

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (IN) VIABILIDADE DA SUBSUNÇÃO INTEGRATIVA CONTRATUAL DA MITIGAÇÃO DOS DANOS AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

CAMILA NASCIMENTO DA CUNHA FREITAS*

MARCO AURÉLIO PIERI ZEFERINO**

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 1. HISTORICIDADE E ESPECIFICIDADES DO PRINCÍPIO DA MITIGAÇÃO DOS DANOS NO DIREITO COMPARADO: 1.1. A MITIGAÇÃO DOS DANOS NA ALEMANHA, ITÁLIA E NA CONVENÇÃO DE VIENA - 2. A MITIGAÇÃO DOS DANOS NO BRASIL E SUA VIABILIDADE: 2.1. SUBSUNÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA - 2.2 MITIGAÇÃO DOS DANOS, ABUSO DE DIREITO E CULPA CONCORRENTE – 3. APLICABILIDADE JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA MITIGAÇÃO DOS DANOS – CONSIDERAÇÕES FINAIS – REFERÊNCIAS

RESUMO: Concebemos como sendo o contrato um acordo entre partes que manifestam interesses sobre determinada coisa ou serviço, criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações. Para nortear as relações contratuais foram estabelecidos padrões de conduta pautados em princípios, dentre eles, o da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422 do CC, determinando que as partes deverão agir com lealdade, honestidade e honradez. Neste elastério, não raras as vezes presencia-se situações em que o credor percebe indício de prejuízo e se mantém inerte face ao descumprimento por parte do devedor, apenas observando o aumento do dano, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda. Perante esta problemática surgiu o instituto da mitigação de danos, que consiste na obrigação do credor em buscar evitar o agravamento do problema. Tal omissão está sendo considerada abuso de direito, demandando sanções ao credor inerte, tais como o pagamento de eventuais perdas e danos, ou a redução de seu próprio crédito. O estudo portanto, visa compreender os princípios que norteiam as relações contratuais e verificar a possibilidade de responsabilização e concorrência do credor pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos atenuado, procedendo análise doutrinária e jurisprudencial comparativa.

Palavras-chave: relações contratuais; boa fé objetiva; mitigação de danos; perdas e danos.

* Discente da Libertas Faculdades Integradas.

** Docente da Libertas Faculdades Integradas. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Unaerp. Especialista em Gestão Jurídica da Empresa pela Unesp. Advogado.

INTRODUÇÃO

Em sua formação tradicional o contrato se caracterizou como instrumento de exercício de poder pelo qual as partes eram livres para contratar, adquirir e circular bens e serviços, sem intervenção legal. Não existiam normas nem princípios que o regulamentassem. Porém percebeu-se que havia injustiça e desigualdade, e a parte menos favorecida, por estar do lado mais fraco era sempre prejudicada. O legislador então se viu obrigado a reformar o instituto com o objetivo de proteger as partes contratantes, garantindo a segurança do instrumento que rege as relações jurídicas privadas.

A autonomia da vontade respeitando a função social do contrato e a boa-fé tornaram-se base da teoria geral dos contratos. Desta forma, não basta o cumprimento das cláusulas contratuais; as relações jurídicas devem ser pautadas na confiança, lealdade e boa-fé, não podendo haver onerosidade excessiva, nem abuso de direito. Deve-se sempre buscar igualdade material e justiça contratual.

Em caso de descumprimento das obrigações contratuais, a parte lesada possui respaldo legal para pleitear o cumprimento do contrato ou sua resolução, sendo indenizado por perdas e danos. O descumprimento da obrigação, se não for por caso fortuito ou força maior, importa em lesão ao direito, sendo determinado o ressarcimento do dano causado e o que razoavelmente deixou de lucrar.

Diante do inadimplemento da responsabilidade contratual resta incontroverso a obrigação do devedor de indenizar os prejuízos ao credor. Todavia, seria justo o devedor responder também pelo prejuízo que o credor poderia ter evitado?

Nestes termos, o ordenamento jurídico brasileiro possuiria alguma norma que corrobore tal guarida? Algum princípio basilar que impeça ou favoreça tal aplicação? Algum instituto consagrado pelo ordenamento pátrio se assemelha ao proposto? Há posicionamento do Poder Judiciário sobre o assunto?

Além de buscar respostas para as indagações acima, objetivamos de forma primária, compreender a origem e conceito da Teoria de Mitigação do Prejuízo, e propor a inserção do encargo de evitar o próprio dano no Direito Civil Brasileiro, expondo as consequências jurídicas oriundas de sua aplicação.

O tema proposto tem como premissa os contratos, e como problematização a proposta de instar o credor a evitar o agravamento de seus danos diante do inadimplemento da

obrigação pelo outro contratante. Propõe a aplicação do instituto para suprimir a “industrialização” dos danos morais que abarrotam o judiciário.

Diante da possível limitação doutrinária sobre o tema, é de suma importância realizar exame jurisprudencial para conhecer como esta regra está sendo recepcionada e aplicada no Brasil.

1. HISTORICIDADE E ESPECIFICIDADES DO PRINCÍPIO DA MITIGAÇÃO DOS DANOS NO DIREITO COMPARADO

A idéia de exigir ao credor de uma obrigação não cumprida no contrato, a atitude de evitar ou dirimir o dano sofrido, surgiu no sistema *common law*. Frente ao descumprimento contratual, normalmente o devedor possui duas alternativas para sanar o erro, podendo o fazer através do cumprimento da obrigação ora assumida, ou, ressarcir os danos causados ao credor.

Sobre este instituto, Christian Sahb Batista Lopes¹, expõe que a maior diferença entre o *common law* e o *civil law*, é que no ordenamento jurídico do primeiro, diante de descumprimento, prefere-se a restituição dos danos, e a exigência de cumprimento da obrigação é aplicada de forma secundária, sendo proposta apenas quando a reparação de danos não parecer adequada; enquanto no último, a reparação é vista como solução secundária, sendo a exigência de cumprir o pactuado, primeira medida.

Em aprofundamento no Direito Contratual supramencionado autor² observa que a reparação pelas perdas e danos deve observar três limitações para sua incidência, sendo as primeiras a imprevisibilidade e a incerteza. Nesta linha, justifica a aplicação de ambas:

Sendo observada 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 resultados de circunstâncias especiais de que o devedor sabia ou deveria saber. Pela limitação de incerteza, não serão reparados os danos que não possam ser determinados pelas provas com razoável certeza.

Percebemos então que, para arbitrar um valor que corresponda a reparação, deve-se observar a atuação de ambos os contratantes bem como as circunstâncias em que se encontram. É necessário ainda, a comprovação de existência do dano, não podendo haver dúvidas quanto a sua veracidade.

¹ LOPES, Christian Sahab Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15.

² *Ibidem* p. 17

A terceira e última limitação apontada pelo mesmo autor³, é a evitabilidade. Apenas pela nomenclatura do limite, é possível perceber que trata-se da base material do princípio da mitigação dos danos. “O credor, prejudicado por um inadimplemento, não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados a circunstâncias.”

Para conceituar o limite da evitabilidade, Christian Sahb cita Atiyah e Smith⁴:

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.

Entendemos que este limite é fundamental, uma vez que se aplicado corretamente, previne que o judiciário determine uma indenização injusta ou com o valor exorbitante.

1.1. A MITIGAÇÃO DOS DANOS NA ALEMANHA, ITÁLIA E NA CONVENÇÃO DE VIENA

A exigência do credor se empenhar para dirimir o dano que lhe é causado é associado ao princípio norte americano denominado *Duty to mitigate the loss*⁵, entretanto, Lucas Mayall⁶ aponta que o *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão) foi promulgado no ano de 1900 e o artigo 254 de tal ordenamento aborda⁷:

§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.

³ LOPES, Christian Sahab Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 18.

⁴ ATIYAH, P.S.; SMITH, Stephen. *Atiyah's introduction to the law of contract*. Apud: LOPES, Christian Sahab Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19.

⁵ Tradução: Dever de mitigar a perda.

⁶ ARAÚJO, Lucas Mayall. *Mitigação do danos pelo credor: Aplicação com base no direito brasileiro e na convenção de Viena de compra e venda internacional de mercadorias – CISG*. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22528/22528.PDF>> Acesso em: 04. Jan.2016.

⁷ Traduzido do inglês disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html> Acesso em: 04. Jan.2016.

Vale ressaltar que a denominada negligência contributiva possui um conceito análogo a concorrência prevista pelo artigo 945 do Código Civil⁸ brasileiro.

Temos ciência de que existem diferenças entre os sistemas *civil Law* e o *common law*, e por este motivo a exigência de mitigação de danos, pode ser reduzida, uma vez que cada sistema tem uma preferência no que tange o inadimplemento contratual. Neste sentido Christian Sahb⁹ diferencia:

Nos países da *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, aplicando-se, assim, a doutrina da culpa concorrente – para que o valor total dos danos seja repartido entre credor e devedor 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. Enquanto que no *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 de causalidade. Nesse sistema não se exige culpa para a caracterização do inadimplemento contratual.

Assim, pode-se concluir que o sistema germânico na maioria das vezes se abstém em exigir que uma parte indenize a outra em situações que o prejuízo não é decorrente do inadimplemento, porém tal princípio é aplicado dentro da concorrência de culpa. Portanto, o mesmo autor¹⁰ esclarece que:

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 extracontratual, ou o inadimplemento, na contratual.

Por conseguinte, no Direito alemão, se o credor não se empenhou para dirimir os danos, cabe ao magistrado analisar o contexto fático e a extensão do dano que poderia ter evitado e não o fez, e ainda, arbitrar o valor que deverá ser despendido por cada uma das partes.

O legislador italiano também cuidou em inserir de forma expressa a mitigação de danos interligada a culpa concorrente. O artigo 1.227 do referido Código Civil¹¹ expõe:

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 consequências daí derivadas.

O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando ordinária diligência.

⁸ BRASIL. Lei 10.406, 10 de Janeiro de 2002. Op. cit. Art. 945 Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

⁹ LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p. 55

¹⁰ Ibidem. p.58

¹¹ Traduzido do original em italiano disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib.htm>. Acesso em: 10. jan.2016.

Christian Sahb Batista Lopes¹² observa que apesar de estar previsto em apenas um artigo, são dois institutos diferentes, aplicados separadamente. Desta forma analisa:

[...] 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 dano. 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.

Portanto, a primeira parte do dispositivo traz a possibilidade de redução do *quantum* indenizatório quando a ação ou omissão do credor contribuiu para o aumento do dano causado pelo devedor, para arbitrar o valor, o julgador levará em conta, a amplitude da culpa e as consequências geradas.

Por conseguinte, verifica-se na segunda parte do comando legal alienígena em estudo que não há concorrência de culpa, sendo esta exclusiva do credor, que ao perceber a existência do dano, nada fez para evitá-lo. Neste caso, a indenização não será devida.

Diante desta breve análise, conclui-se que sobre o instituto da mitigação de danos, que o direito italiano muito se diferencia do direito alemão. O primeiro não permite que o credor seja ressarcido pelos danos que não se esforçou em evitar. O segundo, adota o sistema de evitabilidade, ou seja, o magistrado fará análise preponderante sobre a ação e omissão de ambos os contratantes, e a partir desta, arbitrar o valor da indenização.

A Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, (Convenção de Viena) foi criada pela Comissão das Nações Unidas para regulamentar as relações mercantis internacionais, Consoante estudo realizado por Lucas Mayall¹³, desde a sua idealização, a proposta foi criar normas que além de aperfeiçoar as relações do comércio internacional, estivesse de acordo com o ordenamento jurídico de todos os países, criando assim uma uniformidade entre as normas.

Acerca de referida convenção, destaca-nos Leandro Tripodi¹⁴, coordenador da página da CISG no Brasil:

Em poucas palavras, a CISG é a mais bem-sucedida lei uniforme sobre trocas mercantis. Ela reuniu, num só instrumento internacional, as matérias tratadas nas duas Convenções da Haia de 1964 (LUVI – Lei Uniforme sobre a Venda

¹² LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p. 64.

¹³ ARAÚJO, Lucas Mayall. *Mitigação do danos pelo credor: Aplicação com base no direito brasileiro e na convenção de Viena de compra e venda internacional de mercadorias – CISG*. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22528/22528.PDF>> Acesso em: 04. Jan.2016.

¹⁴ TRIPODI, Leandro. *A CISG*. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/a-cisg>> Acesso em: 10. Jan.2016.

Internacional de Mercadorias e LUF – Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias), quais sejam, respectivamente, a formação dos contratos de compra e venda internacional e as obrigações das partes nesses contratos. (...) Sua entrada em vigor ocorreu no dia 1º de janeiro de 1988, para os onze primeiros Estados que depositaram, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, os respectivos instrumentos de adoção. Tais Estados foram: Argentina, China, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Iugoslávia, Lesoto, Síria e Zâmbia.

Em dezesseis de outubro de 2014 a Presidenta da República promulgou o Decreto¹⁵ nº 8.327, e a partir deste, o Brasil passou a ser o 79º (septuagésimo nono) signatário desta convenção, segundo Christian Sahb¹⁶ “sua ampla aceitação por países de diferentes tradições jurídicas demonstra a utilidade de, verificar o tratamento dado pela CISG à mitigação”.

A Organização das Nações Unidas no Brasil¹⁷, após a promulgação se manifestou:

A CISG é um instrumento flexível que permite às partes a possibilidade de optar por suas disposições, caso não queiram que alguma se aplique. Isso pode acontecer, por exemplo, quando as partes têm uma prática de negócios estabelecida e escolhem uma determinada legislação sobre a CISG. No entanto, quando as partes não especificam ou não entram em acordo sobre a escolha da lei, a CISG oferece orientação clara.

O principal princípio aplicado é o da autonomia privada, as partes possuem liberdade para pactuar as cláusulas contratuais, inclusive, optar pela não aplicação da convenção, se, de comum acordo.

Sobre a mitigação na CISG o autor Christian Sahb¹⁸ aduz:

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 presentes. A CISG não estabeleceu a prevalência de um remédio sobre o outro como forma de assegurar a aceitação de países com diferentes tradições jurídicas.

Em análise à aludida Convenção, percebe-se que frente ao descumprimento do contrato, o credor da obrigação, sendo ele o vendedor ou comprador, terá cinco possibilidades, para identificar entre elas qual é mais vantajosa na aplicação ao caso específico.

¹⁵BRASIL. *Decreto 8.327 de 16 de outubro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 11. Jan. 2016.

¹⁶ LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p. 78.

¹⁷ **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias/>> Acesso em: 10. Jan. 2016.**

¹⁸ LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p. 78.

O credor poderá optar por preliminarmente exigir a execução específica da obrigação¹⁹, ou no caso do credor ser o vendedor, exigir o pagamento do preço ou execução de outra obrigação. Em segundo caso, exigir que o inadimplemento seja sanado²⁰; Poderá também optar por declarar resolvido o contrato²¹; ou mesmo ter direito a desconto no valor a ser pago se não estiver conforme solicitado, bem como especificar sobre seu entendimento característica que o comprador tenha deixado de fazer²²; e por derradeiro, receber indenização por perdas e danos.

Verifica-se que a aplicabilidade das perdas e danos é apenas uma opção à ser utilizada diante o inadimplemento, pois caso o lesionado escolha resolver a lide desta forma, será observada a norma de mitigação²³, positivada no artigo 77 do Decreto 8.327/2014:

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos

¹⁹BRASIL. *Decreto 8.327 de 16 de outubro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 11. Jan. 2016. **Art. 46O** comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência. / **Art. 62O** vendedor poderá exigir do comprador o pagamento do preço, o recebimento das mercadorias ou a execução de outras obrigações que a este incumbirem, salvo se o vendedor houver exercido algum direito ou ação incompatível com tal exigência.

²⁰BRASIL. *Decreto 8.327 de 16 de outubro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 11. Jan. 2016. **Art. 47.** O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações. / **Art. 63** O vendedor poderá conceder prazo suplementar razoável para cumprimento das obrigações que incumbirem ao comprador.

²¹BRASIL. *Decreto 8.327 de 16 de outubro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 11. Jan. 2016. **Art. 49** O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou (b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido. / **Art. 64O** vendedor poderá declarar rescindido o contrato se: (a) o descumprimento pelo comprador de qualquer das obrigações que lhe incumbem segundo o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou b) o comprador não cumprir a obrigação de pagar o preço, ou não receber as mercadorias no prazo suplementar fixado pelo vendedor, de acordo com o parágrafo (1) do artigo 63, ou, ainda, declarar que não o fará no prazo assim fixado.

²²BRASIL. *Decreto 8.327 de 16 de outubro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 11. Jan. 2016. **Art. 50** Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço. / **Art. 65** Se o contrato dispuser que caberá ao comprador especificar a forma, as dimensões ou outras características das mercadorias e tal especificação não for efetuada na data ajustada, ou em prazo razoável após ter sido solicitada pelo vendedor, este poderá, sem prejuízo de quaisquer outros direitos que possa ter, efetuar ele próprio a especificação, de acordo com as necessidades do comprador das quais tiver conhecimento.

²³BRASIL. *Decreto 8.327 de 16 de outubro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 11. Jan. 2016. **Art.**

resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Sob tal complexidade, nota-se que a CISG aborda a mitigação, e não a relaciona a culpa concorrente ou a culpa somente da vítima. Destaca-se que o referido artigo confere a parte inadimplente a faculdade de solicitar redução no *quantumindenizatório*, caso reste comprovado que a vítima conseguiria diminuir o prejuízo.

Nesse âmbito, Christian Sahb²⁴, conclui que “o dever de mitigar na CISG aplica-se apenas à indenização por perdas e danos, não afetando os demais remédios nela previstos”. Desta forma, se o prejudicado optar pelo desconto do prejuízo no valor a pagar, por exemplo, e o inadimplente alegar o descumprimento, o pedido não será ao menos examinado pelo Tribunal competente.

É possível afirmar que a exigência que o artigo 77 da CISG faz ao credor a mitigar o dano, é uma influência do princípio da boa-fé objetiva. Em consequência, ao verificar a alegação e as provas, será levado em conta, como agiria um indivíduo de boa-fé em situação parecida. O próprio autor já citado²⁵, afirma que a Convenção não pode exigir que o credor utilize medidas que o onere de forma extraordinária, tampouco que assumam riscos altos. Neste sentido exemplifica²⁶:

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-los. 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 reparação.

Conclui-se então que o prejudicado não é obrigado a despender grandes esforços para evitar ou diminuir um prejuízo que vem sofrendo. Cabe a ele somente, analisar a possibilidade de dirimir o dano. Caso o faça, terá direito a indenização pelo detrimento que sofreu; se diante da situação quedar-se inerte, verá descontado da indenização, o valor correspondente ao estrago que poderia ter evitado

Há que se considerar que o simples fato do Brasil ser consignatário da CISG, não indica que o princípio da mitigação é aplicado no país. Entretanto, adiante será verificada a probabilidade do acolhimento deste princípio pelos juristas e tribunais brasileiros.

2. A MITIGAÇÃO DOS DANOS NO BRASIL E SUA VIABILIDADE.

²⁴LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p. 80.

²⁵LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p. 81

²⁶ Idem.

Restou demonstrado que diversos ordenamentos jurídicos adotam o princípio da mitigação, sendo usado como instrumento regulador de gastos nas relações contratuais, promovendo a cooperação entre as partes.

O Código Civil Brasileiro não possui norma expressa que regulamenta o aludido princípio de forma geral. Entretanto, no caso específico dos contratos de seguro abordado pelo legislador no artigo 771 do Código Civil²⁷ discorre que “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.”

Esta norma aborda disposição jurídica para que o segurado deve passar o sinistro à seguradora assim que tomar ciência, sob pena de perder o direito à indenização. Sendo o prazo prescricional²⁸ máximo de um ano a contar do incidente gerador da pretensão.

2.1. SUBSUNÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA

Véra Maria Jacob de Fradera propôs na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, a adoção da mitigação de danos, embasado no princípio da boa-fé objetiva previsto no artigo 422 do Código Civil, conforme abordado no item 2.7 deste trabalho. A doutrinadora carrega sua fundamentação nos seguintes termos:

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, de acordo com o disposto no seu artigo 422, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, *todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação.* (destaque do autor)²⁹

A proposta foi aprovada, os juristas receberam e confirmaram a hipótese levantada por Vera Jacob, criando assim o enunciado³⁰ com o seguinte texto: “Enunciado n. 169 – Art.

²⁷BRASIL. *Lei 10.406, 10 de Janeiro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17. Jan. 2016

²⁸Idem. Art. 206 Prescreve: §1º Em um ano: II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

²⁹FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? Revista Trimestral do direito civil*. Rio de Janeiro, v. 19, p.109-119, jul./set. 2004.

³⁰BRASIL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.* Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 17. Jan. 2016.

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

Para melhor compreensão, cabe retomar que o princípio da boa fé possui duas ramificações, sendo a primeira a boa fé subjetiva, que está ligada ao não cumprimento de certa norma por desconhecimento de sua existência, e a boa-fé objetiva que exige que o indivíduo aja conforme a conduta esperada pelo homem médio, sendo pautada pela honestidade. E, ao ser ver em situação que lhe cause danos, é coerente por parte do prejudicado, que faça o possível para dirimir o prejuízo. Resta claro que, o credor que contribui para o aumento de seu dano, atua em oposição a boa-fé.

O Código Civil prevê o princípio de boa-fé objetiva, entretanto, não determina a o ônus decorrente de seu descumprimento. Desta forma, caberá ao magistrado aplicar a melhor sanção cabível dentro da relação contratual, será por ele analisado o comportamento adotado e o socialmente exigível pelo homem médio. Neste elastério, diante da relação obrigacional moderna e o dever de cooperação entre os contratantes, Clóvis Couto e Silva³¹ preleciona que:

Dentro da 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 compreensão moderna do direito obrigacional identifica-a como organismo ou processo dirigido à satisfação do credor, mas que não se exaure na prestação.

A cooperação entre as partes é formada a partir da boa-fé objetiva, e exige que as condutas de ambos sejam sempre pautadas de lealdade. Imperioso mencionar³² que a cooperação não deve ser vista com caráter filantrópico, pois, se as partes assim agirem a relação contratual será mais eficiente, havendo maior ganho para ambos. Não é papel do instituto somente elencar as condutas impeditivas, pois traz sugestões que facilitam as prestações entre os contratantes.

Resta claro então, que a boa-fé objetiva pode ter como dever anexo, a mitigação. Assim, o credor não é indenizado pelos danos que poderia ter evitado e não o fez; Segundo Christian Sahb³³, “as despesas decorrentes de tais esforços passarão a ser consideradas como consequências do inadimplemento e, dessa forma, integrarão o valor pago pelo devedor”.

Por consequência, a adoção da mitigação de danos é uma forma de garantir a cooperação entre os contratantes, pois se o credor nada fazer para diminuir seu dano ou suprir

³¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 19.

³² LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. Questões controvertidas no Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 93.

³³ LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p.166.

suas expectativas, estaria o sucesso dependendo somente do devedor, estando o credor sem qualquer responsabilização, mesmo ciente do agravamento da situação da outra parte contratante.

2.2. MITIGAÇÃO DOS DANOS, ABUSO DE DIREITO E CULPA CONCORRENTE

Em análise do instituto da mitigação no ordenamento brasileiro é possível relacioná-lo a proibição do abuso de direito. Diante do inadimplemento, o prejudicado tem direito à indenização pelos danos. Então se o credor não faz o esforço de evitar o prejuízo, ou tenta evitá-lo se já existente, está abusando do direito de ser indenizado. Neste sentido, Christian Sahb³⁴ discorre que:

Ser indenizado pelos danos inevitáveis constituiria exercício regular e legítimo do direito, enquanto obter reparação por danos evitáveis seria exercício irregular ou abusivo do direito que, dessa forma, não poderia ser reconhecido pela ordem jurídica.

Seguindo este raciocínio, se o credor não procura meios para diminuir o prejuízo, com a intenção de ser indenizado, desrespeita a norma prevista no artigo 187 do Código Civil³⁵, uma vez que está praticando um abuso do direito que tem de ser indenizado. Sobre este dispositivo, Caio Mário³⁶ comenta:

O parâmetro instituído no novo Código Civil está em que o sujeito de um direito subjetivo não o pode exercer em afronta à finalidade econômica ou social dele, ou contrariando o princípio da boa-fé ou os bons costumes. Não importa, na caracterização do uso ilícito de um direito a deliberação de malfazer – *animus nocendi*. É suficiente determinar que, sem esta indagação extremamente subjetiva, abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem sem vantagem para si mesmo. O propósito de causar dano não requer apuração de intenção íntima do titular. Induz-se o abuso da circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes.

Para Clóvis Couto e Silva, há diferenças entre boa-fé e costumes, sendo que os costumes não afetam o direito de forma direta, seu conceito³⁷ é indeterminado e traduz a ideia

³⁴ LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p.166.

³⁵ BRASIL. Lei 10.406, 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20. Jan. 2016 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.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.675.

³⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. Op.cit. p. 35.

de moralidade e decoro social. Já a boa-fé conforme exposto prega a honestidade e lealdade, exigindo que as partes ajam em cooperação. Assim, conclui Sahb³⁸:

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 a evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes.

Conclui-se então que a teoria do abuso de direito ratifica o princípio da mitigação, pois ambos se apoiam na exigência que o legislador faz aos contratantes de pautar suas ações na boa-fé.

O credor que não evitou os danos sofridos pode ter a indenização diminuída devido à culpa concorrente? Para verificar tal possibilidade, passemos a uma breve análise do instituto consubstanciado na responsabilidade civil.

Carlos Roberto Gonçalves³⁹ observa que age com culpa aquele que tem a sua atitude reprovada pelas normas, e só pode ser repreendido por tal conduta se houver a afirmação de que poderia agir de outra forma. Neste sentido, o mesmo autor destaca⁴⁰ que: “o ponto de partida da culpa é a violação de uma norma de conduta por falta de cuidado, geral quando contida em lei”.

Em algumas situações o dano pode ocorrer por culpa de ambas as partes. Neste caso, as condutas de ambas as partes serão analisadas e valoradas para verificar os custos que cada um deverá arcar. Neste diapasão Carlos Roberto Gonçalves⁴¹ ensina:

Quando a culpa da vítima é apenas parcial ou concorrente com a do agente causador do dano, ambos contribuem ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo fato danoso. [...] Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa.

Compreende-se então, que na culpa concorrente autor e vítima contribuem para a existência do dano, e por este motivo os prejuízos são divididos de acordo com sua parcela de culpa. *Pari passu*, imposição de mitigar o próprio prejuízo, surge após o dano efetivamente causado, ou seja, o dano é fruto da culpa do devedor e diante seus efeitos o credor, deve

³⁸LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p. 171

³⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibidem. p. 281.

procurar esforços razoáveis para diminuir seu prejuízo, fazendo jus ao direito de ser indenizado pelo devedor. Neste sentido assente Christian Sahb⁴²:

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 posteriormente, quando poderia ter evitado os prejuízos e não o fez.

Portanto, a norma de mitigação não está relacionada com a culpa concorrente, primeiro porque o conceito de culpa é relacionado à existência de norma legal sobre a conduta, e a mitigação não está prevista no ordenamento; e segundo, porque o credor deve evitar o dano já causado pelo devedor, e a concorrência é fruto de ação ou omissão de ambos que resulte em dano.

3. A APLICABILIDADE JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA MITIGAÇÃO DOS DANOS

Analisando alguns julgados à seguir, vislumbra-se que a mitigação pode ser imposta ao credor como um ônus acessório à boa-fé objetiva prevista no Código Civil vigente, uma vez que cabe a ele observar as ocorrências nas relações contratuais.

Com o intuito de demonstrar tal aplicação, neste tópico passaremos à analisar algumas decisões publicadas em alguns estados brasileiros bem como o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Cabe salientar que o objetivo do presente artigo não é esgotar o assunto, e tampouco, levantar estatísticas, e sim, demonstrar a aplicação bem como conhecer os fundamentos utilizados pelos julgadores que tomam como base a mitigação pelo credor.

Para melhor visibilidade prática, interpretamos sentença recorrida proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, frente à apelação cível nº 0001626-21.2010.8.26.0223 na qual⁴³, verifica-se que na ação a parte autora pleiteia indenização por danos materiais e morais em face de distribuidora de veículos e financeira. Alega que adquiriu através da primeira, veículo a ser pago mediante financiamento junto a segunda reclamada e que, não fora regularizada a documentação do veículo, estando até o momento da distribuição da ação, alienado a terceiro e por este motivo não consegue quitar os débitos tributários originados e

⁴² LOPES, Christian Sahab Batista. Op. cit. p.180

⁴³ GUARUJÁ. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ação Indenizatória n. 0001626-21.2010.8.26.0223*. Juíz Marcelo Machado da Silva. 4ª vara cível. Julgado em 28-04-2014. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=67Z0A01960000&processo.foro=223&uuidCaptcha=sajcaptcha_0dc0db1d04ff4d3d8feb38fe45abffdb> Acesso em: 16. Mai.2016.

nem mesmo a taxa de licenciamento. Aduz que a inércia da ré lesou seus direitos uma vez que tal situação impede a circulação do automóvel, não conseguindo utilizar o bem da forma que deseja.

Em respectiva sentença, o magistrado asseverou que a distribuidora tem o dever de garantir regularidade da situação, bem como a transferência do veículo perante o Detran. Consequentemente, condenou as rés solidariamente a indenizar a autora por danos arbitrado em R\$ 25.000,00, entendendo ser quantia justa para reparar os danos e aborrecimentos causados à parte requerente.

Insatisfeita com tal condenação a distribuidora de veículos interpôs recurso de apelação afim de reformar a sentença prolatada pelo *juiz a quo*. Pugna pela improcedência dos pedidos autorais, e de forma subsidiária, requer a redução do monte indenizatório.

A câmara julgadora advertiu ⁴⁴:

Apenas mediante a análise do caso concreto pode-se verificar eventual abusividade, esta sim, passível de correção. E a sentença de fato, comporta reforma de tal sorte a se dar parcial provimento, em menor grau, ao pedido da lide principal.

O relator não se contrapõe à ideia de que por conhecer os trâmites burocráticos a empresa ré deve zelar pela transação que oferece a seus clientes, e ao participar das negociações assume o risco, e em caso de vícios responde de forma objetiva. Entretanto, considera que o *quantum* indenizatório arbitrado em primeiro grau não seria justo, vez que um dos aspectos que devem ser observados para sua caracterização é grau de culpa dos envolvidos, além de não ter como finalidade o enriquecimento ilícito da vítima. Neste sentido argumentou ⁴⁵:

A autora se utilizou do bem por anos, a despeito da irregularidade de sua documentação (pendência da emissão de novo CRV), requerendo a resolução do contrato celebrado somente após o bloqueio administrativo promovido pelo antigo proprietário, que figura como arrendatário do contratado de financiamento com as parcelas do qual vinha arcando a autora por força do contrato de cessão pactuado, em cujo nome ainda pende o registro junto ao DETRAN, em decorrência de infrações de trânsito posteriores à tradição, de responsabilidade da autora adquirente. E, nesse sentido, é que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (Art. 112 do Código Civil), verificando-se que **a vontade manifesta ou declarada da autora não foi outra senão a de se resignar a obter a transferência do registro para o seu nome somente quando da quitação do financiamento**, prontificando-se, até lá, a garantir o fiel cumprimento das parcelas, bem como a zelar pelas possíveis consequências do

⁴⁴SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Recurso de Apelação n. 0001626-21.2010.8.26.0223*. Rel. Hugo Crepaldi. 25ª câmara de direito privado. Julgado em 17-12-2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0001626-21.2010&foroNumeroUnificado=0223&dePesquisaNuUnificado=0001626-21.2010.8.26.0223&dePesquisaNuAntigo=>>> Acesso em: 16. Mai.2016.

⁴⁵Idem.

uso do bem perante o antigo proprietário – ao qual, todavia, não se pode negar o direito de requerer o bloqueio administrativo do daquele ante a restrições decorrentes da conduta levada a cabo pela autora. **Assim, decidir em sentido contrário seria corroborar o comportamento contraditório da parte autora, que exala culpa e encerra patente morosidade na defesa dos direitos ora aduzidos, ferindo de morte o princípio da boa-fé, objetivando na “triade” composta pelos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, que se desdobra por sua vez, in casu, as figuras parcelares extraídas pela doutrina da proibição do *nemopotestveniere contra factum proprium* e do dever de mitigar os danos *duty to mitigate the loss*.**
(grifo nosso)

Percebe-se que diante da problemática, fora conhecido e confirmado o evento danoso causado pelas empresas réas, em primeira instância fora arbitrado valor absurdo com o intuito de reparar tal situação. Entretanto, em melhor análise dos autos em recurso de apelação, o relator verificou que o prejuízo se expandiu em lapso temporal maior por inércia da parte autora, que somente procurou resolver a situação quando conseguiu a quitação do veículo. Aplicando-se então, o instituto da mitigação de danos diretamente ligado à boa-fé prevista no Código Civil.

Neste sentido, concedeu parcial provimento ao recurso para minorar o *quantum* indenizatório de R\$ 25.000,00 para R\$ 5.000,00 por entender que tal quantia se faz suficiente à compensação ao prejuízo suportado, além de argumentar que tal quantia é mais justa e condizente com a demanda.

Já o posicionamento do TJMG em julgamento do Recurso de Apelação N° 002909067.2011.8.13.070 referente à ação de rescisão contratual cumulada com pedido de reintegração de posse, segundo sua 14ª Câmara prolatou acórdão e ementou⁴⁶:

APELAÇÃO CÍVEL -RESCISÃO -CONTRATUAL – IMÓVEL- LOTE-RETENÇÃO – RESTITUIÇÃO - FRUIÇÃO -BENFEITORIAS – ÔNUS DA PROVA. Se o responsável pelo adimplemento do preço descumpre sua obrigação, nasce para a parte contrária o direito de pleitear a resolução do contrato firmado. Ao fixar o valor a ser retido pelo alienante, que não deu causa à rescisão contratual, deve o Magistrado observar criteriosamente todas as peculiaridades do caso concreto. Faz jus o alienante ao recebimento de indenização a título de fruição do bem, em percentual que sopesa o ajuizamento tardio da demanda, de forma a agravar o prejuízo do devedor, importando em ofensa ao princípio da confiança, evidenciando, ademais, desrespeito ao dever anexo de cooperação e de mitigação do dano, todos derivados do princípio da boa fé objetiva. Inexistindo nos autos prova segura a respeito das alegadas benfeitorias, não há como se endossar a pretendida retenção e consequente indenização, de forma a obstar a reintegração da legítima proprietária na posse do imóvel objeto do contrato de compra e venda rescindido.

⁴⁶BELO HORIZONTE; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n°.002909067.2011.8.13.0701*. Rel. Des. Estevão Lucchesi. 14ª Câmara Cível. Julgado em 17-07-2015. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10701110029090001> Acesso em: 26. Mai. 2016.

O desembargador relator ressaltou que a parte requerida reconheceu sua inadimplência, porém não acatou a justificativa de crise financeira. Ressalta que apesar de gerar um sentimento de solidariedade, não seria motivo suficiente para afastar o dever de cumprir a obrigação assumida, segundo palavras do relator, “a loteadora exerce atividade econômica de comercialização de imóveis, não é entidade filantrópica, e espera receber a justa remuneração pelo bem da vida colocado no mercado”⁴⁷.

Apesar de reconhecer que assiste razão à parte autora, o julgador percebeu que o juiz *aquo* deixou de apreciar algumas peculiaridades do caso. Destacou que o inadimplemento se deu no início do ano de 2009, e a empresa somente ajuizou ação em 2011, neste raciocínio elucidou⁴⁸:

Vê-se, pois que a demora na retomada do bem se deu por culpa do credor e para atender aos seus interesses, porquanto é incontroverso o fato de que imóveis valorizam com o passar do tempo. **Neste diapasão, é inarredável que o ajuizamento tardio da presente demanda agravou o prejuízo do devedor, importando em ofensa ao princípio da confiança, evidenciando, ademais, desrespeito ao dever anexo de cooperação e de mitigação do dano, todos derivados do princípio da boa-fé objetiva, um dos pontos mais importantes da nova teoria geral dos contratos.** A fruição não pode ser fixada com a indicação de um valor mensal desde o momento em que a recorrente deixou de adimplir as parcelas, como deferido pelo juízo *aquo*. Portanto, considerando o deferimento da retenção de 10% (dez por cento) a título de perdas e danos, bem como o fato de que a loteadora não buscou minorar seu prejuízo, permitindo o agravamento da situação por anos, afigura-se razoável a retenção de 10% (dez por cento) dos valores pagos, a título de fruição. (Grifo nosso)

Então concedeu parcial provimento ao recurso, para em respeito ao princípio da mitigação, que se aplica em conjunto com a boa-fé objetiva, limitar a retenção a título de cláusula penal e fruição em 20% do montante pago nas três parcelas adimplidas, devendo a empresa ressarcir a parte ré em 80%.

Ainda neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento do Recurso Especial nº 758.518 – PR⁴⁹, considerou pertinente a aplicabilidade da doutrina dos danos evitáveis ao analisar a relação contratual em comento.

⁴⁷BELO HORIZONTE; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n.º.002909067.2011.8.13.0701*. Rel. Des. Estevão Lucchesi. 14ª Câmara Cível. Julgado em 17-07-2015. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10701110029090001> Acesso em: 26. Mai. 2016.

⁴⁸Idem.

⁴⁹BRASÍL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 758.518*. Rel. Vasco Della Giustina. Terceira Turma. Julgado em 17-06-2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200500967754&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 13. Mai. 2016.

EMENTA: DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. *DUTY MITIGATE THE LOSS*. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.
3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.
4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.
5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).
6. Recurso improvido.

A ementa acima citada trata do Recurso Especial interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que em julgamento de Recurso de Apelação em ação em que se discute sobre contrato de promessa de compra e venda, conheceu que a parte vendedora possui o dever de evitar o agravamento de prejuízo causado por inadimplemento, eis que, após a percepção de dano, deve agir com presteza para recuperar a posse do bem, e caso não o faça, não merece ser indenizado durante o período de sua inércia.

A recorrente aduz que ajuizou ação dentro do prazo prescricional que é de 20 anos e que a demora para ingressar ação de Reintegração de Posse, não pode gerar nenhuma penalidade ao vendedor, uma vez que esse se viu prejudicado. Aduz que o promitente-comprador não cumpriu a obrigação assumida em contrato de promessa de compra e venda, e diante do descumprimento deve pagar prestação referente ao uso. Pleiteia indenização a ser arbitrada levando em consideração a data da ocupação do imóvel e o cumprimento da medida de reintegração de posse.

Em análise dos autos, verifica-se que o promitente-comprador descumpriu sua obrigação no ano de 1994, mantendo se no imóvel até o ano de 2001, permanecendo então

7anos inadimplente sem haver neste período, qualquer provocação da parte credora, conforme conhecido pelo relator do acórdão⁵⁰ que julgou a apelação:

E ao mencionar o documento de fl. 34, a apelante situou o abandono do imóvel em setembro de 2001. Ela também não justificou a demora na propositura da ação de resolução e nem por que não tomou antes a iniciativa de averiguar a situação da unidade (se o apartamento ainda estava ocupado ou não), embora o inadimplemento datasse do ano de 1994. **Se fosse diligente e ajuizasse a demanda prontamente, por certo teria recuperado a posse do imóvel bem antes, e nessa medida, a despeito também da atitude do recorrido, ela concorreu para a não fruição da unidade por mais tempo. E isso influi decisivamente na determinação da indenização.** (Grifo nosso).

Constata-se que ao apreciar o caso, fora reconhecido que o promitente-vendedor se diz prejudicado, porém nada fez para evitar tal situação. Se estivesse pautado com o mínimo de zelo e bom senso, sua pretensão já estaria satisfeita. Por este motivo, não merece ser indenizado pelos detrimientos proveniente de sua inércia.

O Ministro Vasco Della Giustina relator do caso, em seu voto destaca que o princípio da boa-fé objetiva defronta a esfera individual e patrimonial, neste sentido especifica:⁵¹

A boa-fé objetiva é fonte de obrigação que permeia a conduta das partes a influir na maneira em que exercitam os seus direitos, bem como no modo em que se relacionam entre si. Com esse entendimento avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo. 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 sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade.

Diante da exposição dos fatos e do julgado, é perfeitamente admissível dizer que o ordenamento pátrio recepciona o Princípio da Mitigação de Danos, sendo a lide em comento um perfeito exemplo de sua aplicação. A empresa recorrente estava em seu direito de ser indenizada por lucros cessantes, por ser proprietária do imóvel e estar o promitente de compra, inadimplente com a obrigação assumida, porém, diante do dano, a empresa não executou tal direito em tempo razoável, cabendo-lhe o encargo gerado pela própria inatividade.

Nesta lógica, aludida Turma conheceu e negou provimento ao Recurso Especial interposto pela empresa com o intuito de reformar a decisão do Tribunal de Justiça que utilizou o Princípio da Mitigação de danos para fundamentar e apurar o conflito.

⁵⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação n. 193375-3*. Rel. Luiz Lopes. Nona Câmara de Direito Civil. Julgado em 19-06-2002. Disponível em: < www.tjpr.jus.br/consulta-2grau> Acesso em: 15. Mai. 2016.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 758.518*. Rel. Vasco Della Giustina. Terceira Turma. Julgado em 17-06-2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200500967754&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 13. Mai. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para melhor compreensão sobre a temática, tenhamos em mente uma relação contratual em que uma parte se torna inadimplente, e frente a isso, o prejudicado, ora credor da obrigação, permanece inerte, nada faz para evitar futuros prejuízos, e se já existentes, se omite para ter o benefício da indenização, seja para recompor danos materiais ou morais.

Não são raras as vezes em que percebe-se que o indivíduo que se depara com a iminência de um dano, aguarda sua ocorrência, visando tão somente benefícios por possíveis indenizações, tendo a certeza de que serão concedidas pelo Poder Judiciário. Eis a questão que constituiu o cerne da presente pesquisa, objetivando um estudo da possibilidade do credor ser instado a mitigar o próprio dano.

Diante disto, demonstrou-se necessário o estudo dos princípios que regem as relações contratuais que além de possuírem função interpretativa, servindo como vetores que esclarecem o sentido jurídico das normas, também exercem função supletiva, servindo para preencher lacunas existentes nas leis, cabendo salientar o Princípio da Boa-fé o qual está expressamente previsto no artigo 422 do Código Civil, impondo aos contratantes condutas delineadas pelo respeito e lealdade para com aquele que negocia.

O princípio da boa-fé baseia-se em valores éticos criados e esperados pela sociedade, e por consequência, serve de parâmetro para o magistrado na aplicação da norma ao contrato. A boa-fé cria ainda deveres anexos à obrigação principal, estando entre o dever de lealdade e confiança, o dever de assistência e informação. Devido a sua ocorrência, as partes ficam obrigadas a comunicar a outra, a existência qualquer fato extraordinário, e caso não o faça, considera-se ferido o princípio da boa-fé. Cumpre destacar que tem o objetivo de preservar o equilíbrio entre os contratantes, por este motivo, serve como delimitador de direitos, evitando desta forma, abusos de direito, fazendo-se cumprir a expectativa inicial.

Isto posto, observou-se que tal princípio corrobora com a teoria de mitigação dos danos, cuja origem remota o sistema *common law*, atualmente também sendo aplicado por ordenamentos do *civil law*. Conforme estudado, a reparação de danos somente seria cabível se não houver imprevisibilidade, pois, se resultar de caso fortuito ou força maior o contrato será resolvido, assim como na Teoria da Imprevisão adotada pelo ordenamento civilista brasileiro. Para que ocorra a reparação por danos, é necessário ainda a existência de

incerteza, pois o contratante não será indenizado por riscos que estavam previsíveis no momento da contratação.

A reparação por dano é limitada ainda pela evitabilidade, prevê que o prejudicado por inadimplemento não têm direito à indenização por dano que não evitou com esforços apropriados com a ocasião. Imperioso mencionar que uma vez aplicado pelo judiciário brasileiro, as sentenças seriam mais justas, sendo as indenizações arbitradas de forma mais condizentes com a realidade.

No âmbito das relações internacionais, cabe destacar que o Brasil é signatário de uma convenção internacional criada pela ONU afim de regulamentar as relações mercantis entre os estados participantes. Diante de algum inadimplemento, dentre as medidas que podem ser adotadas é facultado ao signatário optar por ser indenizado por perdas e danos, e caso assim deseje, estará obrigado a tomar medidas razoáveis para diminuir o prejuízo causado pelo descumprimento. Assim, o estado inadimplente pode solicitar a redução do *quantum* indenizatório se conseguir comprovar que o lesado poderia diminuir o prejuízo.

Partindo dos apontamentos expostos, podemos concluir que o princípio da mitigação é adotado por diversos países, inclusive em convenção internacional, e têm como finalidade reduzir gastos desnecessários e incentivar cooperação entre os contratantes.

Concluimos que a adoção da teoria da mitigação de danos faz valer a cooperação entre as partes, cabendo ao magistrado analisar o caso concreto, bem como a atuação do credor e devedor, para então aplicar a sanção que melhor for cabível ao caso. Temos que a teoria do Abuso de Direito ratifica a aplicação do princípio da boa-fé uma vez que ambos estão apoiados na observância da boa-fé contratual.

Enfim, chega-se ao consenso de que não há texto normativo que obrigue o credor a utilizar meios para dirimir o prejuízo, porém tal princípio está sendo aplicado como ônus/encargo, ou seja, se o credor se esforçar razoavelmente para evitar ou dirimir o próprio dano, será indenizado na totalidade podendo reaver os valores despendidos na tentativa de mitigação. Contudo, se optar por permanecer inerte diante da situação danosa, ainda estará no direito de ser indenizado, porém não fará jus à indenização no que tange o dano que poderia ter evitado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Lucas Mayall. *Mitigação dos danos pelo credor: Aplicação com base no direito brasileiro e na convenção de Viena de compra e venda internacional de mercadorias – CISG.*

Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22528/22528.PDF>> Acesso em 04. Jan.2016.

BRASIL. *Decreto 8.327 de 16 de outubro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em 11. Jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 758.518*. Rel. Vasco Della Giustina. Terceira Turma. Julgado em 17-06-2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200500967754&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 13. Mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.511.795*. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em 17-03-2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1511795&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 15. Mai. 2016.

_____. *Lei 10.406, 10 de Janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04. Out. 2015.

_____. Conselho de Justiça Federal. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 08. Nov. 2015.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUARUJÁ. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ação Indenizatória n. 0001626-21.2010.8.26.0223*. Juíz Marcelo Machado da Silva. 4ª vara cível. Julgado em 28-04-2014. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=67Z0A01960000&processo.foro=223&uuidCaptcha=sajcaptcha_0dc0db1d04ff4d3d8feb38fe45abffdb> Acesso em: 16. Mai.2016.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. Questões controvertidas no Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

LOPES, Christian Sahab Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Recurso de Apelação n. 1.0106.12.004820-7/002*. Rel. Des. Cabral da Silva. 10ª câmara cível. Julgado em 14-08-2016. Disponível em:

<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10106120048207002&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10106120048207002&select=2> Acesso em: 17. Mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n.º.002909067.2011.8.13.0701*. Rel. Des. Estevão Lucchesi. 14ª Câmara Cível. Julgado em 17-07-2015. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10701110029090001> Acesso em: 26. Mai. 2016.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias/>> Acesso em 10. Jan.2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação n. 193375-3*. Rel. Luiz Lopes. Nona Câmara de Direito Civil. Julgado em 19-06-2002. Disponível em: < www.tjpr.jus.br/consulta-2grau> Acesso em 15. Mai. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Recurso de Apelação n. 0001626-21.2010.8.26.0223*. Rel. Hugo Crepaldi. 25ª câmara de direito privado. Julgado em 17-12-2015. Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0001626-21.2010&foroNumeroUnificado=0223&dePesquisaNuUnificado=0001626-21.2010.8.26.0223&dePesquisaNuAntigo=>>> Acesso em 16. Mai.2016

TRIPODI, Leandro. *A CISG*. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/a-cisg>> Acesso em: 10. Jan.2016.