

DIEGO MORAIS DINIZ

**O DEVER DE MITIGAR O PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE THE LOSS) E A
CLÁUSULA PENAL**

CARATINGA

FACULDADES DOCTUM/FIC

2015

DIEGO MORAIS DINIZ

**O DEVER DE MITIGAR O PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE THE LOSS) E A
CLÁUSULA PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum, Unidade de (especificar a unidade), como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Administrativo
Orientador: Prof. Msc. Fulano de Tal (nome completo do professor orientador)

CARATINGA

FACULDADES DOCTUM/FIC

2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	07
CAPÍTULO I - RESPONSABILIDADE CIVIL	09
1.1 - Elementos da responsabilidade civil	11
1.1.1 – Da conduta	12
1.1.2 – Do dano	13
1.1.3 – Nexo de causalidade	15
1.2 - Responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana	18
1.3 – Da cláusula penal	20
CAPÍTULO II – <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i>	25
2.1 – Conceito, origem e natureza jurídica	25
2.2 – Amparo ou fundamentos para inserção do instituto no Brasil	27
2.2.1 – Boa-fé objetiva	28
2.2.2 – Do abuso do direito	34
CAPÍTULO III – APLICAÇÃO DO <i>DUTY THO MITIGATE THE LOOS</i> NO BRASIL	38
3.1 – Introdução	38
3.2 – Aplicabilidades do <i>duty to mitigate</i> na cláusula penal	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar a figura da norma de mitigação dos prejuízos (*duty to mitigate the loss*), ou doutrina dos danos evitáveis, assim como seu possível fundamento e amparo no princípio da boa-fé objetiva e seus deveres acessórios.

Tal instituto, aplicado pela doutrina e jurisprudência brasileira na atualidade, não foi recepcionado em nosso ordenamento de forma expressa, nosso legislador foi omissivo ao tratar da matéria. Portanto, o instituto visa preencher suposta lacuna no direito pátrio para que o credor minimize os prejuízos que possam ser evitados de forma razoável.

Em decorrência da finalidade do instituto, essa pesquisa limitar-se-á em analisar a aplicação do *duty to mitigate the loss* imposto ao credor para que haja minimização de seus prejuízos quando puder ser feito de forma razoável.

E também a possibilidade de sua aplicação no caso de indenização suplementar quando esta for estipulada conjuntamente com cláusula penal contratual. Far-se-á também breve análise da figura da cláusula penal no contrato e seus pormenores, para melhor compreensão do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: dever de mitigar o dano; boa-fé objetiva; cláusula penal; indenizações suplementares.

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “O dever de mitigar o prejuízo (*duty to mitigate the loss*) e a cláusula penal”, tem por objetivo analisar o princípio da boa-fé objetiva como fundamento para aplicação do *duty to mitigate the loss* no ordenamento brasileiro; analisar a figura desse instituto em seus pormenores, e a sua possível aplicabilidade na indenização suplementar criada juntamente com uma cláusula penal, colacionar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da aplicabilidade do instituto jurídico *duty to mitigate the loss*, bem como as referentes à cláusula penal.

Sendo assim, levanta-se como problema a falta de maior estudo sobre o instituto; sua aplicação equivocada em diversos casos pela jurisprudência e doutrina; a imposição ao credor do ônus de minimizar os prejuízos sofridos através de esforços razoáveis e se o *duty to mitigate the loss* poderá ser aplicado nos valores de indenização suplementar estipulada conjuntamente com cláusula penal.

A presente monografia tem como metodologia, a pesquisa teórico-dogmática tendo em vista o manuseio de doutrinas e a investigação da jurisprudência acerca do tema. No que tange aos setores de conhecimento, conclui-se que a pesquisa em tela possui uma visão interdisciplinar, uma vez que abarca diversos institutos do direito Civil, bem como, da responsabilidade Civil.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, têm-se as ideias sustentadas por Christian Sahb Baptista Lopes¹, cuja tese central de seus trabalhos é o estudo sobre o instituto do *duty to mitigate the loss*, se realmente existe ônus atribuído ao credor para minimização dos prejuízos sofridos através de esforços razoáveis, também a origem do instituto, a sua aplicabilidade nos dias atuais, bem como sua aplicação no ordenamento brasileiro. Questiona-se também a possibilidade ou não,

¹ LOPES, Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual. 2011, f. 268. Tese de doutorado, responsabilidade civil contratual – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese___christian_s_b_lopes___a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito___contratual.pdf?sequence=1 Acesso em: 30 de outubro de 2015.

de se aplicar a mitigação nos valores correlatos a cláusula penal ou a indenização suplementar estipulada conjuntamente com cláusula penal em contrato.

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que, por possuir função indenizatória, e aferir previamente as perdas e danos, não é necessária a alegação de prejuízo pelo credor para exigir a multa convencional, o simples inadimplemento basta. Portanto a multa é devida pelo inadimplemento e não por um dano, com isso não a que se falar em mitigação de dano algum nessa hipótese, é o entendimento que se extrai do texto do caput do art. 416 do Código Civil. Porém, o entendimento extraído do parágrafo único do artigo citado anteriormente abre a possibilidade de aplicação do *duty to mitigate* quando conjuntamente a cláusula penal for estipulada indenização suplementar, com escopo de reparar prejuízos sofridos que extrapolem os avençados em multa convencional, o credor nesse caso necessitará demonstrar o prejuízo excedente, portanto caberá a mitigação dessa indenização se o devedor provar que o credor não agiu com razoabilidade para minimizar os danos evitáveis.

A monografia se apresenta em 03 capítulos, sendo que o primeiro capítulo será abordado sobre o instituto da Responsabilidade Civil, sua conceituação e estudo de seus pressupostos, quais sejam, conduta humana culposa, nexos de causalidade e o dano, também será vista a distinção entre Responsabilidade Civil contratual de Responsabilidade Civil extracontratual, e no mesmo capítulo far-se-á uma abordagem de estudo a figura da cláusula penal e seus pormenores.

Já o segundo capítulo será destinado a tecer considerações acerca do instituto *duty to mitigate the loss*, origem, conceito, natureza jurídica, aplicabilidade, possíveis fundamentos jurídicos para sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, o princípio da boa-fé objetiva e a figura do abuso de direito.

Por derradeiro o terceiro capítulo trata da aplicação do *duty to mitigate the loss* nos casos em que o credor, podendo mitigar os danos evitáveis de forma razoável, assim não age, não ensejando redução no valor da indenização devida por parte do devedor. Dessa forma, faz-se análise da possibilidade de se aplicar a norma de mitigação aos valores oriundos de indenizações suplementares estipuladas conjuntamente com cláusula penal contratual.

Considerações Conceituais

Tendo em vista a importância da temática no direito acerca do instituto do *duty to mitigate the loss*, também chamado de norma de mitigação dos danos, é fundamental a análise de alguns tópicos a ele referentes com o objetivo de melhor entendimento acerca do assunto, bem como para analisar sua aplicabilidade e fundamentação no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial ao Código Civil brasileiro.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de *duty to mitigate the loss*, o instituto da boa-fé objetiva, a noção jurídica de cláusula penal, bem como a de indenização suplementar, os quais se passa a explicar a partir de então.

No que diz respeito ao *duty to mitigate the loss*, sua conceituação do não é tão fácil devido a forma com que o instituto foi recepcionado pelos diversos ordenamentos jurídicos mundo a fora. Porém, Christian Sahb Baptista Lopes assim conceitua a norma de mitigação dos danos:

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 circunstâncias.²

O autor conceitua de forma clara e concisa a teoria dos danos evitáveis, em que o credor que não age de forma razoável para minimizar seus prejuízos não fará jus a indenização desses danos que poderia ter sido evitados.

Ademais, a boa-fé objetiva, segundo a concepção de Martins-Costa é:

Segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou Standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do Standard, e tipo meramente subsuntivo.³

² LOPES, 2011, p. 20.

³ MARTINS-COSTA, 1999, p. 411.

A boa-fé objetiva se mostra como cláusula geral aberta levando em consideração diversos fatores para sua aplicação ao caso concreto.

Outrossim, o conceito de cláusula penal, segundo Caio Mário da Silva Pereira:

A cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio penae* dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação.⁴

Consiste em verdadeira obrigação acessória, pois é prevista com a finalidade de se fazer cumprir a obrigação principal, que caso não seja cumprida dará ensejo ao pagamento de multa convencional previamente estipulada.

Por fim, a ideia de indenização suplementar é correlata a da cláusula penal, segundo a doutrina de Maria Helena Diniz, que assim salienta:

O credor pode optar entre as perdas e danos e a cláusula penal, e, uma vez feita à opção, prevendo, no contrato, a cláusula penal, não poderá pedir perdas e danos. Por isso, se o prejuízo causado ao credor for maior do que a pena convencional, impossível será pleitear indenização suplementar (perdas e danos), se assim não estiver convencionado no contrato. Se tal indenização suplementar foi estipulada para a hipótese de a multa avançada ser insuficiente para reparar prejuízo sofrido, a pena será imposta e valerá como mínimo da indenização, devendo o credor demonstrar que o prejuízo excedeu à cláusula penal para ter direito àquela diferença, visando à complementação dos valores para a obtenção da reparação integral a que faz jus (CC art.416, parágrafo único).⁵

A indenização suplementar equivale as perdas e danos que extrapolam aos prejuízos previstos na cláusula penal, esses prejuízos só poderão ser pleiteados se for prevista a cláusula de indenização suplementar juntamente com a cláusula penal.

⁴ PEREIRA, 2004, p. 145.

⁵ DINIZ, 2009, p. 448.

CAPÍTULO I - RESPONSABILIDADE CIVIL

O sujeito de direito no exercício de suas atividades no meio social pratica atos que modificam a conjuntura preexistente, se dessa modificação resultar lesão a direito de outrem ou mesmo lesão ao próprio direito decorrente de algum dano, surge pra parte causadora de tais danos o dever de ressarcimento com fulcro de tentar reestabelecer o mais próximo do quão era antes o equilíbrio social, moral e pecuniário.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.⁶

O autor supracitado exalta a restauração do *statu quo ante*, ou seja, a tentativa de restaurar o que preexistia através da compensação, onde aquele que responde sofre o dissabor do dano por ele causado quando se vê compelido no dever de compensar a outra parte.

No exercício de nossas atividades do cotidiano sempre interferimos no meio social e sobre isso Fábio Ulhoua Coelho discorre de maneira contundente que:

As interferências positivas e negativas que cada um de nós sofre e cria para as outras pessoas com quem convivemos em sociedade são externalidades quando não são compensadas. As interferências compensadas são internalidades. As normas de responsabilidade civil cuidam da internalização das externalidades.⁷

O que o autor quer demonstrar é que nem toda interferência humana criada ou sofrida enseja a efetiva compensação do dano, sendo essas interferências não compensadas, meras externalidades, ou seja, normal ao cotidiano. Quando é necessária a compensação é porque existe uma externalidade que é regulada pela legislação para que haja compensação, então internalizada em norma existente.

⁶ GONÇALVES, 2010, p. 19.

⁷ COELHO, 2010, P. 265.

Os atos que causam danos e que ensejam reparação podem ser tanto ilícitos quanto lícitos como no caso de inadimplemento contratual, nesses últimos deve haver previsão legal de reparar quando da existência do dano.

Nosso Código Civil brasileiro trabalha o instituto da responsabilidade civil em capítulo próprio e em outros dispositivos esparsos, ao longo desse trabalho científico serão estudados alguns desses dispositivos relevantes à matéria.

Entende-se por ato ilícito segundo o Código Civil brasileiro, art. 186 “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁸

E o art. 187 do diploma civil dispõe que “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”.⁹

O Código Civil brasileiro de 2002 assinala em seu art. 927 que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.¹⁰

O final do texto do art. 927 do Código Civil prescreve a obrigação de reparação que constitui dever jurídico coagindo o causador do dano a exercê-la.

Sérgio Cavaliere Filho conceitua responsabilidade civil como dever jurídico da seguinte forma:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.¹¹

Corroborando com a ideia da função reparadora que possui a responsabilidade civil, Maria Helena Diniz aduz da seguinte forma:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão

⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** “Institui o código civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ CAVALIERI, 2004, p. 24.

de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹²

Da leitura deste conceito observa-se a função reparadora da responsabilidade civil pelos danos causados por terceiros e também quatro razões das quais derivam os atos causadores do dano.

1.1 - Elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil possui elementos que devem existir para caracterizá-la, porém tais elementos não são de fácil delimitação pelos operadores do direito havendo divergências entre vários os pressupostos existentes e defendidos por determinados juristas.¹³

Os pressupostos comuns à caracterização da responsabilidade civil consistem nos previstos no art. 186 do Código Civil, no qual dispõe, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Pode-se extrair do texto desse artigo supracitado a conduta humana culposa como elemento caracterizador da responsabilidade civil, conduta essa positiva ou negativa; o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade que une uma a outra. Nessa corrente Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona citam o princípio do *neminem laedere*, em que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem.¹⁴

A conduta humana culposa, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade são citados por renomados autores como Maria Helena Diniz,¹⁵ Carlos Alberto Bittar,¹⁶ Carlos Roberto Gonçalves.¹⁷

¹² DINIZ, 2007, p. 35.

¹³ Idem, ibidem, p. 36.

¹⁴ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 65.

¹⁵ DINIZ, 2007, p. 37.

¹⁶ BITTAR, 1999, p. 8.

¹⁷ GONÇALVES, 2010, p. 52-54.

1.1.1 – Da conduta

Segundo Sergio Cavalieri Filho, “entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.¹⁸ Sendo esse o primeiro pressuposto para caracterização da responsabilidade civil.

Fábio Ulhoua Coelho descreve o ato humano como:

O primeiro elemento constitutivo da responsabilidade civil subjetiva é um ato do ser humano de um homem ou mulher, adulto ou criança. Atendidos determinados pressupostos, esse ato humano dará ensejo à responsabilização de um sujeito de direito. O civilmente responsável pelo ato poderá ser a própria pessoa física que o praticou, outra pessoa física, uma pessoa jurídica ou mesmo um ente despersonalizado em nome dos quais se considera praticado o ato humano.¹⁹

O ato humano ou conduta humana pode ser comissivo ou omissivo (fazer ou não fazer).²⁰ Classificada também como positiva ou negativa.²¹

A conduta comissiva (fazer) ou positiva consiste na ação, que segundo Sergio Cavalieri Filho pode se entender como:

A forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante.²²

Segundo Maria Helena Diniz:

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais.²³

¹⁸ CAVALIERI, 2004, p. 42.

¹⁹ COELHO, 2010, p. 317.

²⁰ Idem.

²¹ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 70.

²² CAVALIERI, 2004, p. 43.

²³ DINIZ, 2007, p. 39.

Com relação à figura da omissão espécie de ato humano, Carlos Roberto Gonçalves assinala que “para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado”.²⁴

A ideia de culpa, consubstanciada no texto do art. 186 do CC,²⁵ vista como negligência e imprudência em seu sentido amplo. Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

A culpa deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.²⁶

Orlando Gomes assevera:

Se bem que a noção de culpa deva ser enunciada em termos precisos, por ser o critério de imputação da responsabilidade, reina a maior confusão na doutrina, em face da tendência para alarga-la com vistas a favorecer as vítimas de danos, que estariam desamparadas, em muitos casos, a prevalecer o conceito clássico. Apesar dos abalos que tem sofrido, resiste às tendências inovatórias, razão por que importa deduzi-lo antes de expor as novas concepções.²⁷

A regra geral do dever de compensar o ato ilícito praticado, decorrente de culpa, que é a reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente, vigora em nosso ordenamento, tal reprovabilidade consiste na hipótese de se poder agir de forma diferente em determinada circunstância concreta.²⁸

1.1.2 – Do dano

Outro elemento considerado o mais importante dos pressupostos da responsabilidade civil, é o dano ou prejuízo, pois mesmo que exista uma conduta humana culposa que enseje consequências no meio externo, se não existir dano ou

²⁴ GONÇALVES, 2010, p. 59.

²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Institui o código civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

²⁶ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 167.

²⁷ GOMES, 2011, P. 67.

²⁸ DINIZ, 2007, p. 39.

prejuízo que afete terceiros não há de se falar em responsabilidade civil, tampouco em ressarcimento.

Carlos Alberto Bittar assevera que dano “é a perda, ou a diminuição, total ou parcial, de elemento, ou de expressão, componente de sua estrutura de bens psíquicos, físicos, morais ou materiais”.²⁹

O dano como elemento principal da responsabilidade civil, gera o dever de ressarcimento, ou seja, a responsabilidade do agente perante o prejudicado. Sem o dano não haverá que se falar em indenização conforme salienta Cavalieri.³⁰ Esse mesmo autor conceitua o dano:

Como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.³¹

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona conceituam o “dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.³²

Para reparação do dano se faz necessário alguns requisitos. Segundo Stolze e Pamplona seriam eles a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; certeza do dano e a subsistência do dano.³³ Portanto, esses requisitos representam determinada agressão a algum bem jurídico tutelado, dessa agressão deve resultar um dano concreto, existente e real e que só deixará de subsistir, após o efetivo ressarcimento, momento que ocorrerá a extinção da responsabilidade civil por parte do ofensor.

Carlos Alberto Bittar cita como requisitos do dano que o mesmo seja atual (e não remoto); certo; pessoal e direto, contudo, acolhe-se o dano derivado.³⁴

Maria Helena Diniz aduz como requisitos a diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; certeza do dano, a

²⁹ BITTAR, 1999, p.9.

³⁰ CAVALIERI, 2004, p. 88.

³¹ Idem, ibidem, p. 89.

³² GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 78.

³³ Idem, ibidem, p. 80-82.

³⁴ BITTAR, 1999, p. 10.

subsistência do dano, causalidade entre a agressão e o dano; legitimidade, que consiste na titularidade da vítima sobre o bem atingido e por última ausência de causas excludentes de responsabilidade.³⁵

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido”,³⁶ o autor difere o dano moral do material. Podendo ser considerados conforme salienta Orlando Gomes em dano patrimonial e extrapatrimonial, tal autor assevera que:

A rigor, não é possível falar em dano extrapatrimonial. Por definição, o dano é lesão no patrimônio de alguém, contra sua vontade. Mas no direito atual desenvolve-se forte tendência para admitir a existência do dano moral. Entendem muitos que, se o atentado ao direito personalíssimo de alguém não produz qualquer prejuízo de ordem patrimonial, mesmo assim aquele que o sofreu deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. As razões de equidade que a justificam levam a se admitir a inclusão do dano extrapatrimonial ao lado do dano patrimonial. Além, pois, do *damnum corpore corpori datum*, o dano moral.³⁷

Orlando Gomes continua seus ensinamentos e preleciona que “dano moral é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem”.³⁸

Segundo Sergio Cavalieri Filho, “dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”.³⁹

1.1.3 – Nexo de causalidade

Vistos os pressupostos, da conduta humana culposa e o dano, passa-se a análise do elemento nexo de causalidade que consiste no liame que une a conduta humana ao dano. Como assevera Cavalieri “é preciso que esse dano tenha sido

³⁵ DINIZ, 2007, p. 63-64.

³⁶ GONÇALVES, 2010, p. 54.

³⁷ GOMES, 2011, p. 75.

³⁸ Idem, ibidem, p. 76.

³⁹ CAVALIERI FILHO, 2004, p. 89.

causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito”.⁴⁰

Para Maria Helena Diniz consiste:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.⁴¹

Portanto, “deve, por fim, haver vínculo (nexo causal) entre a ação e o evento, de sorte a poder-se concluir que o dano proveio do fato do agente”, conforme observa Carlos Alberto Bittar.⁴²

Preleciona Orlando Gomes:

Não é fácil a determinação do nexo causal. Em muitos casos, torna-se penoso saber até onde vai. Daí o esforço da doutrina para oferecer uma solução que facilite a tarefa do aplicador da lei quando se apresentam causas sucessivas. Antes de qualquer referência às teorias construídas com esse objetivo, impõe-se exame sumário das situações nas quais a dificuldade se apresenta.⁴³

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

A teoria do nexos causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. Essas concausas podem ser sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de uma causa. É a hipótese de um dano que pode ser atribuído a várias pessoas. O código civil, em matéria de responsabilidade extracontratual, dispõe que, neste caso, ela é solidária.

(...)

A grande dificuldade, entretanto, está no estudo das concausas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos.⁴⁴

Três são as teorias adotadas para explicar as causas sucessivas, quais sejam a da equivalência dos antecedentes; da causalidade; e a dos chamados danos diretos e imediatos.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, 2004, p. 65.

⁴¹ DINIZ, 2007, p. 107-108.

⁴² BITTAR, 1999, p. 13.

⁴³ GOMES, 2011, p. 79.

⁴⁴ GONÇALVES, 2010, p. 349.

A teoria da equivalência das condições, também conhecida como *conditio sine qua non*, demonstra que “todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado”,⁴⁵ tal teoria é falha por considerar como causas do dano todas aquelas que antecedem a principal. Como assevera Cavalieri “critica-se essa teoria pelo fato de conduzir a uma exasperação da causalidade e a regressão infinita do nexa causal”.⁴⁶

Carlos Roberto Gonçalves assinala sobre a teoria da causalidade adequada, da seguinte forma:

A segunda teoria, a da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada.⁴⁷

Segundo Stolze Gagliano e Pamplona Filho:

O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa.⁴⁸

Orlando Gomes assinala que “pelo critério da causalidade adequada, considera-se causa do dano o fato idôneo a produzi-lo. A idoneidade que se tem pela inevitabilidade constante do efeito”.⁴⁹

A terceira teoria intitulada dos danos diretos e imediatos “considera-se causa do dano o fato de que deriva mais proximamente”.⁵⁰ Continua Orlando Gomes, “o nexa causal se estabelece entre o dano e o fato que foi sua causa necessária, isto é, direta, no sentido de que não pode ser atribuída à outra”.⁵¹

⁴⁵ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 128.

⁴⁶ CAVALIERI, 2004, p. 67.

⁴⁷ GONÇALVES, 2010, p. 350.

⁴⁸ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 132.

⁴⁹ GOMES, 1999, p. 80.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ Idem ibidem.

Segundo Stolze e Pamplona, “causa, para essa teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.⁵²

No direito civil pátrio existe adeptos da teoria da causalidade adequada, como sendo esta a adotada pelo Código Civil brasileiro, entre os doutrinadores que adotam essa teoria podemos citar como exemplo Sergio Cavaliere Filho.⁵³ Porém, a maior parte da doutrina, nesse sentido podendo-se recorrer a Carlos Roberto Gonçalves,⁵⁴ Orlando Gomes,⁵⁵ e a Pablo Stolze e Pamplona Filho⁵⁶ defendem ser a teoria dos danos diretos e imediatos a adotada pelo nosso legislador. Fundamentam a base dessa teoria no art. 403 do CC, que assim dispõe:

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.⁵⁷

Jurisprudência e doutrina confundem ambas as teorias, porém sempre analisando a notoriedade e importância da investigação das causas, como salientam Stolze e Pamplona.⁵⁸

1.2 - Responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Se o prejuízo que decorre diretamente da violação de uma prescrição legal, é oriundo de uma conduta ilícita de determinado agente infrator, estamos diante da responsabilidade aquiliana ou extracontratual. Porém, quando houver norma jurídica contratual que vincule as partes envolvidas, e o dano deriva-se do descumprimento

⁵² GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 132.

⁵³ CAVALIERI FILHO, 2004, p. 68.

⁵⁴ GONÇALVES, 2010, p. 352.

⁵⁵ GOMES, 1999, p. 80.

⁵⁶ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 134.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Institui o código civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

⁵⁸ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 135.

de determinada norma, há de se falar nessa hipótese de responsabilidade contratual⁵⁹.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente a responsabilidade extracontratual nos arts. 186 a 188 e 927 a 954; e a contratual nos arts. 389 e s. e 395 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora.⁶⁰

Existem adeptos a teoria monista, em que não diferenciam responsabilidade civil sob o argumento de que os efeitos são os mesmos para ambos.⁶¹ O Brasil é signatário da teoria dualista ou clássica,⁶² podemos citar algumas diferenças existentes com relação à responsabilidade civil contratual e a aquiliana.

Segundo Stolze e Pamplona, “três elementos diferenciadores podem ser destacados, a saber, a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto à culpa e quanto a capacidade”.⁶³

Continua o autor:

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

(...)

Justamente por essa circunstância é que, na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o ônus probandi, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma excludente do elo de causalidade.⁶⁴

Assevera Sílvio de Salvo Venosa:

Quem transgredir um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, pode ser obrigado a ressarcir o dano. O dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual. Advertimos, contudo, que, quando em doutrina é feita referência singela à

⁵⁹ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 58.

⁶⁰ GONÇALVES, 2010, p. 45.

⁶¹ Idem, ibidem.

⁶² Idem, p. 59.

⁶³ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 58.

⁶⁴ Idem, 2011, p. 60.

responsabilidade extracontratual. No Código Civil, muitos dos temas tratados quanto à forma de indenização referem-se à responsabilidade contratual ou negocial...

(...)

A doutrina moderna, sob certos aspectos, aproxima as duas modalidades, pois a culpa vista de forma unitária é fundamento genérico da responsabilidade. Uma e outra fundam-se na culpa. Na culpa contratual, porém examinamos o inadimplemento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa aquiliana ou extranegocial, levamos em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato.⁶⁵

Na responsabilidade civil contratual basta haver descumprimento do contrato no qual resulte dano por parte do devedor face ao credor, esse deverá apenas demonstrar o dano sofrido e ao devedor restará ressarcir o prejuízo, salvo se provar alguma excludente de culpabilidade.

Outra diferença consiste nas fontes da qual promanam, é que uma provém de convenção e a outra do descumprimento de norma abstrata do dever de não lesar,⁶⁶ várias são as diferenças entre uma e outra.

1.3 – Da cláusula penal

Para melhor efetivação no cumprimento das obrigações, seja em matéria contratual ou fora dela, o instituto da cláusula penal é instrumento válido para coerção e intimidação das partes.

Conceitua cláusula penal, Sílvio de Salvo Venosa:

Cláusula penal é uma obrigação de natureza acessória. Por meio desse instituto insere-se uma multa na obrigação, para a parte que deixar de dar cumprimento ou apenas retardá-lo. Aí estão as duas faces da cláusula penal: de um lado, possui a finalidade de indenização prévia de perdas e danos, de outro, a de penalizar, punir o devedor moroso. Trata-se basilarmente, como decorre da própria denominação, de uma modalidade de pena.⁶⁷

Segundo o conceito do autor trata-se de modalidade de pena, por isso mesmo é conhecida também como pena convencional.

⁶⁵ VENOSA, 2004, p. 25.

⁶⁶ GONÇALVES, 2010, p. 46.

⁶⁷ VENOSA, 2011, p. 345.

Para Caio Mário da Silva Pereira, que assim assevera:

A cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio penae* dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação.⁶⁸

Do conceito supracitado, têm-se a característica pecuniária da cláusula penal, que via de regra dá-se em dinheiro ou em prestação de outra natureza.⁶⁹

Segundo Washington De Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf, a cláusula penal “deve ser ajustada pelas próprias partes contratantes, tornando-se inadmissível seja delegada a terceiro a fixação de seu montante, ainda que se trate da própria autoridade judiciária”.⁷⁰ Dispõe ainda o art. 409 do diploma civil de 2002 que ela poderá ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em momento ulterior.⁷¹

Por ser a cláusula penal também cláusula acessória, seguirá a obrigação principal, em todos os momentos⁷², Sílvio Rodrigues salienta, “note-se, entretanto, que a recíproca não é verdadeira, pois, se a cláusula penal por alguma razão for nula, isso não envolve, necessariamente, a nulidade da obrigação principal”.⁷³ Conforme Caio Mario Da Silva Pereira “a ineficácia que eventualmente atinja o pacto penal não afeta a validade da obrigação a que adere”.⁷⁴

A função da cláusula penal pode ser dividida em duas modalidades, primeira é a de ser meio de coerção, com intuito de intimidação do devedor a satisfazer determinada obrigação; e por segundo ela estipula antecipadamente as perdas e danos devidas à parte inocente de direito.⁷⁵ Nesse mesmo sentido, Venosa.⁷⁶

A multa convencional refere-se à inexecução completa da obrigação; à de alguma cláusula especial; ou à mora.⁷⁷ Sílvio Rodrigues assevera que:

⁶⁸ PEREIRA, 2004, p. 145.

⁶⁹ MONTEIRO e MALUF, 2010, p. 387.

⁷⁰ Idem, ibidem.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Institui o código civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 31 de outubro de 2015.

⁷² PEREIRA, 2004, p. 147.

⁷³ RODRIGUES, 2008, p. 263.

⁷⁴ PEREIRA, 2004, p. 148.

⁷⁵ MONTEIRO e MALUF, 2010, p. 388.

⁷⁶ VENOSA, 2011, p. 352.

⁷⁷ MONTEIRO e MALUF, 2010, p. 393.

Na maioria dos contratos, o interprete descobre facilmente a natureza da cláusula penal, pois, se se referir à inexecução completa da obrigação, será compensatória, enquanto se se cuidar apenas da execução imperfeita, será moratória.

(...)

Por vezes, porém, tal distinção é penosa, por se apresentar obscura a intenção dos contratantes.⁷⁸

Para Caio Mario De Silva Pereira:

Há relevância prática na distinção, uma vez que a compensatória, como indica a própria denominação, substitui a obrigação principal, indenizando o credor das perdas e danos gerados do inadimplemento do devedor. Em razão desta finalidade, decorre da lei a alternativa a benefício daquele, pois que a falta da prestação traz o dano, que a penalidade ajustada visa a corrigir ou compensar. Quando a cláusula penal é moratória, não substitui nem compensa o inadimplemento. Por esta razão, nenhuma alternativa surge, mas, ao revés, há uma conjunção de pedidos que o credor pode formular: o cumprimento da obrigação principal que não for satisfeita oportunamente, e a penal moratória, devida como punição ao devedor, e indenização ao credor pelo retardamento oriundo da falta daquele.⁷⁹

Segundo Sílvio de Salvo Venosa “a cláusula penal compensatória constitui prefixação de perdas e danos. Sua maior vantagem reside no fato de que basta ao credor provar o inadimplemento imputável ao devedor, ficando este obrigado ao pagamento da multa estipulada”.⁸⁰

Para Washington De Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf:

Já a cláusula penal moratória visa a impedir o retardamento culposos da prestação obrigacional, servindo de instrumento para compelir o devedor a não só cumprir a obrigação contraída como fazê-lo na forma, no prazo e no local avençados.⁸¹

Visto os eminentes conceitos transcritos acima, conclui-se que a cláusula penal possui função indenizatória, pois, estipulam de forma antecipada perdas e danos para o caso de inadimplemento obrigacional, ocorre que quando estipulada, os danos que se excedem não poderão ser demandados pelo credor estipulante, salvo se for estipulada indenização suplementar conjuntamente com aquela.

⁷⁸ RODRIGUES, 2008, p. 272.

⁷⁹ PEREIRA, 2004, p. 155.

⁸⁰ VENOSA, 2011, p. 347.

⁸¹ MONTEIRO e MALUF, 2010, p. 395.

Caio Mario Da Silva Pereira assevera que “pode acontecer, e com frequência ocorre nos períodos inflacionários que a cláusula penal não supre o descumprimento da obrigação”.⁸²

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

O valor da multa pode sempre ser exigido na hipótese de inadimplemento. Se o credor entender que seu prejuízo supera seu valor, somente poderá cobrar o excesso se o contrato assim o permitir expressamente e, nesse caso, quanto ao valor que sobejar, deve provar o prejuízo, seguindo, então, neste último aspecto, a regra geral de perdas e danos. Nada impede, também, que as partes tenham estabelecido um limite para esse plus indenizatório: impera a autonomia da vontade.⁸³

Nesse sentido Caio Mario Da Silva Pereira, salienta:

No rigor do artigo, dascabe postular a imposição da pena convencional cumulada com a indenização por perdas e danos.

(...)

Não contendo o artigo uma disposição de ordem pública, é lícito estipular a cláusula penal para total inadimplemento da obrigação juntamente com a indenização das perdas e danos decorrentes da inexecução do obrigado (art. 416, CC, parágrafo único).⁸⁴

Corroborando com a ideia supracitada, assinala Washington De Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf:

Tolera-se, todavia, que mediante ressalva especial e expressa, passe o devedor a responder também por honorários de advogado, custas e outras despesas. Em face da lei, não é possível acumular a multa com outras perdas e danos, excetuada, naturalmente, a hipótese de ato doloso do devedor, como desfalque da coisa a ser restituída, caso em que a indenização há de cobrir o ato lesivo em toda a sua extensão.⁸⁵

Nesse diapasão, ressalta Maria Helena Diniz:

O credor pode optar entre as perdas e danos e a cláusula penal, e, uma vez feita à opção, prevendo, no contrato, a cláusula penal, não poderá pedir perdas e danos. Por isso, se o prejuízo causado ao credor for maior do que a pena convencional, impossível será pleitear indenização suplementar (perdas e danos), se assim não estiver convencionado no contrato. Se tal indenização suplementar foi estipulada para a hipótese de a multa avençada ser insuficiente para reparar prejuízo sofrido, a pena será imposta e valerá como mínimo da indenização, devendo o credor demonstrar que o prejuízo excedeu à cláusula penal para ter direito àquela diferença, visando

⁸² PEREIRA, 2004, p. 152.

⁸³ VENOSA, 2011, p. 350.

⁸⁴ PEREIRA, 2004, p. 152.

⁸⁵ MONTEIRO e MALUF, 2010, p. 407.

à complementação dos valores para a obtenção da reparação integral a que faz jus (CC art.416, parágrafo único).⁸⁶

Quando estipulada indenização suplementar conjunta a cláusula penal o credor deverá demonstrar os danos que extrapolaram aos cobertos pela multa convencional. Contudo, defende-se que, os danos advindos da inércia do credor deverão ser alegados para que o juiz possa mitigá-los na sentença, ou seja, o devedor visa reduzir a indenização suplementar, sob o argumento de que o credor poderia ter diminuído seus prejuízos utilizando-se de meios razoáveis.

⁸⁶ DINIZ, 2009, p. 448.

CAPÍTULO II – *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

2.1 – Conceito, origem e natureza jurídica.

A doutrina dos danos evitáveis ou norma de mitigação dos prejuízos consiste no “dever” do credor evitar, de forma razoável, os prejuízos sofridos.

Assevera Christian Sahb Baptista Lopes que “o objetivo da doutrina da evitabilidade é promover a eficiência dos contratos e evitar que se desperdicem recursos econômicos que possam ser resguardados pela adoção de medidas de mitigação pelo credor”.⁸⁷

O instituto encontrou dificuldades em sua fundamentação nem por isso deixou de ser aceito pelos países do *common law*, onde foi bem estabelecida pela jurisprudência. Nos países do *civil law* várias foram as suas fundamentações.⁸⁸

Segundo Christian Sahb Baptista Lopes:

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 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.⁸⁹

A natureza jurídica da norma de mitigação dos prejuízos, assim como a sua fundamentação, se dá de maneira complexa em diversos ordenamentos.

A doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera, em justificativa feita ao enunciado 169 da III Jornada de direito civil, do Conselho da justiça federal – CJF aduziu que:

⁸⁷ LOPES, 2011, p. 50.

⁸⁸ Idem, 2011, p. 23

⁸⁹ Idem, 2011, p. 21-22

O dever de mitigar o próprio dano, apesar dessa terminologia não se trata de dever propriamente dito, ou de alguma incumbência ou obrigação, se isso fosse à parte inadimplente poderia pleitear perdas e danos ao credor, consistem em verdadeira limitação ao ressarcimento daquilo que apenas é inevitável por esforços razoáveis.⁹⁰

A doutrina dos danos evitáveis, como demonstra o conceito supracitado, não consiste necessariamente em um dever, pois se fosse seria fundamento para que o inadimplente demandasse o credor em polo passivo, o que não ocorre.

Salienta Christian Sahb Baptista Lopes que “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”.⁹¹

A recepção do instituto se deu de maneira desordenada em vários sistemas jurídicos, em alguns nem é tratado como tal, embora se encontre presente e positivado em várias convenções internacionais. E foi uma dessas convenções que despertou o interesse da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera, ao questionar a ocorrência do instituto no direito civil pátrio.

Prescreve o art. 77 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 que a parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Na justificativa feita por Fradera na III jornada de direito civil, a autora salienta que:

A natureza do dever do credor de mitigar o seu prejuízo varia de acordo com o sistema jurídico enfocado: no BGB é considerada uma *Obliegenheit*, isto é, uma obrigação cuja exigência de cumprimento reveste-se de menor intensidade; no Direito francês, a justificativa estaria na boa-fé ou no abuso de direito; na Common Law, é uma decorrência do próprio sistema, isto é, aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem consideração à culpa ou à negligência. Dessa forma, não é de estranhar que a

⁹⁰ Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJP, 2005, p. 162-163.

⁹¹ LOPES, 2011, p. 23

Convenção de Viena, em seu já citado art. 77, estabeleça deva a outra parte tomar medidas para diminuir o prejuízo decorrente da violação.⁹²

Há de se salientar o direito do credor de reaver os gastos decorrentes do esforço de evitar prejuízos em desfavor dele, mesmo que tais esforços não ensejem o efeito esperado, havendo economia terá direito a ser indenizado por aquilo que gastou evitando prejuízos maiores.⁹³

Mormente a dificuldade de se estabelecer a verdadeira origem e natureza jurídica do *duty to mitigate the loss*, tal dificuldade não retira sua função de evitabilidade dos prejuízos e sua colaboração na ordem econômica contratual, perquirindo a lealdade e a confiabilidade entre as partes.

2.2 – Amparo ou fundamentos para inserção do instituto no Brasil

Em contrapartida aos países do *common law*, em que, os operadores do direito não deram tanta importância a fundamentação do instituto, deixando por conta da jurisprudência a sua efetiva aplicação dando ênfase a contribuição do instituto no âmbito contratual, os operadores do direito brasileiro por sua vez, fundamentam a recepção do instituto na figura da boa-fé objetiva e alguns doutrinadores também citam a figura do abuso de direito.

Segundo Fradera de acordo com o disposto no art. 422, “o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato”.⁹⁴

Para Flávio tartuce:

A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais

⁹² Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJF, 2005, p. 164.

⁹³ LOPES, 2011, p. 50

⁹⁴ Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJF, 2005, p. 165.

e decorrentes do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC.⁹⁵

Analisemos esses institutos e as nuances de fundamentação que eles proporcionam.

2.2.1 – Boa-fé objetiva

O direito, assim como a sociedade, está em constante metamorfose, aderindo aos novos fatos sociais, culturais e as descobertas da ciência, seja ela jurídica ou não. Velho como o direito é a forma de se relacionar do ser humano, em especial na órbita contratual, que também exige mudanças para se adaptar aos novos paradigmas que vão surgindo com o tempo.

Nessa evolução constante, pode-se considerar existir diversas fases atribuídas a determinada época. Como, por exemplo, a mudança do considerado mundo da segurança para o mundo da insegurança.

O mundo da segurança se fundava em tríplice ideologia, que consistia na ideologia da sociedade, que eram os valores pregados pela burguesia liberal; a ideologia da unidade legislativa, que via o diploma civil como completo, atendendo todos os anseios da sociedade privada; e a ideologia da interpretação, que nada mais era do que respeitar limites impostos ao próprio diploma legal.⁹⁶

O mundo da insegurança, por sua vez, acabou com essa tríplice ideologia, a noção de unidade, ou individualismo se sobressaiu com relação à ideologia de sociedade, começaram a surgir a organização da atividade produtiva, ou seja, as empresas. A ideologia da unidade legislativa não mais era vista como completa, perfeita, que abordava tudo quanto esperado, surgiu as leis extravagantes para tratarem de novos fatos sociais existentes e a ideologia da interpretação foi fortemente mitigada, pois antes o operador do direito era amparado pelo positivismo

⁹⁵ TARTUCE, 2005, p. 3.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, 1999, p. 276-279.

das leis, com o mundo da insegurança vieram os questionamentos sobre as fontes da norma, suas funções e formulação das mesmas.⁹⁷

Com a mudança ocorrida, o positivismo jurídico teve forte ruptura em seus preceitos, a norma já não era mais interpretada apenas em seu sentido literal, passou-se aos questionamentos sobre fontes, funções e elaboração das mesmas. Nesse contexto os princípios e as cláusulas gerais ganharam efetiva importância nos ordenamentos jurídicos, para elaboração de normas aptas a regular os novos fatos sociais, mas que tivessem uma base teórica dogmática aplicável à determinada situação.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

Diz-se que o código de 2002 constitui um sistema aberto, predominando o exame do caso concreto na área contratual. Cuida-se, na verdade, da dialética contemporânea que abrange todas as ciências, principalmente as ciências sociais. Trilhando técnica moderna, esse estatuto erige cláusulas gerais para os contratos.⁹⁸

As cláusulas gerais são amplas, de aplicação irrestrita, abrindo possibilidades na sua interpretação, abrangendo diversas situações hipotéticas, abstratas e também concretas.

Martins-Costa aduz da seguinte forma sobre o assunto:

É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de Standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.⁹⁹

Para Sílvio de Salvo Venosa:

O que primordialmente a caracteriza é o emprego de expressões ou termos vagos, cujo conteúdo é dirigido ao juiz, para que este tenha um sentido norteador no trabalho de hermenêutica. Trata-se, portanto, de uma norma mais propriamente dita genérica, a apontar uma exegese. Não resta dúvida que se há um poder aparentemente discricionário do juiz ou árbitro, há um desafio maior permanente para os aplicadores do direito apontar novos caminhos que se façam necessários.¹⁰⁰

⁹⁷ MARTINS-COSTA, 1999, p. 280-284.

⁹⁸ VENOSA, 2011, p. 386.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, 1999, p. 274.

¹⁰⁰ VENOSA, 2011, p. 387.

As cláusulas gerais, portanto são o meio em nosso ordenamento para criação de novas normas consubstanciadas nos valores e preceitos advindos daquela.

Caio Mario da Silva Pereira assevera que:

O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso.¹⁰¹

O princípio da probidade e da boa-fé conceituam Woshington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, da seguinte forma:

O princípio de probidade versa sobre um conjunto de deveres, exigidos nas relações jurídicas, em especial, os de veracidade, integridade, honradez e lealdade.

(...)

Desse princípio decorre logicamente o da boa-fé, que reflete não apenas uma regra de conduta, mas consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do Código Civil de 2002.¹⁰²

Para Pablo Stolze e Pamplona Filho “a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente”.¹⁰³

Segundo Martins-Costa:

O primeiro dispositivo a consagrar a boa-fé em artigo de lei foi o alemão no § 242, que rezava que o devedor deveria cumprir a prestação com a devida boa-fé e costumes do tráfego jurídico, desde essa época a boa-fé ganhou notoriedade e status de cláusula geral, com proporção tamanha que se viu presente mundo a fora em diversos diplomas legais criados, como fator de fortalecimento e de materialização dos contratos.¹⁰⁴

Em se tratando do direito pátrio, Caio Mario Da Silva Pereira assevera da seguinte forma:

A maior crítica que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era a de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa-fé como cláusula geral, falha imperdoável diante da consagração do princípio nos Códigos a ele anteriores, como o francês (art. 1.134) e o alemão (§ 242)¹⁰⁵

¹⁰¹ PEREIRA, 2012, p. 18.

¹⁰² MONTEIRO, DABUS, SILVA, 2010, p. 25.

¹⁰³ GAGLIANO e PAMPLONA, 2011, p. 100.

¹⁰⁴ Idem, 1999, p. 287.

¹⁰⁵ PEREIRA, 2012, p. 17.

Por ser o Direito brasileiro há vários anos influenciados pela doutrina e jurisprudência alemã, é por consequente a incorporação do comportamento em análise. Foi omissivo o legislador de 1916, porém foi feliz o legislador do Código civil de 2002, mesmo que timidamente consagrou o princípio da probidade e boa-fé.

Prescreve o art. 422 do Código Civil de 2002 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.¹⁰⁶

Sobre o artigo supracitado Sílvio de Salvo Venosa aduz:

Como o dispositivo do art. 422 se reporta ao que se denomina boa-fé objetiva, é importante que se distinga da boa-fé subjetiva. Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.

(...)

A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.¹⁰⁷

Nesse sentido eminente distinção feita por Martins-Costa:

A expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

(...)

Já por boa-fé objetiva se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou Standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como status

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Institui o código civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 de novembro de 2015.

¹⁰⁷ VENOSA, 2011, p. 387.

pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do Standard, e tipo meramente subsuntivo.¹⁰⁸

Pode-se dizer, portanto que, a boa-fé subjetiva condiz com a vontade ou intenção do agente em uma relação jurídica, ao contrário por sua vez, a boa-fé objetiva é o padrão ou regra de conduta social imposta ao homem médio.

O que nos importa nesse trabalho é o princípio da boa-fé objetiva, para Venosa “dessa forma, avalia-se sob a boa-fé objetiva tanto a responsabilidade pré-contratual, como a responsabilidade contratual e a pós-contratual. Em todas essas situações sobreleva-se a atividade do juiz na aplicação do direito ao caso concreto”.¹⁰⁹

A doutrina aponta três diferentes funções inerentes a tal princípio, a saber: função interpretativa e de colmatação (art. 113, CC); função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção (art. 187, CC); e por última função delimitadora do exercício de direitos subjetivos (art. 422, CC).¹¹⁰

Para Martins-Costa essas três funções seriam “a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”.¹¹¹ A primeira dessas funções visa o preenchimento das lacunas existentes em nosso ordenamento.

A segunda função que consiste na criação de deveres jurídicos, trata dos deveres acessórios de conduta, que se originam do próprio contrato, da lei ou da incidência da boa-fé objetiva.¹¹² São deveres de mutua cooperação e proteção de interesses. Segundo Stolze e Pamplona “são, em verdade, ‘deveres invisíveis’, ainda que juridicamente existentes”.¹¹³

Entre esses deveres, estão, os deveres de cuidado; os deveres de aviso e esclarecimento; os deveres de informação; o dever de prestar contas; os deveres de

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, 1999, p. 411.

¹⁰⁹ VENOSA, 2011, p. 388.

¹¹⁰ GAGLIANO e PAMPLONA, 2011, p. 105.

¹¹¹ MARTINS-COSTA, 1999, p. 427.

¹¹² Idem, p. 438.

¹¹³ GAGLIANO e PAMPLONA, 2011, p. 106.

colaboração e cooperação; os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte e os deveres de omissão e de segredo.¹¹⁴

A terceira e última função, consiste na boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos, que se dá pela figura do abuso de direito e da *exceptio doli* sistematizados pela boa-fé objetiva, princípios de correção moral.¹¹⁵

Dentre as três funções é a segunda delas que consiste na criação de deveres jurídicos, que abre ensejo para recepção do *duty to mitigate the loss*, abordando deveres como o da lealdade, os de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, o dever de colaboração, etc...

Sobre o dever de colaboração assevera Christian Sahb Baptista Lopes:

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 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.

(...)

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.¹¹⁶

O autor supracitado descreve a função do dever de cooperação e o proceder esperado pelo credor quando da existência de algum prejuízo, quando podendo evitá-lo por meios razoáveis, deve esse agir afim de que aquele prejuízo ocorra de forma menos onerosa para posterior ressarcimento do agente causador (devedor).

Apesar de que nenhuma norma expressa impõe ao credor dever de agir para minimizar seus prejuízos, seria contrapor ao princípio da boa-fé e seu dever anexo de cooperação que o credor podendo agir com razoabilidade para minimizar o dano

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, 1999, p. 439.

¹¹⁵ Idem, ibidem, p. 456.

¹¹⁶ LOPES, 2011, p. 148-149.

assim não o faz objetivando ser ressarcido de todo o prejuízo que poderia ter sido mitigado, onerando ainda mais o ressarcimento a ser pago pelo devedor.

Continua Christian Sahb Baptista Lopes:

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.

(...)

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.¹¹⁷

Conclui-se, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva configura-se como cláusula geral, e que cria deveres anexos, um deles o de cooperação, fundamento relevante para a recepção da teoria da norma dos danos evitáveis em nosso ordenamento pátrio, especialmente no que tange ao direito civil e as relações obrigacionais.

2.2.2 – Do abuso do direito

A ideia do abuso de direito surgiu na França, com o objetivo de evitar os atos emulativos e aqueles que causam danos a outrem, ou seja, que lesam direito subjetivo de terceiro.¹¹⁸

¹¹⁷ LOPES, 2011, p. 149.

¹¹⁸ Idem, p. 153-154.

A figura do abuso de direito pra boa parte da doutrina pátria, se encontra consubstanciado em nosso ordenamento, no dispositivo legal do art. 187 do Código Civil, que assim prescreve:

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.¹¹⁹

Do artigo supracitado emanam duas concepções sobre a figura do abuso de direito, a concepção subjetiva e a concepção objetiva. Na concepção subjetiva leva-se em conta a intenção do agente e a análise da culpa em sentido amplo; na concepção objetiva por sua vez dispensa-se a demonstração da culpa, e não se leva em consideração a intenção do agente, mas sim se o seu comportamento foi de acordo com o que é aceito por um consenso social.¹²⁰

Na concepção subjetiva não há abuso de direito por parte do credor que exerce seu direito em receber sua indenização por haver sofrido algum dano, é direito dele recebê-la, portanto não há intuito de prejudicar o devedor, mas de apenas exercer direito.

Já na concepção objetiva, que leva em conta o comportamento aceito por um consenso social, dispensa-se a demonstração de culpa, pois a culpa é presumida pelo excesso cometido pelo agente no exercício de seu direito.

O princípio da boa-fé objetiva possui como uma de suas funções delimitar o exercício de direitos subjetivos, evitar o exercício abusivo de tais direitos que perfazem por meio de cláusulas abusivas ou outra forma existente, salientam Stolze e Pamplona da seguinte forma:

Por isso, de uma vez por todas, não se pode mais reconhecer legitimidade ou se dar espaço às denominadas “cláusulas leoninas ou abusivas” (algumas são tão terríveis que a denominamos jocosamente, em nossas aulas, “zoológicas”...), quer se trate de um contrato de consumo, quer se trate de um contrato civil em geral.

(...)

É o exemplo do dispositivo contratual que preveja a impossibilidade de se aplicarem as normas da teoria da imprevisão (da onerosidade excessiva) em benefício da parte prejudicada. Em tal caso, temos convicção de que

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Institui o código civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 de novembro de 2015.

¹²⁰ LOPES, 2011, p. 155.

essa previsão, além de iníqua, viola a função social do contrato e a boa-fé objetiva, por ser inegavelmente abusiva.

(...)

Cabe, portanto, à boa-fé, também essa função delimitadora.¹²¹

Configura-se a figura do abuso do direito quando seu titular ao exercitá-lo desrespeita três limites impostos, quais sejam observar o seu fim econômico e social, a boa-fé, e os bons costumes.¹²²

O limite do fim econômico e social não serve de fundamento para a norma de mitigação dos prejuízos porque o credor cumpre o fim econômico e social quando é ressarcido do prejuízo sofrido pela devida indenização que lhe é de direito. O limite dos bons costumes também não assenta fundamentação para a norma de mitigação dos prejuízos, por possuir conceito aberto e indeterminado.¹²³

O limite da boa-fé para configurar a figura do abuso de direito impõe os deveres de lealdade, probidade e eticidade ao credor que deve mitigar seus prejuízos de forma razoável, como aduz Christian Sahb Baptista Lopes:

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. 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 exceda 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 inevitabilidade.¹²⁴

Portanto, a figura do abuso de direito em sua concepção objetiva, segundo o autor supracitado, apenas corrobora na fundamentação da norma de mitigação dos

¹²¹ GAGLIANO e PAMPLONA, 2011, p. 112.

¹²² LOPES, 2011, p. 157.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Idem, p. 158.

danos segundo o princípio da boa-fé, não sendo outra fundamentação autônoma existente.

Para Flávio Tartuce a norma de mitigação dos danos tem como fundamento autônomo também a figura do abuso de direito, pois a norma de mitigação dos prejuízos amparada pelo princípio da boa-fé constitui dever anexo e o autor assevera:

Aliás, conforme outro enunciado do mesmo CJK, 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 (Enunciado nº 24, da I Jornada).

(...)

E mesmo se assim não fosse a responsabilidade objetiva estaria configurada pela presença do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil em vigor e pela interpretação que lhe é dada por outro Enunciado da I Jornada de Direito Civil, o de nº 37.¹²⁵

O enunciado de número 37 da I jornada de direito civil prescreve que a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

A figura do abuso de direito em sua concepção objetiva que independe de comprovação de culpa, visto em seu limite na boa-fé objetiva, é fundamento para norma de mitigação dos danos e abre ensejo pra aplicação do instituto não só em responsabilidade civil contratual mas também em âmbito extracontratual, cabendo a o exegeta analisar de forma sucinta intenção do agente no caso concreto.

¹²⁵ TARTUCE, 2005, p. 3

CAPÍTULO III – APLICAÇÃO DO *DUTY THO MITIGATE THE LOOS* NO BRASIL

3.1 – Introdução

O princípio da boa-fé objetiva é um princípio amplo em termos de interpretação e aplicabilidade, e por fundamentar a norma de mitigação dos danos que também é de natureza complexa e indeterminada, caberá ao aplicador do direito a análise do caso concreto pra determinar a configuração ou não da doutrina dos danos evitáveis.

Para Christian Sahb Baptista Lopes:

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.¹²⁶

O autor salienta o tímido estudo das limitações à indenização pelo direito brasileiro de tradição romano-germânica reafirmando a dificuldade de se estabelecer a natureza jurídica e o âmbito de aplicação da norma de mitigação ao credor.

Na jurisprudência pátria encontramos diversos julgamentos onde se aplicam o instituto do *duty to mitigate the loss*, o Superior Tribunal Justiça, como tantos outros tribunais de diversas instâncias, julgou determinado caso concreto aplicando a norma de mitigação por parte do credor, como se pode observar nessa ementa:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE

¹²⁶ LOPES, 2011, p. 184.

MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.¹²⁷

O superior tribunal de justiça julgando recurso especial aplicou o instituto do *duty to mitigate* com fundamento na boa-fé objetiva, trata-se de responsabilidade contratual, em que o credor poderia ter evitado maiores danos se tivesse agido com lealdade, probidade e eticidade.

Antes mesmo que o instituto da norma de mitigação dos danos fosse apresentado como proposta na III jornada de direito civil de 2004, os tribunais brasileiros já vinham lhe dando aplicabilidade em seus julgamentos, fundados na boa-fé objetiva ou na repressão a figura do abuso de direito, ocorre que muitas vezes trata-se de situações que configuram desrespeito a outros deveres anexos oriundos do princípio da boa-fé objetiva, portanto em determinados casos há aplicação do instituto de forma errônea e equivocada.

No Brasil os danos indenizáveis são aqueles inevitáveis e de acordo com o art. 944 do Código Civil a indenização será medida pela extensão do dano sofrido. Os ganhos obtidos pelo credor em decorrência do inadimplemento também poderão ser descontados na indenização, e as despesas decorrentes da mitigação dos danos

¹²⁷ 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. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15305610/recurso-especial-resp-758518-pr-2005-0096775-4-stj>. Acesso em: 8 de novembro de 2015.

por parte do credor deverão ser incluídas nas perdas e danos depois de analisada pelo julgador a razoabilidade da conduta no caso concreto.¹²⁸

O credor quando sofrer algum dano deverá ingressar com ação cabível ou outro meio de resolução de conflitos para ser devidamente ressarcido, para tanto o ônus da prova incumbe ao autor, que deverá demonstrar ter sofrido o dano, decorrente de causalidade de um inadimplemento ou conduta, que é o ato constitutivo de seu direito, como dispõe o art. 333, I, do Código de Processo Civil revogado pelo art. 373, I, do novo CPC de 2015, que possui o mesmo texto legal. E caberá ao devedor provar os danos que poderiam ter sido evitados de forma razoável pelo credor ou autor, a fim de abater no valor da indenização devida, segundo o art. 333, II, do Código de Processo Civil revogado pelo art. 373, II, do novo CPC de 2015, que possui o mesmo texto legal.¹²⁹

Segundo Christian Sahb Baptista Lopes, a norma de mitigação poderá ser aplicada de ofício pelo juiz. Assim ele assinala:

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 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.¹³⁰

No novo CPC de 2015 o reconhecimento do juiz de ofício é amparado pelo art. 375. Nesses casos o juiz se valerá da experiência e das provas que se encontram juntas ao processo para aplicar a norma de mitigação, diferenciando os danos evitáveis dos inevitáveis, limitando de tal forma à indenização devida ao credor ou autor.

Em matéria contratual a aplicação da norma de mitigação pela jurisprudência é constante, em diversos casos concretos fundam-se a exigência da boa-fé pelas partes relacionadas e a repressão a figura do abuso de direito.

¹²⁸ LOPES, 2011, p. 192-193.

¹²⁹ Idem, ibidem, p. 202.

¹³⁰ Idem, ibidem, p. 202-203.

3.2 – Aplicabilidades do *duty to mitigate* na cláusula penal

A cláusula penal como visto no decorrer deste trabalho possui como uma de suas funções a predeterminação das perdas e danos devidos pelo inadimplemento de determinado contrato, onde a mesma foi estipulada, a regra do caput do art. 416 do Código Civil de 2002, aduz que não é necessário que o credor alegue prejuízo para exigí-la.

O parágrafo único do art. 416 do Código Civil prescreve que:

Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.¹³¹

Nota-se da leitura de todo o art. 416 que não cabe ao credor alegar prejuízo algum para exigir a cláusula penal, havendo inadimplemento da outra parte basta para configurar o dever de pagar a indenização previamente estipulada, em tal situação não caberá direito ao devedor inadimplente alegar e provar ter havido danos evitáveis ou inevitáveis, pois a cláusula penal funciona como multa e o simples inadimplemento enseja seu pagamento.

O parágrafo único é categórico em dizer que a cláusula penal abrange todos os prejuízos e que o credor não poderá exigir prejuízo que se exceda, essa é a regra, porém existe exceção no mesmo dispositivo, para que o credor possa exigir os prejuízos excedentes deverá estipular no contrato além da cláusula penal, também cláusula de indenização suplementar.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgando recurso de apelação cível manifestou entendimento sobre a impossibilidade da cumulação da cláusula penal com indenização suplementar que não foi estipulada em contrato previamente, assinala a ementa que se segue:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO. IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. CUMULAÇÃO DE PERDAS E DANOS E CLÁUSULA PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. PRAZO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Institui o código civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 9 de novembro de 2015.

INADIMPLEMTO DA CONSTRUTORA CONFIGURADO. FORTUITO EXTERNO. VALOR DA CLÁUSULA PENAL EM DESFAVOR DA INCORPORADORA. MANUTENÇÃO. CONTRATO POR ADESÃO E VEDAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO. 1. Havendo a previsão de cláusula penal no contrato, não há que se falar em cumulação por indenização por perdas e danos, vez que tal cláusula tem a natureza jurídica de justamente pré-fixar as perdas e danos que adviria com o inadimplemento relativo ou absoluto das partes. Somente é admissível indenização suplementar na hipótese de haver expressa previsão contratual, nos termos do parágrafo único do artigo 416 do Código Civil.¹³²

A indenização suplementar quando estipulada deverá ser alegada e os prejuízos excedentes a cláusula penal deverão ser provados pelo credor, ao devedor caberá alegar e provar os danos que poderiam ser evitados de forma razoável pelo credor, quando não existir a estipulação de indenização suplementar e tão somente cláusula penal o devedor não poderá alegar que o credor deveria mitigar os prejuízos, pois como visto a cláusula penal é uma multa previamente convencionada.

Assevera Christian Sahb Baptista Lopes:

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.¹³³

¹³² Brasil. (TJ-DF - APC: 20130310126365, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 13/11/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/06/2015 . Pág.: 157). Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194974746/apelacao-civel-apc-20130310126365>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

¹³³ LOPES, 2011, p. 204.

A norma de mitigação dos danos não será aplicada ao valor correspondente a cláusula penal, entretanto poderá ser aplicada a indenização suplementar quando for estipulada conjuntamente com aquela, onde o credor alegará prejuízos excedentes e o devedor poderá alegar os danos evitáveis com intuito de ressarcir apenas os prejuízos inevitáveis e o valor da cláusula penal já estipulado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade vive-se o mundo dos contratos. A todo o momento eles se celebram, sejam eles de cunho material, religioso ou até mesmo moral. No campo patrimonial, eles são o de maior monta. O capitalismo atual e o mercado aberto facilitam a circulação de riquezas e de bens, ensejando a livre iniciativa desde os pequenos aos grandes investidores.

Nos contratos se faz necessário o relacionamento entre partes celebrantes de determinado vínculo. O direito visa regulamentar as relações humanas e os fatos sociais existentes, e não seria diferente com relação à matéria contratual, por isso mesmo, existem na maioria dos ordenamentos jurídicos mundo a fora disposições relativas aos contratos, sua forma de celebração, os direitos e deveres das partes contratantes etc.

Como existem as normas legais de regulamentação, existem também cláusulas gerais e princípios a serem observados, o princípio da boa-fé objetiva no que diz respeito a matéria contratual é sem sombra de dúvidas cláusula aberta que se aplica a casos concretos.

E é no princípio da boa-fé objetiva, precisamente em seus deveres acessórios, que o instituto da norma de mitigação dos danos ganha respaldo, pois os contratantes devem agir de forma leal e proba em todas as fases contratuais, objetivando o bem comum e o resguardo econômico.

Conclui-se que a aplicação da norma de mitigação dos danos no direito civil brasileiro vai ao encontro dos demais ordenamentos jurídicos pelo mundo. Nada mais correto e sensato do que o credor podendo evitar danos de forma razoável, assim o faça. Dessa maneira atender-se-á o princípio da boa-fé objetiva e receberá sua indenização em conformidade com os danos que não estavam ao seu alcance impedir, como deverá receber também os gastos que tiver na tentativa de mitigação dos prejuízos.

A cláusula penal compensatória possui como uma de suas funções a antecipação das perdas e danos caso haja inadimplemento de alguma obrigação

pactuada, portanto havendo dano ou não, o simples inadimplemento dá ensejo ao seu pagamento. Quando se estipula cláusula penal, via de regra as perdas e danos que se excedem não podem ser reclamados pela parte credora, a exceção a essa regra consiste na estipulação de indenização suplementar juntamente a cláusula penal em contrato, dessa forma poderá a parte credora pleitear os danos que se excedem.

Portanto, quando se tratar somente de cláusula penal pura não cabe aplicação da norma de mitigação dos danos, porém quando houver previsão de indenização suplementar juntamente a cláusula penal, o credor deverá demonstrar os prejuízos que se excederem, e nessa hipótese poderá o devedor provar os prejuízos em que o credor poderia ter minimizado a fim de se abater na indenização o valor a ser ressarcido.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil teoria & prática. 3ª ed, Editora Forense Universitária – 1999. Rio de Janeiro.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. “Institui o código civil.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

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. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15305610/recurso-especial-resp-758518-pr-2005-0096775-4-stj>. Acesso em: 8 de novembro de 2015.

Brasil. (TJ-DF - APC: 20130310126365, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 13/11/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/06/2015 . Pág.: 157). Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194974746/apelacao-civel-apc-20130310126365>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

COELHO, Fábio Ulhoua. Curso de direito civil, volume 2 : obrigações : responsabilidade civil / Fábio Ulhoua Coelho. – 4.ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 7º volume : responsabilidade civil / Maria Helena Diniz. – 21.ed.Rev e atual de acordo com a reforma do CPC. – São Paulo : Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2 : teoria geral das obrigações / Maria Helena Diniz. – 24.ed.reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009.

FILHO, Sergio Cavaliere. Programa de responsabilidade civil. 5ª edição, Ver, aumentada e atualizada de acordo com o novo código civil, 3ª tiragem PC editora. 2004. São Paulo.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 9.ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. Responsabilidade civil / Orlando Gomes; texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. – Rio de Janeiro : Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves – 5.ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJF, 2005. 1. Código civil, 2002 2. Código civil – Enunciados 3. Direito das obrigações 4. Responsabilidade civil 5. Direito de empresa 6. Direito das coisas 7. Direito de família 8. Sucessões.

LOPES, Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual. 2011, f. 268. Tese de doutorado, responsabilidade civil contratual – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__c_ontratual.pdf?sequence=1 . Acesso em: 30 de outubro de 2015.

MARTINS–COSTA, Judith. A boa fé no direito privado : sistema e tópica no processo obrigacional / Judith Martins – Costa. – São Paulo : Editora revista dos tribunais, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol.4: direito das obrigações, da transmissão das obrigações... / Washington de Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf. – 35.ed – São Paulo : Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil*, 5 : direito das obrigações, 2ª parte / Washington de Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf, Regina Beatriz Tavares da Silva. – 37.ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro v.2. Teoria geral das obrigações, editora Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro v.3. Contratos, editora Forense, 2012.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil* / Sílvio Rodrigues. v2. Parte geral das obrigações – 30.ed. – São Paulo : Saraiva, 2002, 9ª tiragem 2008.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor*. Esboço do tema e primeira abordagem. Março de 2005. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/seções/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 05 jun. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil : responsabilidade civil* / Sílvio de Salvo Venosa. – 4.ed. – São Paulo : ATLAS, 2004. – (coleção direito civil; v.4).

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil : teoria das obrigações e teoria geral dos contratos* / Sílvio de Salvo Venosa. – 11.ed. – São Paulo : ATLAS, 2011. – (coleção direito civil; v.2).