sejam efetivamente evitados, o credor será penalizado pois terá direito apenas à indenização pelos danos inevitáveis.

3.8 A realização de operação substitutiva no mercado

Na *common law*, no direito alemão, no direito italiano, na Convenção de Viena, nos Princípios Unidroit e nas iniciativas de uniformização do direito europeu dos contratos, faz-se previsão de que o credor deve fazer operações substitutivas no mercado, logo após o inadimplemento. Se o credor não as realiza e existe um mercado para o produto objeto do contrato, que torne disponível um preço corrente ou uma quotação, esse valor será utilizado para efeitos de cálculo da indenização. Ou seja, atendidos esses requisitos, a indenização é feita de forma abstrata, como a diferença entre o valor corrente de mercado e preço fixado no contrato.

Portanto, quando as informações necessárias para se fazer a apuração abstrata dos danos estão facilmente disponíveis e podem ser utilizadas pelos julgadores sem qualquer dificuldade e com custos pequenos, o direito prefere a utilização do critério abstrato. Por isso, no item anterior se disse que o critério concreto é usado na *maioria das vezes*, que são aquelas em que são excessivos os custos de se fazer a determinação abstratamente.

No entanto, essa preferência não tem como fundamento a busca pela melhor estratégia de mitigação, pois nada assegura que o uso *dessa* estratégia abstratamente considerada – realização de operação substitutiva no mercado – é a *melhor* estratégia disponível. O exemplo da compra e venda do compressor pode ser retomado para demonstrar que a compra de um substituto no mercado por \$20.000 não é a melhor forma de mitigar os danos, embora seja uma forma razoável de reduzir os prejuízos com o atraso da obra que a falta do compressor poderia gerar.

O uso da operação substitutiva abstrata se dá porque economiza os custos de adjudicação. É uma regra fácil de ser entendida e, portanto, cumprida pelos indivíduos. Ao ser aplicada pelos julgadores exige pouca informação, que está disponível a custo zero ou próximo disso. Portanto, a aplicação da regra abstrata nesses casos é eficiente, pois economiza recursos econômicos³⁹¹.

Essa regra funciona, ainda, como limite à atuação oportunística do credor, como se viu no item 3.4 acima. A disponibilidade de um mercado, que fornece uma operação substitutiva a um preço conhecido, funciona como teto às demandas oportunísticas que possam vir a ser feitas pelo credor³⁹².

3.9 Os efeitos do dever de mitigar sobre o inadimplemento eficiente

Como visto acima, a adoção do dever de mitigar contribui para reduzir os custos com o inadimplemento para o devedor e para a sociedade em geral, aumentando a eficiência do inadimplemento. Decorrem daí três efeitos: inadimplementos que eram eficientes se tornam mais eficientes, inadimplementos que eram ineficientes passam a ser eficientes e, como decorrência desses, o devedor terá mais incentivos para inadimplir o contrato.

³⁹¹ Cf. MACINTOSH, FRYDENLUND. An investment... *op. cit.* p. 146.

³⁹² Cf. GOETZ, SCOTT. Mitigation principle..., *op. cit.* p. 986.

Para verificar esses efeitos, pode-se utilizar novamente o exemplo do compressor. Rememorando seus dados, quando o contrato foi feito, o vendedor esperava conseguir o compressor no mercado ao preço de \$14.000. O preço fixado no contrato foi de \$15.000 e o comprador atribuiu ao compressor esse mesmo valor. Devido a uma greve no fabricante, o preço do compressor para aquisição pelo vendedor seria de \$20.000, mas é possível adaptar-se o projeto de refrigeração do comprador por \$1.000 para instalar um compressor que custa \$16.000. Deve-se agregar que, se o vendedor não cumprir o contrato, haverá atrasos na obra que causarão danos de \$30.000. Os ganhos e perdas entre as opções de cumprir o contrato, descumprir sem dever de mitigar e descumprir com dever de mitigar são os seguintes³⁹³:

		Vendedor		
		Cumprir	Descumprir, sem existir dever de mitigar	Descumprir, existindo dever de mitigar
Comprador	Mitigar	-\$2.000	-\$2.000	-\$2.000
		\$0	\$0	\$0
		-\$2.000	-\$2.000	-\$2.000
	Não mitigar	-\$5.000	-\$35.000	-\$2.000
		\$0	\$0	-\$33.000
		-\$5.000	-\$35.000	-\$35.000

Essa ilustração demonstra que, na ausência do dever de mitigar, o vendedor terá significativo incentivo para cumprir o contrato. Embora não saiba se o vendedor irá ou não mitigar voluntariamente, adimplir o contrato é a melhor opção para o vendedor em qualquer dos casos. Se o comprador efetivamente mitigar, o cumprimento ou descumprimento pelo vendedor acarretará para ele o mesmo prejuízo de \$2.000. Por outro lado, se o comprador não mitigar, o vendedor terá que suportar um prejuízo de \$5.000 se cumprir ou uma indenização de \$35.000 se não cumprir (custo do atraso e diferença de preço do compressor no mercado e no contrato). Como o vendedor sabe que, na ausência da norma de *evitabilidade*, o comprador não tem nenhum estímulo para minimizar os danos, ele provavelmente preferirá cumprir o contrato.

No entanto, se se compara a opção entre cumprir ou não o contrato, existindo a norma de *evitabilidade*, o vendedor provavelmente decidirá pelo inadimplemento. Se descumprir o contrato, estará sujeito a um prejuízo de \$2.000, independentemente da decisão do comprador de mitigar ou não. Por outro lado, se resolve cumprir sua obrigação, pode ser que suporte um

³⁹³ A análise aqui se faz sob a forma de um jogo sequencial, uma vez que o vendedor primeiro decide se cumpre ou descumpre, para depois o comprador decidir se mitiga ou não os danos. Cf. PINHEIRO, SADDI. Direito... op. cit. p. 160.

prejuízo de \$2.000 se o comprador agir de forma colaborativa ou de \$5.000 se o comprador resolver não agir para minimizar os prejuízos.

Portanto, existem situações, como a dessa ilustração, em que um inadimplemento somente é eficiente porque existe o dever de mitigar. Por isso que Scalise Júnior anotou:

Então, quanto mais limitações institucionais à indenização [existirem] em um sistema jurídico, maior [será] a probabilidade de que o lucro excederá a indenização e um inadimplemento será eficiente.³⁹⁴

Mesmo naquelas hipóteses em que o inadimplemento é eficiente independentemente do dever de mitigar, a previsão da limitação de *evitabilidade* aumenta os ganhos do inadimplemento para o devedor e a eficiência do inadimplemento. Assim, o devedor terá mais estímulos para descumprir o contrato.

Estritamente sob a perspectiva da análise econômica do direito, esse é um efeito positivo. O dever de mitigar aumentaria a eficiência geral nas contratações de duas formas: por aumentar o número de operações em que o inadimplemento é eficiente e por majorar a eficiência em cada descumprimento. O resultado geral é o aumento das riquezas disponíveis na sociedade ou o “aumento da torta”, como diria Polinsky³⁹⁵.

Esse efeito pode, entretanto, colidir com outros valores. Fomentar o inadimplemento pode ser visto como uma injustiça ao credor, uma vez que frustra seu interesse subjetivo na prestação, que não é reparado pelas perdas e danos³⁹⁶. Pode ainda ser vista como um atentado ao princípio do *pacta sunt servanda*, um enfraquecimento da palavra dada³⁹⁷. No entanto, a proteção a tais valores podem ser ponderados pela correta inserção do mecanismo em determinado ordenamento jurídico de forma a, por exemplo, não prescindir da execução específica da obrigação inadimplida, quando essa for indicada, mas exigir do credor que minimize os prejuízos que poderia vir a sofrer, seja o descumprimento remediado via indenização por perdas e danos ou via execução *in natura*. Passar-se-á a tratar nos capítulos seguintes dessa adequada inserção do dever de mitigar no ordenamento brasileiro – a fim de aproveitar todos os benefícios gerados por ele, conforme visto acima, sem violar princípios caros à tradição jurídica nacional.

³⁹⁴ SCALISE JR. Why no... op. cit. p. 738.

³⁹⁵ POLINSKY. An introduction... op. cit. p. 7.

³⁹⁶ Cf. FRIEDMANN. Economic... op. cit. p. 68-71.

³⁹⁷ Cf. LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 211.

IV – FUNDAMENTO DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

*A lei não contém todo o direito.*³⁹⁸

*It has rightly been pointed out that the rules on mitigation reflect a requirement of good faith.*³⁹⁹

4.1 Introdução

No capítulo II, cuidou-se de demonstrar que a norma de mitigação encontra aceitação em inúmeros ordenamentos jurídicos ocidentais, tanto de tradição de *common law*, quanto de *civil law*. Nos primeiros, a doutrina da *evitabilidade* desenvolveu-se a partir de casos concretos levados ao Poder Judiciário, sem prévio fundamento em algum princípio ou valor específico do próprio ordenamento jurídico, mas como fixação das regras relativas à mensuração da indenização a que faria jus o credor⁴⁰⁰. A adoção da regra de mitigação teve como alicerce a consideração pelos Tribunais de qual seria a conduta que poderia se esperar do credor e qual formaria o direito contratual de forma mais justa e que evitasse o desperdício de recursos no tráfego negocial. Pensou-se qual seria a melhor *policy* a ser adotada, em raciocínio típico nas decisões inglesas e norte-americanas.

Como visto no item 2.2 acima e seus sub-itens, nos países de tradição romano-germânica, os autores buscaram explicações para a norma de mitigação, mesmo quando havia dispositivo de lei exposto que a contemplasse. As possibilidades aventadas como fundamentos foram: imprevisibilidade dos danos, ausência de causalidade, dano indireto, a culpa concorrente, o fato ou culpa do credor, a violação ao dever de boa-fé, abuso do direito e *venire contra factum proprium*.

Além disso, concluiu-se no Capítulo III que a regra de mitigação é geradora de eficiência nas relações contratuais, evitando o desperdício de recursos econômicos e fomentando a cooperação e a negociação entre as partes.

³⁹⁸ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 117.

³⁹⁹ FRIEDMAN, Daniel. Good faith and remedies for breach of contract. In: BEATSON, Jack, FRIEDMAN, Daniel. *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon, 2001. p. 408.

⁴⁰⁰ Cf. item 2.1.2 *supra*.

Apesar da adoção da mitigação dos danos em ordenamentos jurídicos estrangeiros e em instrumentos internacionais, o Código Civil brasileiro de 2002 não trouxe dispositivo expresso que tratasse de tal regra com caráter de generalidade⁴⁰¹. No que se refere à apuração do *quantum* da indenização apenas consagrou a reparabilidade do dano moral, já amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, e criou a possibilidade de redução da indenização pela desproporção com o grau de culpa do agente, afastando-se da concepção tradicional do direito civil de que a indenização tem por objetivo reparar o dano e não punir o agente por sua culpa. Da mesma forma, não é possível identificar a norma de *evitabilidade* em outros dispositivos normativos nacionais.

Diante dessa constatação, cabe indagar se a regra de mitigação está presente no ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita, podendo ser deduzida a partir de outras normas ou princípios. Enfim, se, com base no direito posto, está o credor adstrito a diminuir os danos decorrentes do inadimplemento que possam ser razoavelmente reduzidos. Ou se, ao contrário, essa norma não existe no direito brasileiro implicitamente, de forma que apenas caberia a sugestão de sua adoção *de lege ferenda*, tendo em vista ampla aceitação do instituto no direito comparado e sua comprovada conveniência para um direito contratual mais eficiente.

Na bibliografia nacional, Véra Maria Jacob de Fradera foi pioneira ao tratar do assunto em artigo de 2004. Concluiu a autora que a norma de mitigação decorre do princípio da boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil vigente e presente de forma implícita no direito anterior, e do dever anexo de cooperação que esta impõe aos contratantes. Assim afirmou:

Isto posto, surge a indagação: seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate loss* em matéria contratual?

Acreditamos ser possível esta recepção. (...)

No sistema do Código Civil de 2002, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa do contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação. (...)

⁴⁰¹ Há, entretanto, previsão da norma de mitigação para os contratos de seguro no Código Civil, *in verbis*:

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 consequente ao sinistro.

Outro aspecto a ser destacado é o da positivação do princípio da boa fé objetiva, no novo diploma civil, abrindo, então, inúmeras possibilidades ao alargamento das obrigações e/ou incumbências das partes, no caso, as do credor.⁴⁰²

Com base em tal conclusão, Fradera propôs que a III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal adotasse um enunciado que preveria a mitigação dos danos como consequência do artigo 422⁴⁰³. Com modificações em sua redação, a proposta foi aprovada da seguinte forma:

Enunciado nº 169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

É louvável a iniciativa da doutrina brasileira, representada por Fradera e pelos juristas presentes à III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao revelar a norma da mitigação presente na cláusula geral da boa-fé.

No presente trabalho, concluiu-se igualmente que, *de lege lata*, o direito brasileiro impõe ao credor o ônus de impedir que ocorram danos razoavelmente evitáveis, sob pena de não ser indenizado por eles, com fundamento na boa-fé objetiva e no abuso do direito, conforme se passará a demonstrar. Em seguida, serão descartados outros princípios e normas que a doutrina e jurisprudência estrangeiras aventaram como seu fundamento, terminando-se por verificar que o princípio da reparação integral dos danos e a livre escolha do credor das sanções não são óbices suficientes à adoção da regra de *evitabilidade*.

4.2 A abertura do sistema jurídico a partir de cláusulas gerais

É assente a idéia de que o direito se estruturou, a partir do movimento das codificações e do jusracionalismo dos Séculos XVIII e XIX, como um sistema, visto inicialmente como marcado pela unidade, coerência e hierarquia. Um conjunto de normas dispostas logicamente, de forma que a premissa menor pudesse ser extraída da maior, na forma das ciências exatas por dedução *more geometrico*. No topo da pirâmide em que se estruturaria o sistema jurídico, estariam verdades universais das quais se derivaria, por dedução, normas menores até que se pudesse chegar à base da pirâmide: a solução do caso concreto. A aplicação do direito

⁴⁰² FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004. p. 119; 116. Itálicos no original.

⁴⁰³ Cf. Proposta apresentada pela Professora Véra Jacob Fradera quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *apud* TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor*. Texto datado de 24/08/2007. Disponível na Internet: <http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=1684>. Acesso em 11/02/2011.

limitava-se à técnica da subsunção, da verificação da existência, no mundo fático, das premissas previamente determinadas de maneira inequívoca no sistema normativo. Partindo-se do pressuposto da igualdade de todos os indivíduos e assegurando-se o livre exercício da autonomia da vontade, esse método tinha por finalidade garantir estabilidade e segurança na aplicação do direito. Sobre essas bases ideológicas foram elaborados o Código Civil francês, o Código Civil alemão e o Código Civil brasileiro de 1916⁴⁰⁴. Posteriormente, passou-se a denominar essa concepção de sistema fechado, por oposição ao sistema aberto que viria a substituir-lhe. Canaris assim se referiu às duas concepções:

No que toca, em primeiro lugar, à abertura, encontram-se, na literatura, utilizações linguísticas diferentes. Numa delas, a oposição entre sistema aberto e fechado é identificada com a diferença entre uma ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência e uma ordem dominada pela idéia de codificação; nesse sentido, o sistema do Direito alemão actual deve-se considerar, pela sua estrutura, sem dúvida como fechado. Na outra, entende-se por abertura e incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; neste sentido, o sistema da nossa ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto. Pois é um facto geralmente conhecido e admitido o de que ele se encontra numa mudança permanente e que, por exemplo, o nosso sistema de Direito privado surge, no essencial, diferente do imediatamente posterior à promulgação do BGB ou do ainda há trinta anos existente.⁴⁰⁵

A mudança de paradigma entre o sistema fechado e o aberto decorre do fato de constatar-se que a lei não consegue prever, de forma pormenorizada e exaustiva, todas as situações fáticas que merecem adequado tratamento jurídico⁴⁰⁶. A idéia de completude e coerência lógica que cerca o sistema fechado constituiu utopia do jusracionalismo, que se tornou ainda mais patente com a aceleração da história, que impôs maior velocidade ao direito. A maior complexidade das relações sociais criou, a partir da Segunda Grande Guerra, a necessidade de que novas áreas fossem disciplinadas pelo direito e previstos diversos

⁴⁰⁴ Cf. AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 63, p. 45-56, jan./mar. 1993. p. 45-48. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 136-154. GOMES, Elena de Carvalho. *Entre o actus e o factum: os comportamentos contraditórios no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 3-6. PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 151-155.

⁴⁰⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 103-104.

⁴⁰⁶ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: NOGUEIRA, Adalício et al. *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 609-610. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito civil*. v. 1. Lisboa: Almedina, 1984. p. 46.

tratamentos para diferentes gêneros, grupos sociais, étnicos ou políticos. Segundo Francisco Amaral:

O sistema passa a configurar-se assim como uma “ordem axiológica ou teológica de princípios gerais”, “uma entidade aberta à dinâmica que continuamente se enriquece e constitui”. Não mais um sistema fechado, representado pela idéia da codificação, mas um sistema aberto incompleto e móvel nos seus valores fundamentais.

O novo modelo não se apresenta mais como uma estrutura lógico-dedutiva mas como uma rede, um entrelaçamento de relações sob o predomínio ou orientação de princípios jurídicos que funcionam como pautas abertas de comportamento.⁴⁰⁷

Diante da impossibilidade de a lei prever adequadamente todas essas situações de forma pormenorizada, as legislações passaram a prever conceitos indeterminados e cláusulas gerais⁴⁰⁸ ou a dar nova significação e importância àqueles que já estavam presentes no ordenamento jurídico⁴⁰⁹. Pelo seu elevado grau de vagueza, o uso dessas expressões concedeu ao Juiz maior subjetivismo, liberdade e discricionariedade na aplicação do direito⁴¹⁰. De mero *bouche de la loi*, o Juiz passou a ter função criadora do ordenamento jurídico, aproximando o papel que desempenha na *civil law* daquele desenvolvido por seus pares da *common law*⁴¹¹. De forma crítica, Junqueira concluiu ter havido a fuga da lei para o Juiz⁴¹².

Portanto, a abertura do sistema deu-se por meio do uso de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais⁴¹³. Menezes Cordeiro assim define a primeira categoria:

Tal característica ocorre sempre que um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, porosidade ou esvaziamento; polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambigüidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde

⁴⁰⁷ AMARAL. Racionalidade... op. cit. p. 49.

⁴⁰⁸ Cf. AZEVEDO. O direito... op. cit. p. 125-126. TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 27, p. 223-251, 2006. p. 228-229.

⁴⁰⁹ Como aconteceu com a boa-fé (*Treu und Glauben*) que, prevista no § 242 Código Civil alemão desde sua edição, apenas passou a ter conotação mais significativa do que simplesmente reforço ao pactuado a partir da década de 1920. Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 292-293.

⁴¹⁰ Cf. MOREIRA. Regras... op. cit. p. 612.

⁴¹¹ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 292.

⁴¹² Cf. AZEVEDO. O direito... op. cit. p. 126.

⁴¹³ Cf. COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 69.

o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte algum sentido útil.⁴¹⁴

De acordo com Judith Martins-Costa, nesses dois casos, o legislador usa intencionalmente expressões de elevado grau de vagueza semântica, o que permite o diálogo do sistema jurídico com padrões valorativos que se situam dentro ou fora dele⁴¹⁵. Ao usar conceitos com precisão semântica mínima, o legislador estabelece uma norma maleável, que contém uma incerteza intrínseca, consubstanciada na impossibilidade de se determinar, *a priori*, toda a sua extensão. Por outro lado, essa mesma ductibilidade permite que o sistema jurídico dê tutela aos casos-limite, que não haviam sido previamente cogitados pelo legislador. Na verificação da norma aplicável à *fattispecie*, deverá o Juiz preencher o conteúdo da norma vaga, valendo-se dos “variáveis parâmetros de juízo e [das] mutáveis tipologias da moral social e do costume”⁴¹⁶.

Assim, ao prever que a parte poderá pedir a resolução do contrato se “a prestação (...) se tornar excessivamente onerosa” (artigo 478 do Código Civil), o legislador utilizou-se de um conceito vago, pois não se sabe a priori quanto deverá uma obrigação ter se tornado mais custosa para que seja considerada *excessivamente* onerosa. Seria um acréscimo de cinquenta por cento, cem por cento ou bastaria vinte?

O legislador poderia ter dotado essa norma de maior precisão, redigindo o artigo de forma que atribuísse o direito à resolução, por exemplo, apenas quando a prestação atingisse valor, pelo menos, cinquenta por cento maior que o previsto. Nessa hipótese, a aplicação da norma seria dotada de maior segurança jurídica, mas poder-se-ia tratar de forma diferente dois casos bastante semelhantes, ou seja, resultaria em inadequada solução para os casos-limite. Nessa regra hipotética, não teria direito à resolução o devedor que provasse que sua prestação teve custo quarenta e nove por cento maior que o previsto, enquanto que teria tal direito aquele que tivesse sua prestação onerada em cinquenta por cento.

Na norma atualmente prevista no artigo 478, que contém um conceito indeterminado, deverá o Juiz recorrer a dados extrínsecos ao ordenamento jurídico para determinar se aquele aumento tornou a prestação *excessivamente* onerosa ou não. Poderá para tanto valer-se dos

⁴¹⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. v. 2, Lisboa: Almedina, 1984. p. 1177.

⁴¹⁵ Cf. MARTINS-COSTA. *A boa-fé...* op. cit. p. 325.

⁴¹⁶ LUZZATTI, *La vaghezza delle norme – Un’analisi del linguaggio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1990. p. 303. Apud MARTINS-COSTA. *A boa-fé...* op. cit. p. 313.

usos e costumes locais, daquele determinado ramo de atividade e dos valores vigentes em certo local e certo ramo de atividade. Em outras palavras, deverá integrar o conceito indeterminado com a seguinte cogitação: pessoas situadas nesse ramo de atividade, nesse local e nesse contexto histórico consideram razoável que a parte seja eximida de cumprir sua obrigação se houver um aumento inesperado de quarenta e nove (ou cinquenta) por cento?

Em razão da pouca precisão semântica, o Juiz deverá listar as várias possibilidades de soluções que a comunicação daquela norma permite. Dentre essas, deverá selecionar uma, justificando porque considerou aquela a melhor saída para o caso concreto. A justificativa será realizada à luz dos valores intra e extra-sistemáticos, integrando a norma dotada de elevada vagueza e obtendo a regra do caso concreto⁴¹⁷. Portanto, o uso de termos vagos permite a integração com valores extrínsecos ao sistema jurídico, que o julgador deverá procurar no próprio contexto social⁴¹⁸, bem como com os demais princípios e valores fornecidos pela própria ordem jurídica⁴¹⁹.

Observa-se que o uso de expressões mais precisas ou mais vagas é uma opção do legislador, que se utiliza de uma técnica legislativa ou outra dependendo dos objetivos que pretende perseguir⁴²⁰. Por um lado, menor segurança jurídica, maior discricionariedade na aplicação do direito, mas maior maleabilidade aos diversos contextos sociais e históricos e maior permeabilidade a princípios jurídicos e a valores metajurídicos⁴²¹. Por outro lado,

⁴¹⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., *op. cit.* p. 1178.

⁴¹⁸ Steven Shavell conduziu uma pesquisa empírica para verificar se as pessoas consideravam imoral descumprir um contrato, em vários cenários. Dependendo das circunstâncias os entrevistados consideravam correto ou incorreto inadimplir o contrato. Cf. SHAVELL, Steven. Is breach of contract immoral? *Emory Law Review*, Atlanta, v. 56, p. 439-460, 2006-2007. Essa pesquisa pode ser interessante para ilustrar como os valores sociais podem ser utilizados para oxigenar o sistema jurídico, caso esse tenha se utilizado de expressões vagas que permitam tal diálogo.

⁴¹⁹ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... *op. cit.* p. 325. A autora lembra que há conceitos indeterminados cuja vagueza pode ser resolvida pelo aplicador da norma com recurso apenas a finalidades previstas no próprio ordenamento jurídico, sem necessidade de recorrer a princípios extra-sistemáticos, enquanto há outros cuja vagueza exige o diálogo com valores metajurídicos.

⁴²⁰ Nesse ponto, faz-se uma análise entre os dois extremos ideais do problema, termos precisos ou termos vagos. No entanto, qualquer expressão estará sujeita à interpretação, lembrando Misabel de Abreu Machado Derzi que, mesmo os chamados conceitos fechados se sujeitam a diferentes interpretações ao longo do tempo, nos “limites possíveis da palavra”. É de se reconhecer, assim, que há sempre uma “zona de penumbra” que pode ser maior ou menor, mas não será jamais eliminada. Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 112. Menezes Cordeiro também anota que a indeterminação de um conceito é uma questão de grau, devendo falar-se em maior ou menor determinação. Cf. MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., *op. cit.* p. 1180.

⁴²¹ Conforme anotou Villela, “[a] permanência e a variação do direito constituem, juntas, um dos muitos lugares dialéticos das ciências do comportamento.” VILLELA, João Baptista. Em busca dos valores transculturais do direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 29-45, jan.-jun. 2004. p. 29.

pretende-se dotar a norma de mais segurança jurídica e certeza na sua aplicação, reservando a si mesmo o papel de alterar a norma quando a sociedade assim demandar, o legislador se utiliza de conceitos com maior precisão⁴²². Conforme asseverou José Carlos Barbosa Moreira:

Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de “preencher os claros”, de “colorir os espaços em branco”⁴²³.

Embora vaga, a expressão utilizada pelo legislador em conceitos jurídicos indeterminados ou em cláusulas gerais contém certa carga semântica que serve de limite à atuação do julgador ou, em metáforas frequentes, traça o quadro ou a moldura à qual deverá se submeter o aplicador da norma. A margem de discricionariedade do Juiz é, ainda, limitada pela circunstância de ter ele que fundamentar sua decisão em dados do caso concreto, em finalidades maiores reconhecidas pela própria ordem jurídica e em valores colhidos no meio social.

De acordo com Judith Martins-Costa, é possível distinguir os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais sob o ponto de vista funcional. A autora assim os distingue:

Essas normas buscam a formulação de hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos ou abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente exteriores ao corpus codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais.⁴²⁴

Nos conceitos jurídicos indeterminados, a expressão vaga está contida na descrição do fato que consiste em pressuposto para a aplicação da norma. Em razão da vagueza semântica, o julgador terá sempre algum grau de discricionariedade no momento de realizar a aplicação

⁴²² O direito brasileiro é repleto de normas dotadas de alto grau de precisão. Um dos exemplos é o sistema de menoridade/majoridade. O Código Civil coloca uma regra bastante precisa quanto à maioridade, que terá início aos dezoito anos. Assim, casos-limite, embora de pessoas com semelhante desenvolvimento mental, serão tratados diferentemente. O jovem com dezoito anos e um dia não difere fundamentalmente em termos de discernimento e de desenvolvimento mental e social daquele com dezessete anos trezentos e sessenta e quatro dias, mas a eles serão aplicados regimes jurídicos diversos.

⁴²³ MOREIRA. Regras... op. cit. p. 610.

⁴²⁴ MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 286.

da norma. Dependendo da expressão vaga, poderá ser suficiente que o aplicador utilize apenas as suas regras da experiência e avalie simplesmente as situações fáticas do caso; no entanto, poderá ser necessário o recurso a valores internos do próprio ordenamento jurídico ou externos a ele. De qualquer forma, a vagueza restringir-se-á à caracterização dos fatos previstos pela norma. Uma vez caracterizado o fato do caso como aquele previsto na norma, seja por recurso às regras da experiência ou por integração com valores internos ou externos ao sistema, a consequência será aquela prevista pela norma. Por isso, Martins-Costa afirma que há, na hipótese, subsunção, sendo que a função do juiz é apenas de interpretação e não de criação do direito⁴²⁵.

O exemplo acima acerca do artigo 478 do Código Civil ilustra um conceito juridicamente indeterminado. A vagueza semântica (“excessivamente onerosa”) está presente apenas na consideração dos fatos que são o pressuposto de aplicação da norma. O Juiz, ao considerar um caso concreto, terá certa discricionariedade para saber se o aumento de custo apresentado pelo devedor tornou ou não a prestação excessivamente onerosa. Mas, se considerá-la, a consequência está prevista pela norma – a resolução do contrato – não tendo o julgador qualquer discricionariedade quanto a esse aspecto.

As normas que contêm cláusulas gerais, por seu turno, servem a diferente propósito, pois têm em vista a regulação de comportamentos⁴²⁶. Estas outorgam maior campo de discricionariedade ao Juiz que se dirige não apenas à verificação de se os fatos do caso se submetem à regra, como também à definição de quais serão os efeitos daí decorrentes. O Juiz tem, diante de uma cláusula geral, função de criação do direito⁴²⁷, como destacou Martins-Costa:

[N]a cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções no sistema.⁴²⁸

⁴²⁵ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 325-326.

⁴²⁶ Cf. MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., op. cit. p. 1183.

⁴²⁷ Antônio Junqueira de Azevedo critica essa visão da seguinte forma: “Noções vagas, como ordem pública, interesse público, função social, tornaram-se moeda corrente no mundo jurídico, servindo a torto e a direito para as autoridades de plantão.” AZEVEDO. O direito... op. cit. p. 126.

⁴²⁸ MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 326-327. Itálicos no original.

As cláusulas gerais são tidas como normas em branco que remetem o julgador a pautas de valorações do caso concreto, a partir das quais ele criará o direito aplicável ao caso⁴²⁹. Essas referências axiológicas poderão ser encontradas no próprio sistema, por meio de princípios ou normas jurídicos existentes no ordenamento, que servirão para integrar ou colorir a moldura fornecida pela cláusula geral. Poderá ocorrer também de ter o julgador que recorrer a valores ou princípios metajurídicos, existentes no ambiente social para que possa preencher o conteúdo daquela moldura⁴³⁰. A cláusula geral promove, portanto, a mobilidade extra e intra-sistemática da norma jurídica⁴³¹. Diante dela, o julgador pode “adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos”⁴³². Adverte Menezes Cordeiro que as cláusulas gerais atribuem ao julgador um poder significativo, perturbam a separação de poderes e agregam insegurança às relações jurídicas, mas, utilizadas de forma adequada, promovem a “aplicação cuidada do Direito”⁴³³. Os benefícios e perigos de se utilizar cláusulas gerais foram também captados por Franz Wieacker:

O legislador conseguiu afastar-se noutros casos, de forma mais feliz, da tormentosa escolha entre uma abstracção empobrecedora e uma casuística acanhada através das chamadas *cláusulas gerais*, isto é, através de linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade. (...) O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à “boa fé”, aos bons costumes, aos hábitos do tráfico jurídico, à justa causa, ao carácter desproporcionado, etc. – em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de se esperar. (...)

O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de “fuga para as cláusulas gerais” (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. (...) Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica reflectida do uso correto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas.⁴³⁴

⁴²⁹ Cf. COSTA. Direito... op. cit. p. 103.

⁴³⁰ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 336.

⁴³¹ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 341.

⁴³² COUTO E SILVA. Clóvis do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: CAETANO, Marcelo et al. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 50.

⁴³³ MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., op. cit. p. 1184. Cf. ARAÚJO. Teoria... op. cit. p. 573-574.

⁴³⁴ WIEACKER. História... op. cit. p. 545-547.

A aplicação da cláusula geral produz uma solução aplicável àquele caso, como uma “roupa sob medida”, no dizer de Carnelutti⁴³⁵; no entanto, à medida que casos semelhantes são levados ao Judiciário e integrados com recurso aos mesmos valores, intrínsecos ou extrínsecos, a norma vai adotando maior grau de concreção para aquele grupo de situações⁴³⁶, dando a elas “um sentido convergente, evitando o excesso de interpretações díspares e assegurando a incidência isonômica das cláusulas gerais, com um mínimo de previsibilidade e segurança jurídica”⁴³⁷. Daí que, a partir do dever de observância da boa-fé – norma contendo cláusula geral –, inicialmente a doutrina e em seguida a jurisprudência derivou os atuais contornos da *culpa in contrahendo* e da responsabilidade pré-contratual⁴³⁸. O método de aplicação das cláusulas gerais implica integração com valores e princípios jurídicos e metajurídicos, que deverão constar da fundamentação das decisões judiciais que as aplicam. A repetição de casos semelhantes possibilitará preencher a moldura de tal tipo de norma, dotando-a de concreção, previsibilidade e segurança jurídica. Essa técnica evidencia os benefícios dos usos da cláusula geral, ao mesmo tempo que evita os riscos identificados por Wieacker, acima referidos.

A cláusula geral permite, então, a abertura máxima do sistema jurídico, a sua maleabilidade aos diversos contextos históricos e sociais, o diálogo constante com finalidades, princípios e valores metajurídicos. Sua ductibilidade permite a manutenção de um sistema eminentemente sistemático, com momentos de abertura para o raciocínio tópico defendido por Viehweg, no que Martins-Costa chamou de nova sistemática⁴³⁹.

Desta forma, a descoberta da cláusula geral da boa-fé (*Treu und Glauben*) no §242 do Código Civil alemão a partir da década de 1920 constituiu “elemento fundamental para uma compreensão absolutamente nova da relação obrigacional”⁴⁴⁰.

⁴³⁵ Cf. CARNELUTTI, Francesco. Crise da Arte e Crise do Direito. trad. João Baptista Villela. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 20, n. 67, p. 277-292. 1973-1974. p. 287.

⁴³⁶ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 342.

⁴³⁷ FONSECA. A função... op. cit. p. 20. Segundo adverte Misabel de Abreu Machado Derzi: “Não obstante, se a ciência do direito ou normas e orientações internas administrativas passam a traçar critérios, conferir notas e características ao conceito, para direcionar sua aplicação aos casos concretos individuais, inicia-se a tipificação.” DERZI. Direito... op. cit. p. 107-108.

⁴³⁸ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 343. LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade pré-contratual*: subsídios para o direito brasileiro das negociações. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

⁴³⁹ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 355-377. PREDIGER. A noção... op. cit. p. 168.

⁴⁴⁰ COUTO E SILVA. O princípio... op. cit. p. 46.

O objeto do presente trabalho insere-se, exatamente, na correta compreensão dos efeitos que tem a cláusula geral da boa-fé na resolução do problema de saber se o credor poderá ser indenizado por prejuízos cuja ocorrência poderia ter evitado com o emprego de esforços razoáveis. Desta forma, passar-se-á a analisar como cada uma dessas noções contribui para que seja resolvida tal questão.

4.3 Do dever de observância da boa-fé à mitigação dos danos

Deve-se inicialmente fazer referência à distinção assente na doutrina entre duas modalidades de boa-fé: a subjetiva ou de conhecimento e a objetiva ou de comportamento⁴⁴¹. A primeira liga-se ao estado de ignorância do indivíduo quanto a estar praticando algum ato em desconformidade com a ordem jurídica. Está presente, sobretudo, nos direitos reais (v.g. tratamento diverso dado ao possuidor de boa-fé ou de má-fé) e na proteção à confiança gerada pela aparência (v.g. impossibilidade de opor cláusula restritiva à cessão ao cessionário de boa-fé)⁴⁴².

A boa-fé objetiva, por sua vez, é a boa-fé de conduta. Impõe que o destinatário da norma aja de forma consentânea com aquela socialmente esperada de um homem probo. Determina a conduta leal, honesta e correta dadas as circunstâncias do caso⁴⁴³.

Assim Judith Martins-Costa distinguiu as duas modalidades de boa-fé:

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação irregular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da

⁴⁴¹ Menezes Cordeiro defende, entretanto, que a noção de boa-fé é una, podendo ser vista sob dois *prismas*: o objetivo e o subjetivo. O objetivo estaria relacionado ao direito objetivo e, desta forma, fixaria qual é a conduta esperada do agente. Sob o prisma subjetivo da boa-fé, avaliar-se-ia se a parte agiu ou poderia ter agido de acordo com aquele padrão de conduta. Se está em estado de ignorância desculpável com relação à conduta esperada, está de boa-fé sob o prisma subjetivo. Se age de forma contrária à esperada, mas sabia qual era a conduta socialmente adequada ou deveria saber, está de má-fé sob o prisma subjetivo. Cf. MENEZES CORDEIRO. Da boa fé... op. cit. p. 512-513. MENEZES CORDEIRO, António. Direito das Obrigações. v. 1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. p. 125-127. No mesmo sentido: Mário Júlio de Almeida Costa. Cf. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. aum. Coimbra: Almedina, 2006. p. 102. A distinção entre duas “boas-fés” é, entretanto, corrente na doutrina, com base no desenvolvimento pela doutrina alemã a partir das expressões contidas *gunter Glauben* (boa-fé subjetiva) e da *Treu und Glauben* (boa-fé objetiva). SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2008. p. 83.

⁴⁴² Cf. BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obligazioni*. v. 1. Milão: Giuffrè, 1953. p. 69. SOARES. A boa-fé ... op. cit. p. 80.

⁴⁴³ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. *In*: Questões controvertidas no Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005. p. 77. SOARES. A boa-fé ... op. cit. p. 82. COSTA. Direito... op. cit. p. 420.

ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.). (...)

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal.⁴⁴⁴

A boa-fé objetiva insere-se, claramente, como um conceito indeterminado e, dependendo da forma de sua utilização na norma jurídica, poderá se caracterizar como cláusula geral⁴⁴⁵. Desta forma, permite o diálogo com valores, princípios, padrões e arquétipos de condutas que não estão definidos na própria norma que a prevê ou no conteúdo semântico da boa-fé, mas em elementos que se situam além do dispositivo normativo em que se insere, estejam estes situados no próprio sistema jurídico ou fora dele. Em razão da abertura proporcionada pela vagueza semântica do termo, não se pode listar, *a priori*, todos os comportamentos que serão considerados em conformidade com a boa-fé. Cada conduta concreta deverá ser cotejada com o padrão de homem probo, com o ideal de lealdade e honestidade e com os valores perseguidos pela ordem jurídica em determinado contexto social e histórico⁴⁴⁶.

O recurso a esses valores é que faz com que a aplicação da boa-fé seja de caráter estritamente técnico-jurídico e não uma autorização para que o julgador aplique uma solução de cunho moral, em que prevaleça a sua opinião subjetiva sobre a conduta em questão⁴⁴⁷. Portanto, a boa-fé objetiva promove o reenvio a padrões e valores socialmente aceitos, os quais deverão pautar o julgamento do caso concreto, mas não a abertura para o arbítrio das convicções pessoais e morais de cada julgador⁴⁴⁸. Embora tenha mais discricionariedade do que na aplicação de conceitos com maior precisão semântica, o Juiz está vinculado pelo fato de ter que fundamentar sua decisão em valores, princípios, padrões e condutas socialmente

⁴⁴⁴ MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 411-412.

⁴⁴⁵ Cf. MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., op. cit. p. 1192. O autor cita dispositivos do Código Civil português em que a boa-fé tem o papel de conceito indeterminado e outros em que vem atrelada a uma cláusula geral.

⁴⁴⁶ Cf. LÔBO. Deveres... op. cit. p. 78. THEODORO JÚNIOR. O contrato... op. cit. p. 19.

⁴⁴⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR. O contrato... op. cit. p. 135.

⁴⁴⁸ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 412-413. FONSECA. A função... op. cit. p. 66.

aceitos, os quais, inclusive, poderão ter sido identificados em julgamentos reiterados anteriores, dotando de maior concreção a norma que prescreve a observância da boa-fé objetiva⁴⁴⁹. Conforme destacou Clóvis do Couto e Silva:

A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, “janelas para o ético”.

Nessa conciliação, a atividade do juiz exerce tarefa de importância.

Seu arbítrio, no entanto, na aplicação do princípio da boa-fé, não é subjetivo, pois que limitado pelos demais princípios jurídicos, os quais, igualmente, tem de aplicar.⁴⁵⁰

A Comissão que preparou o anteprojeto do que viria a ser o Código Civil de 2002 intencionalmente pretendeu caracterizá-lo como um sistema aberto, inserindo em seu texto normas que se valem de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais⁴⁵¹. Essa abertura, segundo Miguel Reale, foi proporcionada pela adoção da operabilidade como princípio norteador da elaboração do anteprojeto⁴⁵². Contribuiu para sua confecção, adicionalmente, o princípio da eticidade, a determinar a inserção, na nova legislação, de regras que exigissem a adoção de padrões éticos de condutas⁴⁵³.

Embora a Comissão tenha preferido manter a estrutura do Código Civil de 1916 e, tanto quanto possível, a redação de seus dispositivos⁴⁵⁴, a orientação de pautar os trabalhos pelo princípio da operabilidade promoveu mudanças pequenas de texto, mas significativas de conteúdo. Na redação do Código Civil anterior, Clóvis Beviláqua havia intencionalmente evitado utilizar a boa-fé em qualquer concepção que não fosse a subjetiva, pois tinha como finalidade dotar o Brasil de uma legislação civil segura e completa, dotada de normas claras e precisas⁴⁵⁵. É de se reconhecer que, apesar da sua ausência como texto constante do Código

⁴⁴⁹ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 331. COSTA. Direito... op. cit. p. 104.

⁴⁵⁰ COUTO E SILVA. A obrigação... op. cit. p. 42.

⁴⁵¹ Sobre uma crítica ao modelo adotado, por entender que se fundamenta em paradigma ultrapassado: Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, a. 89, v. 775, p. 11-17, maio 2000.

⁴⁵² Cf. REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 12.

⁴⁵³ Cf. REALE. O projeto... op. cit. p. 7-8.

⁴⁵⁴ Cf. REALE. O projeto... op. cit. p. 85.

⁴⁵⁵ Cf. COUTO E SILVA. O princípio... op. cit. p. 62. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 259-267. Segundo a autora: “A pretensão da plenitude, a preocupação com a segurança, certeza e clareza (no sentido de precisão semântica) que marcam a obra de Beviláqua não permitiram espaço para a inserção de cláusulas gerais

anterior, a boa-fé objetiva era, mesmo na vigência daquele diploma, aceita como um princípio geral que norteava todo o direito privado, por obra da doutrina e da jurisprudência brasileiras do Século XX⁴⁵⁶. Entretanto, sua previsão expressa teve o efeito de promover a oxigenação do direito das obrigações e dos contratos, com o surgimento de novos estudos acerca das derivações dessa norma, bem como com seu emprego menos tímido por parte da jurisprudência. Assim, pode-se aplicar ao direito brasileiro a afirmação feita por Menezes Cordeiro a propósito do direito português: “as atuais exigências (...) têm conduzido a um crescente interesse pela boa-fé, apetrecho ideal para conseguir uma maior prossecução da justiça real, nos casos concretos.”⁴⁵⁷

A previsão da boa-fé objetiva em matéria contratual pelo Código Civil de 2002 veio em seu artigo 422, *in verbis*:

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

De acordo com a distinção adotada no item anterior, trata-se de norma que contém cláusula geral, que atribui significativo poder ao julgador no momento de aplicá-la ao caso concreto⁴⁵⁸. O legislador utilizou intencionalmente a vagueza semântica da expressão “boa-fé” de forma a deixar que o aplicador da norma cotejasse a conduta dos contratantes no caso concreto com padrões e valores intra e extra-sistemáticos, mas não definidos *a priori* na própria norma. Caso verifique que a conduta não está de acordo com a boa-fé, deverá talhar a solução para o caso. A norma inscrita no artigo 422 não traz, em si, a consequência para a hipótese de a parte contratante não ter agido de acordo com a boa-fé. Deverá o Juiz assim,

e, por isso, a boa-fé ficou restrita às hipóteses de ignorância excusável, em matéria de direito de família e no tratamento da proteção possessória.” (p. 267)

⁴⁵⁶ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 265. COUTO E SILVA. A obrigação... op. cit. p. 33. COUTO E SILVA. O princípio... op. cit. p. 62. O autor anota, entretanto, as dificuldades que a ausência de dispositivo legal que se referisse à boa-fé trazia para que os Juizes pudessem fundamentar suas decisões. João Baptista Villela anota que a boa-fé é um princípio amplamente disseminado e acolhido pelo direito privado de todos os ordenamentos jurídicos. Cf. VILLELA. Em busca... op. cit. p. 43.

⁴⁵⁷ MENEZES CORDEIRO. Direito... op. cit. p. 118.

⁴⁵⁸ Com base na redação do Projeto de Lei que viria a ser o Código Civil de 2002, Judith Martins-Costa reconheceu a natureza de cláusula geral a essa norma. Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 351. Igualmente, com base no Código já promulgado, Paulo Luiz Netto Lôbo: Cf. LÔBO. Deveres... op. cit. p. 77. Comentando o §242 do Código Civil alemão e o artigo 762º, 2, do Código Civil português, que têm estruturas semelhantes ao artigo 422 do Código Civil brasileiro, Menezes Cordeiro também lhes reconhece a característica de cláusula geral. Cf. MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., op. cit. p. 1192.

dentre os vários expedientes existentes no ordenamento jurídico, escolher aquele que melhor se ajusta à finalidade de assegurar observância da boa-fé⁴⁵⁹.

Para dar a solução ao caso, diante da norma que contenha uma cláusula geral, deverá o Juiz se valer de várias referências, desenvolvendo raciocínio descrito da seguinte forma por Martins-Costa:

A escolha do conteúdo que há de ser conferido à norma que caracteriza cláusula geral, não estando indicado no texto legislativo, implica ponderações e valorizações que se reportam a um âmbito de referência tecido por variadas *escalas*: os precedentes, a história institucional, as opiniões consolidadas doutrinariamente, os usos e costumes do tráfico jurídico, as soluções advindas do direito comparado. Os precedentes, de modo especial, têm a relevantíssima função de fixar, embora de maneira não rígida, o concreto desenho dos valores aos quais reenviam as cláusulas gerais, possibilitando a solução do caso. (...)

A resposta à determinação de qual dessas conseqüências se configurará concretamente não será encontrada, contudo, mediante uma *relação de identidade*, como ocorre nos casos sujeitos à subsunção, mas através de *relações de semelhança*, ou com casos figurados na realização jurisprudencial precedente, ou indicados pela *communis opinio*, assim entendido o que vem sendo consagrado através de processos, lentos, mas contínuos, da elaboração do direito. Daí surge a questão da *argumentação através do exemplo*, a qual não tem natureza propriamente lógica, mas quase-lógica. A resposta, enfim, *foi alcançada topicamente*, atuando a boa-fé como *topos* que possibilitou a solução do problema. Ao mesmo tempo, a resposta, finalmente dada, passará a integrar, então, a experiência jurídica, por forma a alargar os contornos do sistema. É nesse sentido que se afirma que as cláusulas gerais têm *função ressistematizadora*. (...)

O juiz desenvolve, mais propriamente, um *pensamento pragmático*, operando mediações entre as relações de finalidade da norma e suas diversas implicações, considerando a que se apresenta como a mais convincente.⁴⁶⁰

Desta forma, a boa-fé tem função integradora do direito das obrigações, ao exigir que as partes – credor e devedor – ajam de forma considerada correta no meio social em determinado tempo. Conforme Clóvis do Couto e Silva, “a boa-fé enriquece o conteúdo da obrigação de modo que a prestação não deve apenas satisfazer os deveres expressos”⁴⁶¹. Deverá o aplicador realizar avaliação objetiva da conduta, cotejando o comportamento concretamente adotado com aquele socialmente tido como o esperado do homem probo⁴⁶². A aplicação da boa-fé ao direito das obrigações permitiu a percepção da relação obrigacional

⁴⁵⁹ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 368.

⁴⁶⁰ MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 368-369; 371-372. Itálicos no original.

⁴⁶¹ COUTO E SILVA. O princípio... op. cit. p. 68.

⁴⁶² Cf. THEODORO JÚNIOR. O Contrato... op. cit. p. 18-19.

como um processo, como uma totalidade orgânica orientada pela ordem de cooperação.⁴⁶³

Nos dizeres de Mário Júlio de Almeida Costa:

[N]uma compreensão globalizante da relação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* –, os *deveres laterais*, além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ônus jurídicos*, *expectativas jurídicas*, etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional: *a relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*⁴⁶⁴.

Portanto, a relação obrigacional não é modernamente vista apenas como vínculo pontual que liga credor e devedor, tendo como único elemento relevante a prestação, isto é, a atividade a ser realizada pelo devedor no interesse do credor. A compreensão moderna do direito obrigacional identifica-a como organismo ou processo dirigido à satisfação do credor, mas que não se exaure na prestação⁴⁶⁵. A relação obrigacional envolve também os chamados deveres secundários ou acidentais da prestação e os deveres laterais. Os últimos, segundo Almeida Costa:

são derivados de uma cláusula contratual, de dispositivo de lei “ad hoc” ou do princípio da boa-fé. Esses deveres já não interessam directamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ao exacto processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exacta satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa.⁴⁶⁶

Segundo Couto e Silva, esses deveres são chamados de secundários, anexos ou instrumentais⁴⁶⁷ e abrangem toda a relação jurídica, podendo “ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal”⁴⁶⁸.

Paulo Luiz Netto Lôbo adota a denominação deveres gerais de conduta, destacando que estes não se caracterizam como acessórios ou derivados da relação obrigacional. Segundo o autor, os deveres de conduta estão acima da relação obrigacional ou do dever de seu adimplemento e decorrem directamente dos princípios normativos, dentre os quais a boa-fé

⁴⁶³ Cf. COUTO E SILVA. A obrigação... op. cit. p. 19.

⁴⁶⁴ COSTA. Direito... op. cit. p. 63. Itálicos no original.

⁴⁶⁵ Cf. COUTO E SILVA. A obrigação... op. cit. p. 20. COSTA. Direito... op. cit. p. 64.

⁴⁶⁶ COSTA. Direito... op. cit. p. 66.

⁴⁶⁷ Cf. COUTO E SILVA. A obrigação... op. cit. p. 91.

⁴⁶⁸ COUTO E SILVA. A obrigação... op. cit. p. 93.

objetiva. Os deveres de conduta se irradiam sobre a relação obrigacional e seus efeitos, impondo-lhe limites e fixando a sua forma de acordo com os princípios e valores socialmente vigentes e reconhecidos pelo ordenamento jurídico em certo momento histórico⁴⁶⁹. O autor destaca, ainda, que os deveres gerais de conduta “se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros”⁴⁷⁰.

A partir do núcleo ideativo da boa-fé objetiva como norma da conduta leal, honesta e correta que seria de se esperar do homem probo, a doutrina é fértil na tentativa de identificar o rol de deveres gerais de conduta ou deveres anexos que dela decorrem⁴⁷¹, sendo despidendo listá-las para o escopo do presente trabalho. Importa, entretanto, destacar o dever de cooperação que permitiu até mesmo que fosse repensada a natureza do vínculo obrigacional. Com efeito, como destaca Lôbo:

Tradicionalmente, a obrigação, especialmente o contrato, foi considerada a composição de interesses antagônicos, do credor de um lado, do devedor de outro. (...) Tal esquema era adequado ao individualismo liberal, mas é inteiramente inapropriado à realização do princípio constitucional da solidariedade, sob o qual a obrigação é tomada como um todo dinâmico, processual, e não apenas como estrutura relacional de interesses individuais. O antagonismo foi substituído pela cooperação, tido como dever de ambos os participantes e que se impõe aos terceiros, como vimos na tutela externa do crédito. Revela-se a importância não apenas da abstenção de condutas impeditivas ou inibitórias, mas das condutas positivas que facilitem a prestação do devedor.⁴⁷²

É importante notar que Emilio Betti já identificava a cooperação como núcleo da relação obrigacional, identificando-a como tema central do primeiro volume de sua obra sobre o tema⁴⁷³. Entretanto, esta é vista como pressuposto para a existência da obrigação, a partir de uma perspectiva de satisfação dos interesses do credor. Em outros termos, o autor aborda a cooperação como fundamento para que o devedor tenha que realizar a prestação em favor do credor. A obrigação é, então, vista como o meio técnico de que dispõe o credor para assegurar a cooperação do devedor para seus interesses.

⁴⁶⁹ Cf. LÔBO. Deveres... op. cit. p. 77.

⁴⁷⁰ LÔBO. Deveres... op. cit. p. 76-77.

⁴⁷¹ Cf. LÔBO. Deveres... op. cit. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 437-472. SOARES. A boa-fé... op. cit. p. 114-129. GOMES, Rogério Zuel. Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 163-166. SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004. p. 53-75.

⁴⁷² LÔBO. Deveres... op. cit. p. 93.

⁴⁷³ Cf. BETTI. Teoria... op. cit.

Não há propriamente equívoco na visão tradicional da relação obrigacional. Efetivamente, o devedor fica adstrito a realizar a prestação para satisfazer os interesses do credor, o que é válido tanto sob a perspectiva de obrigação como vínculo quanto sob a mais moderna abordagem que a vê como processo. Assim, mesmo sob essa última, poder-se-ia enxergá-la como “um sistema, organismo ou processo, encadeado e desdobrado em direcção ao adimplemento, à satisfação do interesse do credor”⁴⁷⁴.

No entanto, pode-se olhar a relação obrigacional, notadamente a de natureza contratual, de maneira mais completa como forma de realização de um projeto comum entre as duas partes. No complexo de obrigações derivadas de um contrato, uma parte será, em algumas, devedora e, em outras, credora. Conforme raciocínio exposto no item 3.4 acima, um indivíduo que pretende desenvolver um projeto irá avaliar a conveniência de realizá-lo sozinho ou com a cooperação de outra pessoa. Optando pela segunda hipótese, convidará aquela pessoa a se integrar ao projeto. Se essa assim desejar, ou seja, se também tiver interesse em desenvolver aquele projeto de forma conjunta com outrem, manifestará seu consentimento. As duas partes estarão vinculadas por um contrato, do qual derivará um complexo de obrigações. A mesma cooperação que norteou o encontro das partes, as tratativas entre elas e o consentimento de cada uma delas para formalizar o contrato deverá nortear o cumprimento do contrato e a relação das partes no momento pós-contratual, pois é essa colaboração que as une para a realização do projeto que voluntariamente cada uma optou por desenvolver em conjunto com a outra e não individualmente. Desta forma, asseverou Fernando Araújo:

Incutindo a ideia de cooperação, o dever de boa fé muitas vezes procurará contrabalançar a circunstância de o contrato emergir da contraposição objectiva de interesses, interesses que nenhuma razão jurídica ou económica excluirá que sejam por vezes agressivamente afirmados e prosseguidos pelas partes. A cooperação nunca deixará de constituir um dever implícito no contrato, dado o objectivo e a configuração básicos de qualquer contrato, do qual resultará sempre, por inacabado que seja, um embrião de disciplina, a impor deveres de lealdade e justiça à conduta das partes.⁴⁷⁵

Desta forma, embora se possa falar corretamente que a obrigação implica a realização da prestação pelo devedor no interesse do credor, pode-se ampliar a visão e avaliar os múltiplos interesses das partes nas relações obrigacionais derivadas de um contrato, em que

⁴⁷⁴ COSTA. Direito... op. cit. p. 64.

⁴⁷⁵ ARAÚJO. Teoria... op. cit. p. 580.

há interesses de cooperação recíproca de parte a parte. Dessa forma, ao pugnar uma nova teoria dos contratos, João Baptista Villela destacou o papel que a cooperação deveria assumir:

Hoje o direito privado se esforça por se organizar em novas bases. As prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade, a pessoa substitui o indivíduo e a colaboração se desenvolve onde antes florescia, desembaraçada e forte, a concorrência. (...)

É que o sentido profundo das transformações por que passa o direito reside no seu progressivo dimensionamento social, que se traduz por melhor incorporação da pessoa humana na sua sistemática, pela substituição das idéias de concorrência e competição por aquelas mais humanas de colaboração e boa vontade, tornando-se, enfim, mais dúctil e funcional.⁴⁷⁶

O autor francês comentado por Villela, Michel Vasseur, havia destacado que a colaboração é a nota característica do contrato. Por isso, o Estado se valia cada vez mais desse instrumento na execução de seus planos, pois a eficácia seria maior ao garantir a colaboração dos agentes econômicos com a Administração Pública onde estivesse presente o bilateral negociado, ao invés do unilateral imposto⁴⁷⁷.

Assim como Villela e Vasseur, Menezes Cordeiro refuta a crise do contrato bradada por parte da doutrina, destacando o aprofundamento das inter-relações pessoais e o papel da colaboração:

Nas modernas sociedades industriais e mercê do fenômeno cada vez mais completo e profundo, da divisão do trabalho, a inter-relação e dependência dos membros do agregado social têm vindo a acentuar-se, ao que parece de forma irreversível.

Daqui resulta que, sempre num prisma abstracto e generalizante, *qualquer sociedade pressuponha uma colaboração entre os seus membros, colaboração essa que transparece na Ordem Jurídica correspondente.*⁴⁷⁸

Nessa nova ordem, credor e devedor não ocupam mais posições de antagonismo, como destacou Clóvis do Couto e Silva, muito embora a obrigação ainda esteja destinada a satisfazer os interesses do credor:

A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito de vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.

⁴⁷⁶ VILLELA. Por... op. cit. p. 328; 330.

⁴⁷⁷ Cf. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, p. 5-48, jan.-mars 1964. p. 22-23.

⁴⁷⁸ MENEZES CORDEIRO. Direito... op. cit. p. 142. Itálicos no original.

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o status em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo. (...)

A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor.⁴⁷⁹

Pietro Perlingeri, ao escrever sobre as novas bases para se pensar o direito privado, observou que o vínculo obrigacional não mais se identifica como direito do credor, mas como uma relação de colaboração. Segundo o autor italiano, “a cooperação (...) substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor”⁴⁸⁰.

A cláusula geral de boa-fé tem o importante papel de dar formato à cooperação que deverá prevalecer no direito das obrigações, tornando-o permeável aos padrões de conduta correta e leal que são socialmente esperados em cada situação em que a colaboração seja exigida das partes. Conforme destacou Menezes Cordeiro:

Se o Direito das Obrigações implica *colaboração intersubjetiva*, implica, dada a sua natureza de Direito inserido em determinada sociedade, um certo tipo de colaboração: uma colaboração informada pelos valores próprios da Ordem considerada.

*O sentido geral da boa fé é, pelo menos, este: nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva do ordenamento jurídico, especialmente no Direito das Obrigações.*⁴⁸¹

É possível concluir, portanto, que a colaboração é um dos valores presentes no próprio sistema jurídico no que toca à matéria obrigacional. Conforme visto acima, a cláusula geral promove a integração da norma jurídica em que está inscrita com padrões e valores intra e extra-sistemáticos. Sendo a boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil, uma cláusula geral, está ela a exercer a força atrativa de valores jurídicos ou metajurídicos que se relacionem com seu núcleo ideativo de conduta correta e leal socialmente esperada, dentre os quais avulta, como se demonstrou, a cooperação.

Destarte, a boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil, está a exigir que as partes de um contrato ajam de forma colaborativa em sua relação contratual. Diante desse

⁴⁷⁹ COUTO E SILVA. A obrigação... op. cit. p. 19-20.

⁴⁸⁰ PERLINGERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 1. ed. rev. amp. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 212.

⁴⁸¹ MENEZES CORDEIRO. Direito... op. cit. p. 143. Itálicos no original.

panorama, cabe indagar qual seria a solução a ser dada para a questão tratada pelo presente trabalho, desenvolvendo o raciocínio a partir do problema, como forma metodologicamente adequada de lidar com as cláusulas gerais⁴⁸². Em outros termos, diante do inadimplemento de uma obrigação, o credor poderá sofrer prejuízos, alguns dos quais poderão ser evitados por esse mesmo credor com o emprego de esforços razoáveis. Qual seria a conduta correta e leal que se esperaria de um homem probo? Qual a conduta que se esperaria do indivíduo imbuído do espírito de cooperação? Diante das duas opções disponíveis – deixar que o prejuízo ocorra ou evitar que aconteça – a resposta será necessariamente a segunda.

Portanto, se as pessoas resolveram desenvolver um projeto conjuntamente, usando a via contratual, a cooperação norteará não apenas a identificação das partes, suas tratativas, o cumprimento do contrato e a fase pós-contratual – conforme identificado anteriormente – como também o inadimplemento. Se aquele projeto conjunto não deu certo, por qualquer motivo, fazendo com que uma das contratantes descumpra suas obrigações, a outra deverá, não obstante, cooperar para que a frustração do projeto cause o menor prejuízo possível. A redução dos danos beneficiará não apenas a outra parte, mas, como visto no Capítulo III, favorecerá toda a economia contratual e evitará o desperdício de recursos econômicos que são socialmente relevantes.

Poder-se-ia objetar que a cooperação entre as partes não deve chegar a tanto. Que é socialmente esperado que as partes colaborem entre si em um contexto de normalidade contratual, mas que, diante do inadimplemento de uma das partes, volta a ter lugar o antagonismo e a subordinação entre os pólos da obrigação, ficando o credor legitimado a não agir e exigir indenização por todos os prejuízos sofridos. Essa, entretanto, não parece ser a posição mais consentânea com a boa-fé e os valores que informam o direito privado contemporâneo. Esse não é o padrão de conduta esperado no atual contexto social e histórico, em que o direito contratual está axiologicamente contaminado pela cooperação. Enfim, em uma sociedade que adota a cooperação como valor, a conduta leal e correta do credor diante do descumprimento contratual será empregar esforços razoáveis para reduzir os danos decorrentes do inadimplemento e não deixar que prejuízos evitáveis ocorram.

A boa-fé, ao mesmo tempo em que se vale dos usos e costumes para preencher seu significado na apreciação de um caso concreto, tem uma função de remodelar o arquétipo

⁴⁸² Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 368-369.

fornecido pelos usos e costumes, ao introduzir o critério axiológico. Assim o desenvolvimento da boa-fé pela jurisprudência parte dos usos e costumes, introduz o fator axiológico e aplica aquela norma de pouca precisão semântica no caso concreto. Na medida que as aplicações da boa-fé se repetem na jurisprudência, a moldura em branco se preenche, dando concreção à norma que contém a cláusula geral, pelo menos para casos semelhantes. Essa norma mais concreta é, por sua vez, percebida pela sociedade, tendo o efeito de remodelar os usos e costumes, introduzindo os valores perseguidos pela ordem jurídica na prática social⁴⁸³.

Cabe destacar, ainda, que a adoção da norma de mitigação é uma forma de fazer com que a cooperação seja realmente instalada entre as partes. Não por questões morais, mas econômicas, de melhorar a dinâmica contratual⁴⁸⁴. Em outros termos, não se trata de empregar a colaboração como expressão vazia, destacada da realidade das partes e inexigível do ponto de vista judicial. Não se cuida, aqui, de ver o direito das obrigações sob uma perspectiva “romântica”, como criticou Antônio Junqueira de Azevedo⁴⁸⁵. Na aplicação da norma, não se recorrerá à noção vaga de colaboração, avaliando-se as diversas condutas possíveis. Pelo contrário, a norma de mitigação, que será extraída da boa-fé, axiologicamente informada pela cooperação, terá teor significativo de concreção e parâmetros relativamente precisos de aplicação conforme será visto no Capítulo seguinte. A adoção da norma de mitigação efetivamente induz a cooperação e fomenta a negociação entre as partes, conforme demonstrado pela análise econômica que se realizou no Capítulo III⁴⁸⁶. Portanto, serão os próprios incentivos econômicos decorrentes da inserção da norma de mitigação que induzirão naturalmente as partes a cooperar, na forma preconizada por Humberto Theodoro Júnior:

É de todo sabido que a teoria atual do contrato, seja no âmbito da lei, da doutrina e da jurisprudência, assiste a um confronto filosófico entre o *voluntarismo* (clássico) e o *comutativismo* (moderno) ou entre *individualismo* e *solidarismo*. Enquanto a primeira corrente vê o núcleo do fenômeno na vontade, a segunda o desloca para a cooperação entre as partes. De qualquer maneira, sua função é sempre a de criar direitos e obrigações entre elas. (...) Essas novas facetas do direito contratual manifestam-se, porém, na linha dos princípios e não do objetivo perseguido pelo contrato, que continua sendo a circulação da riqueza, sob garantia de segurança

⁴⁸³ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 334-335.

⁴⁸⁴ Cf. VINEY. Rapport... op. cit. p. 71.

⁴⁸⁵ Cf. AZEVEDO. Insuficiências... op. cit. p. 14.

⁴⁸⁶ Conforme afirmado por Ferando Araújo: “... nada como a perspectiva econômica para captar e evidenciar os elementos de solidariedade e coesão social que se jogam no contrato, mesmo quando pareçam sobrelevar nele puros elementos individuais ...” ARAÚJO. O contrato... op. cit. p. 19.

jurídica. Mas, uma circulação que a própria economia incita aos contratantes a fazê-la sob um figurino de cooperação e confiança mútua.⁴⁸⁷

Portanto, a integração da cláusula geral da boa-fé objetiva com valores e finalidades adotados pela ordem jurídica nacional impõe a adoção da norma de mitigação no direito brasileiro.

Esta, entretanto, não é a única razão pela qual a boa-fé deva ser integrada de forma a impor a mitigação dos danos. Conforme visto acima, no preencher o conteúdo da boa-fé, têm relevante papel as opiniões doutrinárias e as soluções dadas no direito comparado. No Capítulo II, demonstrou-se a ampla aceitação que a mitigação tem nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, tanto aqueles que se filiam ao sistema da *common law*, quanto os da *civil law*. A exceção existente se situa no direito francês, cujo caráter refratário à regra de minimização dos danos é criticado pela doutrina, conforme ali se destacou. Foi evidenciado, ainda, que os instrumentos de uniformização do direito contratual adotam previsão expressa à doutrina da evitabilidade.

A doutrina estrangeira endossa a conveniência da norma de mitigação como forma de obter um direito contratual mais eficiente e evitar o desperdício de recursos sociais. Há, portanto, franca aceitação do instituto, como demonstrado no Capítulo II. No Brasil, há pouca bibliografia sobre o tema⁴⁸⁸, mas a aceitação doutrinária da doutrina da evitabilidade pode ser evidenciada pela adoção do Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, conforme acima já destacado.

A metodologia de aplicação da cláusula geral implica, ainda, que o aplicador da norma faça a ponderação das diversas soluções possíveis à luz das finalidades pretendidas pelo ordenamento jurídico em raciocínio eminentemente pragmático⁴⁸⁹. Ora, o objetivo do contrato é promover a circulação de riquezas, sendo que a finalidade do direito contratual é criar um ambiente negocial em que o tráfego jurídico possa se dar em clima de máxima eficiência e segurança jurídica⁴⁹⁰. O direito deve disponibilizar aos indivíduos mecanismos que facilitem e

⁴⁸⁷ THEODORO JÚNIOR. O contrato... op. cit. p. 50. Itálicos no original.

⁴⁸⁸ Cf. FRADERA. Pode... op. cit. TARTUCE. A boa-fé... op. cit. STOLZE, Pablo. *Duty to mitigate*: Editorial 13. Texto datado de 23/10/2010. Disponível na Internet: <http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>. Acesso em 14/02/2011.

⁴⁸⁹ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 372.

⁴⁹⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR. O contrato... op. cit. p. 46; 100.

fomentem a circulação de riquezas, fazendo com que essa ocorra com o mínimo de desperdício de recursos econômicos socialmente relevantes.

Como demonstrado na análise realizada no Capítulo III, a adoção da norma de mitigação promove a maior eficiência do contrato de maneira global. A *evitabilidade* tem o condão de reduzir o custo de contratação *ab initio* para as partes, mesmo sem se saber se o contrato será cumprido ou não, em razão da *precificação* das partes de um eventual futuro inadimplemento. Adicionalmente, se este ocorre, é evidente o efeito de tal norma em evitar a perda desnecessária de recursos na medida em que estimula o credor a evitar que prejuízos ocorram. A mitigação é um exemplo patente de convergência da observância da boa-fé com a busca da maximização da eficiência nas relações contratuais:

Por outras palavras, admitir-se a prioridade do interesse do credor deixa de reclamar o sacrifício ilimitado da posição do devedor, essencialmente porque esse sacrifício ilimitado atentaria contra os valores agregados da eficiência – por exemplo, impondo o dever de boa fé que o credor veja recobertos pela responsabilidade contratual do inadimplente apenas aqueles danos que ele próprio não seria capaz de compensar ou superar com maior eficiência do que o próprio inadimplente (tomando em suma o “mitigation principle” como corolário da boa fé contratual).⁴⁹¹

Portanto, a boa-fé impõe o reconhecimento da norma de mitigação, seja por sua integração com valores intrínsecos ao ordenamento jurídico privado, por seu diálogo com as soluções adotadas pelo direito comparado, pela ampla aceitação da doutrina e por concretizar objetivos e finalidades próprios do direito contratual brasileiro. O desdobramento da boa-fé na regra de *evitabilidade* servirá, sem dúvida, como fator de modernização do direito dos contratos no Brasil. Como anotado por Le Pautremat, a adoção do dever de mitigar traz o credor para o problema contratual que caracteriza o inadimplemento e estimula a cooperação ao torná-lo parcialmente responsável pela busca de sua própria satisfação diante de uma contingência que afetou aquele projeto desenvolvido sob a forma contratual. A ausência da norma implica desresponsabilização do credor, que passa a confiar apenas no devedor e no Poder Judiciário para suprir suas expectativas diante de uma relação contratual que não saiu conforme se esperava, em vez de estimular o dinamismo e a produtividade⁴⁹².

Faz-se, necessário, uma última nota com relação ao fundamento da regra de mitigação no direito brasileiro. Conforme a definição adotada no presente trabalho, a cláusula geral, diferentemente dos conceitos juridicamente indeterminados, permitem que o aplicador da

⁴⁹¹ ARAÚJO. Teoria... op. cit. p. 571-572.

⁴⁹² Cf. LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 213.

norma adote a solução mais adequada para o caso, dentre as várias disponíveis no ordenamento jurídico⁴⁹³. Em geral, a doutrina lista como possíveis consequências à violação da boa-fé objetiva a criação da obrigação de indenizar ou a invalidade da cláusula estipulada. Outro possível efeito, entretanto, é que a parte poderá ficar impedida de se valer de um direito ou uma posição que, se tivesse agido de boa-fé, estaria legitimada a exercer. Assim anota Clóvis do Couto e Silva a esse respeito:

O princípio da boa fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte.

O princípio da boa-fé atua defensivamente e ativamente; defensivamente, impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga; ou ativamente, criando deveres.⁴⁹⁴

Assim, a boa-fé objetiva poderá ter como desdobramento no direito brasileiro impedir que o credor receba indenização por danos que poderia ter evitado. Será a sua atuação defensiva, na linguagem de Couto e Silva. Além disso, ao introduzir no ordenamento jurídico o comando de que o credor adote os esforços razoáveis para mitigar os danos, as despesas decorrentes de tais esforços passarão a ser consideradas como consequências do inadimplemento e, desta forma, integrarão o valor a ser ressarcido pelo devedor.

É, portanto, imperativa a conclusão de existir no Brasil a norma de mitigação dos danos decorrentes do inadimplemento, extraída dos quadrantes da boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil, em razão da qual fica o credor impedido de ser indenizado por danos que poderia ter evitado com esforços razoáveis.

4.4 A repressão ao abuso do direito como possível fundamento

Pode-se aventar a hipótese de que a regra da mitigação seja reconduzida à proibição do abuso do direito. O credor prejudicado pelo inadimplemento tem direito subjetivo à indenização pelos danos sofridos. De forma intuitiva, pode-se dizer que constitui exercício abusivo do direito à indenização pretender reparação quanto à parcela dos prejuízos que o credor poderia ter evitado com o emprego de esforços razoáveis. Ser indenizado pelos danos inevitáveis constituiria exercício regular e legítimo do direito, enquanto obter reparação por

⁴⁹³ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 326-327.

⁴⁹⁴ COUTO E SILVA. O princípio... op. cit. p. 53; 68.

danos evitáveis seria exercício irregular ou abusivo do direito que, desta forma, não poderia ser reconhecido pela ordem jurídica. Para verificar essa hipótese trazida pela percepção⁴⁹⁵, torna-se necessário precisar os limites e pressupostos da teoria do abuso do direito, o que se passará a fazer na medida em que tais distinções sejam necessárias para o objeto do presente trabalho.

A teoria do abuso do direito surgiu por obra da jurisprudência francesa em meados do século XIX, com feição eminentemente subjetivista, tendo por fim evitar atos emulativos e chicana. Era considerado abusivo o exercício do direito por seu titular com o objetivo de lesar o direito subjetivo de outrem. Com aplicação inicial no exercício do direito de propriedade e nas relações de vizinhança, o exercício abusivo do direito tinha como efeito a responsabilidade civil do agente pelos danos causados a outrem pelo exercício irregular de seu direito. Introduziu no contexto individualista e jusracionalista francês do século XIX a idéia de que os direitos subjetivos não tinham caráter absoluto, mas tinham limites decorrentes de sua função⁴⁹⁶. A funcionalização do direito, contudo, encontrava fundamento na proteção do direito subjetivo de outros indivíduos. Por isso, Menezes Cordeiro assinala que não houve uma ruptura na concepção oitocentista do direito privado, mas um desenvolvimento que se ateve ao mesmo esquema de pensamento então vigente. Não houve, inicialmente, conexão com a boa-fé⁴⁹⁷.

A idéia de abuso do direito ingressou o espaço jurídico alemão, mas de forma diferenciada, tendo inicialmente sido prevista como proibição da chicana, pelo §226 do Código Civil daquele país. Esse dispositivo proibia o exercício do direito se tivesse como único propósito causar danos a outrem. Em razão de sua redação restritiva (causar danos deveria ser o *único propósito*), tal previsão legal teve escassa aplicação. Diante do fracasso da proibição da chicana, a teoria do abuso do direito passou a sustentar-se no §826, que previa que aquele que causasse dolosamente danos a outrem, de forma que atentasse aos bons costumes, ficava obrigado a repará-lo. Essa norma, entretanto, era excessivamente restritiva, pois exigia a demonstração de dolo e preconizava a obrigação de indenizar como única

⁴⁹⁵ Cf. GUSTIN, Miracy B. S., DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 37; 111.

⁴⁹⁶ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figeirêdo. *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 4. São Paulo: Método, 2005. p. 35.

⁴⁹⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO. Da boa fé... op. cit. p. 670-671; 679-684.

solução ao abuso⁴⁹⁸. Assim, a teoria do abuso do direito passou a ser desenvolvida jurisprudencialmente e doutrinariamente a partir da boa-fé, prevista no §242 do Código Civil alemão, adotando feição objetiva:

Nas insuficiências do §826, houve que buscar uma disposição portadora de um princípio geral do Direito, suficientemente vasto para controlar o exercício de quaisquer direitos privados, positivo no sentido de prescrever condutas e não, apenas, na sua falta, indenizações, e objectivo, por ignorar elementos atinentes ao agente, como o dolo ou a negligência. A disposição em causa, que deveria, também, estar em plena expansão científica, foi encontrada no §242 BGB (...).⁴⁹⁹

A partir dessas duas matrizes, a doutrina busca a consolidação do instituto do abuso do direito, cuja compilação foge ao escopo do presente trabalho. Importa destacar, entretanto, dois grandes problemas na abordagem do tema: o primeiro quanto à configuração do abuso do direito – se de caráter subjetivo ou objetivo –, o segundo quanto aos seus efeitos – se apenas de gerar responsabilidade civil ou de poder atuar como cláusula geral, em que poderia ser adotada a medida mais adequada para evitar o abuso⁵⁰⁰.

A concepção subjetiva centrará nas finalidades, exclusivas ou não, do agente⁵⁰¹, filiando-se às origens francesas do instituto. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, de acordo com essa concepção, “abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer o mal, e sem proveito próprio”⁵⁰². Centra-se a análise na intenção do agente, sendo necessária a presença do *animus nocendi* para que se configure o abuso do direito⁵⁰³.

O fundamento da mitigação dos danos não pode ser encontrado na concepção subjetiva do abuso do direito, salvo em situações excepcionais. Com efeito, na maioria dos casos, o credor não pretende exercer seu direito à indenização com a finalidade exclusiva ou preponderante de causar prejuízo ao devedor. O objetivo do credor, ao exercer seu direito, é obter a reparação por danos que efetivamente sofreu em seu patrimônio. Ora, o devedor

⁴⁹⁸ Cf. MENEZES CORDEIRO. Da boa fé... op. cit. p. 685-693.

⁴⁹⁹ MENEZES CORDEIRO. Da boa fé... op. cit. p. 694.

⁵⁰⁰ Cf. NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 729-730. p. 750; 758-760

⁵⁰¹ Cf. ASCENSÃO. A desconstrução... op. cit. p. 37.

⁵⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 21. ed. rev. atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 673.

⁵⁰³ Cf. COSTA. Direito... op. cit. p. 72. THEODORO JÚNIOR. Comentários ao Novo Código Civil. v. 3, t. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 118-119. *Apud* GOMES. Entre... op. cit. p. 76.

inadimpliu e tal fato realmente causou prejuízos ao credor. Portanto, a finalidade deste é restaurar o seu patrimônio.

Em casos limite, pode-se vislumbrar que o credor intencionalmente aumente os danos que ele próprio sofre a fim de obter alguma vantagem indevida do devedor sob a ameaça de uma indenização substancial, atuando de maneira oportunística. Seu objetivo seria, então, causar prejuízo ao devedor, podendo-se dizer que agiu em abuso do direito, mesmo se o encarar sob o ponto de vista subjetivo. Todavia, esses casos são excepcionais. Na maioria das hipóteses, o credor apenas não se preocupa em mitigar os danos porque sabe que esses têm como causa o inadimplemento do devedor que, portanto, deverá indenizá-los. Ao exercer o direito à reparação, portanto, não abusa, mas age no exercício regular do direito de ter seu patrimônio restaurado. Assim, não servindo a teoria do abuso do direito, no seu aspecto subjetivo, para explicar a generalidade dos casos em que se exige a conduta de minimização dos prejuízos por parte do credor, não poderá ser adotada como fundamento da norma de mitigação.

Na concepção objetiva, “o que interessa averiguar não é a intenção do agente, mas apenas os dados de facto, o alcance objetivo do seu comportamento, de acordo com o critério da consciência pública”⁵⁰⁴. Segundo Ascensão, há duas facetas de encarar tal concepção:

- a funcional, em que se procurará determinar se um tipo de exercício satisfaz ou não a função dum direito (...)
- a racional-descritiva, que pretenderá limitar-se à demarcação, por interpretação, do conteúdo dos direitos.⁵⁰⁵

A doutrina, em geral, identifica que a teoria do abuso do direito foi prevista normativamente pelo artigo 187 do Código Civil brasileiro⁵⁰⁶, *in verbis*:

⁵⁰⁴ COSTA. Direito... op. cit. 72.

⁵⁰⁵ ASCENSÃO. A desconstrução... op. cit. p. 37.

⁵⁰⁶ Cf. PEREIRA. Instituições... op. cit. v. 1. p. 675. GOMES. Entre... op. cit. p. 74. NANNI. Abuso... op. cit. p. 750. TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*: conforme a Constituição da República. v. 1. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 345. José de Oliveira Ascensão, no entanto, considera que o artigo 187 trata de três hipóteses de limitação ao exercício dos direitos, que não são conciliáveis a um núcleo comum e não podem ser tidas como pertencentes da teoria do abuso do direito. Cf. ASCENSÃO. A desconstrução... op. cit. p. 51-52. Judith Martins Costa também considera que o artigo 187 não trata da teoria do abuso do direito, mas do exercício inadmissível de direito. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel et al. *Experiências do Direito*. Campinas: Millenium, 2004. p. 49. *Apud* GOMES. Entre... op. cit. p. 74.

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.

Há opiniões doutrinárias que reconhecem, nesse artigo 187, a concepção subjetiva do abuso do direito, por se relacionar à definição de ato ilícito realizada pelo artigo 186, para o qual se exige culpa *lato sensu*⁵⁰⁷. Entretanto, a maioria dos autores enxerga nesse dispositivo a adoção da concepção objetiva do abuso do direito, sendo dispensável a demonstração de culpa daquele que agiu em abuso⁵⁰⁸.

O artigo 187 prevê, então, três hipóteses de exercício irregular ou abusivo, conforme o agente exceda manifestamente os limites impostos pelo (1) fim econômico ou social, (2) boa-fé ou (3) bons costumes.

De acordo com Ascensão, a primeira hipótese constitui um caso em que se percebe a faceta de funcionalização do direito⁵⁰⁹. Ao exigir que o direito seja exercido nos limites de seu fim econômico ou social, o ordenamento jurídico explicita que o direito tem finalidades que transcendem a mera satisfação de interesses de seu titular.

Não se pode considerar que a norma de mitigação esteja assentada na violação manifesta de limites impostos pelo fim econômico ou social do direito. Como se asseverou acima, o credor pretenderá exercer seu direito à indenização por um dano que, efetivamente, sofreu em seu patrimônio e que foi causado pelo inadimplemento do devedor. Portanto, o direito à indenização será exercido em conformidade com o próprio fim econômico e social de tal direito, que é promover a restauração do patrimônio do credor.

Os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes não dizem respeito à funcionalização do direito. Não está em jogo sua função, mas seu conteúdo⁵¹⁰. Desta forma, o abuso do direito impõe limites internos ao exercício do direito que serão traçados a partir das matrizes axiológicas da boa-fé e dos bons costumes⁵¹¹.

⁵⁰⁷ Cf. GOMES. Entre... op. cit. p. 76. NANNI. Abuso... op. cit. p. 751.

⁵⁰⁸ Cf. NANNI. Abuso... op. cit. p. 750. TEPEDINO, BARBOZA, MORAES. Código... op. cit. v. 1. p. 346.

⁵⁰⁹ Cf. ASCENSÃO. A desconstrução... op. cit. p. 42.

⁵¹⁰ Cf. ASCENSÃO. A desconstrução... op. cit. p. 43.

⁵¹¹ TEPEDINO, BARBOZA, MORAES. Código... op. cit. v. 1. p. 345.

Na busca pela fundamentação da norma de mitigação, os limites dados pelos bons costumes não estão colocados em causa. De acordo com Mário Júlio de Almeida Costa:

Por bons costumes há-de entender-se um conjunto de regras de convivência, de práticas de vida, que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e correctas aceitam comumente. Logo, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes quanto tiver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pelo decoro social.⁵¹²

Portanto, o conceito indeterminado de bons costumes traz limites impostos pelas idéias de moralidade e decoro social⁵¹³. Não são, portanto, noções úteis para explicar a norma de mitigação.

Conforme visto no item precedente, a boa-fé traz em sua vagueza semântica as idéias de honestidade, lealdade e retidão na condução dos negócios, à maneira do padrão socialmente aceito de homem probo. Agir com boa-fé implica, no direito das obrigações, atitude cooperativa entre credor e devedor. Portanto, exerce abusivamente o direito à indenização o credor que pretende ser indenizado apesar de não ter agido conforme a boa-fé, ou seja, que não agiu de forma cooperativa para evitar a ocorrência dos danos pelo emprego de esforços razoáveis. Diante do inadimplemento de uma obrigação, a boa-fé impõe que o credor colabore com o devedor e evite danos ao seu próprio patrimônio, de forma evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes. Havendo possibilidade de evitar o prejuízo por meio de esforços razoáveis, a conduta socialmente esperada do homem probo é que aja de forma a que tais danos não ocorram. Se, no entanto, o credor viola tal norma imposta pela boa-fé e posteriormente pretende obter reparação pelos danos sofridos, o exercício ao seu direito à indenização é abusivo, pois excede manifestamente os limites traçados pela boa-fé.

Desta forma, conclui-se que a teoria do abuso do direito, desde que tomada em seu aspecto objetivo e tendo sido desenvolvida a partir da boa-fé, pode ser tida como um dos fundamentos da norma de mitigação. Contudo, a teoria do abuso do direito não deve ser vista como um fundamento a mais, mas apenas como ratificação da conclusão a que se chegou anteriormente que a norma de mitigação tem seu fundamento na boa-fé, pois apenas quando a teoria do abuso do direito se assenta nessa noção é que terá contato com a *evitabilidade*. Como destacou Elena de Carvalho Gomes:

⁵¹² COSTA. Direito... op. cit. p. 78.

⁵¹³ Cf. COUTO E SILVA. A obrigação... op. cit. p. 35.

Existe, de fato, uma zona de interseção entre os planos atinentes a cada uma das figuras [boa-fé e abuso do direito]. Conquanto tenham sido estruturadas para enfrentar conjunturas diversas, vieram a sobrepor-se, passando, assim, a dialogar.⁵¹⁴

A autora, ao analisar a vedação de *venire contra factum proprium*, concluiu que poderia fundamentá-la tanto na boa-fé como no abuso do direito, em razão da interseção entre as duas matérias. Além disso, essas noções têm a mesma função de atribuir à atividade judicial a tarefa de corrigir o direito estrito⁵¹⁵. Igual finalidade mostra-se presente na norma de mitigação.

Assim como a teoria do abuso do direito, em sua concepção objetiva desenvolvida a partir do §242 do Código Civil alemão, assenta-se na boa-fé, também a mitigação tem-na por fundamento. Do ponto de vista doutrinário e lógico, para fundamentar a norma de mitigação não é necessário recorrer à teoria do abuso do direito, que por sua vez conecta-se com a boa-fé, se é possível justificar a *evitabilidade* diretamente na boa-fé objetiva.

Ademais, é mais produtivo que se mantenha a mitigação como corolário da boa-fé objetiva separadamente do abuso do direito. Isso permitirá sua melhor discussão e sistematização pela doutrina e pela jurisprudência. Como adverte Ascensão: “a unificação de várias figuras num instituto único [abuso do direito] revela-se assim perniciososa, porque faz perder de vista a diversidade das situações”⁵¹⁶.

O reconhecimento do abuso do direito como fundamento da norma de mitigação poderá, entretanto, ter importantes consequências práticas no direito brasileiro. A boa-fé objetiva está prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil, que está inserido na Parte Especial, no capítulo relativo aos contratos. Portanto, poder-se-ia argumentar que a mitigação, como corolário da boa-fé objetiva prevista no artigo 422, apenas seria aplicável ao inadimplemento de obrigações contratuais. Por outro lado, o artigo 187, que fundamentaria positivamente a aplicação da *evitabilidade* pela via do abuso do direito, está incluído na Parte Geral e, portanto, poderá ser aplicado tanto à responsabilidade extra-contratual quanto à contratual. Em outros termos, para que o exercício do direito de indenização não seja abusivo, o seu titular deverá ter agido de acordo com a boa-fé, de maneira leal e correta, tentando

⁵¹⁴ GOMES. Entre... op. cit. p. 29.

⁵¹⁵ Cf. GOMES. Entre... op. cit. p. 59.

⁵¹⁶ ASCENSÃO. A desconstrução... op. cit. p. 48.

minimizar os prejuízos pelo emprego de esforços razoáveis, seja seu direito pleiteado com base em um contrato ou com base na responsabilidade aquiliana.

Por fim, cabe destacar haver duas posições quanto aos efeitos do exercício abusivo de um direito. De acordo com a tradicional concepção francesa da teoria, o titular que exerceu seu direito de forma abusiva ficará obrigado a indenizar os danos causados à pessoa prejudicada, que seria o único efeito da caracterização do abuso do direito em um caso concreto⁵¹⁷. Esse posicionamento poderia ser sustentado à luz do artigo 187 do Código Civil Brasileiro, que caracterizou o abuso do direito como ato ilícito que, de acordo com o artigo 927, gera para o agente a obrigação de indenizar.

No entanto, é correntemente aceito que o ato abusivo pode ser reprimido não apenas pela responsabilidade civil do agente mas pela forma que for mais adequada diante do caso em análise⁵¹⁸. Tal solução é possível a partir da construção do abuso do direito pela doutrina germânica que, como visto, assentou-se na cláusula geral prevista no §242, a qual confere discricionariedade ao Juiz para, dentre as sanções previstas no ordenamento jurídico, adotar aquela que melhor assegure a observância da boa-fé em cada situação concreta. Da mesma forma, o artigo 187 do Código Civil brasileiro é visto como norma contendo cláusula geral, uma vez que não prevê expressamente qual sanção deverá ser aplicada ao caso. Sobre o artigo 334º do Código Civil português, que tem redação semelhante ao artigo 187 do Código Civil brasileiro⁵¹⁹, Mário Júlio de Almeida Costa assim se pronunciou:

E passemos às consequências do abuso do direito. O legislador não as indica. Somente declara ilegítimo, no art. 334º, o comportamento qualificado como tal. Verificar-se-ão, em decorrência, os efeitos de qualquer acto dessa natureza.

Conclui-se, sintetizando, que pertence ao juiz determinar, caso por caso, segundo os referidos critérios, não apenas se existe um acto abusivo, mas ainda as consequências sancionatórias que dele derivam. Algumas vezes, haverá lugar a restauração natural, nomeadamente através da remoção do que se fez com abuso do direito; ao passo que, outras vezes, ocorrerá tão-só indemnização pecuniária dos danos. Além desta responsabilidade civil, poderão verificar-se sanções de vária ordem, visando impedir que o autor do acto abusivo obtenha ou conserve as respectivas vantagens.⁵²⁰

⁵¹⁷ Cf. NANNI. Abuso... op. cit. p. 758.

⁵¹⁸ Cf. ASCENSÃO. A desconstrução... op. cit. p. 51.

⁵¹⁹ O artigo 334 do Código Civil português caracteriza o ato de “ilegítimo”, enquanto o brasileiro do rotula de “ilícito”.

⁵²⁰ COSTA. Direito... op. cit. p. 78.

Este é o entendimento que tem prevalecido na doutrina brasileira, sendo de se entender a caracterização de ilícito que o artigo 187 dá ao ato abusivo de maneira ampla, com o significado de contrário ao direito⁵²¹.

No que concerne à mitigação, insta observar que a vedação do abuso do direito apenas poderá lhe servir de fundamento se seus efeitos não se restringirem ao caráter indenizatório. A norma de mitigação introduz a impossibilidade de que o credor obtenha reparação pelos danos que poderia ter evitado e não a responsabilidade civil do credor por algum prejuízo. Assim, vistos os efeitos da caracterização do abuso do direito de forma restritiva, não poderá esse instituto servir à *evitabilidade*. Por outro lado, se for visto como cláusula geral, poderá o juiz atribuir a sanção que é própria da norma de mitigação, ou seja, limitar a indenização a que faz jus o credor aos danos inevitáveis.

4.5 Impossibilidade de aceitação de outros fundamentos

4.5.1 Causalidade *tout court*

A limitação à indenização apenas pelos danos inevitáveis, que a norma de mitigação impõe, é frequentemente vista como consequência da causalidade⁵²². Poder-se-ia, assim, explicar que o credor não tem direito à indenização quanto a certos danos não porque poderia tê-los evitado, mas porque esses não são uma consequência direta e imediata do inadimplemento. A regra de mitigação não seria derivada da boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil, mas de seu artigo 403 que estabelece:

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

Conforme visto no item 2.2.3 acima, a doutrina e a jurisprudência francesas utilizaram a idéia de causalidade para resolver uma série de casos que podem ser vistos sob o prisma da mitigação⁵²³. A lição de Pothier, acerca da venda de uma vaca contaminada, que causa a perda do rebanho e o fato de ficar a terra inculta, é geralmente referida como um dos primeiros

⁵²¹ Cf. NANNI. Abuso... op. cit. p. 759-760.

⁵²² Cf. LAITHIER. Étude... op. cit. p. 442.

⁵²³ A análise em comparação com o direito francês parece apropriada nesse ponto em razão de o Código Civil brasileiro se aproximar do francês em dois pontos: não conter norma expressa sobre *evitabilidade* e adotar o critério de serem indenizáveis apenas os danos que sejam efeito direto e imediato do inadimplemento. Cf. artigo 1.151 do Código Civil francês.

reconhecimentos da mitigação pela doutrina francesa. No entanto, Pothier analisava o nexo de causalidade para formular sua teoria de que os efeitos diretos e imediatos deveriam ser analisados como consequência necessária do inadimplemento⁵²⁴. Em outros termos, a análise do problema foi realizada sob a ótica da causalidade e não do comportamento que se esperava do credor.

Nos casos franceses analisados no item próprio acima, identifica-se que vários foram resolvidos pela jurisprudência por meio da avaliação do nexo de causalidade. Assim, o comerciante que sofreu o acidente não poderia recuperar os danos relativos ao fechamento da loja, pois esses prejuízos não foram considerados causados pelo acidente como consequência necessária, mas foram provocados por ele próprio que não contratou um funcionário para manter a loja aberta. Da mesma forma, os danos sofridos pelo viticultor perante seus consumidores não teriam sido consequência necessária da entrega do tanino defeituoso por seu fornecedor, mas sim causados pelo fato de o viticultor tê-lo utilizado. Os prejuízos sofridos pela gráfica que não pode entregar os trabalhos em razão de defeito no equipamento não deveriam ser indenizados porque eram remotos e imprevisíveis; a verdadeira causa seria inércia da gráfica em obter outra forma de os imprimir⁵²⁵.

No entanto, embora alguns casos típicos de mitigação possam ser resolvidos pela causalidade, essa não se constitui como expediente técnico correto para servir de fundamento à mitigação, pois não serve de alicerce sólido a explicar a mitigação, não abrange toda a extensão do fenômeno e negligencia o aspecto axiológico da conduta do credor.

A causalidade traz a dificuldade inicial de se determinar qual das abordagens usadas pela doutrina e pela jurisprudência será utilizada – *condition sine qua non*, da causalidade adequada, da causa próxima ou da condição necessária – devendo-se precisar, ainda, qual o significado que será atribuído para a expressão “efeitos diretos e imediatos” utilizada pela lei brasileira⁵²⁶. Diante dessas dificuldades, Giovanni Formica concluiu que o problema do nexo causal é uma questão de fato, não podendo ser resolvido em bases puramente teóricas⁵²⁷.

⁵²⁴ Cf. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 318.

⁵²⁵ Cf. item 2.2.3 acima.

⁵²⁶ Cf. ALVIM. *Da inexecução...* op. cit. p. 298-329. TORRES, António Maria M. Pinheiro. *Noções fundamentais de direito das obrigações*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, [s.d.]. p. 258-265. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. t. 26. 3. ed. Rio de Janeiro:

Reduzir a mitigação ao nexos causal, portanto, dificulta o seu desenvolvimento jurisprudencial e, conseqüentemente, a doutrina que poderia se valer da análise dos acórdãos⁵²⁸. Assim, não é fundamento sólido para o desenvolvimento da mitigação. Os resultados das decisões judiciais irão variar conforme a teoria de causalidade que se adote e de acordo com os fatos de cada caso, que não serão avaliados sob a ótica da mitigação, de acordo com os seus próprios parâmetros, mas sim com vistas a responder à questão de qual fato causou o dano.

A avaliação dos fatos sob o prisma da causalidade pode explicar a diferença nas decisões do Tribunal de Montpellier de 1965, em que se limitou a indenização devida ao comerciante, e da Corte de Cassação de 2003, em que foi concedida a indenização sem qualquer limitação. Na primeira decisão, considerou-se que o comerciante deveria ter agido para evitar os prejuízos e, não tendo assim agido, a sua omissão rompeu o nexos causal. Em outros termos, a omissão do comerciante foi a causa dos danos à sua loja e, portanto, ele não faria jus à indenização. No segundo caso, com fatos idênticos, entendeu-se que os danos à loja decorreram diretamente do acidente porque o comerciante não estava obrigado a fazer nada para limitar o prejuízo. Ou seja, na decisão mais recente, os julgadores consideravam que não havia omissão imputável ao credor, pois o direito não determinava que agisse.

A análise desses casos revela, com clareza, o desacerto em se dizer que a causalidade é fundamento da mitigação, pois essa é logicamente anterior àquela. Para se afirmar que certo dano foi causado pela omissão do credor, que não fez nada para evitá-lo, deve-se antes reconhecer a existência de um dever ou ônus que imponha que o credor aja de tal forma. Se o devedor praticou um ilícito ao descumprir uma obrigação, essa ação terá por efeito uma série de danos ao credor que se desenvolverão em uma cadeia natural de causalidade, cuja extensão dependerá da teoria que se adote. De qualquer forma, essa cadeia de causalidade somente poderá ser rompida por uma omissão do credor se essa for imputável a ele⁵²⁹. Do contrário, as coisas se passarão de acordo com seu fluxo fático natural e, conseqüentemente, o devedor deverá indenizar o credor por todos os prejuízos decorrentes.

Borsoi, 1971. p. 43-49. LOUREIRO. Francisco Eduardo. Ato ilícito. *In*: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 729-730.

⁵²⁷ Cf. ALVIM. Da inexecução... *op. cit.* p. 326. O autor faz a seguinte referência a Formica: FORMICA, Giovanni. *In*: *Dizionario pratico del diritto privato*, de Vittorio Scialoia, v. 2, p. 542.

⁵²⁸ Cf. LE PAUTREMAT. Mitigation... *op. cit.* p. 207.

⁵²⁹ Cf. LAITHIER. Étude... *op. cit.* p. 443.

O caso muitas vezes antes referido da entrega de janelas defeituosas pode, mais uma vez, servir de interessante ilustração para esse ponto. Colocada a janela defeituosa, sobrevém uma chuva e a água entra na casa do credor, molhando seus móveis e obras de arte. Na cadeia normal de causalidade, o devedor terá obviamente que indenizar os móveis e obras de arte que foram danificados. Não se pode dizer que os danos foram *causados* pela omissão do credor em não os retirar ou em cobrir a janela com uma lona. Os danos efetivamente foram causados pelos defeitos na janela.

Entretanto, se é inserido um novo elemento – a expectativa de que o credor aja para mitigar os danos – o problema pode ser reavaliado. Se o ordenamento jurídico estabelece a regra de que o credor deve empregar esforços razoáveis para evitar os prejuízos, sob pena de não os recuperar, pode-se raciocinar da seguinte forma: os danos foram causados pelos defeitos na janela, mas o credor poderia ter feito algo para interromper a cadeia de causalidade? Se a resposta for afirmativa, não recuperará os danos que poderiam ter sido evitados. Isso, entretanto, não equivale a dizer que os danos foram *causados* pela omissão do credor. Não foram. Os prejuízos aos móveis e obras de arte continuaram tendo sido causados pelo defeito na janela, mas o credor não será indenizado por eles porque poderia ter feito algo para que não ocorressem; em outros termos, poderia ter interrompido o nexo de causalidade e não o fez.

Portanto, os casos que reconduzem a mitigação à idéia de causalidade acima referidos, sobretudo os que identificam a causa dos danos em uma omissão do credor, não colocam a questão em termos apropriados. Há uma certa manipulação na apreciação do problema fático que envolve o nexo de causalidade para se chegar ao resultado cuja justiça salta aos olhos: se o credor poderia ter evitado os danos e não os evitou, não pode ser por eles indenizado. No entanto, essa abordagem permite retrocessos, como aqueles referidos nas decisões francesas de 2003, e não serve para todos os casos.

É de se reconhecer, entretanto, que a explicação da *evitabilidade* pela causalidade funciona melhor para aqueles casos em que o credor dolosa ou culposamente tenha incrementado os danos. No caso do viticultor que sabidamente usou o tanino defeituoso, pode-se dizer que os prejuízos tidos com seus consumidores foram causados não pelo fornecedor que lhe vendeu o tanino defeituoso, mas pela própria atitude do viticultor de os usar.

O nexo causal poderia servir de fundamento para casos em que o credor tenha voluntariamente contribuído para aumentar os danos, mas não serve para outra gama de casos em que o credor não tenha agido para reduzir os prejuízos. Assim, a causalidade não serve como fundamento geral e, ao não permitir a visão global do problema, impede o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência acerca da mitigação⁵³⁰.

Por fim, cabe ressaltar que reconduzir a mitigação à causalidade impede que a questão seja avaliada sob o prisma correto, qual seja, a valoração da conduta do credor. Ao situar o fundamento da mitigação na cooperação e na boa-fé objetiva, como visto acima, permite-se que os atos tomados pelo credor sejam avaliados axiologicamente de acordo com o que seria socialmente esperado como atitudes honestas e leais de um homem probo. Na formulação da regra de mitigação, essa comparação com o padrão de conduta esperado será fundamental para avaliar a razoabilidade dos esforços empregados pelo credor. O raciocínio que se desenvolve sob a visão de causalidade é outra, menos valorativa da conduta e mais relacionada à natureza dos fatos subseqüentes ao inadimplemento, para a identificação do que é causa e efeito. Assim, a causalidade não oferece o instrumental necessário para a análise e problematização dos casos sob a ótica da mitigação.

4.5.2 Culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente

Poder-se-ia aventar que o credor não deve ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado em razão de ter sido culpado por esses danos. Em outros termos, aquela parcela evitável dos danos se deve não ao descumprimento do devedor, mas à culpa exclusiva da vítima (credor) que não os evitou. O intérprete ou julgador dividiria, assim, os danos causados de um inadimplemento em duas categorias: os inevitáveis com medidas razoáveis e aqueles evitáveis com tais esforços. Os da primeira categoria seriam imputáveis à culpa do devedor inadimplente, enquanto os da segunda se imputariam à culpa do próprio credor. Não haveria necessidade, assim, de norma específica acerca da mitigação, pois todos os casos vistos acima ao longo do presente trabalho poderiam ser reconduzidos à excludente de responsabilidade consistente na culpa exclusiva da vítima⁵³¹ no que concerne à parcela dos danos evitáveis.

⁵³⁰ Geneviève Viney anota que a jurisprudência francesa não tem dificuldade em reconhecer que o credor não tem direito à indenização pela parte dos prejuízos que tenha dolosa ou culposamente agravado, o que decorre dessa visão de que inexistente uma regra de mitigação e que os casos devem ser avaliados sob a ótica do nexo causal ou da culpa. Cf. VINEY. Rapport... op. cit. p. 68.

⁵³¹ Cf. PEREIRA. Instituições... op. cit. p. 670-671.

Uma variante de tal pensamento consistiria em dizer que há culpa concorrente do devedor inadimplente e do credor. O devedor teria sido culpado pelos prejuízos em razão de não ter cumprido a obrigação assumida, enquanto o credor teria também sua parcela de culpa por não ter mitigado os danos evitáveis. No momento de fixar a indenização, o Juiz deveria avaliar o peso relativo da culpa de cada um para fixar a indenização, conforme determina o artigo 945 do Código Civil brasileiro.

A culpa é, muitas vezes, referida como explicação para a norma de mitigação pela doutrina e jurisprudência francesas⁵³². Os Códigos Civis alemão e italiano inserem norma expressa de mitigação no mesmo artigo que trata da culpa concorrente, como visto nos itens 2.2.1 e 2.2.2 acima. Entretanto, as doutrinas de ambos os países destacam que a mitigação não é verdadeira hipótese de culpa concorrente⁵³³.

De fato, a norma de mitigação não se identifica com a culpa exclusiva da vítima ou com a culpa concorrente, assim como essas não podem servir de fundamento àquela. A culpa não pode ser fundamento de algo que lhe é pressuposto. Com efeito, para dizer que o credor é culpado pelos danos, será necessário antes dizer que deveria ter agido de forma a evitar que ocorresse⁵³⁴. Apenas se violar essa norma de conduta é que se poderá perquirir a culpa, isto é, se o credor podia prever e evitar tais efeitos lesivos ao seu próprio patrimônio, se a sua conduta é censurável⁵³⁵. Conforme asseverou Francisco Eduardo Loureiro:

Pode-se afirmar que a culpa consiste em um erro de conduta, com quebra de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo padrões de comportamento médio. É um desvio da normalidade no agir ou abster-se, do modelo ideal (standard) de conduta.⁵³⁶

Agostinho Alvim identifica a culpa como imputação da violação de um dever ao estado de consciência do agente:

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

⁵³² Cf. JOURDAIN. Rapport... op. cit. p. 6. VINEY. Rapport... op. cit. p. 68. LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 207.

⁵³³ Cf. BEALE et al. Contract... op. cit. p. 833. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 76. DISTASO. Le Obbligazioni... op. cit. p. 444. GALGANO. Diritto... op. cit. p. 214.

⁵³⁴ Cf. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 76.

⁵³⁵ Cf. COSTA. Direito... op. cit. p. 531. TORRES. Noções... op. cit. p. 233.

⁵³⁶ LOUREIRO. Ato... op. cit. p. 724.

A imputabilidade, por sua vez, compreende dois elementos: a) – possibilidade, para o agente, de conhecer o dever; b) – possibilidade de observá-lo.⁵³⁷

A norma de mitigação é justamente a que impõe ao credor que empregue esforços razoáveis de forma a evitar os prejuízos. Definida a exigibilidade de tal conduta, é que se deverá examinar se a sua inobservância pode ser imputada ao credor, função que então caberá à culpa. Sem a imposição da norma de conduta, portanto, a culpa sequer chega a desempenhar seu papel. Ou seja, se o direito não impõe ao credor que aja de tal forma, não poderá ele ser culpado de não ter agido de tal maneira. Como destacou Laithier:

Se a culpa é definida como a violação de uma obrigação legal, será necessário indicar qual é a norma jurídica que erige a minização em dever para que se possa qualificar de culposa a recusa em diminuir os prejuízos. No entanto, não sendo essa norma especificada, é tautológico o raciocínio de fundar na culpa do credor a obrigação de limitar o dano.⁵³⁸

Portanto, o problema de procurar a base para a norma de minimização é logicamente anterior à perquirição de culpa. Definir o fundamento da regra de mitigação corresponde a responder à pergunta de com base em que norma jurídica se pode exigir que o credor adote esforços razoáveis para mitigar os prejuízos. Como visto acima, esse fundamento é encontrado na boa-fé objetiva, prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil, e em seu corolário de cooperação entre as partes de uma relação obrigacional. Devidamente sustentada essa norma de conduta, deve-se perquirir a culpa do credor na hipótese em que não tenha agido de conformidade com tal prescrição. Ou seja, se poderia ter agido de forma diferente àquela imposta pela norma de conduta que já está definida.

Há, ainda, uma razão adicional para refutar a culpa concorrente como fundamento da norma de mitigação. Na culpa concorrente, a ação da vítima (credor) ocorre anterior ou concomitantemente à ação do devedor; as ações culposas de ambos – credor e devedor – servem de causa para o dano. Nas hipóteses em que se aplica a mitigação, por outro lado, há a ação culposa do devedor que, em cadeia normal de causalidade, provocará o dano. A ação ou omissão do credor intervém apenas posteriormente, quando poderia ter evitado os prejuízos e não o fez⁵³⁹.

⁵³⁷ ALVIM. Da inexecução... op. cit. p. 226.

⁵³⁸ LAITHIER. Étude... op. cit. p. 444.

⁵³⁹ Cf. LAITHIER. Étude... op. cit. p. 445.

4.5.3 *Venire contra factum proprium*

É possível, ainda, tentar reconduzir a norma de mitigação aos quadrantes da vedação a comportamentos contraditórios, que também decorre da boa-fé objetiva⁵⁴⁰. Segundo Menezes Cordeiro:

A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. (...)

Venire contra factum proprium postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo.⁵⁴¹

Aplicando a vedação a comportamentos contraditórios à *evitabilidade*, poder-se-ia dizer que o *factum proprium* do credor consiste em não evitar danos ao seu próprio patrimônio, diante de um inadimplemento do devedor. Essa atitude seria, em si, lícita, pois qualquer pessoa tem o direito de dispor de seus bens. O segundo comportamento, realizado algum tempo depois do primeiro, consistiria em requerer a indenização pelos prejuízos sofridos, o que, por si só, é também uma conduta lícita. No entanto, pedir indenização por danos que poderiam ter sido evitados seria uma atitude contraditória ao ato de deixar que os prejuízos evitáveis ocorressem. Assim, o credor ficaria impedido de exercer seu direito à indenização.

O raciocínio é, no entanto, falacioso. Na ausência da norma de mitigação, o ato de requerer indenização por danos que poderia ter evitado não é em nada contraditório a deixar que prejuízos ocorram a partir do inadimplemento.

Além disso, o fundamento da vedação à *venire contra factum proprium* é a proteção da confiança. O titular age de forma a gerar na contraparte a confiança de que continuará a agir de tal forma, fazendo com que esta pautar seu próprio comportamento e suas decisões na expectativa de continuidade. Em proteção a essa confiança é que o direito veda que o titular exerça um direito em contradição com o comportamento anterior⁵⁴². Judith Martins-Costa assim sintetizou os requisitos para a aplicação da vedação a comportamentos contraditórios:

⁵⁴⁰ Cf. NANNI. Abuso... op. cit. p. 764.

⁵⁴¹ MENEZES CORDEIRO. Da boa-fé... op. cit. p. 742.

⁵⁴² Cf. GOMES. Entre... op. cit. p. 87.

a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.⁵⁴³

Nas hipóteses em que está presente a norma de mitigação não se verificam esses requisitos. De fato, o comportamento do credor (deixar que ocorram danos evitáveis) não gera confiança no devedor, assim como esse não alterou suas próprias ações em razão dessa suposta confiança de continuidade da primeira conduta do credor. A *evitabilidade*, portanto, não se situa no âmbito de aplicação da vedação à *venire contra factum proprium*.

4.6 Mitigação e a regra de reparação integral do dano

Conforme visto no item 2.2.3 acima, um dos óbices levantados pela doutrina e jurisprudência francesas à adoção do dever de mitigar é a regra da reparação integral do dano que vige tanto na responsabilidade aquiliana quanto na contratual daquele país. Para Patrice Jourdain, esse é um princípio maior que encerra um verdadeiro dogma do direito relativo à reparação dos danos⁵⁴⁴. No mesmo sentido, observou Anne Laude:

O princípio que prevalece em direito francês da responsabilidade delitual e contratual é aquele da reparação integral do dano, que consiste em “restabelecer tão exatamente quanto possível o equilíbrio destruído pelo dano e recolocar a vítima na situação em que se encontraria se o ato danoso não tivesse tido lugar”. Esse princípio significa notadamente que deve haver uma equivalência entre a reparação pecuniária e o dano. Em uma palavra, a reparação deve se relacionar apenas com o critério objetivo do dano e se abstrair de qualquer critério subjetivo retirado da análise do comportamento ou da situação das pessoas, responsável e vítima.⁵⁴⁵

A regra da reparação integral foi utilizada como fundamento para negar-se aplicação à defesa de *evitabilidade* nos dois casos de 2003 da Corte de Cassação comentados no item 2.2.3 acima. Em razão de ter-se identificado essa dificuldade à aplicação da norma de minimização no direito comparado, cumpre analisar se a regra da reparação integral poderá ser um problema para a mitigação no direito brasileiro.

⁵⁴³ MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 471.

⁵⁴⁴ Cf. JOURDAIN, Patrice. *Rapport Introductoire. Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 45-49, nov. 2002. p. 3.

⁵⁴⁵ LAUDE. L'obligation... op. cit. p. 55. A passagem entre aspas é citada pela autora como de acórdão, referido da seguinte forma: Cass. Civ. 1re, 17 juillet 1976, Bull. civ. I, n° 327.

No Brasil, em regra e tradicionalmente, a indenização mede-se pela extensão do dano⁵⁴⁶. Essa norma não constava expressamente do Código Civil de 1916, mas poderia ser extraída de seu artigo 159, que determinava que o causador do dano ficava obrigado a repará-lo. Pela própria linguagem desse dispositivo legal, havia a vinculação direta entre o montante da obrigação de indenizar e o prejuízo causado. O valor da indenização dependeria apenas dos danos sofridos pelo credor, independentemente do grau de culpa do agente. Segundo lição de Pontes de Miranda:

O que há de indenizar é todo o dano. Por “todo o dano” se não de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor. Não se distinguem, na determinação do dano, graus de culpa, nem qualidade de causas que concorreram. (...)

Ao princípio da *indenizabilidade de todo o dano* junta-se o *princípio de limitação da reparação ao dano sofrido*. Se esse princípio não existisse, o ofendido estaria satisfeito com a indenização e, injustamente, enriquecido com o valor a mais.⁵⁴⁷

O prejuízo a ser ressarcido no direito brasileiro é aquele que o credor efetivamente sofreu, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes. Ao avaliar o montante da indenização, ter-se-á em conta o chamado dano concreto ou subjetivo – aquele prejuízo sofrido pelo credor, tendo em vista a sua particular posição – e não o dano objetivo – em que se mensuraria a perda isoladamente, sem referência à situação do credor⁵⁴⁸.

No Código Civil de 2002, a reparação integral do dano passou a ser prevista expressamente no artigo 944, embora constando no parágrafo único uma exceção à norma:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Introduziu-se no direito brasileiro, portanto, uma importante exceção ao princípio da reparação integral do dano. Em casos excepcionais, admite-se que o leve grau de culpa do agente interfira para reduzir o montante da indenização que será, dessa forma, menor que o prejuízo sofrido pelo credor⁵⁴⁹. Aliás, é bem possível que a formulação geral contida no *caput*

⁵⁴⁶ Cf. TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*: conforme a Constituição da República. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 859.

⁵⁴⁷ PONTES DE MIRANDA. Tratado... op. cit. t. 26. p. 43.

⁵⁴⁸ Cf. ALVIM. Da inexecução... op. cit. p.191-192. TORRES. Noções... op. cit. p. 248-249.

⁵⁴⁹ Cf. TEPEDINO, BARBOZA, MORAES. Código... op. cit. v. 2. p. 860.

do artigo 944 tenha sido inserida apenas para possibilitar a introdução da exceção que consta do parágrafo único. A norma do *caput* já era a tradição do direito brasileiro e poderia ser derivada do novo artigo 927, que determina que o causador do dano fica obrigado a repará-lo. Não havia necessidade, portanto, de constar expressamente a norma geral. O parágrafo único, por outro lado, representou uma significativa novidade no sistema de responsabilidade civil, pois permitiu considerações sobre o grau de culpa do agente na fixação da indenização, fazendo com que, na prática, o prejuízo seja repartido entre agente e vítima se a culpa do primeiro for diminuta.

Pode-se inferir daí que a regra de reparação integral do dano, embora válida no Brasil, não se constitui como um dogma como Patrice Jourdain a caracterizou para o direito francês. Parece evidente que a norma contida no *caput* do artigo 944 do Código Civil atual, além de ser excepcionada pelo seu parágrafo único, deve ser aplicada em conjunto com as demais normas e princípios inscritos no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais o da boa-fé objetiva. Esta impõe, conforme anteriormente visto, que o devedor não tenha que indenizar o credor pelos danos que esse poderia ter evitado com esforços razoáveis. Há, portanto, um aparente conflito entre essas duas normas: a reparação integral do dano e a boa-fé objetiva.

A regra de reparação integral não pode, entretanto, ser tida como princípio absoluto e insuperável do direito brasileiro e, de fato, não é. Além de excepcionada pelo parágrafo único do artigo 944, a reparação integral é limitada pelo artigo 403, que determina que apenas os danos diretos e imediatos podem ser indenizados⁵⁵⁰. Anne Laude reconhece existir, mesmo no direito francês, temperamentos para o princípio da reparação integral⁵⁵¹.

Diante de tal quadro, faz-se necessário realizar a ponderação entre essas duas normas, sendo de se concluir que deve prevalecer a limitação da indenização aos danos inevitáveis. A aplicação da regra de mitigação está fundada axiologicamente na busca pela cooperação das partes contratantes e, ao mesmo tempo, tem por efeito fomentar essa própria cooperação. Além disso, promove a eficiência no tráfego jurídico e no direito dos contratos, tendo como consequência evitar a perda de recursos econômica e socialmente relevantes. Por outro lado, a reparação integral – na faceta indenizabilidade de todo o dano, como chamou Pontes de

⁵⁵⁰ A tradição do direito brasileiro via, ainda, outra restrição à reparação integral, qual seja, a indenização estaria limitada aos lucros cessantes previsíveis, conforme previsto pelo parágrafo único do artigo 1.059 do Código Civil de 1916. Essa norma não foi reproduzida no Código atual.

⁵⁵¹ Cf. LAUDE. L'Obligation... op. cit. p. 55.

Miranda – tem por fim evitar uma situação de injustiça para a vítima: receber menos do que perdeu. Na aplicação da norma de *evitabilidade*, entretanto, essa injustiça não se verifica, pois a parcela do prejuízo que não será indenizada ao credor é justamente aquela que ele poderia ter evitado. O credor não receberá parte dos danos sofridos porque não agiu de boa-fé, não cooperou para que tais prejuízos não ocorressem.

Portanto, na ponderação dos valores que informam a aplicação das duas regras – reparação integral do dano e limitação aos danos inevitáveis – identifica-se clara prevalência daqueles que servem de sustentáculo à norma de minimização. Conforme reconheceu Le Pautremat, “o princípio da mitigação tem justificativas morais, sociais e econômicas que têm força maior que a explicação para a compensação integral ao credor”⁵⁵².

Por fim, destaca-se que o conflito entre as duas normas é apenas aparente, não apenas porque é facilmente resolvido pela ponderação dos valores que as informam, mas também pela sistemática de aplicação da boa-fé objetiva no presente caso. De acordo com a observação feita no final do item 4.3, com base na lição de Clóvis do Couto e Silva, a boa-fé objetiva poderá ter *atuação defensiva*, isto é, ter por efeito impedir que a pessoa que agiu de má-fé exerça certo direito ou se valha de certa posição jurídica. No caso em análise, o credor prejudicado pelo inadimplemento tem, em princípio, direito à reparação integral dos danos sofridos, sendo de se aplicar a regra do *caput* do artigo 944. Todavia, se não agiu de boa-fé, se não empregou esforços razoáveis para impedir que danos evitáveis ocorressem, ficará impedido de ser indenizado por essa parcela dos prejuízos que poderiam ter sido evitados. A forma e o momento lógico de aplicação das duas normas são diferentes, fazendo com que ambas possam ser aplicadas de maneira articulada para definir o *quantum* de indenização a que fará jus o credor.

Conclui-se, portanto, que a regra de reparação integral do dano não é óbice à aplicação da norma de mitigação dos danos no direito brasileiro.

4.7 Mitigação e livre escolha das sanções

Outro óbice encontrado na doutrina e jurisprudência francesas à aplicação da *evitabilidade* naquele país se relaciona ao direito que o credor tem de livremente escolher, dentre as sanções disponíveis no ordenamento jurídico, aquela que demandará que seja

⁵⁵² LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 213.

aplicada ao devedor inadimplente⁵⁵³. Assim, poderá exigir a execução específica da obrigação (seu cumprimento *in natura*), declarar resolvido o contrato ou exigir perdas e danos. Poderá cumular a execução específica ou a resolução do contrato com as perdas e danos se tiver havido prejuízo adicional⁵⁵⁴.

No direito francês, a execução *in natura* da obrigação é tida como uma consequência do princípio da força obrigatória dos contratos. É, portanto, a regra, sendo que a execução pelas perdas e danos apenas será realizada como exceção, seja na hipótese de a execução específica ser impossível ou em razão de conveniência para o credor, que preferiu a indenização em dinheiro ao cumprimento da obrigação *in natura*. Como observado no item 2.1.1, essa é a tendência verificada na maioria dos ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica. A livre escolha das diversas sanções disponíveis foi também reconhecida pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, como anotado no item 2.3.

A norma de mitigação pode representar, segundo a doutrina francesa, uma forma de restringir a liberdade de escolha das sanções por parte do credor. Com efeito, caso demandasse a execução específica da obrigação, o Juiz poderia negar o pedido ao argumento de que os danos serão minimizados se o próprio credor buscasse o produto no mercado e demandasse as perdas e danos. Ou seja, poderia exigir que o credor fizesse a operação substitutiva ao invés de demandar o cumprimento *in natura* pelo próprio devedor⁵⁵⁵. De outro lado, o credor poderia declarar o contrato resolvido, exonerando-se da contraprestação a que havia se comprometido, e o julgador considerar que os danos seriam minimizados se o contrato fosse mantido e o credor demandasse perdas e danos ou a execução específica. Poderia ocorrer, ainda, o inverso, quando o credor demandasse a execução específica, o Juiz consideraria que este faltou com a conduta esperada em termos de mitigação, pois deveria ter declarado o contrato resolvido e demandado perdas e danos⁵⁵⁶. Portanto, a *evitabilidade* restringiria a liberdade do credor na sanção que consideraria mais adequada exigir do devedor inadimplente.

⁵⁵³ Cf. item 2.2.3 acima.

⁵⁵⁴ Cf. PEREIRA. Instituições... op. cit. v. 2. p 237.

⁵⁵⁵ Cf. MUIR-WATT. La modération... op. cit. p. 47. LE PAUTREMAT. Mitigation... op. cit. p. 211.

⁵⁵⁶ Cf. LAITHIER. Étude... op. cit. p. 447-448.

Esse problema foi enfrentado pelos países representados na Conferência de Viena nas discussões acerca da adoção da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Conforme referido no item 2.3, a delegação americana pretendeu que a norma de mitigação tivesse efeito sobre todos os remédios ali previstos para a hipótese de descumprimento, o que foi rejeitado na votação das delegações ali presentes. Para aquele instrumento internacional, interpreta-se, em razão da história legislativa e da posição do artigo 77 na Convenção, que a mitigação aplica-se apenas para a indenização pelas perdas e danos e não às outras sanções porventura requeridas pelo credor.

Em razão da tradição do direito francês em privilegiar a execução *in natura*, Geneviève Viney afirmou que a *evitabilidade* jamais seria aceita em seu país na versão que chamou de “dura” ou “extremista” da mitigação, ou seja, aquela que se aplicaria a todas as sanções possíveis diante do inadimplemento. Defende, entretanto, a total compatibilidade da versão “adocicada” – isto é, aquela semelhante à CISG, que se refira apenas à sanção de reparar as perdas e danos – com o direito francês⁵⁵⁷.

Diante de tal quadro, cabe avaliar se igual dificuldade à aplicação da regra de mitigação poderá ser aduzida à luz do direito brasileiro. Assim como nos demais países de tradição romano-germânica, o ordenamento jurídico pátrio considera a execução específica como o mais perfeito mecanismo a ser aplicado na hipótese de inadimplemento. Assim se pronunciou Pontes de Miranda:

A execução em natura ou específica é a que mais perfeitamente reestabelece o estado anterior, ou estabelece o estado que corresponde à justiça. Sòmente onde a execução específica não se pode obter, ou onde ela não satisfaz, é que se busca a execução no valor, ou, mais claramente, a execução forçada pela retirada e entrega do valor correspondente. A execução em natura é, portanto, lògicamente a regra.⁵⁵⁸

Da mesma forma, assim lecionou Caio Mário da Silva Pereira:

Não se deve, porém, dizer, como regra geral e absoluta, que a prestação devida e não cumprida se transforma nas perdas e danos, porque às vezes assim se passa, mas outras vezes as duas sobrevivem – a *res debita* e as perdas e danos – sem que em uma se sub-roguem as outras. É claro que a *sub rogatio* é satisfação *subsidiária* do credor. A prestação principal, direta, específica é a obtenção do objeto

⁵⁵⁷ Cf. VINEY. Rapport... op. cit. p. 69.

⁵⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. t. 25. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 197. Em outra passagem, Pontes de Miranda aduz, no mesmo sentido, que a execução específica é preferível, sendo de se resolver em perdas e danos apenas diante da impossibilidade de se exigir a prestação *in natura*. Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado...* op. cit. t. 26. p. 28.

mesmo da obrigação. E se o devedor faltou ao prometido, cabe, antes de mais nada, perquirir se é possível obter, compulsória ou coercitivamente, aquilo que não veio com caráter espontâneo. Frequentemente é. Mas nem sempre. Nas obrigações de dar não é difícil obter uma sentença compelindo o devedor a entregar, em espécie, a própria coisa devida. Somente quando não seja possível lográ-lo, ou quando o título prevê a transformação automática, é que esta ocorre. Nas obrigações de fazer, se a prestação é fungível, isto é, se não foi ajustada *intuitu personae debitoris*, o credor consegue executar por outrem, a expensas do sujeito passivo, o fato recusado; no caso contrário, e já que *nemo ad factum praecise cogi potest*, não sendo lícito forçar alguém a uma ação sem quebra do respeito à sua liberdade, o remédio é substituir a prestação devida pelo seu equivalente pecuniário. Nas obrigações negativas, o credor pode obter um *iudicium*, compelindo o devedor a desfazer o que lhe era vedado, ou realizar o credor o desfazimento a expensas daquele, com a cominação de pena para a hipótese de nova infração, e, se o desfazimento é impossível ou já inútil ao credor, dá-se a conversão. Em princípio, a execução direta ou *ad rem ipsam* é o modo normal de execução das obrigações. Mas, quando ela não é mais possível, ou simplesmente não é possível, procura-se a execução pelo equivalente, através de um elemento compensatório, que vem suprir a ausência de execução direta.⁵⁵⁹

Percebe-se, portanto, que a doutrina brasileira, já há algum tempo, afirma a preferência que deve ter a execução específica em detrimento das perdas e danos. Na lição de Caio Mário, entretanto, visualisa-se a dificuldade em se exigir, nas obrigações de fazer, que o próprio devedor realizasse a prestação. Caso essa fosse fungível, poder-se-ia determinar a realização do fazer por terceiro, mas, se infungível, a obrigação resolver-se-ia necessariamente em perdas e danos. Como evidenciado no trecho acima, forçar alguém a fazer algo era visto como uma indevida violação em sua liberdade. Diante do inadimplemento de obrigação de fazer infungível não restaria outra opção senão a execução pelas perdas e danos.

O sistema processual acompanhava esse pensamento e, assim, a preferência pela execução específica não era eficaz. A situação alterou-se com a percepção de que, nas obrigações de emitir declaração de vontade juridicamente infungível, poder-se-ia dar tutela específica, apesar de não ser possível constranger o devedor a declarar algo. A execução dar-se-ia por meio de sentença que tivesse os mesmos efeitos da vontade que deveria ter sido declarada, conforme destacou Cândido Rangel Dinamarco:

Ao longo dos tempos a resistência do obrigado foi sempre muito respeitada como óbice intransponível à efetivação das obrigações de fazer ou de não fazer por obra dos órgãos judiciários. O dogma da intangibilidade da vontade humana, zelosamente guardado nas tradições francesas pandectistas, fazia o mundo aceitar que “toute obligation de faire, ou de ne pas faire, se resout en dommage et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur” (art. 1.142 do Código Civil francês). Foi preciso muita tenacidade de pensadores como Chiovenda e Calamandrei, notadamente em

⁵⁵⁹ PEREIRA. Instituições... op. cit. p. 229-230. v. 2. Itálicos no original.

especulações sobre a obrigação de prestar declaração de vontade, para que viesse ter curso a distinção entre infungibilidade natural e infungibilidade jurídica. Hoje considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou na sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividades por outrem e produção, mediante elas, da situação jurídica final a que o cumprimento da obrigação de fazer ou não-fazer deveria ter conduzido.⁵⁶⁰

O direito processual positivo, desta forma, evoluiu no sentido de assegurar, tanto quanto possível, a eficácia da tutela específica da obrigação. Por meio da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterou-se o artigo 461 do Código de Processo Civil exatamente para permitir que o Juiz determine, por meio de sentença, a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer. O dispositivo estipula que o Juiz deverá assegurar o cumprimento da prestação ajustada ou adotar providências que assegurem idêntico resultado prático, podendo determinar que o devedor realize a prestação sob pena da multa que vier a fixar. A conversão em perdas e danos somente se dará se a tutela específica for impossível ou se o credor a requerer⁵⁶¹.

Posteriormente, a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, introduziu o artigo 461-A no Código de Processo Civil, que previu regime favorável à tutela específica para as obrigações de entrega de coisa, de forma semelhante ao artigo 461⁵⁶². Essa lei implementou, ainda, alterações nas disposições relativas à execução da obrigação de dar, tornando o procedimento mais simples. Por fim, a Lei nº 11.385, de 6 de dezembro de 2006, alterou a execução das obrigações de fazer constante de título executivo extrajudicial facilitando a obtenção da tutela específica⁵⁶³. As reformas tiveram por fim dar efetividade à tutela jurisdicional⁵⁶⁴, pois, segundo Bermudes, “a jurisdição alcança o melhor resultado prático possível quando restaura a situação jurídica, desintegrada pela violação do direito”⁵⁶⁵.

Tem-se, portanto, que a cultura jurídica brasileira vê a execução específica como a melhor forma de sanção a ser aplicada ao devedor inadimplente, por ser aquela que

⁵⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 152.

⁵⁶¹ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 17-18. BERMUDES, Sergio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 66-67.

⁵⁶² Cf. ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21.

⁵⁶³ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 38-39.

⁵⁶⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR. *As inovações...* op. cit. p. 18.

⁵⁶⁵ BERMUDES. *A reforma...* op. cit. p. 66.

disponibiliza ao credor a situação mais próxima ao que havia sido prometido. Essa preferência foi consagrada no artigo 947 do Código Civil. Se houve hesitação no passado, essa se restringiu a quais meios poderiam ser empregados para atingir esse fim – execução *in natura* – que era inequivocamente tido como o desejável. A doutrina evoluiu, tendo sido acompanhada pelo legislador, que incluiu no direito processual positivo os mecanismos para dotar de máxima eficácia a tutela específica da obrigação, os quais, por sua vez, foram amplamente acolhidos pela jurisprudência. A indenização por perdas e danos é aplicável apenas excepcionalmente, se a execução *in natura* não for possível ou se o próprio credor a preferir.

Nesse contexto, é possível inferir que a doutrina e jurisprudência nacionais tenderão a não dar aplicação à norma de mitigação se essa restringir a possibilidade de reação ao inadimplemento por meio da tutela específica ou implicar retrocesso no percurso recentemente percorrido na busca pela eficácia dos mecanismos que a asseguram. No entanto, como concluiu Viney a propósito do direito francês⁵⁶⁶, isso não significa que *evitabilidade* não possa ser aplicada no direito brasileiro.

Conforme se concluiu acima, o impedimento de que o credor receba pelos danos que poderia ter evitado com esforços razoáveis é um corolário que decorre da adoção da boa-fé objetiva em matéria contratual pelo Código Civil. Nesse sentido, é um imperativo inafastável. Todavia, para sua compatibilização com o direito pátrio, com a livre escolha das sanções por parte do credor e com a manutenção da primazia da tutela específica, a mitigação deverá ser aplicada unicamente aos casos em que o credor tenha requerido indenização como consequência do inadimplemento. Portanto, assim como é a interpretação corrente da Convenção de Viena, a norma de mitigação desempenhará seu papel apenas quando se tratar de indenização por perdas e danos, seja essa requerida de forma isolada ou de forma cumulada com a tutela específica ou com a resolução do contrato.

⁵⁶⁶ Cf. VINEY. Rapport... op. cit. p. 69.

V – APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

*[N]inguém espera que o credor realize um ato de abnegação ou que adote um comportamento altruísta, em nome do espírito de solidariedade que supostamente anima as relações contratuais contemporâneas.*⁵⁶⁷

*Tenho que o exercício de um direito legítimo e dentro do prazo prescricional não pode sofrer restrição pela demora em seu exercício.*⁵⁶⁸

5.1 Introdução

Determinou-se, no capítulo precedente, que o direito brasileiro atual impõe ao credor que empregue esforços razoáveis para minimizar prejuízos decorrentes do inadimplemento, sob pena de não ser indenizado pelos danos que poderiam ter sido evitados. O ordenamento jurídico brasileiro, *de lege lata*, reconhece a mitigação como corolário da norma que determina a observância da boa-fé objetiva e daquela que reprime o abuso do direito.

A partir de tal fundamento e dos demais valores e normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se necessário preencher o conteúdo do comando dado pela cláusula geral de boa-fé no que diz respeito à mitigação. Ao desenvolver o estudo uma consequência específica da boa-fé – tal como a norma de mitigação – pode-se dotá-la de concreção suficiente para a sua aplicação segura. Desta forma, é possível compatibilizar a flexibilidade dada pela cláusula geral com a necessidade de segurança na aplicação do direito⁵⁶⁹. Conforme destacou Ascensão:

O grande inconveniente da boa fé, tal como tem sido desenvolvida, é o oposto da sua virtude: a sua excessiva extensão. Se se aplica a todos os setores do direito e em todas as circunstâncias, perde compreensão. Por isso dizemos que a boa fé, se é tudo, passa a não ser nada. Passa a ser um rótulo com pouca explicatividade.

⁵⁶⁷ LAITHIER. Étude... op. cit. p. 438.

⁵⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação com revisão nº 1.242.899-0/5. Apelante: Maria Aparecida Cardoso Oliva. Apelado: Banco Nossa Caixa S/A. Rel. Des. Francisco Casconi, votação unânime, j. 16.06.2009.

⁵⁶⁹ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé... op. cit. p. 342-343.

Contra esta excessiva diluição há que reagir, distinguindo figuras que concretizem o critério geral. (...) Dá-se assim maior precisão e segurança a uma típica incidência desta categoria.⁵⁷⁰

O que se passará a realizar no presente capítulo é justamente distinguir a figura da mitigação no quadro geral da boa-fé, delimitar seus pressupostos e efeitos a fim de proporcionar sua aplicação segura no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo inicialmente perquirir a natureza jurídica do instituto.

5.2 Natureza jurídica

Conforme visto no item 2.1.2 acima, encontram-se, entre os autores dos países de *common law*, várias críticas à expressão “dever de mitigar”. Segundo tais doutrinadores, a norma de mitigação não impõe um verdadeiro dever, pois o devedor não dispõe de mecanismo para impor que o credor adote mecanismos razoáveis para evitar os prejuízos. A conduta do credor não é, portanto, exigível como ocorreria com um dever. Se o credor não adota a conduta conforme a norma de mitigação, a consequência será a impossibilidade de ser indenizado pelos danos que poderiam ter sido evitados. Por isso, a doutrina prefere atribuir à norma de mitigação o caráter de limitação à reparação das perdas e danos suportadas pelo credor, ao lado da imprevisibilidade e incerteza. Essa foi a abordagem adotada no *Restatement (Second) of Contracts*⁵⁷¹. Ademais, restou anteriormente consignado, no item 2.2.1, que Enneccerus já anotava que o credor que não age conforme a norma de mitigação não descumpra um dever, em seu significado tecnicamente correto⁵⁷².

Com efeito, a crítica procede. A norma de mitigação não gera para o credor um dever no sentido próprio do termo, no qual vem geralmente atrelado à noção de direito subjetivo da outra parte⁵⁷³. O titular do direito subjetivo – sujeito ativo da relação jurídica – tem a faculdade de exigir o cumprimento do dever jurídico que consistirá em uma prestação do sujeito passivo⁵⁷⁴. Manuel Domingues de Andrade assim definiu o dever jurídico:

⁵⁷⁰ ASCENSÃO. A desconstrução... op. cit. p. 43.

⁵⁷¹ Cf. FARNSWORTH. Legal... op. cit. p. 1184. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 231. ANSON. *Anson's law*... op. cit. p. 615. WILLISTON, LORD. A treatise... op. cit. p. 191-193. CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 303. GOETZ, SCOTT. The mitigation... op. cit. p. 967.

⁵⁷² Cf. ENNECCERUS, KIPP, WOLFF. Tratado... op. cit. p. 79-80.

⁵⁷³ Cf. VON TUHR, Andreas. *Derecho civil: teoria general del derecho civil aleman*. Buenos Aires: Depalma, 1946. p. 119.

⁵⁷⁴ Cf. PEREIRA. Instituições... op. cit. v. 1. p. 44-45.

No dever jurídico – que corresponde aos direitos subjectivos propriamente ditos – o direito objectivo ordena ao respectivo sujeito (obrigado) que observe um dado comportamento positivo ou negativo (fazer ou deixar de fazer alguma coisa). Se o sujeito do dever procede diversamente, violando essa norma, o direito objectivo autoriza o titular do direito subjectivo a pedir e obter que sejam adoptadas contra aquele – quando não na sua pessoa, pelo menos no seu património – determinadas providências coactivas, tendentes a dar realização efectiva ao seu interesse, ou então que lhe sejam aplicadas sanções de outro género.⁵⁷⁵

Da mesma forma, Claude Witz identifica que estão presentes na relação jurídica o direito subjectivo e o dever jurídico, sendo que o segundo está necessariamente associado ao primeiro⁵⁷⁶. Como correspectivo ao direito subjectivo, o autor usa a expressão *obligation* em francês ou *Pflichten* em alemão. Anota, entretanto, ser possível que o dever surja dissociado do direito subjectivo, em geral quando a norma impõe um dever de interesse geral. Nesses casos, atribuirá uma sanção de direito administrativo ou de direito penal⁵⁷⁷.

Por fim, cabe mencionar a lição de Mário Júlio de Almeida Costa:

O dever jurídico, que representa o correlato dos direitos subjectivos propriamente ditos, consiste na necessidade de observância de determinada conduta, imposta pela ordem jurídica a uma ou a diversas pessoas para tutela do interesse de outrem e cujo cumprimento se garante através dos meios coercitivos adequados. Cabem aqui os exemplos, antes mencionados, de o comprador se encontrar adstrito ao pagamento do preço e de as pessoas estarem vinculadas ao respeito da propriedade alheia. Só que, na primeira dessas hipóteses, se alude a um dever jurídico especial ou particular, enquanto, na segunda, se trata de um dever geral ou universal.⁵⁷⁸

Na norma de mitigação não se configura um dever jurídico na forma vista acima. No caso típico de inadimplemento, o devedor descumpre sua obrigação, daí decorrendo, de acordo com a cadeia normal de causalidade, danos para o credor. A ordem jurídica irá, então, atribuir ao devedor a obrigação de indenizar os prejuízos sofridos pelo credor, se estiverem presentes os pressupostos do dever de reparação⁵⁷⁹. Portanto, os prejuízos que serão evitados ou incorridos, conforme o credor aja de acordo com a norma de mitigação ou não, terão repercussão, inicialmente, sobre o património do próprio credor.

⁵⁷⁵ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Lisboa: Almedina, 1992. p. 16-17.

⁵⁷⁶ Cf. WITZ, Claude. *Droit Privé Allemand*: 1. Actes juridiques, droit subjectifs. Paris: Litec, 1992. p. 454.

⁵⁷⁷ Cf. WITZ. *Droit...* op. cit. p. 455.

⁵⁷⁸ COSTA. *Direito...* op. cit. p. 56.

⁵⁷⁹ Dentre os quais a culpa *lato sensu*, presumida ou não, na responsabilidade subjectiva ou os pressupostos de aplicação da responsabilidade objectiva.

Nesse contexto, não cabe ao devedor adotar medida para exigir que o credor aja para evitar um dano ao seu próprio patrimônio. O devedor não terá titularidade de qualquer mecanismo que possa promover a execução específica de um eventual dever de mitigar. O descumprimento de tal hipotético dever – ou seja, a falta de adoção de esforços razoáveis para minimizar os danos – irá afetar os bens e direitos do próprio credor. O devedor não sofre qualquer dano em seu próprio patrimônio se o credor não age conforme a norma de mitigação. Portanto, mesmo diante da ausência de mecanismo de execução específica, não poderá o devedor exigir do credor indenização por perdas e danos, pois efetivamente não sofreu nenhum prejuízo.

Em resumo, embora a norma de mitigação imponha ao credor a observância de uma conduta, o devedor não tem direito subjetivo a que o credor aja para minimizar os prejuízos. Não se pode dizer que a mitigação é uma prestação devida pelo credor ao devedor e, portanto, este não poderá demandar que o credor adote esforços razoáveis para reduzir os danos, seja por execução específica ou pelo sucedâneo de perdas e danos.

O que verdadeiramente se passa é que o credor, se não agir em observância à conduta prescrita pela norma de mitigação, não será indenizado pelos danos que poderiam ter sido evitados. O credor sofre, em seu patrimônio, prejuízos causados pelo inadimplemento com relação aos quais poderá obter, em princípio, reparação (desde que preenchidos os demais pressupostos para tanto). Todavia, poderá não ser indenizado pelos danos que poderiam ter sido evitados com esforços razoáveis. Portanto, o devedor não exigirá a observância do credor da conduta de minimização dos danos – como uma pessoa requer o cumprimento de um dever ao qual corresponde seu direito subjetivo. Será o credor que deixará de obter o direito à indenização, total ou parcialmente, se não tiver agido conforme determina a norma de mitigação.

Não gerando dever jurídico, a norma de mitigação representa para o credor um ônus, que Mário Júlio de Almeida Costa assim caracterizou:

Resta-nos aludir ao ônus jurídico, que se entende como a necessidade de se adotar certa conduta para a obtenção ou conservação de uma vantagem própria. Já aqui se inferem os tópicos característicos desta figura: o acto a que o ônus se refere não é imposto como um dever; tutela-se um interesse do onerado – traduzido na consecução de uma vantagem nova ou em evitar-se a perda de uma vantagem que preexiste. Esta figura é frequente no processo civil, onde deparamos, desde logo, com os ônus de deduzir contestação e de impugnar. Também o direito civil substantivo consagra ônus jurídicos, de que se mostra exemplo típico a exigência de registro para

a oponibilidade de certos factos a terceiros, ou mesmo, excepcionalmente, para a sua eficácia entre as partes e até como requisito constitutivo.⁵⁸⁰

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

Von Tuhr reconheceu que não se deve admitir a existência de um dever em situações semelhantes, em que a norma impõe uma condição para a aquisição ou perda de um direito ou exercício de uma faculdade⁵⁸¹. No direito alemão, o ônus é chamado de *Obliegenheiten*, por oposição à *Pflichten*, como descreve Claude Witz:

O direito alemão conhece uma forma mais leve de obrigações, as *Obliegenheiten* que se pode definir como sendo obrigações (*Pflichten*) de menor intensidade. Enquanto o direito francês conhece apenas uma noção, aquela de obrigações, o direito alemão recorre aos dois conceitos de *Obliegenheiten* e de *Pflichten*. Por oposição às *Pflichten*, as *Obliegenheiten* são insuscetíveis de execução forçada e não podem gerar uma condenação a perdas e danos. Ao não as respeitar, os devedores perdem apenas uma vantagem jurídica; também se denomina igualmente as *Obliegenheiten* de obrigações com relação a si mesmo (*Pflichten gegen sich selbst*). (...) Uma parte da doutrina suíça utiliza o termo de *incombance* que igualmente adotaremos, pois transmite perfeitamente a noção de *Obliegenheiten*.⁵⁸²

Portanto, ônus, *Obliegenheiten* e *incombance* transmitem a mesma idéia de uma conduta a que está adstrita uma pessoa para conservar, extinguir ou fazer surgir um direito ou uma faculdade em seu próprio interesse. Ao não observar a conduta imposta pelo ônus, a pessoa onerada perde uma posição jurídica que seria a ela vantajosa ou se submete a uma situação desfavorável⁵⁸³.

⁵⁸⁰ COSTA. Direito... op. cit. p. 56-58.

⁵⁸¹ Cf. VON TUHR. Derecho... op. cit. p. 127-128.

⁵⁸² WITZ. Droit... op. cit. p. 456. Marcel Fontaine observa que a doutrina francesa não costuma trabalhar a categoria da *incombance* de forma separada da *obligation*. Da mesma forma, o Código Civil francês não se refere a *incombance*. No entanto, o autor nota que o Código contém mecanismos típicos de *incombance*, com relação aos quais a doutrina afirma não existir uma verdadeira *obligation*. Cf. FONTAINE, Marcel. Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé. In: POULLET, Yves, WÉRY, Patrick, WYNANTS, Paul. *Liber amicorum Michel Coipel*. Bruxelas: Wolters Kluwer, 2004.

⁵⁸³ Cf. LUXEMBOURG, Fanny. *La déchéance des droits: contribution à l'étude des sanctions civiles*. Paris: Panthéon-Assas, 2007. p. 60.

Em estudo comparativo, Marcel Fontaine observou que a idéia de *Obliegenheiten* surgiu no direito alemão dos seguros, aplicada às exigências feitas de que o segurado declarasse fatores de risco na conclusão do contrato, que comunicasse sem atraso o sinistro e que minimizasse os danos. Tomando como exemplo esse último caso, observou que de nada adiantaria que o segurador ingressasse com alguma ação na justiça contra o segurado que não minimizou os danos. Mais eficaz seria simplesmente não conceder indenização pelos danos que poderia ter evitado⁵⁸⁴. Dentre as hipótese em que a *incombance* seria, de maneira geral, aplicável aos contratos, o autor lembra que “[a] ‘obrigação’ cada vez mais frequentemente reconhecida a cargo do credor de minimizar os danos, sob pena de não poder reclamar reparação do prejuízo que tinha podido evitar, revela igualmente a *incombance*.”⁵⁸⁵

No Brasil, o ônus é tratado sobretudo pela doutrina processualista, como destacou José de Oliveira Ascensão para a Enciclopédia Saraiva de Direito:

De todas as situações jurídicas preceptivas, o ônus é aquela sobre a qual menos se tem detido a atenção da doutrina. Foi descoberta pelos processualistas, e só muito renitentemente vai sendo introduzida na teoria geral.⁵⁸⁶

Com efeito os processualistas costumam cuidar da categoria⁵⁸⁷. Em linha com a doutrina estrangeira, José Frederico Marques assim distingue o ônus da obrigação:

O *ônus* é um imperativo em função do próprio interesse daquele a quem é imposto. Descumprida a ordem legal contida num ônus, a consequência é um prejuízo para a pessoa que desatendeu ao preceito jurídico. (...)

O *ônus* não se confunde com a *obrigação*. Nesta, o mandamento legal é impôsto em função de um interesse alheio, pelo que o *obrigado* não pode escolher entre cumprir ou não cumprir essa imposição.⁵⁸⁸

Por isso, o ônus é chamado de dever consigo mesmo, mas, como destaca Clóvis do Couto e Silva, o ônus não constitui dever “na sua verdadeira acepção”⁵⁸⁹. A norma de

⁵⁸⁴ Cf. FONTAINE. Le droit... op. cit. p. 305.

⁵⁸⁵ FONTAINE. Le droit... op. cit. p. 306.

⁵⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Ônus. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 56. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 71.

⁵⁸⁷ Cf. SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 68. SILVA, Ovídio A. Baptista da, GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 270-271. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. t. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁵⁸⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 287-288

mitigação estrutura-se claramente como ônus, pois impõe que o credor adote uma certa conduta, e, se não agir em conformidade com a norma, ficará na situação mais desfavorável de não ser indenizado pelos danos evitáveis. Como destacou Corbin e Perillo, em trecho já anteriormente citado, “[a] recuperação [dos danos] contra o requerido será exatamente a mesma tenha o esforço sido feito, e a perda mitigada, ou não”⁵⁹⁰.

Deve-se recordar que, nos países de tradição de *common law*, a mitigação tem natureza geralmente identificada como limitação à reparação pelas perdas e danos. Ao se identificar a natureza da mitigação como norma que impõe um ônus, não se deve considerar como falsa a constatação de que representa uma limitação na apuração da indenização. Na verdade, a norma de mitigação impõe um ônus e implica uma limitação à reparação das perdas e danos. As duas noções não são excludentes; pelo contrário, completam-se.

Todavia, não é da tradição romano-germânica, em geral, e da cultura jurídica brasileira, em particular, promover o estudo das limitações à indenização de forma sistemática, como uma categoria da responsabilidade contratual ou extracontratual. Assim, identificar a natureza jurídica da mitigação apenas como uma limitação à indenização seria pouco revelador.

Ao reconhecer que a mitigação representa para o credor um ônus e não um dever, não se quer dizer que o ordenamento jurídico não imponha ao credor uma norma de conduta. Como destacou Fanny Luxembourg, “a *incombance* designa uma exigência de comportamento. Mas, evidentemente, nem toda exigência de comportamento constitui uma *incombance*.”⁵⁹¹ Há, sim, uma conduta esperada do credor e imposta como corolário da boa-fé objetiva. O inadimplemento provoca, de acordo com sua cadeia de causalidade, danos ao credor. No entanto, a conduta socialmente esperada, correta, leal e honesta é que o credor aja de forma cooperativa e empregue medidas razoáveis para minimizar ou evitar os danos. Tal conduta se torna esperada em razão de a ordem jurídica determinar a observância à boa-fé objetiva. Portanto, o que se espera e se exige do credor é que rompa o nexo de causalidade, sempre que tal rompimento for possível pelo emprego de esforços razoáveis. De forma ainda mais clara, o ônus impõe que o credor não adicione elementos que sejam capazes de

⁵⁸⁹ COUTO E SILVA. A obrigação... op. cit. p. 98.

⁵⁹⁰ CORBIN, PERILLO. Corbin on... op. cit. p. 303.

⁵⁹¹ LUXEMBOURG. La déchéance... op. cit. p. 71.

incrementar os danos, possam eles ser considerados como causa de tais prejuízos adicionais ou não⁵⁹².

Ao impor ao credor o ônus de empregar esforços razoáveis para minimizar os danos causados pelo inadimplemento, a boa-fé objetiva atua defensivamente, impedindo que o credor adquira o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado⁵⁹³. Na aplicação da norma de mitigação, a boa-fé não bloqueia apenas o exercício da pretensão pelo credor que não agiu adequadamente; impede o surgimento do próprio direito à reparação por aquela parcela do prejuízo. Com efeito, poder-se-ia pensar a norma de mitigação como exceção, que serviria apenas para bloquear a pretensão, embora de maneira peremptória ou definitiva⁵⁹⁴. Entretanto, essa idéia significaria reconhecer que o devedor inadimplente deve ao credor todo o montante dos prejuízos causados – os evitáveis e os inevitáveis – mas, se o credor pretendesse receber a reparação total, o devedor poderia opor a tal pretensão a exceção quanto aos danos evitáveis. O devedor deveria todo o prejuízo, mas parte dele não seria exigível. Na linguagem de Pontes de Miranda, a eficácia do direito do credor à indenização ficaria encoberta pela exceção de mitigação⁵⁹⁵.

No entanto, essa não parece ser a explicação adequada para o problema. A norma de mitigação impõe ao credor que adote a conduta considerada correta e leal diante de um inadimplemento. Se o credor permitiu que danos ocorressem, quando poderia tê-los evitado, o ordenamento jurídico imputa tais prejuízos ao próprio credor. Como os danos são sofridos, inicialmente, no próprio patrimônio do credor, essa imputação ao credor, na verdade, é feita pela consideração de que esses danos não são ressarcíveis pelo devedor. Em outros termos, pelo reconhecimento de que os danos evitáveis não são indenizáveis e deverão ser suportados unicamente pelo credor. Assim, o devedor sequer chega a dever a reparação de tais danos, não

⁵⁹² Retomando dois exemplos citados acima. O ato do viticultor de utilizar o tanino sabidamente defeituoso na fabricação de seus vinhos pode ser considerado causa dos danos suportados junto a seus consumidores. A causa dos danos, portanto, seria um ato do viticultor e não o ato do fornecedor em entregar-lhe tanino defeituoso. No caso das janelas defeituosas, o proprietário da casa poderia mobiliar sua sala normalmente, mesmo sabendo do defeito nas janelas. Não se pode dizer que a perda dos móveis e obras de arte tem como causa o ato do dono de mobiliar. A causa continua sendo o defeito na janela. Mas o dono introduziu um elemento na cadeia de causalidade capaz de incrementar os prejuízos sofridos. Não observou, assim, a conduta imposta pela norma de mitigação.

⁵⁹³ Cf. COUTO E SILVA. O princípio... op. cit. p. 68.

⁵⁹⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. t. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 14.

⁵⁹⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado...* op. cit. t. 6. p. 4.

sendo assim cabível se falar em pretensão do credor em recebê-los⁵⁹⁶. A mitigação exerce um papel, portanto, na própria formação da relação jurídica de indenizar, equivalendo a uma impugnação na lição de Von Tuhr:

Junto com os direitos extintivos de que se falou mais acima – impugnação e compensação, especialmente – as exceções são parte dos direitos negativos; se distinguem, no entanto – daí que impugnação e compensação não constituem exceções no sentido do Código Civil – pelo seu objeto e efeito: a impugnação e a compensação se dirigem à relação jurídica e aos direitos que derivam dela; a exceção não os afeta, pois diz respeito apenas à pretensão. O efeito da impugnação e da compensação é de destruir definitivamente; por outro lado, a exceção obsta a pretensão enquanto se oponha; se cessa, essa última pode se fazer valer novamente.⁵⁹⁷

No mesmo sentido, Pontes de Miranda reconhece a diferença entre a exceção e situações que atingem o próprio direito:

A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão (compensação), – só encobre a eficácia do direito, pretensão, ação ou exceção que se exerceu contra o excipiente. Bem fraco negar, ainda quando se trate de exceções peremptórias. Dependente de ser exercida, a exceção distingue-se dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos.⁵⁹⁸

Portanto, conclui-se que a mitigação tem a natureza de norma de conduta que impõe ao credor um ônus e não um dever. A inobservância da conduta prevista na norma acarreta para o credor a consequência de impedir o surgimento do direito de ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado. Não se trata de exceção, mas de defesa, impugnação ou objeção à própria formação da relação jurídica indenizatória ou, em outros termos, na própria criação do direito subjetivo do credor à reparação dos danos evitáveis.

⁵⁹⁶ Isso não significa dizer que o credor não possa ingressar com ação para recebimento da indenização por todos os danos. Nessa ação, o devedor pode, inclusive, falhar em provar que o credor faltou com seu ônus de mitigar e, assim, o credor receber a indenização completa. No entanto, não estará em jogo a pretensão e a exceção, mas a repartição do ônus da prova para a aferição judicial da extensão do próprio dever de indenizar. Esse assunto será retomado a seguir.

⁵⁹⁷ VON TUHR. Derecho... op. cit. p. 360-361. Na linguagem de Von Tuhr, a falta do credor em agir conforme a norma de mitigação seria aduzida pelo devedor como impugnação ao direito alegado pelo credor à indenização.

⁵⁹⁸ PONTES DE MIRANDA. Tradado... op. cit. t. 6. p. 10-11.

5.3 A norma de mitigação no direito brasileiro

5.3.1 Formulação da regra

Conforme se concluiu no Capítulo IV, a norma de mitigação é reconhecida pelo direito brasileiro de maneira imperativa, embora implícita, como decorrência da obrigatoriedade de observância da boa-fé objetiva imposta ao credor. No presente item e nos seguintes, desenvolver-se-ão os pormenores, os pressupostos e os limites dessa norma no direito brasileiro, à luz de todos os parâmetros e informações coletados ao longo desse trabalho.

Pode-se, assim, formular a norma de mitigação para aplicação no direito brasileiro da seguinte forma:

(a) O credor não será indenizado pelos danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos com o emprego de medidas ou esforços razoáveis de sua parte.

(b) A indenização devida ao credor deverá ser reduzida do montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento.

(c) O credor deverá ser indenizado pelas despesas razoáveis feitas na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.

A formulação acima enquadra a norma de mitigação corretamente como um ônus, destacando que sua consequência será impedir que o credor seja indenizado pelos danos que poderia ter evitado. No cálculo da indenização, devem ser levados em conta os ganhos que obteve ao agir em conformidade com a regra. Revela, igualmente, o outro lado da norma da mitigação: o fato de que o credor pode recuperar os custos incorridos com as medidas razoavelmente empregadas na tentativa de mitigar os danos⁵⁹⁹.

A regra constante do item (a) contempla o chamado aspecto negativo da *evitabilidade*, isto é, será aplicada quando o credor não tiver adotado as medidas necessárias para minimizar os danos. Nesse caso, o montante da indenização será menor que o prejuízo total causado ao

⁵⁹⁹ A formulação proposta se aproxima daquela constante nos Princípios Unidroit, cf. item 2.4 acima. Dentre as várias enunciações dessa norma, a dos Princípios Unidroit pareceu a mais exata, além de não revelar nenhuma incompatibilidade com o direito brasileiro.

credor pelo inadimplemento, pois esse provocará danos evitáveis e inevitáveis e apenas os últimos que serão objeto da reparação.

Os danos evitáveis poderão se constituir de custos do credor que poderiam ser reduzidos ou perdas que poderiam ser minimizadas. Como exemplo do primeiro, pode-se citar o caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, referido no item 2.1.4.1 acima. A partir do momento que o município inadimpliu o contrato, declarando que não mais queria a ponte contratada, as despesas com a continuidade da construção – materiais e mão de obra – são custos do empreiteiro que poderiam ser evitados. As medidas para evitar custos deverão ser avaliadas sob o ponto de vista da razoabilidade, que será tratada adiante nesse mesmo tópico.

As perdas podem ser relacionadas à própria prestação, como, por exemplo, lucros cessantes, ou a prejuízos em bens ou direitos do credor. Essas podem ser evitadas de duas formas, pela realização de operações substitutivas, que será objeto do item seguinte, ou por outras medidas que serão avaliadas sob o critério da razoabilidade. Como exemplo do primeiro, pode-se imaginar o inadimplemento do contrato de compra e venda de minério de ferro pelo vendedor. Sendo a compradora uma siderúrgica, terá como prejuízo os danos emergentes e lucros cessantes decorrentes da parada de sua produção por não ter matéria prima. No entanto, pode evitar tal perda se comprar produto similar de outro fornecedor. Exemplo do segundo é o caso já muitas vezes referido das janelas defeituosas. O dano aos móveis é perda evitável pela compra e colocação das lonas.

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

Todavia, embora a formulação acima não se utilize apenas de conceitos fechados ou dotados de grande grau de determinação, percebe-se que tem um caráter de vagueza bastante menor que a norma que impõe a observância da boa-fé, na forma prevista pelos artigos 422 e 187 do Código Civil. Além disso, esses dois últimos dispositivos contêm cláusula geral que atribui ao julgador a discricionariedade para talhar a melhor solução para o caso concreto. Na

formulação da norma de mitigação elaborada acima, a partir dos estudos realizados, já se prevê que a solução para os casos em que o credor tenha faltado com seu ônus de mitigar será impedi-lo de ser indenizado pelos prejuízos que poderia ter evitado. Portanto, a norma de mitigação, na forma acima, contém um conceito indeterminado, mas não uma cláusula geral.

Desta forma, atendendo ao princípio da operabilidade que norteou a elaboração do Código Civil de 2002⁶⁰⁰, o presente trabalho se insere no objetivo de dar maior concreção à cláusula geral da boa-fé, integrando-a com valores jurídicos e metajurídicos, embora reconhecendo que a determinação apenas será completa quando de sua aplicação ao caso concreto.

A casuística nacional cuidará de estabelecer os parâmetros para a razoabilidade da conduta do credor, preenchendo, a partir do julgamento dos casos concretos, o quadro fornecido por tal conceito indeterminado. Neste mister, a jurisprudência e doutrina estrangeiras listadas no Capítulo II, bem como a análise da reação das partes à imposição da norma, realizada no Capítulo III, poderão fornecer importantes parâmetros para o julgamento de questões levadas aos Tribunais nacionais. Embora não se possa elaborar lista exaustiva de quais condutas são consideradas razoáveis e quais não são, os estudos promovidos ao longo do presente trabalho permitem a fixação das seguintes balizas:

(i) se o inadimplemento ocorreu quando o credor ainda não havia concluído a sua contraprestação, é razoável que a interrompa imediatamente, para evitar incorrer em custos desnecessários, salvo se a contraprestação consistir na fabricação de um produto que possa, depois de pronto, ser vendido a terceiros, sendo o resultado daí decorrente melhor para mitigar os danos que interromper a fabricação e vender as sucatas⁶⁰¹;

(ii) é razoável que o comprador não utilize o produto, equipamento ou imóvel sabidamente defeituoso recebido do vendedor na fabricação de seus próprios produtos, na plantação ou de qualquer outra forma que incremente os danos⁶⁰²;

(iii) embora seja razoável que o credor tenha gastos com a adoção de medidas de mitigação, tais esforços não serão considerados razoáveis se implicarem dispêndio de um

⁶⁰⁰ Cf. REALE. O projeto... op. cit. p. 12.

⁶⁰¹ Cf. item 2.1.4.1.

⁶⁰² Cf. itens 2.1.4.3, 2.2.3 e 2.3.

montante de que o credor não dispõe ou que seja excessivo em vista dos danos que se pretende evitar⁶⁰³;

(iv) não é razoável que, para mitigar os danos, o credor descumpra outro contrato seu, cometa ato ilícito, renuncie a direito ou comprometa um interesse seu, como, por exemplo, sua reputação, seu bom nome e seu crédito⁶⁰⁴;

(v) o esforço muito arriscado, ou seja, aquele que tem apenas pequenas chances de evitar o dano ou que tem grande probabilidade de trazer danos ainda maiores, não é considerado razoável⁶⁰⁵;

(vi) é razoável que o credor não adote nenhuma medida para mitigar os danos se o devedor, embora inadimplente, faz promessas de que irá purgar a mora⁶⁰⁶;

(vii) a medida de mitigação não será considerada razoável se for tomada com atraso injustificável à luz das circunstâncias⁶⁰⁷;

(viii) não é considerado razoável que o credor faça novo contrato com o devedor inadimplente, salvo se essa for a única forma de evitar um dano cujo montante é substancialmente maior que os gastos com os novos termos propostos pelo devedor e se o credor não tiver que renunciar a direito seu⁶⁰⁸;

(ix) não é razoável a medida que implique humilhação indevida para o credor⁶⁰⁹;

(x) não é razoável que o comprador frete navio para o transporte das mercadorias nas datas contratadas, depois que vendedor informou que iria atrasar a entrega⁶¹⁰;

(xi) a análise acerca da razoabilidade da medida de mitigação é feita com certa boa vontade em favor do credor, como forma de estimular a adoção de esforços para minimização

⁶⁰³ Cf. itens 2.1.4.4 e 2.3.

⁶⁰⁴ Cf. itens 2.1.4.4 e 2.2.

⁶⁰⁵ Cf. itens 2.1.4.4, 2.2 e 2.3.

⁶⁰⁶ Cf. Item 2.1.4.4.

⁶⁰⁷ *idem*.

⁶⁰⁸ Cf. Item 2.1.4.5.

⁶⁰⁹ Cf. Item 2.1.2.

⁶¹⁰ Cf. Item 2.3.

dos danos e com o objetivo de não impor ao credor ônus excessivo como decorrência do inadimplemento do devedor⁶¹¹;

(xii) ao avaliar se a medida adotada era ou não razoável, o julgador deverá levar em conta as opções disponíveis ao credor nos momentos seguintes ao inadimplemento, considerando o tempo de que dispunha e a pressão a que estava sujeito como consequência do inadimplemento⁶¹²;

(xiii) quando mais de uma conduta estava à disposição do credor, deve-se avaliar se aquela adotada parecia, no momento em que a decisão foi tomada pelo credor, como razoável e eficaz para reduzir os danos, independentemente do fato de ter ou não efetivamente mitigado os danos⁶¹³;

(xiv) deve-se avaliar o custo dos esforços adotados, o valor dos danos que se visava evitar e a probabilidade de que a medida fosse eficaz, para se verificar se a medida *ex ante* parecia economicamente eficiente e, portanto, razoável⁶¹⁴.

Quando o credor efetivamente adota medidas para reduzir os danos e consegue minimizá-los, tem lugar o chamado aspecto positivo da mitigação, sob o qual dois problemas distintos merecem ser avaliados.

O primeiro deles é a vedação de que o credor efetivamente receba indenização por danos em que não incorreu porque os evitou. Essa hipótese não foi contemplada na formulação da norma de mitigação acima porque já é regra consolidada no Brasil. Nesses casos, a indenização será igual aos danos sofridos em razão do inadimplemento porque o credor efetivamente adotou medidas que tiveram o condão de impedir que ocorressem os danos evitáveis. Os prejuízos sofridos são apenas os inevitáveis e serão integralmente indenizados. A indenização será medida pela extensão do dano, como determina o artigo 944, *caput*, do Código Civil e como é tradicional na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Será

⁶¹¹ Cf. Item 2.1.4.4. Embora tenha sido constatado que essa avaliação não maximiza a eficiência na aplicação da norma de mitigação, pois não assegura que foi adotada a melhor estratégia de minimização dos danos. Cf. item 3.7.

⁶¹² Cf. Item 2.1.4.4.

⁶¹³ Cf. Item 2.1.4.4.

⁶¹⁴ Cf. Item 3.7.

usado o critério do dano subjetivo, levando-se em conta os prejuízos realmente sofridos pelo credor, tendo em vista a sua situação particular⁶¹⁵.

O segundo problema do aspecto positivo da mitigação consiste na possibilidade de se descontar da indenização os ganhos obtidos pelo credor, mas que este não teria auferido se não tivesse havido o inadimplemento. Essa é a norma constante do item (b) acima e representa formulação do princípio *compensatio lucri cum damno*⁶¹⁶. Não será devida indenização alguma se um indivíduo se comprometeu a alugar o único equipamento de que dispõe pelo período de seis meses, ao valor de \$ 300 por mês, e o locatário descumpra o contrato, devolvendo-o dois meses depois, mas o locador consegue relocalar o bem imediatamente por \$ 400 por mês. Se a nova locação é feita imediatamente, mas ao valor de \$ 250 por mês, o locatário deverá pagar \$ 200 de indenização (ou seja, a diferença de \$50 por mês vezes quatro meses). Deve-se lembrar, ainda, o caso do metrô de Londres, referido no item 2.1.3 acima, em que se concluiu que o comprador das turbinas não teria direito a perdas e danos porque o inadimplemento fez com que comprasse turbinas mais modernas, que consumiriam menos combustível, sendo os ganhos daí decorrentes maiores que os prejuízos. O reconhecimento da norma de mitigação no direito pátrio levaria a igual resultado, se caso semelhante fosse julgado no Brasil.

Por fim, a regra do item (c) explicita que o credor poderá recuperar do devedor inadimplente as despesas que houver feito na tentativa de mitigar os prejuízos. A partir do momento em que o ordenamento jurídico impõe ao credor o ônus de mitigar, as medidas adotadas para mitigar o dano passam a ser decorrência necessária do inadimplemento. Em outros termos, o descumprimento contratual, em um ordenamento em que exista a norma de mitigação, causará a realização de esforços razoáveis pelo credor.

Assim, os custos incorridos com as medidas de mitigação são parte das perdas e danos sofridas pelo credor e devem integrar a indenização devida. Conforme destacou Witz, essa constatação poderá ter importantes consequências na aplicação de regras de prescrição e de

⁶¹⁵ Cf. ALVIM. Da inexecução... op. cit. p. 192. O autor coloca e responde a seguinte questão:

“E se o dano sofrido pelo credor fôr *inferior* ao dano objetivamente encarado, o devedor pagará menos por isso? A resposta tem que ser afirmativa.”

⁶¹⁶ Cf. ENNECCERUS, KIPP, WOLFF. Tratado... op. cit. p. 88. TREITEL. Remedies... op. cit. p. 78. LONGO. Diritto... op. cit. p. 348.

cláusulas limitativas de responsabilidade⁶¹⁷. No que concerne à prescrição, incidirá para a indenização pelas despesas incorridas em medidas de mitigação o mesmo prazo previsto para a reparação civil por descumprimento contratual.

Deve-se destacar que, para que os custos incorridos com esforços de mitigação sejam indenizáveis, deverão também passar pela análise de razoabilidade. A fim de estimular a adoção de medidas para minimizar os danos, o julgador deverá avaliar a conduta do credor com certa boa vontade. Como restou anteriormente consignado, o fato de o credor ter desembolsado recursos para realizar as medidas evidencia *prima facie* a razoabilidade dos custos⁶¹⁸.

No entanto, não se pode com isso entender que toda e qualquer despesa feita pelo credor depois do inadimplemento deverá ser indenizada. Haverá situações em que o credor tenderá a agir oportunisticamente e aproveitar-se do inadimplemento do devedor para incidir em custo que, de outra forma, não incorreria⁶¹⁹. Em outros casos, pode-se configurar o risco moral tratado no item 3.7, ou seja, a possibilidade de o credor agir com pouca diligência na mitigação por saber que os custos que tiver serão indenizados pelo devedor⁶²⁰.

Como se disse acima, a norma de mitigação alinha os interesses do devedor e do credor diante do inadimplemento, servindo de estímulo econômico para que cooperem na busca pela melhor solução diante de um projeto contratual que, por algum motivo, não deu certo. Ao promover o alinhamento de interesses, naturalmente reduz os riscos de que o credor aja de maneira oportunística ou descuidada (risco moral) com relação aos danos causados pelo inadimplemento. No entanto, a possibilidade de recuperar as despesas com esforços de mitigação cria chance para atuar oportunisticamente ou negligentemente quanto à adoção de medidas de mitigação. Para impedir que isso ocorra, é fundamental que seja realizado um escrutínio cuidadoso quanto à razoabilidade dos custos dos esforços realizados para mitigar.

⁶¹⁷ WITZ. L'obligation... op. cit. p. 51.

⁶¹⁸ Cf. item 2.1.5.

⁶¹⁹ Cf. item 3.7. Lembre-se, no caso das janelas defeituosas, o exemplo hipotético de o credor pretender instalar toldos como forma de minimizar os danos.

⁶²⁰ O risco moral pode ter sido o motivo de o vendedor, prejudicado pelo inadimplemento do comprador, vender imóvel que valia \$ 400.000 por \$ 200.000, no caso *Robinson v. United States*, referido na nota de rodapé 72 acima, item 2.1.4.2.

5.3.2 Operações substitutivas

Conforme visto no item precedente, uma das formas de evitar perdas consiste em realizar, sem demora injustificada, uma operação substitutiva. Em outros termos, o ônus de mitigação impõe que o credor obtenha junto a terceiros, no mercado, a prestação inadimplida se essa providência puder evitar que sejam causados danos adicionais.

No que concerne à obrigação de dar, a aplicação dessa norma no direito brasileiro não traz maiores preocupações. Com efeito, não sendo entregue a coisa certa ou incerta, o credor poderá requerer perdas e danos ou tutela específica da obrigação. Essa última poderá ser promovida por um procedimento ordinário, na forma do artigo 461-A do Código de Processo Civil, ou por procedimento de execução, de acordo com seus artigos 621 e seguintes. Em ambos os casos, se, depois de expedido o mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, a coisa móvel ou imóvel não tiver sido entregue pelo devedor, a obrigação converter-se-á em perdas e danos (artigo 461-A, §3º, combinado com o artigo 461, §1º, e artigo 633 do Código de Processo Civil).

Portanto, o credor terá livre escolha da medida a ser imposta ao devedor em caso de inadimplemento de uma obrigação de dar, podendo requerer, desde logo, perdas e danos (artigo 389 do Código Civil) ou tutela específica (artigo 947 do Código Civil). Nesse último caso, se, no curso do procedimento, o cumprimento *in natura* não for possível, poderá requerer a conversão em perdas e danos. É possível, ainda, que haja cumulação da tutela específica com as perdas e danos decorrentes da mora.

Se, por qualquer das formas acima, o credor pretender ser indenizado pelas perdas e danos, aplicar-se-á a norma de mitigação⁶²¹. Em outros termos, a indenização pelo descumprimento da obrigação de dar deverá ser reduzida do montante dos prejuízos que o credor poderia ter evitado por esforços razoáveis, conforme a formulação da norma realizada na sentença (a) do item precedente.

Retomando o exemplo dado no item anterior, se o vendedor de minério de ferro descumpre seu dever de entregar as mercadorias à siderúrgica e esse insumo está disponível no mercado para entrega, não terá a compradora direito à indenização pelo lucro que deixou de obter com a fabricação e venda do aço, bem como por eventuais multas que tenha de pagar

⁶²¹ Cf. item 4.7 acima, em que se concluiu que a norma de mitigação deve ser aplicada apenas quando a sanção escolhida pelo credor for indenização por perdas e danos.

a seus clientes. Esses danos são evitáveis porque a siderúrgica poderia ter adquirido de terceiros, no mercado, o minério de ferro e prosseguido normalmente com a produção do aço. Quando existe mercado para a mercadoria que não foi entregue, mas é necessário que transcorra, pela natureza das coisas, certo prazo para a entrega dos bens substitutos, as perdas e danos pelos lucros cessantes e pelas multas a serem pagas a clientes se restringirão ao tempo necessário para que as mercadorias substitutas chegassem à siderúrgica⁶²².

Se o credor efetivamente realizou a conduta de mitigação, isto é, se realizou a operação substitutiva, as perdas e danos deverão ser obtidas pela diferença entre o valor ajustado para prestação substituta e o preço constante do contrato inadimplido, mais as despesas incorridas para realizar a operação substitutiva e eventuais lucros cessantes ou danos emergentes decorrentes da mora que seja inevitável.

Assim, considera-se que, se a operação substitutiva foi realizada, dever-se-á usar o padrão concreto de apuração das perdas e danos, a exemplo do direito norte-americano, do alemão para compra e venda mercantil e da solução adotada pela CISG e pelos Princípios Unidroit. Deve-se lembrar que o direito inglês utiliza o critério abstrato de apuração das perdas e danos se a mercadoria tem preço corrente de mercado, ou seja, utiliza-se sempre o valor de mercado na data do inadimplemento, independentemente de o credor ter realizado a operação substitutiva por valor maior ou menor⁶²³. Embora se reconheça haver lógica econômica no modelo inglês, o critério concreto guarda maior fidelidade à tradição jurídica brasileira de indenização pelo dano subjetivo, aquele que é efetivamente sustentado pelo credor⁶²⁴.

Para que a apuração dos danos ocorra pelo padrão concreto e em atenção à norma de mitigação conforme formulada no item precedente, o valor pactuado pela prestação substituta deverá ser razoável. Não se quer dizer com isso que o preço ajustado tenha que ser idêntico à quotação de bolsa ou ao valor de mercado. No entanto, para que a transação substitutiva seja considerada uma estratégia razoável de mitigação, o preço pactuado não deverá variar substancialmente dos valores de quotação ou de mercado, a menos que haja uma razão

⁶²² Importa também ter em conta se o devedor simplesmente não entregou as mercadorias na data avençada ou se, ao contrário, avisou que não as entregaria, em espécie de inadimplemento antecipado, dando ao credor a oportunidade de buscar a prestação substituta com antecedência. Sobre o inadimplemento antecipado, ver Princípios Unidroit, artigo 7.3.3, e CISG, artigos 71 a 73.

⁶²³ Cf. item 2.1.4.2.

⁶²⁴ Cf. ALVIM. Da inexecução... op. cit. p. 190-192.

imperativa para tanto⁶²⁵. Da mesma forma, a operação substitutiva deverá ser realizada sem atraso indevido⁶²⁶.

Caso o comprador não realize a operação substitutiva ou a efetue em valores que não podem ser considerados razoáveis, a indenização será apurada pelo critério abstrato. Com efeito, retornando ao exemplo da siderúrgica, a norma de mitigação impede que o credor receba os lucros cessantes decorrentes de não ter produzido e vendido o aço e os danos emergentes relativos à multas devidas a seus clientes. Esses prejuízos são evitáveis, porque o comprador poderia ter ido ao mercado e comprado o minério de ferro de terceiros. Se comprou, mas não em parâmetros razoáveis, os danos poderiam ser minimizados se tivesse adquirido ao valor de mercado.

Portanto, se há um mercado em que esteja disponível o produto que não foi entregue pelo vendedor e o comprador não faz a operação substitutiva (ou a realiza em bases não razoáveis), a indenização será limitada à diferença entre o preço de mercado ou de quotação em bolsa e o valor pactuado no contrato inadimplido. A norma de mitigação imporá, assim, uma limitação à indenização devida ao comprador que será medida pelo critério abstrato.

Cumpramos observar que o critério abstrato de mensuração das perdas e danos nas jurisdições vistas anteriormente nesse trabalho funciona como regra de determinação da indenização devida. Assim, é favorável tanto para o credor quanto para o devedor. Para o primeiro, por não ter que provar o efetivo prejuízo, seja lucros cessantes ou danos emergentes. Para o devedor, por limitar a responsabilidade a que está sujeito. No Brasil, os danos devem ser efetivamente suportados pelo credor para que sejam indenizáveis. Assim, pode-se, à primeira vista, imaginar que o critério abstrato funcionaria apenas como limitação, mas não como forma de determinação das perdas e danos que seriam reparadas ao credor.

Entretanto, acredita-se que o critério pode ser utilizado de duas formas. Se a mercadoria é do tipo que tem um mercado em que está disponível, o credor poderia, em qualquer caso, realizar a operação de mercado. Em outras palavras, o credor poderia receber a mercadoria do vendedor pelo preço contratual e revendê-la no mercado ao preço corrente, obtendo assim um lucro. O inadimplemento do vendedor gera para o comprador, portanto,

⁶²⁵ Por exemplo, pode ocorrer de o valor de mercado ser para entrega em trinta dias, tendo o credor pago um valor substancialmente maior porque precisava que a mercadoria fosse entregue imediatamente.

⁶²⁶ Cf. item 2.1.4.4.

prejuízo que se identifica com o lucro que razoavelmente obteria se a obrigação tivesse sido cumprida. Pela via dos lucros cessantes, o critério abstrato pode ser usado também como medida da indenização devida pelo devedor ao credor, para as hipóteses de descumprimento da obrigação de dar bens com relação aos quais exista um mercado corrente, sem que o credor tenha efetivamente realizado a operação substitutiva.

As conclusões acima se aplicam quando exista um mercado para o bem que não foi entregue. Isso não significa necessariamente que a mercadoria deva estar quotada em bolsa ou que tenha seu preço fixado por organização de produtores ou comerciantes daquele bem. Se o mercado estiver organizado em bolsa ou tiver fixação de preços, tal circunstância indicará, com grande probabilidade de acerto, que o produto está disponível para aquisição a qualquer momento e facilitará a apuração de seu valor corrente. No entanto, essa forma de organização não é um requisito para aplicação das conclusões anteriores. Haverá mercado sempre que houver na economia a negociação corrente de bens similares àqueles que não foram entregues pelo vendedor, de forma que o credor os possa adquirir. Não se exige que o mercado exista fisicamente, que seja um local, mas os produtos transacionados devem ser similares ou substituíveis com os do contrato inadimplido, a disponibilidade deverá ser em quantidades semelhantes e a prestação potencialmente substituída deverá estar disponível em perímetro razoável, se comparado ao local de entrega previsto na avença descumprida⁶²⁷.

Quando a mora é do comprador, que não recebe os bens vendidos, aplica-se *mutatis mutandis* o que foi visto acima. Pode o vendedor revender os bens no mercado, fazendo-se a apuração das perdas e danos pelo critério concreto, isto é, o valor ajustado no contrato menos o preço de revenda no mercado, mais as despesas para realizar a revenda. Se a operação substitutiva não foi realizada ou não se circunscreveu a parâmetros razoáveis, apura-se a indenização pelo critério abstrato, pela diferença entre o valor contratual e o preço corrente de mercado ou de quotação em bolsa.

Nas hipótese de inadimplemento de obrigação de fazer, o Código Civil assim dispõe:

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

⁶²⁷ Cf. item 2.1.4.4.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, esse dispositivo exige, para que a prestação de fazer seja realizada por terceiro, que o credor obtenha autorização judicial, que poderá ser concedida no âmbito do processo de conhecimento em que se busca a tutela específica da obrigação (artigo 461 do Código de Processo Civil) ou do processo de execução (artigo 634 do Código de Processo Civil)⁶²⁸.

Até 2006, o processo de execução da obrigação de fazer se cercava de significativas dificuldades práticas. O devedor seria citado para realizar a prestação devida no prazo fixado pelo Juiz. Se não cumprisse a ordem, o credor poderia optar entre pedir a substituição da obrigação por perdas e danos ou mandar que fosse realizada por terceiro (o que se aplicaria apenas se a obrigação fosse fungível). Nesse último caso, dar-se-ia início a um processo licitatório para a escolha do terceiro, sendo que, se o credor quisesse realizar por si a prestação, teria preferência sobre os demais licitantes. Por meio da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, foi alterado o artigo 634 do Código de Processo Civil, tendo sido suprimidas as regras que faziam alusão ao processo licitatório. Pela redação atual, se o credor pretender que a obrigação seja realizada por terceiro, deverá apresentar a proposta ao Juiz, que ouvirá as partes e decidirá quanto à sua aprovação. O exequente deverá adiantar as despesas com o pagamento ao terceiro que correrão, no entanto, por conta do executado, tendo prosseguimento o processo como execução de quantia certa⁶²⁹. O artigo 637 do Código de Processo Civil continua prevendo o direito de preferência do credor.

Seria possível imaginar que o artigo 249 do Código Civil e as disposições referidas do Código de Processo Civil impediriam que o credor, diante do inadimplemento de uma obrigação de fazer, realizasse a operação substitutiva à semelhança do que restou consignado acima para as obrigações de dar. Poder-se-ia pensar que a operação substitutiva – a realização por terceiro da prestação de fazer inadimplida pelo devedor – apenas poderia ser feita se fosse precedida de autorização judicial⁶³⁰ e cercada das formalidades previstas no Código de Processo Civil.

No entanto, não há óbice para que se aplique às obrigações de fazer o que se disse acima sobre a realização de operações substitutivas como estratégia de mitigação. Não se

⁶²⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

⁶²⁹ Cf. THEODORO JÚNIOR. *A reforma...* op. cit. p. 40.

⁶³⁰ Excetuando-se a hipótese de urgência, como prevê o parágrafo único do artigo 249.

deve confundir a tutela específica da obrigação e as perdas e danos. O artigo 249 do Código Civil contém provisão acerca da tutela *in natura* da obrigação de fazer que, sendo fungível, poderá ser realizada por terceiro. A fim de dar efetividade à medida, os artigos 461 e 632 a 638 do Código de Processo Civil estabelecem como se dará tal tutela. Entretanto, o Código Civil prevê também como consequência do inadimplemento a reparação das perdas e danos pelo devedor ao credor, por meio do referido artigo 389. Em atenção à liberdade da escolha das sanções de que dispõe o credor, este poderá optar por promover a execução específica da obrigação de fazer ou por receber as perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

Caso prefira a primeira opção, poderá receber a prestação diretamente do devedor que, citado ou sujeito a *astreintes*, poderá cumprir a obrigação. Se isso não ocorrer, o credor poderá pedir que a prestação seja realizada por terceiro às custas do devedor, mediante autorização judicial. O credor terá que adiantar os valores, mas, nesse caso, terá certeza que o devedor ficará obrigado a indenizar integralmente o montante pago ao terceiro.

Por outro lado, se preferir receber indenização pelas perdas e danos sofridas, essas deverão se submeter às suas regras próprias. O credor terá o direito a ser indenizado pelos danos emergentes e lucros cessantes direta e imediatamente decorrentes do inadimplemento, mas a indenização será limitada pela norma de mitigação vista no item precedente. O credor não será indenizado pelos danos que teria podido evitar ou minimizar com esforços razoáveis, dentre os quais se encontra a realização de uma operação substitutiva. Portanto, se existe um mercado para a prestação de fazer inadimplida, não serão indenizados os danos que poderiam ter sido evitados se o credor contratasse prestação equivalente em tal mercado.

A título de exemplo, tome-se um lojista que está realizando as obras de sua loja em um novo *shopping center*. As obras estão previstas para terminar no final de novembro, para que a loja seja inaugurada no dia 1º de dezembro, aproveitando as vendas de Natal. O lojista contrata um pintor que deveria trabalhar entre os dias 20 e 29 de novembro, mas que não aparece para o trabalho. O contratante não deverá ficar esperando todo o mês de dezembro para que o contratado apareça para trabalhar e depois cobrar dele, a título de perdas e danos, os lucros que deixou de ter no último mês do ano. Existe um mercado em que se pode contratar a pintura de paredes, no qual poderá ser encontrada uma prestação substituta para aquela inadimplida. Portanto, o lojista poderá contratar outro pintor para evitar prejuízos maiores, representados pela perda das vendas de dezembro. Se não o faz, a possibilidade de ser indenizado por tais danos ficará limitada pela norma de mitigação.

Assim, a operação substitutiva é também uma estratégia viável de mitigação dos danos causados pelo inadimplemento das obrigações de fazer, sendo de se aplicar o critério concreto e abstrato de apuração dos danos, na forma vista acima.

Se o credor efetivamente realizou a operação substitutiva – ou seja, contratou o fazer por terceiro junto ao mercado – as perdas e danos serão a diferença entre o valor pago ao terceiro e o preço contratado junto ao devedor, mais as despesas com a nova contratação e eventuais danos decorrentes da mora (se não tiver sido possível obter a operação substitutiva sem demora). Essa medida concreta apenas não será aplicada se o valor pago ao terceiro não for razoável, ou seja, se não for, *grosso modo*, aquele vigente no mercado tendo em vista qualquer circunstância especial da substituição (como o prazo mais exíguo, por exemplo).

Caso o credor não tenha feito a operação substitutiva ou se a realizou em parâmetros considerados não razoáveis, será aplicado o padrão abstrato de apuração das perdas e danos. Desta forma, a indenização será igual ao valor corrente no mercado para aquela prestação de fazer menos o preço pactuado no contrato inadimplido.

Nota-se, portanto, que se o credor opta por perdas e danos, ao invés de tutela específica da obrigação de fazer por meio da contratação judicialmente mediada de terceiro, terá menos certeza quanto ao montante da indenização. Na tutela específica, como há autorização judicial prévia, sabe-se que o valor contratado é razoável e será despesa a ser ressarcida pelo devedor. Se opta pelas perdas e danos e contrata a operação substitutiva no mercado, o credor estará sujeito à verificação *a posteriori* da razoabilidade de tal medida e dos custos incorridos. Para o credor de boa-fé, entretanto, o risco é pequeno, uma vez que a apuração da razoabilidade se faz pela comparação *grosso modo* com os valores de mercado e com certa boa vontade em relação à conduta adotada pelo credor prejudicado pelo inadimplemento.

Serão aplicáveis às obrigações de fazer os mesmos comentários feitos acima quanto às operações substitutivas das obrigações de dar. Deve-se destacar que o raciocínio desenvolvido acima se aplica também quando o inadimplente é o tomador de serviços, ou seja, quando uma das partes recusa receber a prestação de fazer que estava pactuada.

Em qualquer das hipóteses acima aventadas, deve-se atentar para a questão do volume perdido (ou *lost volume*)⁶³¹. Em certas circunstâncias, o credor realiza, no mercado, uma operação semelhante a que foi inadimplida pelo devedor, mas aquela não pode ser considerada como substituta dessa. Se não fosse o inadimplemento do devedor, o credor poderia ter realizado a operação com o devedor e aquela subsequente. Nesses casos, o inadimplemento representa a perda de uma operação para o credor, ou seja, significa perda de volume.

A título de exemplo, imagine que uma pessoa foi contratada para ser técnico de um time de futebol por doze meses. No segundo mês, foi demitido, mas imediatamente foi contratado para treinar outro time. Pode-se, então, aplicar as perdas e danos pela operação substitutiva realizada, de acordo com o padrão concreto. Se o novo time lhe paga uma remuneração maior que o antigo, não haverá indenização. Caso contrário, a diferença será a indenização entre o que pagava o antigo e o que paga o novo, pelos dez meses de contrato que restavam, desde que a nova contratação tenha sido razoável.

O mesmo critério, entretanto, não pode ser usado para o caso seguinte: uma pessoa contratou a locação de um automóvel pelo período de uma semana junto a uma grande sociedade do setor. O locatário, entretanto, não foi retirar o automóvel na data prevista. Naquele mesmo dia, a locadora fez várias outras locações de carros similares. No entanto, nenhuma delas pode ser considerada substituta do contrato inadimplido, pois a locadora ainda tinha vários veículos semelhantes no estoque e poderia ter feito todas as locações daquele dia, mais aquela que foi inadimplida. Nesse caso, o inadimplemento do locatário representa perda de volume.

Nas hipóteses de perda de volume, a operação semelhante feita subsequentemente ao inadimplemento não pode ser considerada transação substitutiva. Portanto, não é levada em conta para a aplicação da regra da *evitabilidade*. A indenização será apurada pelo critério geral – danos emergentes e perdas e danos – e será limitada de acordo com os parâmetros da norma de mitigação vistos no item precedente.

⁶³¹ Cf. item 2.1.4.2.

5.4 Ônus da prova e reconhecimento de ofício

Conforme anteriormente visto, no item 5.2, a norma de mitigação impõe um ônus ao credor que, se não observado, impede a constituição de seu direito à indenização quanto aos danos evitáveis. Não se caracteriza apenas como barreira ao exercício da pretensão. O ônus de mitigação interfere com a própria formação da relação jurídica indenizatória.

O credor prejudicado pelo inadimplemento deverá ingressar com a ação judicial ou arbitragem na qual formulará o seu pedido de indenização. Em conformidade com o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, caberá a ele provar os pressupostos para a responsabilidade contratual do devedor: a caracterização do inadimplemento, os danos sofridos e o nexo causal⁶³². Dentre os danos que serão demonstrados pelo credor, possivelmente constarão os prejuízos inevitáveis e aqueles que poderiam ter sido evitados com esforços razoáveis, todos eles causados pelo inadimplemento, conforme se concluiu no item 4.5.1.

Caberá ao devedor provar que o credor poderia ter evitado danos pela adoção de medidas razoáveis, pois, de acordo com o artigo 333, II, do Código de Processo Civil, “[o] ônus da prova incumbe (...) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

No processo que determinará a existência do dever de indenizar, fixará o seu *quantum* e condenará o devedor a pagar o montante fixado, caberá ao credor provar os elementos constitutivos de seu direito à indenização e ao devedor demonstrar que o credor poderia ter evitado, no todo ou em parte, aqueles prejuízos. A decisão judicial efetuará o acertamento da relação jurídica indenizatória que ligará credor e devedor. Portanto, no Brasil, o ônus da prova de que o credor poderia ter evitado ou minimizado os danos com esforços razoáveis incumbe ao devedor, o que é compatível com a sistemática adotada nos países de *common law* e na Alemanha⁶³³.

Todavia, é de se ressaltar que a norma de mitigação pode ser aplicada pelo Juiz de ofício. Se a constatação de que o credor poderia ter evitado os danos por esforços razoáveis puder ser feita apenas por recurso às regras da experiência (artigo 335 do Código de Processo

⁶³² Considerando a culpa presumida no inadimplemento contratual.

⁶³³ Cf. itens 2.1.6 e 2.2.1, respectivamente.

Civil) ou por provas constantes dos autos, independentemente de quem as tenha produzido, poderá o Juiz limitar a indenização devida ao credor aos prejuízos considerados inevitáveis, mesmo que a mitigação não tenha sido arguida pelo réu-devedor. Isso é possível exatamente porque a norma de mitigação não cria para o devedor apenas uma exceção, cuja alegação seria de se exigir, mas interfere com a própria formação do direito subjetivo à indenização. Conforme destacado por Pontes de Miranda:

O exercício da exceção e a prova dos fatos pré-excludentes, modificativos ou extintivos são inconfundíveis; por isso, basta, para êsses, que o juiz os encontre provados nos autos, ainda que o réu não os tenha articulado. Não assim quanto à exceção: em vez de fato, o que o juiz tem de encontrar é o *exercício* do direito do réu, o exercício do *ius exceptionis*.⁶³⁴

5.5 Dever de mitigar e cláusula penal

Segundo a definição de Caio Mário da Silva Pereira, “[a] cláusula penal ou pena convencional (...) é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação”⁶³⁵.

A cláusula penal deverá estar expressamente convenionada em contrato ou em ato apartado e, uma vez ajustada pelas partes, é consequência a que está sujeito o devedor em razão de sua inadimplência. Poderá a cláusula penal ser compensatória, quando ajustada como decorrência do inadimplemento absoluto da obrigação (artigo 410 do Código Civil), ou moratória, quando estipulada para a hipótese de mora (artigo 411 do Código Civil).

Tem duas finalidades: reforço do vínculo obrigacional, pois a ameaça de ter que pagar a multa estipulada servirá de estímulo para o cumprimento pontual do devedor, e pré-liquidação das perdas e danos. Esse segundo objetivo é tido como secundário, pois nem sempre a pena convencional terá o condão de servir como fixação para as perdas e danos⁶³⁶. Com efeito, o artigo 416 do Código Civil assim dispõe:

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convenionado. Se

⁶³⁴ PONTES DE MIRANDA. Tratado... op. cit. t. 6. p. 11.

⁶³⁵ PEREIRA. Instituições... op. cit. v. 2. p. 100.

⁶³⁶ Cf. PEREIRA. Instituições... op. cit. v. 2. p. 101.

o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

Portanto, como regra geral no direito brasileiro, a cláusula penal tem a função de servir de pré-fixação das perdas e danos. Uma vez estipulada, o credor terá direito ao valor ajustado apenas por sua demonstração de ocorrência do inadimplemento, sem necessidade de provar que sofreu qualquer prejuízo. Da mesma forma, mesmo que o credor tenha incorrido em danos maiores que o montante estipulado pela cláusula penal, não receberá indenização adicional, salvo se tal possibilidade tiver sido estipulada pelas partes.

Em razão de a multa convencional substituir, como regra geral, a indenização pelas perdas e danos, poder-se-ia cogitar da possibilidade de ser reduzida por aplicação da norma de mitigação. Entretanto, quando estipulada cláusula penal, sem possibilidade de indenização suplementar, não será aplicável a norma de mitigação. Isso porque a multa convencional será devida ao credor independentemente de este ter efetivamente sofrido qualquer dano. Não caberá, portanto, distinguir entre danos inevitáveis e evitáveis com esforços razoáveis, pois credor receberá o mesmo montante – aquele da multa estipulada – se não tiver sustentado nenhum dano, porque os evitou todos, ou se tiver tido significativos prejuízos, tenha ou não podido evitá-los. A estipulação da cláusula penal dispensa que seja analisado o dano sofrido pelo credor.

Essa conclusão merece, entretanto, uma ressalva. Quando tiver sido estipulada a possibilidade de indenização suplementar juntamente com a cláusula penal, deverá o credor demonstrar que teve prejuízos maiores que a multa avençada para exigir seu direito à indenização suplementar. Nesse caso, poderá ser aplicada a norma de mitigação, pois o devedor terá a possibilidade de provar que o credor apenas incorreu em danos maiores que o montante da cláusula penal porque deixou de minimizar prejuízos que eram evitáveis com esforços razoáveis. Em outros termos, no momento de avaliar o montante do prejuízo do credor – para compará-lo ao valor da pena convencional e verificar se há direito à indenização suplementar –, deverão ser consideradas apenas as perdas e danos indenizáveis que, por aplicação da regra de mitigação, serão apenas aquelas que não podiam ter sido evitadas com esforços razoáveis.

5.6 Análise da aplicação da norma de mitigação pela jurisprudência brasileira

O Poder Judiciário brasileiro vem recentemente aplicando a norma de mitigação, extraíndo-a a partir da boa-fé objetiva na maioria dos casos ou da repressão ao abuso do direito em outros. Foi realizada pesquisa de Acórdãos em todos os Tribunais estaduais e federais brasileiros⁶³⁷ para a identificação de julgados que tratassem da matéria. Essas decisões são, em sua maioria, sumarizadas e comentadas abaixo. Apenas não são mencionados poucos Acórdãos que tinham conteúdo semelhante a outros já referidos ou em que a norma de mitigação era mencionada apenas como comentário e não como fundamento de decidir.

Os julgados são agrupados por tema, resumidos e comentados a seguir. Ao final de cada grupo de decisões, incluem-se considerações de caráter geral. Os comentários realizados nessa seção têm por fundamento a construção teórica que foi feita anteriormente em torno do ônus de mitigar.

5.6.1 Situações em que o exercício de um direito pelo credor poderia ter evitado ou reduzido os prejuízos de que pretende ser indenizado

5.6.1.1 Sumários e comentários relativos a cada decisão

Inércia no corte do fornecimento de água – repercussão em responsabilidade solidária⁶³⁸

A ré é proprietária de imóvel e o havia alugado, tendo o inquilino deixado de pagar as contas de água. Com base no § 2º do artigo 19 do Decreto Estadual nº 41.446/96, de São Paulo, a autora, concessionária de serviço público de fornecimento de água, ingressou com ação para cobrar da ré dívida contraída por seu locatário. A dívida havia sido formada entre 1994 e 2000, tendo o inquilino e a concessionária formalizado um acordo de parcelamento, sem anuência da ré, em 2002.

⁶³⁷ Foram pesquisadas as expressões “dever de mitigar” e “mitigate” no *website* de todos os Tribunais entre os dias 20 e 28 de fevereiro de 2011. Identificou-se um julgado no Tribunal de Justiça de Goiás que não foi aqui mencionado em razão da indisponibilidade do inteiro teor do Acórdão em seu *website*.

⁶³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação com Revisão nº 978.450-0/0. Apelante: Neide Sant’Anna Moura dos Santos. Apelado: Cia. de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. Rel. Des. William Campos, votação unânime, j. 19.12.2006.

O Tribunal reconheceu que a relação jurídica é regida pelo Código Civil de 1916, mas que a boa-fé já havia sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, pois se assenta “na cláusula geral da tutela da pessoa humana inserida em seu artigo 1º” e na “função social da propriedade e do contrato, nos termos dos artigos 5º, incisos XXII, XXIII e 170, inciso III”. Desta forma, o acórdão fez alusão aos artigos 422 e 187 do Código Civil de 2002 como fundamentos para a decisão e reconheceu que a aplicação da boa-fé objetiva impõe o reconhecimento, no Brasil, da teoria do “duty to mitigate the loss”.

Com base nesses fundamentos, o Tribunal concluiu:

No caso concreto, é inegável o desrespeito à boa fé objetiva pelo desleixo da concessionária em mitigar os prejuízos da proprietária do imóvel com a interrupção do fornecimento de água e ingresso tão logo seja possível da competente ação de cobrança, não permitindo que a dívida assumisse o valor vultoso de R\$ 24.000,00.

Entretanto, a concessionária de serviço essencial demorou quase dez anos para exigir a satisfação da dívida, utilizando-se da prerrogativa de interromper o abastecimento de água quando o imóvel já estava locado para terceiro.

Desta feita, só resta reconhecer que a SABESP agiu com abuso de direito ao interromper os serviços de abastecimento no imóvel da impetrante e, por isso, impõe-se a restrição do exercício dos direitos subjetivos, inclusive de satisfação da dívida que somente pode ser cobrada em relação ao inquilino, mesmo porque somente ele firmou o termo de confissão de dívida (fls. 22/26).

Verifica-se que, nesse caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo tinha outro fundamento para se chegar à mesma decisão: considerar abusivo o corte de água feito contra a autora. Não havia, portanto, necessidade de se referir à *evitabilidade*.

Mas se referiu também à norma de mitigação, aplicando-a de forma diferente da tradicional: não houve propriamente limitação no valor da indenização, mas restrição de a quem poderia a credora dirigir sua pretensão. Por não ter exercido seu direito de cortar o fornecimento de água, a credora (autora) se viu impedida de cobrar o valor devido da responsável solidária. No entanto, manteve integral seu direito de crédito contra a devedora principal.

Inércia para efetivar corte de fornecimento de água – repercussão no direito de fazê-lo⁶³⁹

A autora havia, alegadamente, emprestado seu imóvel para conhecidos e o retomado em março de 2007. No mês seguinte, a concessionária de serviço público de fornecimento de água cortou o fornecimento, em razão da existência de dívidas que somavam mais de R\$ 12.000,00 de faturas em atraso. A autora ingressou com ação em que requeria a declaração de inexigibilidade do débito e o restabelecimento do fornecimento de água.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que o débito era devido pela autora e exigível pela ré. Entretanto, determinou o restabelecimento do fornecimento de água, ao argumento de que a autora não teria condições de pagar todo o valor em atraso para que pudesse voltar a ter acesso ao serviço público. A concessionária deveria ter exigido o pagamento das faturas em atraso sem demora e realizado o corte do fornecimento quando o débito ainda era pequeno. Ao aplicar a norma de mitigação, o Tribunal assim se pronunciou:

Quanto a interrupção do serviço em virtude da falta de pagamento, no caso em análise tal medida não se demonstra razoável, isto porque, é obvio que se o consumidor não realizou o pagamento de uma conta de R\$ 300,00, dificilmente terá condições de pagar débito de R\$ 12.000,00, para que possa ter o serviço restabelecido.

Portanto, deve ser aplicada a teoria do “duty to mitigate the loss” (o dever do credor de mitigar sua perda), diante da conduta do fornecedor de serviços que não observou o dever de minimizar os próprios prejuízos, não devendo ser mantida a interrupção do serviço em virtude dos débitos pretéritos. (...)

Cabe observar que em caso de inadimplemento de contas futuras, deverá o fornecedor diligentemente, constituir a consumidora em mora e, na forma da lei, realizar a interrupção do serviço, não permitindo a evolução de débitos a limites extremamente elevados.

Esse caso representa também aplicação pouco tradicional da idéia de mitigação, que foi aqui usada não como limitação à indenização devida pelo devedor ao credor, mas como causa da perda de outro direito. Com efeito, o credor manteve o direito de cobrar do devedor integralmente o valor devido, mas viu-se impedido de suspender o fornecimento por não o ter feito antes, quando a dívida ainda estava em valores cujo pagamento pelo devedor era possível.

⁶³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 19ª Câmara Cível. Apelação cível nº 0049952 - 96.2007.8.19.0001. Apelante: Yolanda Rodrigues Macedo. Apelada: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE Rel. Des. Cláudio Brandão de Oliveira, votação unânime, j. 20.04.2010.

Exercício do direito de rescindir o contrato – repercussão sobre multa⁶⁴⁰

Nesses casos, a situação fática e o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo são semelhantes.

A autora é distribuidora de combustíveis, tendo contratado o fornecimento ao posto réu. Este, entretanto, descumpriu a cláusula que estipulava a compra de quantidade mínima de combustível, razão pela qual a distribuidora ingressou com ação para cobrança da pena prevista no contrato. O Tribunal considerou que houve inadimplemento do réu, mas não precisou exatamente em quantos meses o réu deixou de comprar o mínimo previsto no contrato. Nos Acórdãos, constam os seguintes fundamentos para a redução da multa: (a) houve tolerância da autora, porque só invocou a multa dois anos depois, o que feriria a boa-fé objetiva; (b) a autora deveria ter agido imediatamente, evitando a perda representada pelo acúmulo das multas mensais e, por essa razão, faltou com seu dever de mitigar; (c) a boa-fé impõe a aplicação da *supressio*, não podendo a autora exercer o direito pois gerou na ré a confiança de que não o exerceria; (d) a situação constitui abuso do direito de aplicar a multa; (e) a cobrança da multa, depois de algum tempo fornecendo o combustível sem aplicá-la, deveria ser reprimida pela vedação ao *venire contra factum proprium*. Sobre a mitigação, foi afirmado, no Acórdão da apelação n° 0967851-1, o seguinte:

[A] credora se manteve inerte durante um ano, ante o descumprimento por parte dos devedores, vendo crescer a dificuldade e o prejuízo destes, sem procurar evitar ou, ao menos, minorar tal perda. Perda que poderia ter sido evitada, sem maior prejuízo aos devedores evitando que a multa incidisse.

Com base nesses fundamentos e no artigo 924 do Código Civil de 1916, que, segundo os Acórdãos, equivaleria ao artigo 413 do atual, a multa foi reduzida de 12% para 6% do valor de venda da diferença de quantidade que faltava para completar a quota mínima.

Nesses casos, não se verifica a aplicação técnica da norma de mitigação. O Tribunal invoca inúmeros fundamentos, todos eles relacionados à boa-fé objetiva, mas se equivoca ao não distinguir um instituto do outro. Como visto anteriormente, a distinção entre as várias

⁶⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação n° 0967851-1. Apelantes: Posto BR Jahu Ltda., Lourenço de Pieri e outros. Apelada: Petrobrás Distribuidora S/A. Rel. Des. Candido Alem, votação unânime, j. 02.06.2009. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação n° 0891290-1. Apelantes: Petrobrás Distribuidora S/A, Posto Petrocity Ltda. e outros. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Candido Alem, votação unânime, j. 19.05.2009. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação n° 1.170.013-1. Apelantes: Auto Posto Shopping Diadema Ltda. e outros. Apelada: Mercoil Distribuidora de Petróleo Ltda. Rel. Des. Candido Alem (designado), votação por maioria, j. 03.07.2007.

derivações da boa-fé é fundamental para que essa possa se desenvolver de forma segura, dotando tal cláusula geral da necessária concreção⁶⁴¹.

Ademais, o Tribunal não identificou o dano que poderia ter sido evitado pela conduta do credor em interromper o fornecimento de combustível e rescindir o contrato. Poderia, no entanto, tê-lo feito. O Tribunal poderia ter entendido que cabia ao credor rescindir o contrato em dado momento e ser indenizado pelos lucros cessantes. A aplicação correta da norma de mitigação, assim, faria com que o valor da multa mensal por descumprimento de compra de quota mínima, cobrada pela distribuidora de combustível, fosse limitada ao montante dos lucros cessantes que seriam apurados se o credor tivesse rescindido o contrato em certo momento⁶⁴².

Não faz sentido, na lógica da *evitabilidade*, que se conclua que o credor poderia ter evitado danos por meio de esforços razoáveis, mas daí se extraia a consequência de reduzir a multa contratual pela metade. A premissa não leva à conclusão. Portanto, não poderia o Tribunal ter usado a norma de mitigação para reduzir o percentual da multa constante do contrato. O que poderia ter feito é limitado o montante total devido em razão da multa ao lucro cessante a que a credora faria jus se tivesse rescindido o contrato quando era razoável fazê-lo.

Por fim, não poderia ter o Tribunal entendido que o artigo 924 do Código Civil de 1916 equivale ao artigo 413 do Código vigente, uma vez que este permite a revisão equitativa da multa quando o Juiz a considerar excessiva, enquanto aquele não contém igual previsão.

Exercício de rescisão do contrato – repercussão sobre a contraprestação⁶⁴³

A autora é instituição de ensino pré-vestibular que havia firmado com a ré contrato para prestação de serviços educacionais pelo período de um ano. A remuneração seria paga em doze parcelas, mas a ré adimpliu apenas as três primeiras. A ação foi proposta para cobrar o saldo devedor, depois de transcorrido o ano contratado. A ré alegou que havia frequentado apenas os três primeiros meses de aula e, como não havia prestação de serviços pelo período

⁶⁴¹ Cf. ASCENSÃO. A desconstrução... op. cit. p. 48.

⁶⁴² Cf. item 5.3.1.

⁶⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 9ª Câmara Cível. Agravo interno na apelação cível nº 024060084241 (Agravo Legal). Agravante: UP – União dos Professores Ltda. Agravada: Maria dos Anjos Herzog de Moraes. Rel. Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, votação unânime, j. 25.08.2009.

restante, não seria devido também o saldo devedor. A autora aduziu que a ré não avisou que não iria mais frequentar as aulas, não tendo rescindido formalmente o contrato. Por se tratar de pré-vestibular, não havia controle de presença e, assim, a autora afirmou que não podia saber se a aluna estava ou não frequentando e que manteve sua prestação de serviços, ao disponibilizar um lugar na sala para a ré.

Diante dessa situação fática, o Acórdão considerou que:

Mesmo que não esteja obrigada a registrar a presença dos estudantes às aulas, decerto controla o ingresso de pessoas no interior de seu estabelecimento, e sabe muito bem quais os alunos que estão em atraso com as mensalidades. Sustentar o contrário é o mesmo que reconhecer a completa desorganização administrativa da recorrente, o que, é notório, não condiz com a realidade, já que se trata de conceituada instituição de ensino. (...)

Sendo assim, reputo abusiva a conduta da instituição de ensino, que aguardou o transcurso de todo o ano letivo - e o vencimento de todas as mensalidades -, para tomar providências em relação à recorrida. Tal postura, ainda que amparada na rigidez literal do contrato, não atende à boa-fé e à ética que devem nortear as relações contratuais e, portanto, não pode ser chancelada cegamente pelo Poder Judiciário. O contrário seria ignorar o conteúdo dos artigos 113 e 422 do Código Civil (...).

Invoco também o enunciado n.º 169 das Jornadas: “169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

Trata-se de orientação decorrente do princípio interpretativo do *duty to mitigate the loss*, ou da mitigação do prejuízo pelo próprio credor. In casu, deveria a instituição recorrente ter exigido as mensalidades inadimplidas tão logo constatasse o abandono da aluna, não permitindo que a dívida aumentasse, para só então cobrá-la.

É questionável a conclusão do Tribunal de que instituição de ensino sabia ou deveria saber que a aluna não mais frequentava as aulas. No entanto, partindo do pressuposto que deveria sabê-lo, o caso representa uma interessante ilustração de aplicação da norma de mitigação. Nessa hipótese, a credora realmente poderia ter rescindido o contrato de prestação de serviços e disponibilizado a vaga para outro aluno, reduzindo os prejuízos decorrentes da inobservância, pela devedora, do prazo integral do contrato. Tratar-se-ia da realização de operação substitutiva para evitar perdas⁶⁴⁴.

Portanto, considerando que a rescisão do contrato constituía medida razoável para evitar os prejuízos, a instituição de ensino poderia tê-la feito. Nesse caso, receberia apenas a multa rescisória prevista. A credora, assim, não faz jus à contraprestação por todo o período

⁶⁴⁴ Cf. item 5.3.2.

anual contratado ou a perdas e danos decorrentes do inadimplemento. Mas poderia ter reconhecido seu crédito à multa rescisória, caso tivesse formulado pedido nesse sentido.

Abuso do direito e mitigação em direito de vizinhança⁶⁴⁵

A casa do autor era contígua a um lote vago, de propriedade do réu, que era fechado apenas na frente, sem haver muro entre as propriedades. Quando o réu resolveu construir muro divisório entre o seu terreno e o do autor, seus empregados inicialmente escalaram o muro frontal e depois abriram nele uma fenda para que pudessem passar.

O autor ingressou com ação de indenização pleiteando a reparação, entre outros danos, das despesas incorridas com contratação de vigilância, pois a fenda aberta pelo réu no muro frontal de seu terreno havia exposto a casa do autor. Quanto a esse pedido, o Tribunal entendeu que houve abuso do direito de propriedade pelo Réu, pois “não poderia (...) ter adotado as medidas descritas na inicial para início das obras, que colocaram em risco a residência do autor”. No entanto, consideraram que o autor faltou com seu dever de mitigar por não ter construído o muro divisório, o que dispensaria a necessidade de contratar a empresa de segurança. Segundo o Tribunal:

Nesse sentido, deixando de exercer seu direito de tapagem, colaborou o autor para a exposição à qual ficou sujeito, razão pela qual não pode imputar exclusivamente ao réu os ônus daí decorrentes.

Ora, desde a compra do imóvel o autor poderia ter adotado as medidas necessárias para garantir sua segurança e privacidade, que acabou ameaçada em razão da entrada de funcionários do réu no terreno para construção do muro divisório. No entanto, preferiu manter a situação já existente antes da aquisição do imóvel, continuando a se utilizar da área pertencente ao réu.

Ora, verificado tal proveito, descabido atribuir exclusivamente ao réu a responsabilidade e os ônus pela desídia que também é do autor, que deixou de cumprir seu dever de colaborar na mitigação dos incômodos que se concretizaram.

O Tribunal, assim, decidiu que o autor poderia cobrar apenas metade do valor gasto com vigilância.

É questionável o entendimento do Tribunal acerca de constituir abuso do direito a conduta do proprietário de imóvel em quebrar o muro frontal de seu terreno. Entretanto, partindo do pressuposto de que houve abuso do direito por parte do réu, o ato seria

⁶⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 30ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 992.06.073838-2. Apelante: Roberto Davidowicz. Apelado: Possidonio José de Freitas (espólio). Rel. Des. Edgar Rosa, votação unânime, j. 15.09.2010.

considerado ilícito, do qual decorreram danos para o autor. Poder-se-ia, então, aplicar a norma de mitigação e perquirir se o autor adotou medidas razoáveis para minimizar os prejuízos.

Na decisão em tela, percebe-se que a conduta do autor foi avaliada em todos os momentos, ou seja, mesmo antes de caracterizado o ato ilícito, o que não representa a correta aplicação da *evitabilidade*. Como visto acima, a norma de mitigação impõe a conduta cooperativa do credor para evitar o dano após o inadimplemento ou a ocorrência do ato ilícito⁶⁴⁶. O Acórdão equivocou-se, ainda, em sua conclusão, ao dividir as despesas com vigilância entre credor e devedor. Utilizou a mitigação como fundamento, mas aplicou consequências típicas da culpa concorrente.

Se o problema fosse corretamente avaliado sob a ótica da mitigação, o Tribunal deveria ter avaliado quais as condutas estavam disponíveis ao credor (autor da ação) a partir do momento em que foi praticado o ato abusivo (destruição parcial do muro frontal). Em outros termos, para evitar um prejuízo maior – perdas patrimoniais por furtos ou roubos e danos ao autor da ação e de pessoas de sua família –, qual seria a conduta razoável? A forma mais eficiente de evitar esses prejuízos seria que o credor construísse o muro divisório (quando o devedor já o estava fazendo) ou que contratasse vigilância pelo período em que durasse a construção pelo devedor? Essa análise provavelmente levaria à conclusão de que o credor adotou uma medida razoável e, por aplicação da norma de mitigação, deveria ser reembolsado *in totum* dos custos associados à sua conduta⁶⁴⁷.

Direito de retomada de imóvel abandonado⁶⁴⁸

O autor havia firmado promessa de compra e venda de imóvel com o réu, que deixou de pagar as parcelas em 1994 e, em setembro de 2001, abandonou o imóvel. Em outubro de 2002, o autor ingressou com ação de reintegração de posse cumulada com pedido de indenização. O Tribunal de Justiça do Paraná concedeu a reintegração e a indenização, mas, quanto a essa última, impôs limitação às perdas e danos verificadas até setembro de 2001. Em recurso especial aviado pela autora, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão, ao

⁶⁴⁶ Cf. itens 2.1.4.3 e 5.3.1.

⁶⁴⁷ Cf. item 5.3.1.

⁶⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial nº 758.518-PR (2005/0096775-4). Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. Apelado: Sérgio Meca de Lima. Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), votação unânime, j. 17.06.2010.

fundamento de que a credora (autora) poderia ter minimizado seus prejuízos se retomasse o imóvel logo após ter sido abandonado pela ré. Assim consta do Acórdão:

Com esse entendimento, avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo, ou, no direito alienígena, *duty to mitigate the loss*: as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Desse modo, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade. (...)

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.

Nesse caso, é possível visualizar a aplicação mais correta da norma de mitigação. Com efeito, o devedor descumpriu seu contrato ao deixar de pagar as prestações da promessa de compra e venda e ao não devolver voluntariamente o imóvel ao credor. No entanto, quando esse soube que o imóvel estava abandonado, poderia tê-lo retomado sem atraso, não se justificando que seja indenizado por não ter acesso ao imóvel por cerca de um ano (indenização por lucros cessantes, pois o credor poderia, por exemplo, receber aluguel pela locação do imóvel), quando foi sua inércia que retardou a retomada do imóvel.

5.6.1.2 Comentários gerais

Os julgados sumarizados e comentados acima permitem identificar a aceitação da idéia de que a norma de conduta imposta pelo ônus de mitigação implica que o credor adote uma das medidas ou sanções disponibilizadas pelo ordenamento jurídico se essa puder evitar ou minimizar os danos⁶⁴⁹.

Em tais decisões, percebe-se a aplicação da norma de mitigação à maneira em que é entendida no âmbito da CISG: o credor pode escolher livremente a medida a tomar ou sanção a exigir, mas, se pretender indenização por perdas e danos, na determinação de seu *quantum*, será verificado se o credor poderia ter reduzido seus prejuízos se tivesse adotado outra medida que o ordenamento jurídico lhe oferece⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ Como ocorre no direito alemão. Cf. item 2.2.1 acima.

⁶⁵⁰ Cf. item 2.3.

Em outros julgados, como se viu, houve distanciamento da CISG e da tradição francesa e aproximação da concepção da *common law*, possibilitando que a norma de mitigação se aplicasse a quaisquer sanções ou medidas disponibilizadas ao credor e não apenas à indenização por perdas e danos. Portanto, ao que se pode inferir desses julgados, a livre escolha das sanções pelo credor, que na França é tido como um dogma, não parece ser um óbice à aplicação da *evitabilidade* no direito brasileiro⁶⁵¹.

5.6.2 Situações em que o credor demora para exigir o cumprimento do devedor

5.6.2.1 Sumário e comentários relativos a cada decisão

Demora em efetuar a penhora⁶⁵²

O credor havia obtido condenação do devedor a pagar quantias devidas pelo arrendamento mercantil de veículo. Depois de ter diligenciado a penhora de bens, sem sucesso, manteve-se inerte no processo de execução até que conseguiu fazer o bloqueio de valores depositados pelo devedor em conta de poupança. O bloqueio foi feito cerca de oito anos depois da sentença condenatória.

Em agravo de instrumento, o devedor pretendeu a reforma da decisão que manteve o bloqueio, ao argumento, entre outros, de que o credor faltou com seu ônus de mitigar, pois deixou que o débito aumentasse pelo acúmulo de juros e atualização monetária durante esse período. O Tribunal rejeitou o argumento da seguinte forma:

Em segundo lugar, desarrazoada a alegação do devedor de que seu credor objetiva locupletar-se ilicitamente, porque não promoveu atos executivos por quase oito anos, contribuindo para que juros legais e correção monetária incidissem sobre o valor do débito. Ora, se tivesse pago o que deve há oito anos atrás, não se sujeitaria a cálculo de atualização de seu débito. O credor, na época, diligenciou na busca de bens para satisfação de seu crédito reconhecido judicialmente, inclusive para a vinda da declaração de imposto de renda aos autos. E a alegação de má-fé para aplicação da teoria do *duty to mitigate the loss* não tem pertinência no caso, por se tratar de execução por título judicial, ou seja, de sentença transitada em julgado há muito tempo. Embora sem honrar financiamento na aquisição de veículo, o agravante informou ter despesas mensais com automóvel de R\$ 560,00 (fls. 48), ou seja, não se preocupa mesmo com o direito do agravado.

O direito não deve socorrer o mau pagador, especialmente se a dívida originou-se de título judicial com trânsito em julgado.

⁶⁵¹ Cf. itens 2.2.3, 2.3 e 4.7.

⁶⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 1.288.546-0/2. Agravante: Nilo Sérgio Congilio Porta. Agravada: Banco Sudameris Arrendamento Mercantil S/A. Rel. Des. Adilson de Araújo, votação unânime, j. 25.08.2009.

Essa decisão corretamente entendeu ser inaplicável a norma de mitigação. Com efeito, o credor poderá exercer seu direito a obter indenização por perdas e danos ou a obrigação principal cumulada com juros a qualquer tempo. Na hipótese em que o devedor descumpra uma obrigação pecuniária, caberá apenas a ele próprio reduzir os danos do credor, pagando-o. Não há nada que esteja sob controle do credor, pois, mesmo se exercer seu direito judicialmente ou efetuar a penhora sem demora, isso não significa que seus danos serão, por essas medidas, mitigados. Os prejuízos apenas serão evitados quando houver o pagamento, voluntariamente ou por meios coercitivos.

Portanto, o credor apenas poderá ser impedido de exercer seu direito à obrigação principal, aos juros ou à indenização pelo inadimplemento se houver transcorrido o prazo de prescrição. Desta forma, decidiu corretamente o Tribunal de Justiça de São Paulo no caso acima referido.

Demora em ingressar com a ação – inaplicabilidade⁶⁵³

Esses casos envolvem situações fáticas semelhantes, em que o correntista ingressou com ação contra a instituição financeira com o objetivo de cobrar diferença na correção monetária aplicada à caderneta de poupança. O direito à diferença foi reconhecido, mas a instituição financeira alegou que o ônus de mitigar constituiria barreira para que o correntista pudesse receber os juros remuneratórios da caderneta de poupança pelo tempo de demora em ingressar com ação.

Conforme entendimento externado no Acórdão da apelação nº 1.242.899-0/5:

Ademais, com a devida vênia ao entendimento externado na r. sentença, incoerente a aplicação do princípio do *duty to mitigate the loss*, desdobramento da boa-fé objetiva que se espera do credor, pois não se está a falar, *in casu*, em agravamento do resultado ou do prejuízo pela inércia do credor, mas sim verdadeiro benefício ao próprio devedor.

Ora, cediço o não pagamento da diferença de correção monetária pleiteada há quase vinte anos, evidentemente a quantia reclamada permaneceu em poder da ré, notória instituição financeira, que certamente utilizou o valor não pago no melhor

⁶⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação com revisão nº 1.242.899-0/5. Apelante: Maria Aparecida Cardoso Oliva. Apelado: Banco Nossa Caixa S/A. Rel. Des. Francisco Casconi, votação unânime, j. 16.06.2009. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação com revisão nº 1196110-0/1. Apelante: Wagner Aparecido Spolon. Apelado: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A. Rel. Des. Clovis Castelo, votação unânime, j. 16.03.2009.

proveito de seus interesses e negócios, gerando frutos quiçá superiores aos módicos rendimentos pagos pela caderneta de poupança.

Com o devido respeito ao Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil - que, aliás, revela consenso doutrinário e que por óbvio não possui força vinculativa -, privar o credor dos juros remuneratórios é, além de premiar a ré com o enriquecimento ilícito, desvirtuar o instituto da prescrição, pois causaria a falência da pretensão em recebê-los, mesmo sendo o prazo prescricional idêntico ao da pretensão principal.

Portanto, para o caso em tela, tenho que o exercício de um direito legítimo e dentro do prazo prescricional não pode sofrer restrição pela demora em seu exercício.

O entendimento acima foi seguido nos demais Acórdãos que envolvem essa situação fática, embora com redações diferentes.

Conforme comentário ao caso precedente, esses julgados representam a boa aplicação do direito ao negar aplicação da norma de mitigação a esses casos. Como destacado no trecho acima transcrito, a hipótese há de ser regida pelas regras pertinentes à prescrição.

Demora em ingressar com ação – aplicação equivocada I⁶⁵⁴

A autora é sociedade que se dedica à compra e venda de imóveis, tendo firmado com os réus contrato de natureza não explicitada no Acórdão. Os réus deviam certo montante à autora, por cerca de dez anos, quando essa ingressou com ação monitória. Em apelação, o Tribunal decidiu que a ação monitória não seria cabível, em razão da iliquidez da dívida, e que a autora teria faltado com seu dever de mitigar os danos por não ter ingressado com a ação de cobrança antes. A inação da autora teria feito com que seus próprios danos e aqueles dos réus aumentassem desnecessariamente com o acúmulo de juros moratórios. Houve voto divergente e interposição de embargos infringentes. Nesse recurso, foi confirmado o entendimento havido quando do julgamento da apelação. No que concerne ao ônus de mitigar, o voto condutor transcreveu o seguinte trecho do Acórdão da apelação (os negritos e itálicos constam do original)⁶⁵⁵:

Parece-nos, diante do quadro posto, que **a inação da parte credora é demasiada, e veio a agravar o prejuízo do devedor e – em tese, e aparentemente –**

⁶⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 10º Grupo Cível. Embargos Infringentes nº 70024988883. Embargante: Emi Empreendimentos Imobiliários Ltda. Embargados: Dalva Mary da Silva Ribeiro e Alcyone da Cruz Netto Filho. Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, votação por maioria, j. 22.08.2008.

⁶⁵⁵ Com o mesmo entendimento: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 19ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70019328889. Apelante: Paulo Victor Humann. Apelado: Egon José Trein. Rel. Des. José Francisco Pellegrini, votação unânime, j. 13.05.2008.

o seu próprio dano. Pode-se cogitar que o credor haveria de, anteriormente a tão longa inércia (mais de 10 anos), **tomar as medidas judiciais cabíveis, e não meramente ter deixado o quadro fático dado. Em o fazendo, exsurge uma conduta indevida do credor que não providencia no mitigar do seu próprio prejuízo – ao contrário, escora-se no fato de que, consoante a cláusula Décima do ajuste firmado, ademais da correção monetária seria calculado o montante devido com acréscimos da ordem de 1% ao mês a título de juros moratórios, mais multa em 10%.**

Ou seja, a espera alongada do credor faz devida a remessa ao dever de mitigar o prejuízo, ou *duty do mitigate the loss*; entende-se que, como obrigação moral (obrigação em sentido lato), como *incombrance* (ônus para consigo próprio), ou como noção derivada da boa-fé, i.e., relativamente ao *venire contra factum proprium*, o credor adotou comportamento faltoso, conduta abusiva, a qual não se aceita, e que deve ser sopesada aos efeitos de analisar, aqui, o direito do autor, no que tange à extensão do crédito objeto do procedimento em liça.

Nesse passo, invoque-se a proibição do “*venire contra factum proprium*”: modernamente se entende ter o credor o dever de evitar o agravamento do prejuízo do devedor e, por conseqüência, minimizar o próprio prejuízo. Isso não ocorreu no caso em tela, modo patente. E, por pertinente, reiteramos o que aconteceu no caso *Bailleux c. Jarety*, na França, onde um locador permaneceu durante 11 anos sem cobrar os aluguéis, e, ao invocar a cláusula resolutória, acabou privado de exercer o seu direito, com fundamento na proibição de *venire contra factum proprium*.

Tem-se que, dessa forma, a omissão culposa do credor por mais de uma década é elemento que deve ser computado no sentido de minimizar, em concreto, o valor do débito que, com o decurso cronológico, avolumou-se; e o fez de tal forma, consoante o avençado, que para o credor tomou as proporções de verdadeira aplicação financeira, pelo que auferiu, em tese, bastante maiores rendimentos do que em conta poupança, p.ex.

Tal refere a comportamento carente de boa-fé, está a parecer. O ônus do credor para consigo mesmo, o que lhe incumbia, em tal posição, e por força dela, era agir no sentido de buscar o crédito, o que deixou de fazer pelo extenso prazo de uma década, consciente – supõe-se, por razoável – de que a parcela devida, com os encargos ajustados, alcançaria o valor de um imóvel equivalente na íntegra, como, de fato, reflete a narrativa da vestibular. Transformou o crédito em autêntico investimento.

Esse caso apresenta a mais equivocada aplicação da norma de mitigação e deve ser deixada de lado no futuro desenvolvimento do instituto pela jurisprudência. O posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi diametralmente oposto aos acórdãos anteriormente relatados nesse item.

Como se ressaltou acima, exigir o cumprimento da obrigação não é medida de mitigação, pois apenas demonstra que quem tem a faculdade de evitar os danos é o próprio devedor. A sanção prevista pela ordem jurídica – penalidade convencional, juros moratórios ou indenização – serve justamente de elemento de coercibilidade para compelir o devedor a

cumprir sua obrigação. Ao atenuar a sanção, a aplicação errônea da *evitabilidade* enfraquece o vínculo obrigacional.

Como se disse acima, a inação do credor em exigir o cumprimento da obrigação deve ser avaliada sob as normas de prescrição e não sob o prisma da mitigação.

Demora em ingressar com a ação – aplicação equivocada II⁶⁵⁶

Há alguns casos com o seguinte quadro fático: o mutuário deve à instituição financeira – administradora de cartão de crédito ou banco – que demora certo tempo para cobrar a dívida judicialmente. No período entre o inadimplemento e a propositura da ação, o débito do mutuário aumenta significativamente pela acumulação dos elevados juros contratados, correção monetária e demais encargos.

Na ação de cobrança, alguns Acórdãos evidenciam o entendimento de que a autora descumpriu a norma de mitigação porque deixou que os altos juros se acumulassem por longo período antes de cobrar judicialmente o valor devido. Segundo consta do Acórdão da Apelação cível nº 2.076/05 do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá:

Segundo essa 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.

Mostra-se com isso, que a ré-apelada não pode ser compelida a arcar com os prejuízos advindos da negligência da autora-apelante, posto que alega que o débito refere-se ao ano de 1997, mas somente em 2001 bateu às portas do Judiciário.

No mesmo sentido, o aresto do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

Como dito acima, em nome do princípio da boa-fé objetiva, que deve prevalecer entre as partes contratantes, deveria o apelante ter efetuado a cobrança do encargo tão logo o apelado deixou de efetuar os pagamentos, evitando com isso a elevação da dívida a montantes astronômicos, como é o caso dos autos.

Esses julgados representam, igualmente, aplicação equivocada e perigosa da norma de mitigação, pelas razões já explicitadas acima e que serão retomadas a seguir. Deverão, assim, ser deixados de lado no desenvolvimento do instituto no Brasil, pois os efeitos da inércia do

⁶⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, Câmara Única. Apelação cível nº 2.076/05. Apelante: B. B. Administradora de Cartões de Créditos S/A. Apelada: Hodavias dos Santos Almeida. Rel. Des. Luiz Carlos, votação por maioria, j. 30.08.2005. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, 3ª Turma Cível. Apelação cível nº 2009.022658-4/0000-00. Apelante: Banestado Administradora de Cartões de Crédito Ltda. Apelada: Antonio Gentil Rodrigues. Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, votação por maioria, j. 21.09.2009.

titular do crédito em exigí-lo deve ser tratado pela prescrição e não pela regra da *evitabilidade*.

5.6.2.2 Comentários gerais

A norma de mitigação não exige que o credor ingresse com ação judicial para exigir o cumprimento da obrigação do devedor. Como visto anteriormente⁶⁵⁷, a mitigação não impõe ao credor o ônus de evitar o inadimplemento. O que se pretende evitar são os danos suportados pelo credor a partir do descumprimento⁶⁵⁸.

Se o ajuizamento de ação pelo credor termina por evitar o aumento dos danos, não se pode dizer que esse efeito decorra daquela ação. Em outros termos, não é o credor que impede a causação de danos a si pelo ajuizamento da ação, mas o próprio devedor que evita que sejam causados prejuízos adicionais ao adimplir obrigação – nessa hipótese, não de forma voluntária, mas coercitiva. Portanto, está o credor buscando que seja sanado o inadimplemento e, com isso, que sejam estancados os danos a que está sujeito. Mas a mitigação dos danos não está sob seu controle. O devedor é o *least cost avoider*, contrariamente ao que ocorre nos casos em que a norma de mitigação é aplicável, conforme se viu no item 3.4 acima.

O terceiro e quarto grupos de casos relatados representam, assim, aplicação errônea da *evitabilidade* e não devem ser seguidos em futuras decisões. Desta forma, não deve ser recebida sem reservas a lição de Flávio Tartuce, quando afirma sobre o ônus de mitigação:

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.⁶⁵⁹

Ao se exigir que o credor ingresse com a ação contra o devedor sem demora, a aplicação errônea da norma de mitigação traz instabilidade ao direito das obrigações e subverte as normas de prescrição. Ora, o sistema prescricional traz regras rígidas, com prazos claramente delimitados para que surja, em favor do devedor, a exceção que poderá ser oposta à pretensão do direito do credor. De acordo com os julgados que equivocadamente aplicam a

⁶⁵⁷ Cf. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 232.

⁶⁵⁸ Cf. itens 2.1.4.3 e 5.3.1.

⁶⁵⁹ TARTUCE, Flávio. A boa-fé... op. cit.

mitigação, não é possível inferir em qual prazo deverá o autor ingressar com sua ação, ou seja, a partir de qual momento perece o direito do credor. Essa circunstância traz instabilidade para o sistema jurídico, não permite que os indivíduos avaliem *a priori* a correção ou incorreção de sua conduta e dá azo à arbitrariedade nos julgamentos.

Essa circunstância pode ser percebida pela comparação entre o segundo grupo de casos narrados (correntistas que ingressam contra a instituição financeira exigindo diferenças de correção monetária, com aplicação de juros remuneratórios da poupança) e o quarto grupo (instituições financeiras que cobram principal e juros moratórios de correntistas). No segundo grupo, quando a mitigação beneficiaria a instituição financeira, ela não foi aplicada. No quarto grupo, quando beneficiava o correntista inadimplente, a norma de mitigação foi utilizada. Essa diferença evidencia apenas o uso arbitrário da cláusula geral da boa-fé e é um exemplo do risco gerado pelo mau uso de normas que contêm conceitos com pouca precisão semântica. A derivação da mitigação a partir da boa-fé objetiva terminou, no terceiro caso e no quarto grupo de casos, por ser utilizada como forma falaciosa de fundamentar um julgamento por equidade, em que o Poder Judiciário teve a tendência de proteger a parte que considerava hipossuficiente.

A aplicação da norma de mitigação, entretanto, deve ser técnica e, como visto ao longo de todo esse trabalho, tem limites, pressupostos e consequências razoavelmente precisas. A *evitabilidade* não impõe que o credor ajuíze ação para exigir que o devedor cumpra sua obrigação. A inércia do credor é regida pela prescrição e não pela mitigação.

Aplicá-la equivocadamente pode ter consequências desastrosas para o direito brasileiro das obrigações. Além da instabilidade acima referida, tal fato enfraqueceria o vínculo obrigacional, pois vulneraria a sanção a ser aplicada em razão do inadimplemento. Ao agregar instabilidade e enfraquecer o vínculo, haveria aumento nos custos de transação e o próprio ato de contratar se tornaria menos eficiente⁶⁶⁰. Frustrar-se-ia, assim, um dos objetivos da adoção da norma de mitigação que é, justamente, tornar mais eficientes as trocas em sociedade por meio do contrato⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Cf. item 3.4 acima.

⁶⁶¹ Cf. item 3.6 acima.

5.6.3 Situações em que o credor poderia ter informado ao devedor e solicitado providências

5.6.3.1 Sumários e comentários relativos a cada decisão

Pedido de que informação fosse publicada⁶⁶²

O autor foi mencionado em uma reportagem do jornal editado pela ré, como investigado por CPI da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul. Posteriormente, o jornal noticiou o arquivamento do relatório da CPI pelo Ministério Público, mas, nessa reportagem, foi apenas mencionado o nome do principal envolvido. O autor ingressou com ação requerendo indenização pelos danos morais causados pelo fato de seu nome não ter sido publicado na reportagem que noticiou o arquivamento.

O Tribunal entendeu que não haveria ilícito capaz de gerar indenização. Como argumento de reforço, aduziu:

Ademais, poderia e deveria o demandante ter buscado junto ao próprio requerido fosse noticiado o arquivamento do Relatório da CPI também em relação a si, estivesse o autor preocupado com a opinião pública em relação aos fatos apurados na investigação, circunstância que, por certo, atenderia seu anseio de ver seu nome e credibilidade resgatados na mídia. A conduta omissiva do próprio autor, portanto, afasta a alegação de ilicitude na conduta do réu, aplicando-se a chamada teoria do *Duty of to Mitigate the Loss* (dever de mitigar o dano ou a perda), a qual propugna pelo afastamento do dever indenizatório quando sendo possível a vítima, esta não depende qualquer desforço para mitigar as próprias perdas, implicando violação à boa-fé objetiva.

Era desnecessária a menção à norma de mitigação. Se não houve ilícito por parte do jornal, não cabe falar em indenização por danos morais e, por conseguinte, não tem lugar avaliar se o credor poderia ou não os ter evitado. O Acórdão equivoca-se, ainda, ao dizer que depende da vítima afastar o dano. Se houvesse ato ilícito, poderia o autor ter comunicado e solicitado à ré que publicasse seu nome na notícia de arquivamento, mas caberia apenas à ré corrigir o ilícito por meio da publicação da informação correta e, assim, sanar ou minimizar os prejuízos. O controle sobre a mitigação seria do devedor, embora pudesse o credor cooperar para que a medida corretiva fosse tomada.

⁶⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70031443591. Apelante: Jose Vitor Pita dos Santos. Apelado: Empresa Jornalística Pampa Ltda. Rel. Des. Liége Puricelli Pires, votação unânime, j. 04.11.2010.

Comunicação de perda do cartão⁶⁶³

O autor alegou que seu cartão foi retido em terminal de auto-atendimento no dia 15/03/2007. Nos dias 17 e 18, foram realizados vários saques, em lugares diversos, utilizando-se do cartão e da senha do autor, que apenas comunicou o extravio no dia 25/03/2007. O autor ingressou com ação contra a instituição financeira, pleiteando indenização pelos saques feitos em sua conta.

O Acórdão menciona culpa exclusiva da vítima pelos danos ocorridos, sendo possível verificar, ainda, que a Desembargadora Relatora constatou que não havia prova suficiente para a história narrada pelo autor. Entretanto, constou como fundamento:

A conduta omissiva do próprio autor, portanto, afasta a alegação de ilicitude na conduta do réu, aplicando-se a chamada teoria do *Duty of to Mitigate the Loss* (dever de mitigar o dano ou a perda), a qual propugna pelo afastamento do dever indenizatório quando sendo possível a vítima, esta não despense qualquer desforço para mitigar as próprias perdas, implicando violação à boa-fé objetiva.

Assim como ocorreu com o caso anterior, a solução para essa situação fática poderia ser dada sem recurso à mitigação. Na verdade, o autor não conseguiu provar culpa da instituição financeira ré; pelo contrário, ficou demonstrada a sua culpa exclusiva pelos saques, que sequer foram considerados indevidos.

No entanto, se se considerasse que os saques foram indevidos e que a culpa por tal dano fosse da instituição financeira, cujo sistema falhou ao evitar a fraude bancária, esse caso poderia representar uma situação em que, a exemplo do anterior, a medida de minimização dos danos está a cargo do devedor – instituição financeira – mas depende da cooperação do credor para que tais medidas tenham lugar. Em outros termos, a instituição financeira poderia ter bloqueado o cartão, evitando danos futuros, mas dependeria de comunicação do correntista.

Comunicação de furto do cartão⁶⁶⁴

O autor teve seu cartão de crédito furtado e, em razão disso, foram realizadas compras em seu nome entre os dias 16/08 e 02/09/2007. Ingressou com ação contra a instituição

⁶⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 17ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70032014458. Apelante: Banco do Estado de São Paulo S/A. Apelado: Moacir Sylvio Dal Castel. Rel. Des. Liége Puricelli Pires, votação unânime, j. 12.11.2009.

⁶⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 18ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70029284296. Apelante: Mario Ramos Ucha. Apelado: Banrisul - Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A.. Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, votação unânime, j. 25.06.2009.

financeira que o administra para declarar a inexibibilidade dos débitos lançados entre essas datas. O Tribunal entendeu que havia responsabilidade do réu pelos lançamentos indevidos em razão de o banco não ter levado aos autos os canhotos que comprovariam que as compras teriam sido feitas pelo autor, por meio de sua assinatura.

Segundo o Acórdão, no entanto, o boletim de ocorrência juntado aos autos comprovava que o autor sabia do furto desde o dia 29/08, mas apenas o comunicou ao banco no dia 05/09. O Tribunal aplicou a norma de mitigação para considerar que o autor seria responsável pelas compras feitas entre o dia 29/08 e o dia 05/09, porque, ao não informar prontamente o banco do ocorrido, faltou com seu ônus de minimizar os prejuízos que poderiam decorrer do furto do cartão.

Esse caso representa uma interessante e correta aplicação da norma de mitigação, pois o Tribunal entendeu que houve um ilícito da instituição financeira, que deveria ter verificado a assinatura nos canhotos antes pagar pelas compras realizadas. Entretanto, considerou que o credor poderia ter evitado esses danos se tivesse comunicado o furto imediatamente, o que implicaria bloqueio do cartão.

Informação sobre inadimplemento e danos materiais⁶⁶⁵

A autora havia contratado a ré para proceder a ajustes em sua instalação elétrica e, com isso, obter redução no consumo de energia reativa. Uma vez realizadas as adaptações, essas deveriam ser comunicadas à concessionária de distribuição de energia elétrica para que a autora obtivesse um desconto de 6,84% em sua conta de luz.

A comunicação à distribuidora de energia fazia parte do escopo dos serviços contratados à ré e deveria ter ocorrido em setembro de 2005, tendo o Tribunal reconhecido o inadimplemento nesse particular. A autora continuou a receber as contas, sem o desconto, até que, em abril de 2006, entrou em contato a ré. Essa, por sua vez, comunicou os ajustes na instalação elétrica, passando a autora a gozar do desconto a partir de maio de 2006.

Diante desses fatos, a autora pleiteou o ressarcimento pelos valores pagos a maior entre os meses de outubro de 2005 a abril de 2006. O Tribunal, no entanto, considerou que a autora não agiu em conformidade com a boa-fé objetiva ao não ter comunicado à ré, com

⁶⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 16ª Câmara Cível. Apelação cível nº 2008.001.45909. Apelante: Coopergia Cooperativa de Serviços em Energia Ltda. Apelada: Mercado Super Mikey da Praça Ltda Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, votação unânime, j. 16.09.2008.

menor demora, que ainda recebia as contas sem o desconto. Devem-se destacar os seguintes trechos do Acórdão:

Em outras palavras, poderia o autor aguardar indefinidamente o envio de novas e novas cobranças pela energia reativa para depois de muitos anos, respeitada a prescrição, cobrar da prestadora de serviços, que de nada sabia, o quanto despendeu ao longo deste período? (...)

A aplicabilidade desta lógica [do ônus de mitigar] ao direito brasileiro, como mencionado das ementas acima, está hoje autorizada pelo art. 422 do Código Civil, que impõe a interpretação do contrato segundo a boa-fé objetiva, em um dever recíproco de cooperação entre as partes, próprio da natureza do contrato como relação processual, destacada por Clóvis do Couto e Silva e Judith Martins Costa.

Não obra eticamente, ou com boa-fé, o credor que vê aumentar o prejuízo do devedor, embora a limitação deste pudesse ser por ele controlada por ato seu, ainda mais quando este não dependa de nenhum esforço econômico ou acima de suas forças.

Penso ser este o caso dos autos. Embora tenha o autor recebido a primeira cobrança de energia reativa, bem como a segunda e a terceira, somente se comunicou com o réu seis meses após a prestação dos serviços, fazendo com que o prejuízo alcançasse período muito superior ao efetivamente necessário.

Bastaria ao demandante, quando da primeira ou da segunda cobrança, avisar à empresa ré, e assim lograria reduzir o tanto exigido pela empresa concessionária, porquanto detectada a falta de comunicação se esmeraria a ré em proceder da forma como procedeu, ou seja, renovando a comunicação de que prestado o serviço.

Por isto meu voto é no sentido de se dar parcial provimento ao recurso para limitar o dever de ressarcimento aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2005, mantida no mais a douta sentença apelada.

Nesse caso, cabia ao devedor cumprir a obrigação – comunicar o ajuste feito à distribuidora de energia – e, com isso, evitar que novos danos fossem causados ao credor – incidência de valores em sua conta de energia dos quais deveria estar isento. No entanto, o Tribunal considerou que a prestadora de serviços não teria como saber ou, pelo menos, não seria sua obrigação saber que seu cliente vinha recebendo contas de energia sem o desconto. Ao contrário, poderia o cliente ter, sem qualquer esforço, comunicado tal fato à ré e pedido providências. Diante disso, a prestadora de serviços poderia ter feito a comunicação à distribuidora de energia e, assim, evitado os danos; ou poderia ter se mantido inerte, sendo integralmente responsável pelos prejuízos suportados pela autora.

Informação sobre o inadimplemento e danos morais⁶⁶⁶

A autora foi indevidamente mantida em cadastro de proteção ao crédito pela ré e ingressou com ação para declarar a inexistência da dívida e condenar a ré a indenizá-la por

⁶⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, 3ª Turma Cível. Apelação nº 2009.001940-8/0000-00. Apelante: Segurança Adm. e Corretora de Seguros Ltda. Apelada: Vivo S.A. Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, votação unânime, j. 24.04.2007.

danos morais. O Tribunal levou em conta a conduta da autora no que se refere à mitigação para quantificar o dano moral, *in verbis*:

Aponte-se, finalmente, que não há demonstração de nenhuma tentativa do apelante em minorar o prejuízo sofrido – valendo-se, por exemplo, de tentativas de obtenção de uma solução consensual e extrajudicial, comunicando a empresa requerida da inscrição indevida e solicitando sua exclusão.

Esse tipo de conduta é imposto pela boa-fé objetiva, que rege as relações contratuais em geral, e está sacramentada na doutrina pela expressão inglesa *duty to mitigate*, “dever de mitigar”.

Esse caso não representa aplicação correta da norma de mitigação. Com efeito, os danos apenas podem ser evitados pela correção do ato ilícito pelo próprio devedor e, nesse caso, o devedor sabia ou deveria saber que havia praticado a conduta lesiva. Não é, portanto, hipótese semelhante aos casos anteriores, em que seria necessária a cooperação do credor para informar o devedor do inadimplemento ou do ato ilícito para que esse pudesse purgar a mora.

Por outro lado, a consequência também não se coaduna com a norma de mitigação. Não se considerou que os danos eram evitáveis e, portanto, não seriam devidos ao credor, mas apenas se usou como um dos critérios na avaliação dos danos morais, com relação à qual o julgador goza de ampla margem de discricionariedade.

5.6.3.2 Comentários gerais

Se os casos acima se firmarem como uma tendência, essa representará um importante posicionamento do Poder Judiciário na aplicação da *evitabilidade*. A mitigação passa a impor ao credor a conduta de informar o devedor do inadimplemento ou do ato ilícito praticado por esse, bem como dos danos que poderão daí decorrer. Com essa medida de colaboração do credor, o devedor poderá adimplir e, com isso, evitar que os danos ocorram ou, pelo menos, impedir que aumentem.

Como se viu anteriormente nesse trabalho, o ônus de mitigação não impõe que o credor evite o inadimplemento, mas sim que minimize os danos decorrentes desse. Quando a minimização dos danos está sob controle do devedor, que poderá impedir a ocorrência de prejuízos pelo inadimplemento, não tem aplicação a *evitabilidade*⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ Cf. itens 2.1.4.3 e 5.3.1. FARNSWORTH. Farnsworth on... op. cit. p. 232.

No entanto, nos julgados vistos acima, à exceção do último, considera-se adequada a aplicação da norma de mitigação. Esse aparente paradoxo pode ser explicado pela exigibilidade ou não da conduta de cooperação do credor. Há situações em que o devedor inadimplente ou agente do ato ilícito não sabia, não deveria saber ou não tinha como saber do inadimplemento ou da ilicitude de sua conduta, ou dos danos causados ao credor. Esse, por sua vez, tem essa informação facilmente acessível. Assim, é razoável esperar que o credor irá, ao invés de aguardar os danos acontecerem ou deixar que aumentem, comunicar ao devedor o ocorrido e solicitar a ele que purgue a mora ou cesse a conduta ilícita.

Portanto, a aplicação da norma de mitigação pelos três primeiros grupos de casos foi realizada corretamente e servirá de incentivo a que as partes, diante de um inadimplemento, troquem informações com vistas a evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes⁶⁶⁸. Desta forma, reduzirá os custos de transação em situações de descumprimento das obrigações, ao impor que a parte que tem acesso à informação a custos mais baixos transmita-a àquela que poderá minimizar os danos, mas cujo acesso à informação é substancialmente mais oneroso.

5.6.4 Situação em que o dano poderia ser recomposto de forma menos onerosa

5.6.4.1 Sumário e comentário da decisão⁶⁶⁹

Há apenas um julgado, envolvendo responsabilidade extra-contratual, que se enquadra nessa categoria. Autores e réu se envolveram em acidente automobilístico, causando danos físicos e estéticos aos autores e prejuízos ao veículo deles. Na ação, foi requerida indenização por danos materiais (danos ao veículo, despesas odontológicas e com internação), danos estéticos e danos morais. Houve condenação parcial em primeira instância, seguindo-se apelação de autores e réu.

Apurou o Magistrado de primeira instância que o valor gasto nos reparos do veículo, com compra de peças e mão de obra, ultrapassava o seu próprio valor de mercado. Assim, limitou a indenização em tal valor. Igualmente, não considerou devida indenização pelos valores gastos pelos autores para que, quando de sua internação para tratar dos danos físicos

⁶⁶⁸ Cf. item 3.5.

⁶⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 16ª Câmara Cível. Apelação cível nº 1.0701.07.183692-1/001. 1º Apelantes: Julio Ferreira dos Santos e outro. 2º Apelante: Felipe Raffaelli Ramos. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Wagner Wilson, votação unânime, j. 11.03.2009.

decorrentes do acidente, pudessem ficar em apartamento ao invés de ambulatório, que seria a acomodação paga pelo plano de saúde. Em apelação, os autores se insurgiram contra essas duas determinações da sentença, tendo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmado o seguinte entendimento:

O Código Civil vigente positivou em seu artigo 422 o princípio da boa-fé objetiva.

As conseqüências do reconhecimento desse princípio não se limitam às relações contratuais, irradiando-se para diversos ramos do Direito, inclusive para o Direito Processual.

No campo da responsabilidade civil extranegocial, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva decorre do instituto do abuso de direito, consubstanciado no artigo 187 do Código Civil, in verbis:

“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.”

O princípio da boa-fé objetiva é composto por diversos subprincípios, entre os quais gozam de destaque no meio jurídico o venire contra factum proprium e o tu quoque.

Utilizado em menor escala, há outro que encontra aplicação no caso dos autos: o duty to mitigate the loss, que encontra origem no direito anglo-saxão e consiste no dever de o credor minimizar o próprio prejuízo.

Tal subprincípio foi contemplado no Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil (“princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”).

Na espécie, o dever de mitigar tem aplicação em ambas as situações retratadas nos dois primeiros parágrafos deste tópico: a) diante da possibilidade de a reparação dos danos materiais causados ao veículo ser feita, de modo menos gravoso para o devedor, pela aquisição de um similar, deve ser esta a via escolhida, em detrimento da reposição de peças no automóvel acidentado, o que praticamente dobraria a indenização devida; b) e, paralelamente, os apelantes não fazem jus ao ressarcimento das despesas com “diferença de acomodação”, ou seja, mudança de ambulatório (cujos custos são cobertos integralmente pelo plano de saúde) para apartamento, pois, defronte à ausência de provas de sua necessidade, consistem em violação ao referido subprincípio, pois oneraram indevidamente o devedor.

Na parte que se refere aos reparos no automóvel, esse Acórdão representa a adequada aplicação da norma de mitigação a uma situação fática que tipicamente reclama sua incidência. Com efeito o credor poderia evitar prejuízos maiores – gastos com o reparo do veículo – se tivesse adotado medidas razoáveis para minimizar seus danos – obtendo a reparação por meio da compra de outro veículo. Ao constatarem que o credor não observou o ônus de mitigar, o Magistrado de primeira instância e o Tribunal corretamente extraíram daí a

consequência: o credor não pode ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado⁶⁷⁰, ou seja, a quantia que excedesse o valor de compra do automóvel.

Quanto ao ressarcimento das despesas extras com acomodação em apartamento, o problema poderia ter sido abordado de duas formas. Pode-se entender que o credor agiu intencionalmente para aumentar os danos; dessa forma, descumpriu a norma de mitigação e, conseqüentemente, não terá direito à indenização pelos prejuízos adicionais. Essa foi a linha corretamente adotada pelas decisões de primeira e segunda instâncias. No entanto, não seria errôneo se o pedido de ressarcimento de tais despesas extras fosse negado com base na ausência de nexo de causalidade. Pode-se considerar que a diferença paga para acomodação em apartamento não tem como causa o acidente, mas a opção do credor de ficar internado em instalações que lhe proporcionassem mais conforto.

Por fim, cumpre assinalar a correta fundamentação que constou do Acórdão. Embora tenha se referido ao artigo 422 do Código Civil, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais claramente mencionou que o alicerce para a aplicação da norma de mitigação à responsabilidade extra-contratual é a vedação ao abuso do direito, constante no artigo 187.

5.6.5 Situações em que poderia ter havido a substituição do equipamento

5.6.5.1 Sumários das decisões

Aluguel de veículo substituto durante tempo de reparo⁶⁷¹

O autor é dono de caminhão que prestava serviços de transporte de carga em área portuária. Enquanto a ré descarregava sal de seu caminhão, parte do produto virou sobre a cabine do automóvel, danificando-o. O autor pleiteou indenização pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes. Quanto a esses últimos, alegou que seu caminhão ficou parado por dezoito dias e juntou tabela de valores do sindicato com a remuneração por hora dos seus serviços.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou que não havia suficiente comprovação dos lucros cessantes, pois o autor não havia demonstrado que seu veículo ficara

⁶⁷⁰ Cf. item 5.3.1.

⁶⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 12ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70037891090. Apelante: Luiz Carlos Nulet Rodrigues. Apelado: Agência Marítima Orion Ltda. e outra. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, votação unânime, j. 26.08.2010.

parado dezoito dias. Entendeu, ainda, que não se poderia afirmar que o veículo do autor trabalharia todas as horas por ele mencionadas. Além disso, observou que caberia ao autor o ônus de provar que adotou medidas para mitigar os danos, o que não foi feito, aduzindo o seguinte:

A leitura do dispositivo não deixa dúvidas acerca do ônus incumbido à parte que sofreu o dano: agir de forma razoável, dentro da realidade circundante, de modo a mitigar o prejuízo. Ou seja, impõe-se à parte requerente o dever de provar que tomou todas as medidas cabíveis para evitar o prejuízo experimentado.

No caso concreto, em que pese a alegação do demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o *loss of profits* no valor de R\$ 3.240,00 (três mil, duzentos e quarenta reais), caberia ao autor demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir veículo que desempenhasse a mesma função, ou mesmo alugar veículo que pudesse fazer frente a eventuais compromissos contratuais assumidos, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC.

Substituição da máquina defeituosa⁶⁷²

A autora adquiriu da ré um equipamento de eletroerosão, com cerca de 35 anos de uso, em 20/12/2005. A máquina não funcionou adequadamente, tendo sido realizados reparos tanto pela autora como pela ré. Em 28/04/2006, a autora preferiu trocar o equipamento por outro mais caro, pagando a diferença, o que foi aceito pela ré. Ingressou, então, com ação em que pretendeu ser indenizada por danos emergentes (valor do reparo realizado) e lucros cessantes (ganhos que obteria com o uso do equipamento entre 20/12/2006 e 28/04/2006).

O Tribunal reconheceu que o equipamento foi entregue com defeitos e considerou que a autora fazia jus à indenização pelos danos emergentes. Quanto aos lucros cessantes, o pedido foi julgado improcedente, com base nos seguintes fundamentos: (a) não se pode afirmar que a máquina produziria o número de horas calculado pela autora, uma vez que se tratava de equipamento com grande tempo de uso; (b) a autora deveria ter se acautelado para que não ficasse parada, seja com a aquisição de outro equipamento, seja com a realização de contrato de prestação de serviços com outra empresa. O Tribunal considerou que era ônus da autora demonstrar que havia tomado as medidas de mitigação referidas para que fizesse jus aos lucros cessantes. Nesse particular, assim consta do Acórdão:

⁶⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70025609579. Apelante: Prakasa Indústria e Comércio de Utilidades do Lar Ltda. Apelada: Mercomáquinas Indústria Comércio e Representações Ltda. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, votação unânime, j. 20.05.2009.

A leitura do dispositivo não deixa dúvidas acerca do ônus incumbido à parte que sofreu o dano: agir de forma razoável, dentro da realidade circundante, de modo a mitigar o prejuízo. Ou seja, impõe-se à parte requerente o dever de provar que tomou todas as medidas cabíveis para evitar o prejuízo experimentado.

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 do referido serviço com outra empresa, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC. Ademais, não se pode aferir objetivamente a possibilidade do lucro aventado, que adviria do trabalho gerado pela máquina de eletroerosão em sua produção. Não se podem presumir danos hipotéticos sugeridos pela autora.

Por fim, malgrado as alegações do autor, no sentido de demonstrar seu reconhecimento, experiência e prestígio no ramo negocial, vê-se que competia ao autor se acautelar no referente à contratação de equipamentos para sua produção, a fim de evitar a superveniência de quaisquer máculas na defesa de seus interesses – *standard* de conduta que se espera observar de empresas experimentadas no nicho negocial.

5.6.5.2 Comentários gerais

Os dois casos acima representam a aplicação tradicional da norma de mitigação para limitar a indenização pelos lucros cessantes, em matéria de responsabilidade aquiliana, no primeiro julgado, ou contratual, no segundo. Com efeito, se o credor pretende ser indenizado em razão de estar defeituoso ou ter sido danificado o equipamento que usa para sua atividade, deve-se perquirir se havia formas de ele manter sua atividade e, com isso, evitar ou diminuir os lucros cessantes.

Assim, embora a idéia geral que se extrai desses Acórdãos se coadune com a norma de mitigação, sua aplicação deu-se de forma equivocada. Em primeiro lugar, atribuiu ao autor o ônus de provar que não poderia ter evitado os danos, alugando outro caminhão, no primeiro caso, ou celebrando contrato de prestação de serviços ou adquirindo outro equipamento, no segundo. Conforme visto anteriormente⁶⁷³, cabe ao devedor provar que o credor poderia ter mitigado os danos.

O que ocorreu de fato é que o credor não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar adequadamente os lucros cessantes que pleiteava. Portanto, esse pedido poderia ter sido julgado improcedente com base nas regras usuais de responsabilidade aquiliana ou contratual,

⁶⁷³ Cf. item 5.4.

sem necessidade de se recorrer à norma de mitigação. Ao recorrer a ela, entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul distribuiu de forma incorreta o ônus da prova.

Em segundo lugar, os Acórdãos deixaram de avaliar a razoabilidade da conduta que se esperava do credor. No primeiro julgado, ter-se-ia que questionar se seria razoável que o dono do caminhão alugasse outro pelo período de dezoito dias que seu veículo estava passando por reparos. Seria necessário, ainda, avaliar o custo de tal locação no mercado. Se a medida fosse tida como razoável e o custo da locação menor que os lucros cessantes, o autor não se veria completamente privado da indenização. A consequência correta é que o valor da indenização seria limitado ao montante que seria gasto com a locação de outro automóvel.

No segundo Acórdão, dever-se-ia avaliar se, naquele contexto, era razoável que o credor adquirisse outro equipamento ou sub-contratasse seus trabalhos por meio de contrato de prestação de serviços com outra empresa. A aquisição de outro equipamento não se afigura como medida razoável de mitigação no contexto dos autos, quando o vendedor ainda estava de férias coletivas (entre o Natal e o Ano Novo) ou enquanto este ainda tentava reparar a máquina adquirida. Para se avaliar a razoabilidade da sub-contratação, seria necessário verificar se os clientes do credor a aceitariam e se ele poderia obtê-la a um custo que fosse menor que o de sua própria prestação a seus clientes. Ainda que tal medida fosse considerada razoável, o credor teria direito à indenização, mas essa seria limitada ao que não pudesse ser evitado por meio de tal sub-contratação.

5.6.6 Situação em que o credor poderia ter renunciado a um direito para evitar danos

5.6.6.1 Sumário e comentário da decisão

Ressarcimento voluntário da devedora⁶⁷⁴

O autor mantém conta corrente na ré, na qual foram feitos saques indevidos. Noticiado o fato à instituição financeira, esta procedeu a uma investigação por dezoito dias, concluiu pela existência de fraude e se disponibilizou a devolver o respectivo valor. No entanto, para o ressarcimento, a ré solicitou que o autor assinasse um termo por meio do qual consentia que fossem dadas informações para as investigações sobre o ocorrido. O autor se recusou a assinar

⁶⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 3ª Turma. Apelação nº 358434/PE (2003.83.00.022344-0). Apelante: CEF – Caixa Econômica Federal. Apelado: Flávio Pereira do Amaral. Rel. Des. Leonardo Resende Martins, votação unânime, j. 03.09.2009.

e ingressou com ação em que pedia a restituição do valor dos saques indevidos e indenização por danos morais. O primeiro pedido foi concedido e o segundo negado, com o seguinte fundamento:

O correntista não apresentou justificativa plausível no tocante ao não acatamento do Termo de Acordo proposto pela CAIXA, limitando-se a alegar que tal processo autorizaria a quebra de sigilo de suas informações bancárias, sem a devida autorização judicial, e uma investigação que seria feita por autoridade não competente.

Tal argumento não me convence, pois revela a falta de vontade do correntista em colaborar com a elucidação do ilícito, o qual tem repercussões na seara cível e penal. O princípio da boa-fé objetiva impunha ao autor, nessa situação, tomar as providências necessárias para mitigar sua suposta perda (é o que a doutrina chama de “*duty to mitigate the loss*”). Não o fazendo, tem-se que sua inércia contribuiu decisivamente para o suposto constrangimento que afirma ter sofrido.

Ao que parece, preferiu o autor abrir mão da imediata e voluntária devolução da quantia sacada para arriscar a sorte em uma ação de indenização por danos morais. Esse tipo de postura, a revelar uma espécie de litigiosidade fabricada, não deve ser incentivada pelo Judiciário, sob pena de servir de desestímulo à instituição financeira que adota políticas adequadas de solução administrativa e consensual de seus conflitos.

O correntista que tem valores indevidamente retirados de sua conta corrente não tem qualquer obrigação de autorizar a quebra do sigilo de suas informações bancárias. Desta forma, o autor não precisava apresentar “justificativa plausível” para não assinar termo de acordo em que renunciaria ao seu sigilo, contrariamente ao entendimento exposto no Acórdão.

A conduta da instituição financeira é que deve ser considerada ilícita, ao condicionar o ressarcimento de quantias devidas ao correntista à renúncia de direitos seus. Esse fato fica comprovado pelo próprio efeito do julgado. Ao condenar a instituição financeira a restituir a quantia dos saques indevidos, o efeito prático é que o correntista terá os valores creditados em sua conta corrente sem que tenha que renunciar a seu sigilo bancário.

Esse Acórdão representa, portanto, uma incorreta aplicação da norma de mitigação, pois não se deve considerar razoável que o credor renuncie a direito seu para evitar um prejuízo⁶⁷⁵. Portanto, se realmente a subtração de valores da conta corrente e a negativa da instituição financeira em devolvê-los causaram danos morais, esses seriam indenizáveis, pois o correntista não poderia evitá-los por meio de medidas razoáveis, isto é, aquelas que não implicassem renúncia a direito seu.

⁶⁷⁵ Cf. item 5.3.1.

5.6.7 Situações que nada têm a ver com mitigação

Foram identificados vários Acórdãos que mencionam o dever de mitigar, mas que em nada se relacionam à *evitabilidade*. Em geral, não se vislumbra uma hipótese em que o credor poderia ter agido para minimizar os prejuízos decorrentes do inadimplemento. Essas decisões serão referidas e comentadas abaixo, sem que seja possível tecer considerações de caráter geral, em razão de não haver algo de comum a elas que possa servir de análise à mitigação.

5.6.7.1 Sumários e comentários relativos a cada decisão

Inadimplemento de contrato de empreitada para construção de piscina⁶⁷⁶

O autor contratou o réu para construir uma piscina. Houve controvérsias entre as partes quanto a vazamentos e o autor notificou o réu, suspendendo os pagamentos dois meses depois da data prevista para a entrega da piscina. O pagamento que se venceria cinco dias depois da notificação representava cerca de 50% do preço pago. O Tribunal considerou que o engenheiro inadimpliu seu contrato, mas disse que o autor faltou com seu dever de boa-fé e de mitigar os danos porque: (a) demorou dois meses para se insurgir contra o réu; (b) apenas tomou alguma ação poucos dias antes de vencer a parcela mais substancial; (c) contratou advogado rapidamente para fazer a notificação; (d) “esperavam ter uma piscina pronta e acabada, em pleno funcionamento, no dia 27/09/2004, pagando menos de 15% do preço total da construção”, sendo que o engenheiro não é instituição financeira.

Com isso, concluiu que deveriam ser sopesadas as culpas, mas concedeu ao autor indenização por todos os prejuízos, sem limitar aos inevitáveis e sem fazer ponderação pela culpa relativa de cada parte.

Considerando que o devedor era o empreiteiro e o credor é o dono da obra, não se vislumbra no Acórdão o que o credor poderia ter feito para reduzir os danos a que estava sujeito pelos defeitos em sua piscina. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao que parece, teria usado o dever de mitigar para dizer que o credor não deveria ter exercido a *exception non adimpleti contractus* (ao suspender os pagamentos pelos defeitos não corrigidos da piscina) porque tal ato causaria danos ao devedor. Trata-se, portanto, da subversão não apenas da norma de mitigação como também das regras relativas às exceções.

⁶⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 34ª Câmara de Direito Privado. Apelação com Revisão nº 1.036.109-0/8. Apelante: Emersson Clássere. Apelado: Antônio Carlos Pereira e outros. Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, votação unânime, j. 27.06.2007.

Ademais, avaliou erroneamente a conduta do credor sob o prisma da boa-fé, pois esse agiu com extrema correção ao aguardar que o empreiteiro corrigisse o defeito antes de opor a exceção do contrato não cumprido. Igualmente, o fato de contratar certo esquema de pagamento, independentemente de ser o sinal maior ou menor, não representa má-fé do credor.

Por fim, nada de tal equivocada fundamentação foi usada para quantificar as perdas e danos devidas ao credor, o que seria o efeito esperado da aplicação da norma de mitigação.

Falta de aviso quanto ao saldo devedor⁶⁷⁷

Esses casos prendem-se a situações fáticas semelhantes. O correntista de instituição financeira requer verbalmente o encerramento da conta, mas deixa pequeno saldo devedor ou pequeno saldo credor. Por certo tempo, o banco não o avisa de tal saldo devedor, que aumenta substancialmente em razão da cobrança de juros, tributos (CPMF e IOF) e, em alguns casos, tarifas de manutenção de conta. Quando o montante atinge valor significativo, a instituição financeira cobra do correntista ou o inscreve em cadastros de proteção ao crédito. Em alguns casos, o consumidor alega em defesa não ter sido avisado pelo banco e sequer saber que sua conta ainda estava ativa. Em outros, paga a dívida para cancelar a inscrição em cadastro de proteção ao crédito e ingressa com ação para repetir o que pagou, com base em iguais alegações.

O Tribunal tem entendido que a instituição financeira faltou com seu dever de mitigar ao não evitar que o saldo devedor atingisse tais proporções. Pode-se citar exemplificativamente o seguinte trecho do Acórdão da Apelação nº 991.06.054173-7:

Regem-se as relações de consumo pelo princípio da boa-fé objetiva (art. 4o, III, do CDC), pela qual o fornecedor tem obrigação de cooperar com o consumidor no adimplemento do contrato em observância à eticidade que deve reinar nas relações jurídicas. Trata-se do dever de mitigar a perda ou “duty to mitigate the loss”, consagrado no Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil (“o princípio da boa-

⁶⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 19ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 991.06.054173-7. Apelante: Glória Maria das Graças de Paulo. Apelado: Banco do Brasil S/A. Rel. Des. Ricardo Negrão, votação unânime, j. 26.10.2010. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 19ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 991.07.072632-5. Apelante: José Motta. Apelado: Banco do Brasil S/A. Rel. Des. Ricardo Negrão, votação unânime, j. 19.10.2010. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 19ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 991.07.065969-0. Apelantes: Lázara Ferreira de Sousa e José Neto Rocha. Apelado: Banco do Brasil S/A. Rel. Des. Ricardo Negrão, votação unânime, j. 28.09.2010. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 9ª Câmara Cível. Apelação cível nº 0219297-89.2009.8.19.0001. Apelante: Cláudio César Maia de Bittencourt Lobo. Apelado: Banco Citibank S.A. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, decisão monocrática, j. 28.09.2010.

fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”), inspirado no art. 77 da Convenção de Viena (...).

No caso concreto, embora a suplicante não tenha solicitado por escrito o encerramento da conta corrente e tenha ali deixado saldo devedor de pouco mais de quarenta reais, a casa bancária igualmente obrou com culpa ao permitir, com sua inércia, que o valor da dívida quadruplicasse em pouco mais de um ano.

Nesses casos, não há propriamente um inadimplemento do correntista e, em seguida, o ônus de que a instituição financeira o avise do inadimplemento. Se assim fosse, poder-se-ia aplicar os comentários feitos no item 5.6.2.2 ou no item 5.6.3.2, conforme houvesse ou não o ônus de informar por parte do credor.

Nos julgados acima referidos, a instituição financeira faltou com seu dever de informar durante o regular cumprimento do contrato, mesmo antes de haver qualquer inadimplemento por parte do correntista. O seu saldo se tornou devedor ou atingiu valores significativos porque a instituição financeira descumpriu o contrato de prestação de serviços que mantém com o correntista. O dever de informar se impõe por força do artigo 6º, III, da Lei nº 8.078/90, bem como como dever anexo da boa-fé objetiva, a qual, por sua vez, rege o contrato entre as partes por aplicação do artigo 422 do Código Civil⁶⁷⁸.

A questão, portanto, se situa no terreno da boa-fé objetiva, mas não é pertinente à norma de mitigação, pois diz respeito ao cumprimento das obrigações contratuais da instituição financeira, devedora da prestação de serviços.

Concessão excessiva de crédito⁶⁷⁹

Há alguns Acórdãos que envolvem situações fáticas similares. O autor tomou uma série de empréstimos junto à ré. Posteriormente, não honrou o valor das parcelas, tendo a instituição financeira procedido ao desconto do montante devido da conta corrente em que o autor recebia seus vencimentos. O Acórdão relata que não havia fundos suficientes para o pagamento de todas as dívidas na conta bancária, passando a incidir sobre o inadimplemento juros, correção monetária e demais encargos contratuais. A ação foi proposta com o objetivo

⁶⁷⁸ Cf. LÔBO. Deveres... op. cit. p. 88-90.

⁶⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 9ª Câmara Cível. Apelação cível nº 0009079-61.2008.8.19.0052. Apelantes: Ana Paula Xavier Costa e Banco Itaú S.A. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, decisão monocrática, j. 05.08.2010. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 9ª Câmara Cível. Apelação cível nº 0009079-61.2008.8.19.0052 (Agravo Legal). Apelantes: Ana Paula Xavier Costa e Banco Itaú S.A. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, votação unânime, j. 14.09.2010.

de condenar a ré a pagar danos morais pela inscrição do nome do autor em cadastro de proteção ao crédito e para limitar o desconto em conta corrente a trinta por cento dos vencimentos do autor.

Em decisão monocrática, o Desembargador entendeu que o valor era devido, os contratos eram lícitos e, portanto, a inscrição do autor no cadastro de proteção ao crédito representava exercício regular de direito. Não havia, assim, lugar para indenização por danos morais. No que concerne à mitigação, assim se pronunciou (decisão da Apelação cível nº 0009079-61.2008.8.19.0052):

Por outro vértice, as instituições financeiras colaboram com o endividamento exacerbado dos consumidores, liberando créditos sem limitar o valor máximo consignável, infringindo o dever anexo de cooperação, relacionado diretamente com o princípio da boa-fé objetiva. Nesse contexto, pertinente *in specie* a construção inovadora *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor que encontra amparo no Enunciado nº 169 na III Jornada de Direito Civil: “princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Desta forma, há que se estabelecer um percentual de desconto, porquanto a conta corrente em questão destina-se ao recebimento dos rendimentos do apelante, possuindo nítido caráter alimentar, tese que vem sendo acolhida pela jurisprudência. Demais, impossível o confisco de totalidade do salário para pagamento de dívida contraída, sob pena de se agravar ainda mais a situação financeira e familiar do apelante.

A exemplo dos casos que se acabou de comentar (que envolvem falta de aviso quanto ao saldo devedor), esses julgados não se submetem à situação tratada pela norma de mitigação. Não se vislumbra inadimplemento do devedor e medidas que poderiam ser tomadas pelo credor para evitar os danos. O fato de a instituição financeira conceder mais crédito ao consumidor não caracteriza conduta no sentido de majorar ou não evitar suas perdas. A norma de mitigação implica que seja feita uma análise da conduta do credor depois do inadimplemento do devedor, conforme se destacou acima⁶⁸⁰.

Nesses casos, a análise da conduta da instituição financeira deve ser feita antes da contratação; situa-se, portanto, na fase pré-contratual. Poder-se-ia, então, avaliar se a concessão de crédito sem que se verifique a capacidade de endividamento do consumidor viola ou não a norma de agir conforme a boa-fé objetiva. Mas essa análise nada tem a ver com aquela feita pelo prisma da *evitabilidade*.

⁶⁸⁰ Cf. item 5.3.1.

Outro aspecto em que o problema pode ser encarado é a licitude de descontos em conta corrente ou conta salário do devedor acima de certo patamar. Para essa abordagem, igualmente, a norma de mitigação não tem qualquer pertinência.

Menção no Acórdão sem que sirva de fundamento⁶⁸¹

A distribuidora de bebidas ingressou com ação contra a fabricante, que havia resiliado imotivadamente o contrato de distribuição por prazo indeterminado, requerendo indenização por perdas e danos. O Tribunal considerou que a ré tinha direito de resilir o contrato, mas deveria indenizar o autor pelo “fundo de comércio incorpóreo” que havia sido construído pela autora ao longo do tempo. O Acórdão não deixou claro se a resolução era considerada ato lícito ou ilícito por constituir, nesse último caso, abuso do direito. No curso do voto do Desembargador Relator, pode-se ler o seguinte sobre a norma de mitigação:

A par deste, aplica-se outro princípio. Um que vigora há muito, ou seja, o princípio "*duty to mitigate the loss*", ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor, ou não oneração do devedor a causar-lhe maior prejuízo, o que levou à aprovação do Enunciado n° 169 na III Jornada de Direito Civil daquele mesmo Conselho: "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo". Tal Enunciado surgiu por proposta da Professora Vera Maria Jacob de Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, onde ressaltado o dever de colaboração das partes, em todas as fases do contrato.

Inspirou-se ela no art. 77 da Convenção de Viena de 1.980, sobre venda internacional de mercadorias (...).

Já em 1o de julho de 1964, na Convenção de Haia, art. 88, estabeleceu-se o princípio do dever do credor de mitigar o dano, com respeito à Lei Uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corporais. Também quanto aos contratos de comércio internacional, os princípios publicados em Roma, em 1994, e o Código Europeu de Contratos.

Isso constitui um dever de natureza acessória, um dever "anexo", derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes. Do princípio da boa-fé objetiva decorrem expectativas de atitudes dos contratantes, no sentido de eles cooperarem reciprocamente pelo cumprimento dos deveres anexos. Conforme o Prof. Dr. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, da Faculdade de Direito de Lisboa, "a boa-fé objetiva postula a observância de determinados deveres acessórios, como os de proteção, esclarecimento e de lealdade" ("*Da boa-fé no Direito Civil*", Coimbra: Almedina, 1.997). O dever anexo de proteção impõe às partes a adoção de medidas necessárias a fim de evitar que a outra parte perceba danos ao seu patrimônio ou pessoa. Já o dever acessório de informação torna obrigatório às partes a prestação de informações relevantes ao contrato, sendo essa obrigação considerada reciprocamente entre elas. Finalmente, o dever anexo de lealdade obriga as partes a evitar a adoção de condutas que possam tornar inútil à contraparte, a prestação a ser cumprida. Esses

⁶⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação n° 991.06.044156-0. Apelante: Cia. de Bebidas das Américas – Ambev. Apelada: New Service Comércio de Bebidas Ltda. Rel. Des. Candido Alem, votação unânime, j. 31.08.2010.

deveres anexos de lealdade, informação e proteção encontram-se implícitos nos contratos.

Temos, pois, que o nosso direito não só pode, como já recepcionou, no aspecto contratual, o princípio do "*duty to mitigate the loss*". Os sistemas jurídicos alemão e o suíço adotam tal princípio, mas atribuindo-lhe a condição, o primeiro, de "*Obliegenheit*" e o segundo, a de "*incombance*".

A sentença foi confirmada, mantendo a condenação da Ré de indenizar no montante arbitrado ao equivalente do valor das compras da distribuidora nos doze meses que antecederam a rescisão. A par de não ter sido determinado se houve ou não inadimplemento de qualquer obrigação por parte da devedora (fabricante de bebidas), não houve qualquer menção em se reduzir a indenização a que fazia jus o credor (distribuidora), em razão de não ter minimizado algum prejuízo que poderia ter sido evitado por esforços razoáveis.

Assim, embora o Acórdão mencione o dever de mitigar, não há nada na conclusão a que chegou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que se pareça com a aplicação da *evitabilidade*. O que se poderia, talvez, imaginar é que o Tribunal condenou a fabricante porque considerou que ela deveria, pelo pagamento da indenização, mitigar as perdas que o distribuidor teve com a rescisão do contrato. No entanto, isso em nada se parece com a norma de mitigação em qualquer dos países estudados ou nos instrumentos internacionais, pois a conduta de minimização é exigível do credor, com o objetivo de evitar os seus próprios danos. Nem mesmo poder-se-ia derivar tal esdrúxula aplicação da boa-fé objetiva. Ora, em qualquer hipótese em que se condena alguém a indenizar, o objetivo é justamente *mitigar* as perdas do credor, por meio da recomposição.

Alteração de conduta no curso do contrato⁶⁸²

A ré enviou uma proposta para o fornecimento de materiais e mão de obra para a construção do forro da sede da autora. Embora o Acórdão não mencione expressamente, entende-se que a proposta foi aceita, tendo o Tribunal, não obstante, qualificado-a de contrato preliminar. Posteriormente, verificou-se que o cimento cotado na proposta seria fornecido diretamente pela fabricante Lafarge à autora, o que não foi feito tempestivamente por haver restrição a esta em cadastro de proteção ao crédito. Diante da situação, a autora requereu inicialmente que fossem feitos outros trabalhos que não dependessem do material a ser

⁶⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, Câmara Única. Apelação nº 2794/06. Apelante: Renovy Comércio de Material de Construção. Apelada: Associação Educacional da Amazônia – Asseama. Rel. Des. Luiz Carlos, votação unânime, j. 24.04.2007.

fornecido pela Lafarge. Depois, em outra correspondência, exigiu o cumprimento da proposta original, em que não constava que o cimento tivesse que ser faturado diretamente da fabricante para a autora.

Por esses motivos, o serviço e o fornecimento não foram prestados pela ré, razão pela qual a autora ingressou com ação requerendo indenização por perdas e danos. O Magistrado de primeira instância determinou o pagamento do sinal em dobro, por considerá-lo pagamento indevido, com base no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal de Justiça do Amapá reformou a decisão e julgou improcedente o pedido de indenização formulado pelo dono da obra, com fundamento na norma de mitigação, entre vários outros, como se evidencia do trecho transcrito abaixo:

Com efeito, analisando o caso concreto, entendo que mesmo diante do retorno das propostas preliminares, não se pode imputar a empresa-apelante o inadimplemento contratual, e muito menos eximir a apelada de suas obrigações por completo.

O fato é que não poderia a apelada, a seu bel prazer, retornar as propostas preliminares apenas para que a apelante assumisse por sua conta e risco todo o fornecimento do material, sem mensurar todos os transtornos decorrentes de tal decisão, comportamento que reputo desprovido de qualquer boa-fé. (...)

Uma dessas construções inovadoras, relacionadas diretamente com a boa-fé objetiva é justamente do *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor. (...)

E sobre essa tese foi aprovado o Enunciado nº 169 na mesma III Jornada de Direito Civil: “princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Referido Enunciado, no meu pensar, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e decorrentes do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC.

Ora, ante as restrições comerciais da apelada e o retorno às propostas preliminares, o sinal dispensado pela mesma não pode ser acolhido somente como pagamento de material, mas também como pagamento da mão de obra. Afinal, nos termos da proposta-orçamento a apelante ficaria responsável pelo fornecimento de material e serviço para construção do forro FGA. (...)

Assim, não entendo como indevido o pagamento realizado pela apelada, posto que de fato a empresa RENOVY deslocou seus funcionários para que se iniciasse as benfeitorias, inclusive por insistência da própria apelada, que autorizou claramente, conforme o teor da mensagem de fls. 16, a aquisição de matérias em outros fornecedores, ressaltando, inclusive, o envio do sinal para compras de materiais outros que não exclusivamente a LAFARGE.

Diante das circunstâncias desenhadas nos autos, e em face da negligência da apelada em tomar tais medidas, entendo ser inaplicável o disposto no parágrafo único do art. 42 do CDC (repetição de indébito), uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa

conduta que deve existir entre os negociantes. Ademais, não se aplica o citado disposto do Código Consumerista porque não houve pagamento indevido.

Aliás, conforme o Enunciado nº 24 do mesmo Conselho da Justiça Federal, “a quebra dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva gera a violação positiva do contrato, hipótese de inadimplemento negocial que independe de culpa gerando responsabilidade contratual objetiva”.

E mesmo se assim não fosse a responsabilidade objetiva estaria configurada pela presença do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil e pela interpretação que lhe é dada por outro Enunciado da I Jornada do Direito Civil, o de nº 37, que ora os transcrevo:

“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”.

Enunciado nº 37 do CJF: “art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Com efeito, entendo que pelos dois caminhos acima percorridos, a quebra dos deveres anexos gera a responsabilidade objetiva daquele que desrespeitou a boa-fé objetiva.

Com isso, não há falar em repetição de indébito em favor da apelada, porque esta pagou pelos devidos serviços prestados pela apelante.

O Acórdão menciona vários fundamentos como justificativa para a improcedência do pedido, de forma que não é possível saber, exatamente, porque a autora não fez jus à indenização. De qualquer forma, o julgado não caracterizou com clareza o inadimplemento contratual por parte do fornecedor e a falta do dono da obra em evitar a ocorrência de danos, o que seria de se esperar se houvesse efetivamente aplicação da norma de mitigação.

O que talvez seja possível inferir da confusa fundamentação é que o dono da obra faltou com seu dever de colaboração durante o cumprimento contratual. Diante da contingência – dificuldade em se faturar o cimento diretamente com a fabricante –, o Tribunal esperaria que o credor agisse conforme sua primeira correspondência, ou seja, permitisse que o fornecedor fizesse outras partes do trabalho antes. Se for esse o caso, o dono da obra faltou com o dever de colaboração, que é um corolário da boa-fé objetiva⁶⁸³, mas essa não se situou no momento de evitar os danos decorrentes do inadimplemento⁶⁸⁴. Outra possibilidade de leitura do Acórdão, seria que o Tribunal considerou que a autora agiu contrariamente à vedação à *venire contra factum proprium*, a qual, entretanto, não se confunde com a norma de mitigação, conforme visto no item 4.5.3 *supra*.

⁶⁸³ Cf. LÔBO. Deveres... op. cit. p. 93-94.

⁶⁸⁴ Exceto se a estratégia de permitir a entrega de outros materiais servisse como estratégia para evitar um atraso.

5.6.8 Avaliação geral da jurisprudência brasileira

A análise acima realizada revela que a mitigação tem sido reconhecida pelo Poder Judiciário brasileiro como norma de conduta imposta ao credor como corolário da boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil, para as obrigações contratuais, e no artigo 187, para a responsabilidade aquiliana. Os julgados comprovam que o credor tem o ônus de cooperar para evitar ou minimizar prejuízos que decorrem do inadimplemento, embora todos ainda se refiram à mitigação como um dever.

Muito embora tais decisões representem um significativo avanço no direito contratual brasileiro, pode-se evidenciar, em vários julgados, a aplicação pouco técnica da norma de mitigação. Com efeito, em muitas passagens, a minimização dos danos é referida apenas como curiosidade ou de maneira retórica sem precisar seus pressupostos e limites. Dessa maneira, a *evitabilidade* mantém quase a mesma vagueza semântica da boa-fé e é usada para que o julgador valore a conduta do credor, de maneira subjetiva, discricionária e sem recurso a qualquer padrão objetivo de avaliação. A mitigação, assim, corre o risco de se tornar uma panacéia a justificar qualquer decisão por equidade em que o Juiz não queira, por qualquer motivo, inclusive hipossuficiência, condenar o devedor.

Todavia, deve-se atentar para a lição de Yves-Marie Laithier, parcialmente citada na epígrafe a esse capítulo:

A finalidade do dever de restringir o prejuízo não é recompensar o devedor inadimplente. Além disso, ninguém espera que o credor realize um ato de abnegação ou que adote um comportamento altruísta, em nome do espírito de solidariedade que supostamente anima as relações contratuais contemporâneas. Esse dever não o obriga a desconhecer seus próprios interesses, nem a fazer prevalecer os do devedor sobre os seus.⁶⁸⁵

Como visto no Capítulo III, entretanto, a mitigação se presta a objetivos mais nobres de racionalizar o direito contratual, tornar as trocas em sociedade mais eficientes e evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes. É imprescindível, assim, que a norma de mitigação passe a ter aplicação mais técnica pela jurisprudência, a fim de desenvolver corretamente o instituto no Brasil. Desta forma, evitar-se-á que a mitigação termine por ter efeito diametralmente oposto aos objetivos que são pretendidos com o seu reconhecimento a partir da boa-fé objetiva.

⁶⁸⁵ LAITHIER. Étude... op. cit. p. 438.

A aplicação pelo Poder Judiciário de uma norma que contém uma cláusula geral, tal como a boa-fé, tem importante função criadora do direito. Entretanto, esse mister não se constitui em atribuição pelo legislador de discricionariedade irrestrita ao julgador, de forma a fazer prevalecer suas próprias concepções subjetivas de certo ou errado, justo ou injusto⁶⁸⁶. A cláusula geral deverá ser preenchida pelo Poder Judiciário de maneira convergente e de forma a evitar interpretações díspares, a partir do recurso a princípios e valores jurídicos e metajurídicos⁶⁸⁷. Apenas com esses cuidados, o Poder Judiciário evitará que o emprego da cláusula geral se transforme instrumento de violação à isonomia e à segurança jurídica⁶⁸⁸, permitindo que a mitigação floresça, a partir de sua derivação da boa-fé objetiva, como instrumento de justiça, racionalização e eficiência do direito contratual brasileiro. Espera-se que os estudos promovidos pelo presente trabalho, que delimitaram os pressupostos, limites e efeitos da aplicação da mitigação, sirvam de relevante contribuição para seu correto desenvolvimento no direito brasileiro.

⁶⁸⁶ Cf. COUTO E SILVA. A obrigação... *op. cit.* p. 42. MARTINS-COSTA. A boa-fé... *op. cit.* p. 412-413.

⁶⁸⁷ Cf. FONSECA. A função... *op. cit.* p. 20.

⁶⁸⁸ Cf. MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., *op. cit.* p. 1184. FONSECA. A função... *op. cit.* p. 20.

VI – CONCLUSÕES

6.1 Síntese final

Diante do inadimplemento de uma obrigação, o direito brasileiro impõe que o credor adote as medidas que sejam razoáveis para minimizar ou reduzir os danos daí decorrentes. A norma de mitigação, embora não esteja contemplada expressamente no Código Civil, é corolário da boa-fé objetiva, sendo possível encontrar seu fundamento no direito positivo nos artigos 422 e 187.

Com efeito, afastando-se da opção adotada quando da elaboração do Código Civil de 1916, o atual contemplou uma série de normas que contêm conceitos indeterminados e cláusulas gerais. Ao utilizar conceitos com menor determinação, ou com elevado grau de vagueza semântica, o Legislador permite a abertura do sistema de direito privado a princípios e valores jurídicos e extra-jurídicos. Atribui, desta forma, porosidade e maleabilidade ao sistema jurídico que permitem a sua adaptação ao contexto histórico e social em constante mutação. Ao estabelecer o diálogo com os valores socialmente vigentes em dado contexto, a ordem jurídica assume um sentido pragmático e permite soluções melhor talhadas a cada realidade, a cada caso concreto, conciliando-se o pensamento sistemático com o tópico.

A abertura do sistema dá-se, inegavelmente, pela atribuição do Legislador ao Juiz de certa autoridade criadora do ordenamento jurídico. A partir do uso de expressões com elevado grau de vagueza, caberá ao julgador precisar o seu conteúdo. Em analogia frequente, o Juiz deverá preencher a moldura fornecida pela norma que se utiliza de um conceito indeterminado ou de uma cláusula geral. Nesse mister, entretanto, não deverá agir com irrestrita discricionariedade, utilizando suas próprias concepções pessoais. Em outros termos, o uso de normas vagas pelo Legislador não é uma autorização para que o Juiz aplique uma solução de cunho moral ou de acordo com suas próprias opiniões subjetivas.

A aplicação de tais normas deverá ser feita em caráter estritamente técnico-jurídico. A expressão utilizada pelo Legislador, mesmo tendo elevado grau de vagueza, contém certa carga semântica da qual não deve se distanciar o aplicador da norma. Tal carga semântica traça a moldura dentro da qual deverá atuar o Juiz. Além disso, está o julgador adstrito a fundamentar suas decisões e, ao fazê-lo, demonstrar quais valores e princípios foram relacionados àquela norma que contém o conceito indeterminado ou a cláusula geral, bem

como a forma pela qual essa articulação pode proporcionar a solução ao caso. Na medida em que se repete a aplicação tecnicamente correta das normas com alto grau de indeterminação, essas serão empregadas de forma convergente para certo grupo de casos semelhantes, evitando interpretações díspares e possibilitando dotar tais normas de maior grau de concreção. Concilia-se, assim, flexibilidade e segurança, abertura e coerência, justiça e previsibilidade.

A boa-fé, na forma prevista pelos artigos 422 e 187 do Código Civil, é uma cláusula geral, pois tem em vista a regulação de comportamentos e outorga maior grau de discricionariedade ao aplicador. Com efeito, deverá o julgador verificar se a conduta em análise está ou não de acordo com a boa-fé e, em caso negativo, quais serão os efeitos daí decorrentes, dentre os vários disponíveis no ordenamento jurídico.

Entretanto, os estudos da boa-fé devem verificar a sua aplicação na resolução de problemas específicos de direito privado. Não pode a boa-fé ter aplicação tão ampla e genérica que sirva de solução a todas as questões, de recurso retórico a fundamentar qualquer solução que pareça boa por critérios pessoais do julgador de plantão. Compreendida dessa forma, a boa-fé tende à hipertrofia e, como reação à insegurança que trará, ao seu esvaziamento. Desta forma, necessário será o estudo de institutos desenvolvidos a partir da boa-fé, como a vedação à *venire contra factum proprium*, a responsabilidade pré-contratual e a mitigação, que foi objeto do presente trabalho.

O núcleo semântico da boa-fé remete à observância de padrão de conduta leal, honesta e correta, que seria aquela socialmente esperada do homem probo. Esse padrão de conduta se impõe tanto ao devedor quanto ao credor. A leitura do direito das obrigações sob o prisma da boa-fé tem tido o condão de revolucioná-lo, sendo interessante observar no presente trabalho o papel que vem sendo atribuído à cooperação no estabelecimento de novas bases para tal ramo do direito, mais notadamente quanto à matéria contratual. A cooperação aparece como razão de existir da obrigação, em seu sentido tradicional, como forma de assegurar a colaboração do devedor para a satisfação do credor. É tido que o próprio sentido da boa-fé é organizar a cooperação entre as partes de uma obrigação. A colaboração é comumente considerada também como dever anexo derivado da boa-fé. Por fim, a cooperação é vista como o alicerce fundante de um novo direito dos contratos, aquele que se firma na superação do antagonismo entre devedor e credor.

A cooperação aparece, portanto, com um valor fundamental do direito das obrigações contemporâneo. Para resolver a questão de se o credor deverá minimizar os danos a que está sujeito, a cooperação deve ser chamada a dialogar com a cláusula geral da boa-fé. É necessário perquirir qual é o padrão de conduta leal e correta que se espera do credor em uma ordem jurídica contaminada pelo valor da cooperação. A resposta a que se chegou nesse trabalho é que deverá empregar esforços razoáveis para evitar ou minimizar os danos decorrentes do inadimplemento.

Houve, ainda, outros fundamentos para que a boa-fé fosse preenchida de maneira a exigir do credor que mitigue os prejuízos. De forma atenta à técnica de aplicação de cláusulas gerais, demonstrou-se que essa é a solução consentânea com o direito estrangeiro e com as soluções contempladas nas iniciativas de uniformização do direito contratual. Há também aceitação do instituto pela doutrina nacional, como comprova a adoção do Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Ademais, a aplicação de cláusulas gerais implica a ponderação de diversas soluções possíveis à luz de pensamento pragmático, tendo em vista as finalidades pretendidas pelo ordenamento jurídico. Foi demonstrado nesse trabalho, e será retomado a seguir, que o reconhecimento da norma de mitigação torna o direito contratual mais eficiente, servindo de fator de modernização do direito contratual brasileiro.

A boa-fé, portanto, impõe ao credor prejudicado pelo inadimplemento a conduta de adotar esforços razoáveis para evitar ou minimizar os danos. Caso não aja como prescrito pela norma de mitigação, não surgirá para o credor o direito de ser indenizado pelos prejuízos que poderiam ter sido evitados. Ademais, se emprega medidas razoáveis, tenha ou não conseguido evitar os danos, o credor será indenizado pelo custo incorrido com tais medidas.

A regra de mitigação, de tal forma extraída da boa-fé, contribui para evitar o desperdício de recursos social e economicamente relevantes. Ora, na sua ausência, o credor será indenizado por todos os prejuízos que sofrer. Partindo do pressuposto que a indenização é medida perfeita das perdas e danos e que o devedor é solvente, o credor terá, portanto, pouco incentivo para evitar prejuízos a seu próprio patrimônio, pois esse será recomposto pelo devedor. No entanto, quando este paga a indenização, o recurso econômico apenas muda de mãos, mas aquele bem ou direito perdido pelo credor não é mais recomposto socialmente. Ao estabelecer que não haverá indenização pelos danos evitáveis, a norma de mitigação cria um

incentivo para que o credor adote medidas para que a sociedade não perca, de forma definitiva, recursos econômicos.

A mitigação tem inegavelmente o efeito de tornar menos oneroso para o devedor o descumprimento de uma obrigação. Inadimplementos que eram eficientes na ausência da norma de mitigação se tornarão mais eficientes; alguns daqueles que eram ineficientes passarão a ser eficientes. Assim, poderá funcionar como estímulo ao descumprimento, que foi reconhecido como um possível efeito colateral do reconhecimento da norma de mitigação no direito brasileiro, se se partir da premissa que o ordenamento jurídico deverá garantir ao máximo a observância à palavra dada ao invés de privilegiar o inadimplemento eficiente.

No entanto, o inadimplemento contratual deve ser avaliado como um projeto entre duas pessoas que, em razão de alguma contingência, não deu certo e teve que ser interrompido. Nesse momento, deve-se fazer um esforço para alinhar os interesses das duas pessoas envolvidas – credor e devedor – a fim de mimetizar o que seria realizado se o projeto fosse conduzido individualmente, quando o seu titular faria tudo o que fosse razoável para minimizar as perdas decorrentes da interrupção do projeto. O reconhecimento da norma de mitigação serve a tal propósito, pois reduz o risco moral, diminui o estímulo do credor para aumentar os danos diante de incertezas quanto ao valor da indenização, restringe a margem para ações oportunistas e atribui ao *least cost avoider* a responsabilidade por minimizar os danos.

Esses efeitos têm, ainda, o condão de incentivar a troca de informações entre as partes para a busca de uma solução que diminua os custos do inadimplemento. Desta forma, reduzem os custos de transação associados à renegociação do contrato e fomentam a cooperação que, portanto, é um dos efeitos da norma de mitigação, além de, como visto, ser valor que associado à boa-fé serve de fundamento ao seu reconhecimento no direito brasileiro.

Apesar de ter sido demonstrado que o direito brasileiro atual já contempla a norma de mitigação, sua aplicação poderia ocorrer de forma mais ampla e segura se o Legislador tivesse previsto expressamente o ônus de mitigar no diploma civil de 2002, a exemplo das codificações alemã e italiana. Assim, embora não seja imprescindível para o reconhecimento do ônus de mitigar, afigura-se conveniente a sua previsão expressa da regra de mitigação em texto normativo, razão pela qual sugere-se sua inclusão no Código Civil brasileiro, de acordo com o Anteprojeto de Lei seguinte:

Anteprojeto de Lei

Inclui no Código Civil brasileiro o ônus de mitigar.

Art. 1º. Ficam incluídos os seguintes parágrafos ao artigo 403 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro):

“§1º. As perdas e danos não incluem os danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos pelo credor com o emprego de medidas ou esforços razoáveis de sua parte.

§2º. A indenização devida ao credor deverá ser reduzida no montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento.

§3º. As perdas e danos abrangem as despesas razoáveis feitas pelo credor na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.”

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

6.2 Conclusões finais

No presente trabalho, chegou-se às seguintes conclusões:

1. O direito brasileiro atual impõe ao credor que seja adotada conduta para a mitigação do dano causado pelo inadimplemento do devedor a partir da cláusula geral de boa-fé contida nos artigos 422 e 187 do Código Civil vigente (comprovação da primeira hipótese proposta).
2. Os pressupostos, limites e efeitos da mitigação podem ser delimitados pela seguinte regra:
 - (a) O credor não será indenizado pelos danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos com o emprego de medidas ou esforços razoáveis de sua parte.
 - (b) A indenização devida ao credor deverá ser reduzida no montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento.
 - (c) O credor deverá ser indenizado pelas despesas razoáveis feitas na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.
3. A norma de mitigação poderá ser aplicada de ofício, pois implica questão de aferição do direito do credor à indenização.
4. Cabe ao devedor o ônus de provar que o credor poderia ter mitigado e qual é a extensão dos danos evitáveis que deve ser cotejada da indenização.

5. Em princípio, a mitigação não deve ser usada para reduzir a cláusula penal, mas essa idéia comporta exceções tratadas nesse trabalho.

6. A mitigação tem natureza de ônus jurídico e não de dever.

7. A razoabilidade é critério que servirá para avaliar a correção do comportamento do credor, não sendo possível, de antemão, fixar todas as condutas que devem ser consideradas razoáveis, pois a reação do credor dependerá da situação concreta que for por ele vivida. Todavia, é possível fixar parâmetros para a aferição da razoabilidade, como feito pela presente tese, o que poderá ser útil em futuros julgamentos em que a mitigação esteja em jogo.

8. A norma de mitigação implica que o credor realize operações substitutivas no mercado, se essas constituírem medidas razoáveis de evitar os danos. Em outros termos, deverá o credor buscar junto a terceiros prestação similar àquela inadimplida pelo devedor para evitar prejuízos adicionais como, por exemplo, lucros cessantes. A operação substitutiva, entretanto, não se impõe em todos os casos, ficando submetida ao teste da razoabilidade.

9. A incipiente jurisprudência brasileira acerca da mitigação ressenete-se de aplicação mais técnica da boa-fé, em geral, e da mitigação, em particular. Espera-se que o estudo aqui promovido da doutrina e jurisprudência estrangeiras, bem como a delimitação dos pressupostos, limites e efeitos da mitigação, possa servir às análises que sejam futuramente realizadas pelo Poder Judiciário de questões envolvendo a mitigação.

10. O reconhecimento da norma de mitigação melhora o nível de eficiência econômica do direito contratual brasileiro (comprovação da segunda hipótese proposta).

11. A norma de mitigação reduz os custos do inadimplemento para o devedor e, desta forma, poderá funcionar como estímulo ao descumprimento.

12. O reconhecimento do ônus de mitigar serve para alinhar os interesses do credor e do devedor diante do projeto contratual frustrado pelo inadimplemento, gerando estímulos para que o credor aja de maneira que o devedor agiria para reduzir suas perdas.

13. A norma de mitigação reduz os custos de transação associados à renegociação do contrato e, desta forma, fomentam a cooperação entre credor e devedor diante de contingências que podem afetar o cumprimento contratual.

14. A norma de mitigação reduz os custos das duas estratégias possíveis diante da contingência que afete o cumprimento da obrigação: o inadimplemento com pagamento da indenização e a renegociação. Como o custo da ocorrência de alguma situação imprevista é *precificada* pelas partes no momento da celebração da avença, a norma de mitigação reduz o custo global do contrato, ocorra ou não a contingência. Essa redução no custo da contratação será repartida entre as partes, de acordo com o poder de barganha relativo de cada uma.

O reconhecimento da norma de mitigação, portanto, faz com que as trocas em sociedade ocorram de forma mais eficiente, evitando o desperdício de recursos social e economicamente relevantes, reduzindo o custo global das contratações e provendo incentivos econômicos para a cooperação entre as partes. Se aplicada de forma tecnicamente correta e coerente, conforme aqui proposto, constituirá importante fator de modernização do direito contratual brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 63, p. 45-56, jan./mar. 1993.

AMERICAN Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Contracts*. Saint Paul: American Law Institute, 1981.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Lisboa: Almedina, 1992.

ANSON, William Reynell, BEATSON, J. *Anson's law of contract*. 28. ed. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2002.

ANTONIOLLI, Luisa, VENEZIANO, Anna (ed.). *Principles of European Contract Law and Italian law*. Haia: Kluwer Law International, 2005.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figeirêdo. *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 4. São Paulo: Método, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Ônus. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 56. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 71-74.

ATYIAH, P. S., SMITH, Stephen A. *Atiyah's introduction to the law of contract*. 6. ed. Oxford: Clarendon, 2005.

ATYIAH, P. S. The liberal theory of contract. In: ATYIAH, P. S. *Essays on contracts*. New York: Oxford University Press, 1990.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, a. 89, v. 775, p. 11-17, maio 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137-147.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, p. 123-129, jan-mar. 2000.

BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H., PICKER Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of commercial common sense. *Advocates' Quarterly*, Agincourt, v. 13, n. 3, p. 273-307, 1991-1992.

BEALE, Hugh et al. (ed.). *Contract Law*. Oxford, Portland: Hart, 2002.

BERMUDES, Sergio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obligazioni*. v. 1. Milão: Giuffrè, 1953.

BIRMINGHAM, Robert L. Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. *Rutgers Law Review*. Newark, v. 24, p. 273-292, 1969-1970.

BONELL, Michael Joachim (ed). *The Unidroit Principles in practice: caselaw and bibliography on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. 2. ed. Ardsley: Transnational, 2006.

BONELL, Michael Joachim. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? *Tulane Law Review*. New Orleans, v. 69, p. 1121-1147, 1994-1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial nº 758.518-PR (2005/0096775-4). Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. Apelado: Sérgio Meca de Lima. Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), votação unânime, j. 17.06.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 16ª Câmara Cível. Apelação cível nº 1.0701.07.183692-1/001. 1ºs Apelantes: Julio Ferreira dos Santos e outro. 2º Apelante: Felipe Raffaelli Ramos. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Wagner Wilson, votação unânime, j. 11.03.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0967851-1. Apelantes: Posto BR Jahu Ltda., Lourenço de Pieri e outros. Apelada: Petrobrás Distribuidora S/A. Rel. Des. Candido Alem, votação unânime, j. 02.06.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0891290-1. Apelantes: Petrobrás Distribuidora S/A, Posto Petrocity Ltda. e outros. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Candido Alem, votação unânime, j. 19.05.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1.170.013-1. Apelantes: Auto Posto Shopping Diadema Ltda. e outros. Apelada: Mercoil Distribuidora de Petróleo Ltda. Rel. Des. Candido Alem (designado), votação por maioria, j. 03.07.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 991.06.044156-0. Apelante: Cia. de Bebidas das Américas – Ambev. Apelada: New Service Comércio de Bebidas Ltda. Rel. Des. Candido Alem, votação unânime, j. 31.08.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 19ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 991.06.054173-7. Apelante: Glória Maria das Graças de Paulo. Apelado: Banco do Brasil S/A. Rel. Des. Ricardo Negrão, votação unânime, j. 26.10.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 19ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 991.07.072632-5. Apelante: José Motta. Apelado: Banco do Brasil S/A. Rel. Des. Ricardo Negrão, votação unânime, j. 19.10.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 19ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 991.07.065969-0. Apelantes: Lázara Ferreira de Sousa e José Neto Rocha. Apelado: Banco do Brasil S/A. Rel. Des. Ricardo Negrão, votação unânime, j. 28.09.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 30ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 992.06.073838-2. Apelante: Roberto Davidowicz. Apelado: Possidonio José de Freitas (espólio). Rel. Des. Edgar Rosa, votação unânime, j. 15.09.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação com revisão nº 1.242.899-0/5. Apelante: Maria Aparecida Cardoso Oliva. Apelado: Banco Nossa Caixa S/A. Rel. Des. Francisco Casconi, votação unânime, j. 16.06.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação com Revisão nº 978.450-0/0. Apelante: Neide Sant'Anna Moura dos Santos. Apelado: Cia. de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. Rel. Des. William Campos, votação unânime, j. 19.12.2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 1.288.546-0/2. Agravante: Nilo Sérgio Congilio Porta. Agravada: Banco

Sudameris Arrendamento Mercantil S/A. Rel. Des. Adilson de Araújo, votação unânime, j. 25.08.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação com revisão nº 1.242.899-0/5. Apelante: Maria Aparecida Cardoso Oliva. Apelado: Banco Nossa Caixa S/A. Rel. Des. Francisco Casconi, votação unânime, j. 16.06.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação com revisão nº 1196110-0/1. Apelante: Wagner Aparecido Spolon. Apelado: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A. Rel. Des. Clovis Castelo, votação unânime, j. 16.03.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 34ª Câmara de Direito Privado. Apelação com Revisão nº 1.036.109-0/8. Apelante: Emersson Clássere. Apelado: Antônio Carlos Pereira e outros. Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, votação unânime, j. 27.06.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, Câmara Única. Apelação cível nº 2.076/05. Apelante: B. B. Administradora de Cartões de Créditos S/A. Apelada: Hodavias dos Santos Almeida. Rel. Des. Luiz Carlos, votação por maioria, j. 30.08.2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, Câmara Única. Apelação nº 2794/06. Apelante: Renovy Comércio de Material de Construção. Apelada: Associação Educacional da Amazônia – Asseama. Rel. Des. Luiz Carlos, votação unânime, j. 24.04.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 9ª Câmara Cível. Agravo interno na apelação cível nº 024060084241 (Agravo Legal). Agravante: UP – União dos Professores Ltda. Agravada: Maria dos Anjos Herzog de Moraes. Rel. Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, votação unânime, j. 25.08.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, 3ª Turma Cível. Apelação cível nº 2009.022658-4/0000-00. Apelante: Banestado Administradora de Cartões de Crédito Ltda. Apelada: Antonio Gentil Rodrigues. Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, votação por maioria, j. 21.09.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, 3ª Turma Cível. Apelação nº 2009.001940-8/0000-00. Apelante: Segurança Adm. e Corretora de Seguros Ltda. Apelada: Vivo S.A. Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, votação unânime, j. 24.04.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 16ª Câmara Cível. Apelação cível nº 2008.001.45909. Apelante: Coopergia Cooperativa de Serviços em Energia Ltda. Apelada: Mercado Super Mikey da Praça Ltda. Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, votação unânime, j. 16.09.2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 19ª Câmara Cível. Apelação cível nº 0049952 -96.2007.8.19.0001. Apelante: Yolanda Rodrigues Macedo. Apelada: Companhia

Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE Rel. Des. Cláudio Brandão de Oliveira, votação unânime, j. 20.04.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 9ª Câmara Cível. Apelação cível nº 0219297-89.2009.8.19.0001. Apelante: Cláudio César Maia de Bittencourt Lobo. Apelado: Banco Citibank S.A. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, decisão monocrática, j. 28.09.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 9ª Câmara Cível. Apelação cível nº 0009079-61.2008.8.19.0052. Apelantes: Ana Paula Xavier Costa e Banco Itaú S.A. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, decisão monocrática, j. 05.08.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 9ª Câmara Cível. Apelação cível nº 0009079-61.2008.8.19.0052 (Agravo Legal). Apelantes: Ana Paula Xavier Costa e Banco Itaú S.A. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, votação unânime, j. 14.09.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 10º Grupo Cível. Embargos Infringentes nº 70024988883. Embargante: Emi Empreendimentos Imobiliários Ltda. Embargados: Dalva Mary da Silva Ribeiro e Alcyone da Cruz Netto Filho. Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, votação por maioria, j. 22.08.2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 12ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70037891090. Apelante: Luiz Carlos Nulet Rodrigues. Apelado: Agência Marítima Orion Ltda. e outra. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, votação unânime, j. 26.08.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 17ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70032014458. Apelante: Banco do Estado de São Paulo S/A. Apelado: Moacir Sylvio Dal Castel. Rel. Des. Liége Puricelli Pires, votação unânime, j. 12.11.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 18ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70029284296. Apelante: Mario Ramos Ucha. Apelado: Banrisul - Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A.. Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, votação unânime, j. 25.06.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 19ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70019328889. Apelante: Paulo Victor Humann. Apelado: Egon José Trein. Rel. Des. José Francisco Pellegrini, votação unânime, j. 13.05.2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70025609579. Apelante: Prakasa Indústria e Comércio de Utilidades do Lar Ltda. Apelada: Mercomáquinas Indústria Comércio e Representações Ltda. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, votação unânime, j. 20.05.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70031443591. Apelante: Jose Vitor Pita dos Santos. Apelado: Empresa Jornalística Pampa Ltda. Rel. Des. Liége Puricelli Pires, votação unânime, j. 04.11.2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 3ª Turma. Apelação nº 358434/PE (2003.83.00.022344-0). Apelante: CEF – Caixa Econômica Federal. Apelado: Flávio Pereira do Amaral. Rel. Des. Leonardo Resende Martins, votação unânime, j. 03.09.2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. Crise da Arte e Crise do Direito. trad. João Baptista Villela. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 20, n. 67, p. 277-292. 1973-1974.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica, New Series*. Londres, v. 4, p. 386-405, Nov. 1937.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. Chicago, v. 3, p.1-44, Oct. 1960. p. 15.

COASE, Ronald H. Notes on the Problem of Social Cost. In: COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: Chicago University Press, 1988.

COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 2. ed. Londres: Butterworths, 1993. p. 368.

COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley, 2008.

CORBIN, Arthur L., PERILLO, Joseph M. Corbin on contracts: damages. v. 11. rev. ed. Newark: LexisNexis, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. aum. Coimbra: Almedina, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: CAETANO, Marcelo et al. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DERAINS, Yves. L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale. *Revue de droit des affaires internationales*. Paris, v. 1987, n. 4, p. 375-382, 1987.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. t. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DISTASO, Nicola. *Le Obbligazioni in generale*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1970.

DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages, equity, restitution*. St. Paul: West, 1993.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. t.2: Derecho de obligaciones, por L. Enneccerus. 2. ed. rev. H. Lehmann. trad. B. Pérez González e J. Alguer (35 ed. alemã).

FARNSWORTH, E. Allan. Comparative contract law. In: REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law, 1999.

FARNSWORTH, E. Allan. Legal remedies for breach of contract. *Columbia Law Review*. New York, v. 70, p. 1145-1216, Nov. 1970.

FARNSWORTH. *Farnsworth on Contracts*. v. 3. 3. ed. Nova York: Aspen, 2004.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David & HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial: Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

FONSECA, Rodrigo Garcia. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FONTAINE, Marcel. Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé. In: POULLET, Yves, WÉRY, Patrick, WYNANTS, Paul. *Liber amicorum Michel Coipel*. Bruxelas: Wolters Kluwer, 2004.

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

FRIEDMAN, Daniel. Good faith and remedies for breach of contract. In: BEATSON, Jack, FRIEDMAN, Daniel. *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon, 2001.

FRIEDMANN, Daniel. Economic aspects of damages and specific performance compared. In: SAIDOV, Djakhongir, CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford, Portland: Hart, 2008.

FRIEDMANN, Daniel. The efficient breach fallacy. *The Journal of Legal Studies*. Chicago, v. 18, p. 1-24, 1989.

- FULLER, L. L., PERDUE Jr., William R. The Reliance Interest in Contract Damages (pt. 1), *Yale Law Journal*, New Haven, v. 46, p. 52-96, 1936.
- FURMSTON, Michael (org). *The law of contract*. Londres: Butterworths, 1999.
- GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 14. ed. Padova: Cedam, 2008.
- GOETZ, Charles J., SCOTT, Robert E. The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*. Charlottesville, v. 69, p. 967-1024, Sep. 1983.
- GOMES, Elena de Carvalho. *Entre o actus e o factum: os comportamentos contraditórios no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GUSTIN, Miracy B. S., DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HANOTIAU, Bernard. Régime juridique et partie de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales*. Paris, v. 1987, n. 4, p. 393-405, 1987.
- HILLMAN, Robert A. Keeping the deal together after material breach: common law, mitigation rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 47, p. 553-615, 1975-1976.
- HONORÉ, A. M. Causation and Remoteness of Damage. In: TUNC, André (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. v. 11, pt. 1, ch. 7. Tübingen: Mohr, 1983.
- JHERING, R. Von. *Oeuvres Choiesies*. v.2. Paris: Librairie A. Marescq, 1983. p. 1-100: De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860).
- JOURDAIN, Patrice. Rapport Introductoire. *Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 45-49, nov. 2002,
- KATZ, Avery. Remedies for breach of contract under CISG. *International Review of Law and Economics*, Meppel, v. 25, p. 378-396, 2006.
- KATZ, Avery. When should an offer stick? The economics of promissory estoppel in preliminary negotiations. *The Yale Law Journal*, New Haven, n. 105, p. 1.249-1.309, Mar. 1996.

KELLY, Michael B. Defendant's responsibility to minimize plaintiff's loss: a curious exception to the avoidable consequences doctrine. *South Carolina Law Review*. Columbia, v. 47, p. 391-429, 1995-1996.

KORNHAUSER, Lewis A. An introduction to the economic analysis of contract remedies. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 57, p. 683-725, 1895-1986.

LAITHIER, Yves-Marie. *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Paris : L.G.D.J., 2004.

LANDO, Ole, BEALE, Hugh. Principles of European contract law. Pt. 1 and 2. Haia, Londres, Boston: Kluwer, 2000.

LANDO, Ole. *Principles of European Contract Law and Unidroit principles* : similarities, differences and perspectives. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002.

LAUDE, Anne. L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français? *Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 55-60, nov. 2002.

LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. *International and Comparative Law Quarterly*. Londres, v. 55, p. 205-217, 2006.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LITVINOFF, Saúl. Damages, mitigation, and good faith. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 73, p. 1161-1195, 1998-1999.

LIU, Chengwei. *Remedies in international sales*: perspectives from CISG, UNIDROIT principles and PECL. Huntington: Juris Net, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. *In: Questões controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

LONGO, Giannetto. *Diritto delle obbligazioni*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1950.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade pré-contratual*: subsídios para o direito brasileiro das negociações. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Ato ilícito. *In: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore. Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

LUXEMBOURG, Fanny. *La déchéance des droits*: contribution à l'étude des sanctions civiles. Paris: Panthéon-Assas, 2007.

MACINTOSH, Jeffrey G., FRYDENLUND, David C. An investment approach to a theory of contract mitigation. *University of Toronto Law Review*. Toronto, v. 37, p. 113-182, 1987.

MACNEIL, Ian R. Efficient breach of contract: circles in the sky. *Virginia Law Review*. Charlottesville, v. 68, p. 947-969, 1982.

MARKESINIS, Sir Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. *The german law of contract: a comparative treatise*. 2. ed. Oxford, Portland: Hart, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

McCORMICK, Charles T. *Handbook on the law of damages*. St. Paul: West, 1935.

MEDINA, Barak. Renegotiation, 'efficient breach' and adjustment: the choice of remedy for breach of contract as a choice of a contract-modification theory. In: COHEN, Nili, MCKENDRICK, Ewan (ed.). *Comparative remedies for breach of contract*. Oxford, Portland: Hart, 2005. p. 52-53.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito civil*. v. 1. Lisboa: Almedina, 1984.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. v. 2, Lisboa: Almedina, 1984.

MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. v. 1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

MICHAUD, Anne. Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract. *Revue Générale de droit*. Ottawa, v. 15, p. 293-340, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: NOGUEIRA, Adalício et al. *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MUIR-WATT, Horatia. La modération des dommages en droit anglo-américain. *Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 45-49, nov. 2002.

NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 729-730.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 21. ed. rev. atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PERLINGERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 1. ed. rev. amp. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 3. ed. Nova York: Aspen, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. t. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte Especial*. t. 25. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. t. 26. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

POSNER, Richard A. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 107, p. 1349-1363, June 2009.

POSNER, Richard A. The ethical and political basis of efficiency norm in common law adjudication. *Hofstra Law Review*. Hempstead, v. 8, p. 487-507, 1979-1980.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

SAFA, Rachid. Obligation under French law of a claimant to mitigate loss in international contracts. *International business lawyer*. Londres, v. 22, p. 34-37, jan. 1994.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCALISE JR., Ronald J. Why no “efficient breach” in the civil law? A comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract. *American Journal of Comparative Law*. Ann Arbor, v. 55, p. 721-766, 2007.

SCHLECHTRIEM, Peter, SCHWENGER, Ingeborg (ed). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

SCHMITTHOFF, C. M. The duty to mitigate. *The Journal of Business Law*, Londres, v. 1961, p. 361-367, 1961.

SHAVELL, Steven. Is breach of contract immoral? *Emory Law Review*, Atlanta, v. 56, p. 439-460, 2006-2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da, GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2008.

SPANOGLE JR., John A., et al. *Global issues in contract law*. St. Paul: Thomson West, 2007.

STECKMAN, Laurence A., GETZOFF, Steve, CONNER, Robert E., BELLAIRE, Courtney. *Mitigation damages in securities litigation and arbitration*. p. 3-4. Disponível na internet: www.lskdnylaw.com/docs/MITIDAMLS820.pdf. Acesso em 25/06/2009.

STIGLER, George. The economics of information. In: KATZ, Avery Wiener. *Foundations of the economic approach to law*. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 1998.

STOLZE, Pablo. *Duty to mitigate*: Editorial 13. Texto datado de 23/10/2010. Disponível na Internet: <http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>. Acesso em 14/02/2011.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor*. Texto datado de 24/08/2007. Disponível na Internet: <http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=1684>. Acesso em 11/02/2011.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República*. v. 1. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 27, p. 223-251, 2006.

TORRES, António Maria M. Pinheiro. *Noções fundamentais de direito das obrigações*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, [s.d.].

TREITEL, Guenter H. Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved). In: VON MEHREN, Arthur (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. v. 7, ch. 16. Tübingen: Mohr, 1972.

UNIDROIT. *Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais/2004*. trad. João Baptista Villela et al. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, p. 5-48, jan.-mars 1964.

VILLELA, João Baptista. Em busca dos valores transculturais do direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 29-45, jan.-jun. 2004.

VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, a. 20, n. 2-3,4, p. 313-338, abr.-dez. 1975.

VINEY, Geneviève. Rapport de Synthèse. *Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 66-71, nov. 2002.

VOGENAUER, Stefan, KLEINHEISTERKAMP, Jan. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.

VON BAR, Christian, CLIVE, Eric, SCHULTE-NÖLKE, Hans. *Principles, definitions and model rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): Interim Outline Edition*. Munique: Sellier, 2008.

VON TUHR, Andreas. *Derecho civil: teoria general del derecho civil aleman*. Buenos Aires: Depalma, 1946.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 22, p. 233-261, apr. 1979.

WILLISTON, Samuel, LORD, Richard A. *A treatise on the law of contracts*. Eagan: Thomson West, 1990. p. 191.

WITZ, Claude. *Droit Privé Allemand: 1. Actes juridiques, droit subjectifs*. Paris: Litec, 1992.

WITZ, Claude. L'obligation de minimiser son propre dommage dans le convention internationales: l'exemple de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale. *Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 50-54, nov. 2002.

ZELLER, Bruno. *Damages under the Convention of Contracts for the International Sale of Goods*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.