

A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: *quid est et quo vadat?*

André Luiz Arnt RAMOS¹

João Pedro Kostin Felipe de NATIVIDADE²

RESUMO: A comunidade jurídica brasileira costuma se referir à posição jurídica ativa que permite ao devedor (ofensor) instar o correspondente credor (vítima) a reduzir seu próprio prejuízo como dever de mitigar os prejuízos. Esta expressão, produto de literal tradução do *duty to mitigate damages*, tropeça nos desafios inerentes à tradução de expressões técnico-jurídicas. Gera, em função disso, graves distorções conceituais. À vista desse problema, propõe-se rasante, mas não perfunctória, análise das noções jurídicas de ônus, dever, obrigação e incumbência, no intuito de aclarar o enquadramento conceitual da mitigação de prejuízos. Vencida esta tormentosa problemática, passa-se em revista a sua razão de existir na ordem jurídica brasileira. Da miríade de respostas diferentes advindas da literatura especializada – a qual aponta para culpa concorrente, causalidade, boa-fé e exercício disfuncional de posição jurídica –, busca-se extrair diretriz uniforme, que permita melhor delimitar as peculiaridades da figura jurídica analisada. Ao cabo, conclui-se que a posição jurídica subjetiva do credor ou da vítima em mitigar evitáveis prejuízos afigura-se, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, como incumbência e finca raízes na boa-fé objetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Reparação civil; mitigação de prejuízos; incumbência; obrigação como processo; boa-fé objetiva.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Dever (?) de mitigar: continentes e conteúdo; – 3. Razão de existir: de onde vem a incumbência de mitigar o prejuízo?; – 4. Conclusão.

TITLE: *Mitigation of Damages under Brazilian Law: Quid Est et Quo Vadat?*

ABSTRACT: *Brazilian legal scholarship usually refers to the debtor's (offender) legal prerogative to compel the creditor (victim) to mitigate his or her own damages as "dever de mitigar os prejuízos". This expression consists in a literal translation of the Anglo-American duty to mitigate damages. Therefore it stumbles on most challenges presented by legal translation. As a consequence, it is subject to several grave conceptual distortions. In the light of this problem, this article promotes a brief – but not perfunctory – scrutiny of the meaning attached to legal notions of "ônus", "dever", "obrigação" and "incumbência" (which legal scholars employ to address the aforementioned topic), in order to better outskirt particularities of the mitigation doctrine under Brazilian Law. At the end, it concludes that the debtor's legal prerogative to compel the creditor to mitigate his or her own damages presents itself in the light of Brazilian Private Law as an incumbency ("incumbência") derived from good faith.*

KEYWORDS: *Civil liability; mitigation of damages; incumbency; law of obligations; good faith.*

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Duty (?) to mitigate: continents and content; – 3. Raison d'être: where does the incumbency to mitigate damages come from?; – 4. Conclusion.

¹ Doutorando e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Pesquisador visitante junto ao Instituto Max Planck para Direito Comparado e Internacional Privado. Membro do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico. Associado ao Instituto dos Advogados do Paraná. Professor e advogado em Curitiba.

² Mestrando em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Membro do Grupo de Pesquisas Virada de Copérnico. Atualmente, desenvolve pesquisa em Direito Civil, especialmente em obrigações, contratos e responsabilidade civil.

1. Introdução

A posição jurídica ativa que permite ao devedor de determinada prestação instar o correspondente credor a reduzir seu próprio prejuízo é, em sua faceta de sujeição, referida pela comunidade jurídica brasileira como *dever de mitigar os prejuízos*. Esta expressão, produto de transposição literal do *duty to mitigate damages* (ou *loss*) – correspondente posição jurídica passiva na tradição Anglo-Americana –, esbarra nos dificultosos desafios inerentes à tradução de expressões técnico-jurídicas³ e gera distorções graves do ponto de vista conceitual. Isto porque a simplista tradução de *duty* como *dever*, *ônus* ou *obrigação* passa ao largo da precisão almejada ao emprego de categorias jurídicas. E isto, longe de se circunscrever a preocupações próprias de um conceitualismo ultrapassado, gera importantes consequências práticas.

De idêntica maneira, o fundamento (ou a razão de existir) desta posição jurídica se perde, na literatura jurídica brasileira, em meio a diversas abordagens mais ou menos conflitantes, que, não raro, hesitam em abordar a temática com o rigor que sua importância teórica e prática reclamam. Assim, procura-se explica-la, monoliticamente, pelas vias da *culpa concorrente*, da *causalidade*, da *boa-fé objetiva* e do *exercício disfuncional de posição jurídica*⁴, sem que se abordem os desafios que cada opção representa para a valia da mitigação de prejuízos no modelo brasileiro de reparação civil, em contraste com as demais vias explicativas.

À vista desta ordem de ideias, propõe-se, neste estudo, um breve escrutínio da mitigação de prejuízos, com o objetivo de lançar luzes sobre seu enquadramento conceitual e sua razão de existir, nas esquadrias do modelo brasileiro de reparação civil contemporâneo.

2. Dever (?) de mitigar: continentes e conteúdo

Ônus, *dever* e *obrigação*, é sabido, não se confundem. Ainda que a linguagem ordinária referende seu uso intercambiável, as imprecisões daí advindas desafiam a reta realização do direito e da segurança jurídica em suas múltiplas significações – as quais

³ Cf. AINSWORTH, Janet. Lost in translation? Linguistic diversity and the elusive quest for plain meaning in the Law. In: CHENG, Le; SIN, King Kui; WAGNER, Anne (Orgs). *The Ashgate handbook on Legal Translation*. Surrey: Ashgate, 2014, p. 43-45.

⁴ O termo é utilizado no sentido de abuso de direito; ressalve-se, no entanto, que a expressão “exercício disfuncional de posição jurídica” é mais abrangente e não remete à noção de direitos absolutos, justificando-se seu emprego.

constituem o fundamental interesse subjacente ao fenômeno jurídico.⁵ Daí a importância de se precisar, exatamente, do que se está a falar, ao se fazer referência à mitigação de prejuízos.

Neste prisma, *obrigação*, outrora tomada estaticamente, como “relação jurídica de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”⁶, hoje assume o sentido dinâmico de *processo de direito material*⁷, dirigido ao adimplemento⁸. Assim:

“A relação obrigacional desenvolve-se como um processo, polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai. O fim da relação obrigacional é a satisfação do interesse de ambas as partes envolvidas na relação, que, por esta razão, devem, no curso da relação, e mesmo antes de formado o vínculo – se se tratar de relações contratuais –, adotar comportamento tendo em vista o fim que as aproximou, relacionando-as”⁹

O escopo do significante *obrigação*, portanto e sobretudo em vista desta ressignificação, em muito supera a especificidade da mitigação de prejuízos, a qual nada é além de um conteúdo daquele continente. Isto porque o processo obrigacional, afinado no diapasão da boa-fé objetiva, é infiltrado por deveres anexos ou acessórios à prestação principal – que não o esgota¹⁰ – e por peremptória restrição ao exercício abusivo ou disfuncional de posições jurídicas.¹¹ A carga de mitigação do próprio prejuízo se insere nesta ordem de ideias. Daí porque não se confundir com *obrigação*,

⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Ed. Atualizada por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 37.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.4. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 8.

⁷ “[O] conceito clássico de relação obrigacional se revelou inadequado e insuficiente para tutelar todas as vicissitudes inerentes à visão solidarista da relação obrigacional, que não mais se limita ao resultado da soma de débito e crédito, devendo abandonar tal posição estativa para que o vínculo obrigacional seja visto como um processo de cooperação voltado para determinado fim”. In: EHRHARDT JR., Marcos. *Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências*. RFDUFPR. Curitiba, n.56, pp.141-155, 2012, p. 144-145.

⁸ Cf. COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 167. “Dentro desta ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo. (...) Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência” (p.19-20).

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações; do adimplemento e da extinção das obrigações*. Vol. V, t. 1. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 48.

¹⁰ “Dentro dessa perspectiva [da obrigação como processo], os figurantes da relação jurídica original devem buscar o *adimplemento satisfatório*, que decorre de múltiplas facultades e situações que se desenvolvem de modo dinâmico ao longo de todo o *iter* da relação jurídica obrigacional, que passa a ser vista como um conjunto complexo de fases direcionadas a um fim que não se satisfaz apenas com o cumprimento do dever de prestar” In: EHRHARDT JR., Marcos. *Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências*, cit., p. 145-146.

¹¹ Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47. EHRHARDT JR., Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ainda que esta, no sentido de processo de direito material animado pela boa-fé objetiva e orientado ao adimplemento satisfatório, consubstancie cabedal teórico bastante para viabilizar o escrutínio daquela.

Dever, da mesma forma, carrega o timbre da amplitude: consiste na agregação dos operadores deontológicos de obrigatoriedade e proibição a determinados enunciados prescritivos. Vale dizer: diz com a imputação de um determinado comportamento a determinada pessoa “em razão da tutela de interesse alheio e cujo descumprimento compreende um ilícito, importando a aplicação de sanção jurídica”.¹² Para além de sua notável amplitude, o *dever jurídico* não serve para explicar a mitigação de prejuízos, porque esta não se imputa ao credor com vistas (apenas) ao interesse alheio, bem como não implica, propriamente, uma sanção forte, já que a consequência jurídica do agravamento do próprio prejuízo é o flagelamento de uma posição de vantagem em relação ao devedor, mediante equalização do *quantum* deste exigível pela gravidade da intensificação do prejuízo imputável àquele. Muito embora a literatura seja prenhe de referências neste sentido, portanto e a rigor, inexistente um *dever*, em sentido técnico, de mitigação dos prejuízos, mas algo *a menos*, dada a amenidade da sanção dirigida ao credor em caso do agravamento ou não mitigação do próprio prejuízo.

A noção de *ônus*, tampouco, basta à expressão da sujeição à mitigação de prejuízos. Consiste em “vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse”¹³, ou seja: trata-se de figura que compartilha o elemento formal do dever, “consistente no vínculo à vontade, mas diverso o elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando se trata de *dever*, no interesse alheio, e, tratando-se de *ônus*, para a tutela de um interesse próprio”¹⁴. Esta mirada ao interesse do próprio agente onerado dispensa, por evidente, o amparo em sanção forte, próprio do dever. O *ônus*, então, impõe-se ao agente como carga da qual deve se desincumbir para preservar posição favorável ou para elidir o arrefecimento de determinada posição jurídica.

Diversos são os autores que qualificam a mitigação de prejuízos como um *ônus* do credor, ao seguinte argumento:

“Na medida em que a imputação do dano, implicada na autorresponsabilidade, tem por perimetro o espaço decisivo dos interesses do lesado, parece curial para a defesa de um peso, de uma ‘missão’ de se ser cuidadoso com os bens próprios, afastando-se ou reduzindo-se o perigo de uma autolesão. E cremos ser a figura dogmática de um

¹² GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *RFDUSP*. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982, p. 182.

¹³ GRAU, Eros Roberto. *Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus*, cit., p. 181.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus*, cit., p. 181.

ônus jurídico aquela que melhor se adapta ao recorte da ‘culpa’ do lesado, tanto mais que a perda de tutela jurídica não pode ser vista como sanção *tout court*, mas como pura desvantagem¹⁵

Esta orientação é consistente e fiel ao sentido atribuído à figura do *ônus*, mas, para além de incorrer nas dificuldades inerentes a sua plurivocidade no Direito Processual, tolhe a alteridade ínsita aos processos obrigacionais, timbrados pela *colaboração intersubjetiva*¹⁶ (inclusive aos deflagrados pelo infligir de dano reparável)¹⁷. É que estes não se dinamizam segundo o rigoroso regramento formal do Processo, tampouco contam com a presidência de um terceiro incumbido de decidir acerca do não desempenho deste ou daquele ônus por qualquer das partes, segundo o procedimento previamente estabelecido e conhecido. Assim, a não mitigação do prejuízo evitável (ou a não adoção de medidas razoáveis e aptas a esta finalidade), mormente à vista de seu fundamento normativo e axiológico, implica consequências não só à parte *onerada*, mas também àquela(s) com que se relaciona. Mais: o elemento valorativo-vinculativo em análise se funcionaliza à realização do interesse de todos os partícipes do processo obrigacional e tem, como norte, o adimplemento satisfatório. Trata-se, portanto, de algo a mais que um ônus.

A inserção da posição jurídica subjetiva do credor em relação à mitigação e ao não agravamento de seu prejuízo em meio termo entre dever e ônus, desafia as categorias tradicionais empregadas para a classificação de entidades deônticas no Direito Civil Brasileiro. Daí a conveniência de se buscar ferramentas aptas à promoção de seu encaixe em modelos explicativos permissivos de sua reta aplicação a casos concretos, sem recair em casuísmos, que, na eloquente colocação de Martins-Costa, implicam odiosa intoxicação de concretude¹⁸. Neste esforço, em função das pistas deixadas por

¹⁵ BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 578.

¹⁶ “Se o Direito das Obrigações implica *colaboração intersubjetiva*, implica, dada sua natureza de Direito inserido em determinada sociedade, um certo tipo de colaboração: uma colaboração informada pelos valores próprios da Ordem considerada. *O sentido geral da boa fé é, pelo menos, este: nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva do ordenamento jurídico*, especialmente no Direito das Obrigações” In: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Direito das Obrigações*, v.1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 143.

¹⁷ A propósito, seja facultado remeter a ARNT RAMOS, André Luiz. *Doctrine of mitigation, culpa concorrente e responsabilidade civil por dano moral: a súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e o Direito Civil Contemporâneo*. In: PEREIRA, Gabriel Bittencourt; SILVEIRA, Robson Luiz Schiestl; e BRUNETTO, Caroline Araujo (Coords). *Temas atuais e relevantes da Responsabilidade Civil*. v.II. Curitiba: Instituto Memória, 2015, pp.23-34.

¹⁸ Esta pontuação se faz no contexto geral da crítica à profusão de opiniões publicadas em detrimento da doutrina propriamente dita e à correspondente tentativa de soerguimento da autoridade e da utilidade desta última no seio da comunidade jurídica brasileira. Diz a autora: “a fuga para um ultrapragmatismo, que tudo remete ao caso concreto e se esgota no caso concreto, resultado em espécie de intoxicação de concreção; a formulação de parâmetros jurídicos desvinculados de uma tradição e resultantes de um incontrolável voluntarismo; está ainda (...) o crescimento do método de ‘legislar por cláusulas gerais’ e da ‘legislação por princípios’, já de *per se*, reconhecidamente, produtor de insegurança, podendo resultar em ‘problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder’ quando vem desgarrado de uma

estudiosos atentos ao que se passa em contextos estrangeiros, pode-se considerar a inserção da mitigação sob o albergue da figura da *Obliegenheit*¹⁹, a qual muito se assemelha à *Incombance* do Direito Francês²⁰. É que este significante denota, no contexto alemão, exatamente aquilo que se quer aqui exprimir: “uma entidade deontica consistente em um mandado ou uma proibição de comportamento menos intenso que um dever (*Pflicht*)”²¹, funcionalizado, no entanto, à realização do interesse de todos os partícipes do processo obrigacional²², sem o rigor formal dos Processos oficiais. Aliás – e em rigor – é a estes que se deve circunscrever a noção de ônus, no sentido não de “um dever no próprio interesse, mas antes, como é sabido, uma permissão na adoção de certa conduta, conduta essa, porém, que deve ser exercida para obtenção de certa vantagem, facultativa, também, naturalmente”.²³

A posição jurídica subjetiva, ínsita a processos obrigacionais, que sujeita o credor de determinada prestação a empenhar-se em mitigar seus evitáveis prejuízos se afigura conceitualmente, portanto, como uma vera e própria *Obliegenheit*, a qual, para fins didáticos e de aplicação simplificada, pode-se traduzir como *incumbência*. Há, pois, não uma obrigação, um ônus ou um dever, mas uma *incumbência de mitigar o (próprio) prejuízo*²⁴.

dogmática forte, solidamente ancorada na tradição cultural” In: MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina. In: _____ (Org). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20.

¹⁹ “Obliegenheiten são deveres jurídicos de natureza inferior. A violação de uma Obliegenheit não suscita inadimplemento, tampouco dá origem a dano reparável, mas tem outras desvantagens ou perdas como resultado” Cf. DULLINGER, Silvia. *Bürgerliches Recht*. Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil. 4ª Ed., atualizada. Viena: Springer, 2010, p. 29. Tradução livre. No original: “Durch manche Schuldverhältnisse werden außerdem Obliegenheiten begründet; das sind Rechtspflichten ‚minderer Art‘. Eine Verletzung von Obliegenheiten löst keine Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche aus, sondern hat sonstige Nachteile bzw Einbußen zu Folge“. No mesmo sentido: HARKE, Jan Dirk. *Allgemeines Schuldrecht*. Heidelberg: Springer, 2010, p. 193.

²⁰ “[A] natureza do dever de o credor mitigar o seu prejuízo varia de acordo com o sistema jurídico enfocado: no BGB é considerada uma *Obliegenheit* (...); no direito francês, como antes mencionado, a justificativa estaria na boa fé ou no abuso de direito; na Common Law, é uma decorrência do próprio sistema” In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109- 119, jul./set. 2004, p. 115.

²¹ Tradução livre. No original: “*Obliegenheit* denota en la ciencia jurídica alemana una entidad deontica consistente en un mandato o una prohibición de comportamiento menos intenso que un deber (*Pflicht*)”. In: MONTIEL, Juan Pablo. Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal? *InDret*, Barcelona, n.4, 2014, p. 3.

²² A adequação da categoria de *Obliegenheit* (não se faz referência, aqui, a encargo, para elidir possíveis confusões com prestações de natureza fiscal e com o conhecido elemento acidental dos negócios jurídicos) à entidade deontica da mitigação de prejuízos se comprova pela seguinte observação de MENEZES CORDEIRO acerca da sanção dela derivada: “O tipo de sanção, ligado, de modo directo, ao comportamento do adstrito, justifica bem a designação de encargo [*Obliegenheit*]. (...) O onerado, não acatando, por sua vontade, o encargo, não pode, depois, pretender, sem contradição, exercer, em toda a plenitude, o seu direito” In: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p.766-767.

²³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 766.

²⁴ A reta atribuição de sentido à incumbência de mitigar, antes de mera preocupação teórica e conceitualista, adquire relevância do ponto de vista técnico, no âmbito aplicativo-processual. É que, se dever fosse, a mitigação de prejuízos poderia ser exigida por alguém, em face de outro, de modo autónomo, via ação própria, o que não ocorre. Se ônus fosse, por sua vez, não seria possível exigi-la de outrem e nem mesmo alega-la como defesa, considerando que o ônus é “interesse em nome próprio”. E, como

3. Razão de existir: de onde vem a incumbência de mitigar o prejuízo?

A posição jurídica subjetiva do credor em relação ao não agravamento de seu próprio prejuízo, conforme minudenciado na seção precedente, consiste não em obrigação, dever ou ônus, mas em *incumbência*. Superada a problemática de seu enquadramento conceitual, convém inquirir o fundamento sobre o qual se ancora o instituto na ordem jurídica brasileira. Esta também é questão disputada na comunidade jurídica especializada, de cujo seio pululam respostas ancoradas em fundamentos os mais diversos: culpa concorrente, causalidade, boa-fé e exercício disfuncional de posição jurídica.

Há quem sustente que a *incumbência de mitigar o prejuízo* encontraria seu fundamento na culpa concorrente. É dizer: derivaria da contribuição recíproca de ambas as partes da relação obrigacional à ocorrência e à quantificação do resultado lesivo.²⁵ O evento danoso, nesse sentido, seria culpa do devedor da prestação principal; e o agravamento do dano, de seu credor.

Embora de aparência sedutora, esta resposta não basta à precisa identificação da *raison d'être* da incumbência de mitigar, por razões de duas ordens. Primeiro, porque a reparação de danos na tradição continental contemporânea²⁶ – inclusive o direito brasileiro – é marcada por viragens bastante substanciais, retratadas, segundo diferentes perspectivas, como erosão dos filtros tradicionais do juízo de reparação²⁷ ou como revisão da principiologia axiológica fundante da reparação de danos²⁸, mas com pelo menos um evidente ponto de convergência: o desprestígio à culpa. Trata-se, este quesito particular, da tendência à objetivação, de há muito anunciada por Noronha²⁹: “*O fenômeno da objetivação, talvez a principal consequência da revolução industrial no âmbito da responsabilidade civil, consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não poderia haver responsabilidade sem*

incumbência, categoria adotada neste estudo, a mitigação pode ser trazida à baila, processualmente, como exceção – defesa realizada pela própria parte – que é o escopo mais adequado para sua alegação.

²⁵ Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58.

²⁶ Cf. RIBEIRO, André Luiz Arnt Ramos. A responsabilidade civil para além dos esquemas tradicionais: prospecções do dano reparável na contemporaneidade. *RFDC*. Belo Horizonte, a. 4, n. 10, pp.13-33, set/dez 2015, p. 15-21.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit.

²⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

²⁹ NORONHA, F. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Sequência*, v.19, n.37, pp.21-37, 1998, p.26.

culpa". A fundamentação da incumbência de mitigar, portanto, deve ser encontrada em fundamento outro, que não a culpa.

O segundo óbice se oferece no plano conceitual, especificamente porque a culpa concorrente implica que agente e vítima contribuam, em paralelo, à produção do mesmo dano. Da concorrência de culpas, portanto, não derivam resultados lesivos distintos, mas o mesmo evento danoso, decorrente do paralelismo de comportamentos culposos. Em se tratando da regra da mitigação, contudo, não é possível falar em concomitância de culpas, nem mesmo em identidade de danos, pelo que é inviável aplicar esse arranjo.³⁰

Considerando que o dano precede, lógica e cronologicamente, a incumbência de mitigar, não se concebe a contribuição da vítima em concomitância à produção daquele. Assim: primeiro o fato jurídico *dano*, depois a incumbência de mitigar e, eventualmente, seu inadimplemento. Não há, pois, sincronia entre as condutas imputáveis às partes do processo obrigacional.

Inexiste, também, concorrência à produção do *mesmo* dano. A falha da vítima no desempenho da incumbência de mitigar acarreta dano diverso, inconfundível com o resultado lesivo gerado inicialmente, ainda que com ele relacionado.

Suponha-se que certa vítima tenha sofrido escoriações leves em seus membros inferiores após atropelamento, mas, na sequência, tenha recusado atendimento médico e, também, optado por não procurar qualquer tratamento clínico-hospitalar, de modo que as escoriações pioraram a ponto de levar, em dado momento, à amputação emergencial do membro lesionado.

O dano produzido pelo atropelamento – escoriações leves – não guarda relação de identidade com o dano decorrente do inadimplemento da incumbência de mitigar – amputação da perna. Os resultados lesivos, assim, são diversos e inconfundíveis, de sorte que as condutas do agente e vítima derivam de cadeias causais singulares, impassíveis de recondução à culpa concorrente.

³⁰ ESTAY, Paola Andrea Hermosilla; ESPEJO, Ramón Ignacio Reyes. *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*. Monografía (Graduação) – Univiversidad de Chile, Santiago, 2013, p. 76-78.

Este último argumento parece direcionar à causalidade como fundamento da incumbência de mitigar. O ofensor, na hipótese considerada, somente responderia pelos danos a que deu causa – isto é, pelo resultado lesivo que é consequência direta de seu comportamento –, enquanto o agravamento do dano, em função do desatendimento da regra da mitigação, por seu turno, seria atribuído à própria vítima. Haveria, destarte, dois liames causais: um entre a conduta do agente e o evento danoso inicial; outro entre o agravamento do dano e a conduta omissiva da vítima.³¹

Esta alternativa, de identificação, na causalidade, do fundamento da incumbência de mitigar, serviria, efetivamente, a justifica-la, sem que houvesse maiores percalços. Ocorre que, nessa seara, apresenta-se um problema de ordem prática: seu desvelamento pela literatura especializada e pelos Tribunais ainda opera de modo errante.

O artigo 403, do Código Civil, conquanto topograficamente situado na disciplina jurídica da responsabilidade contratual, faz referência textual expressa à teoria da causalidade direta e imediata, a qual, segundo expoentes da literatura, seria extensível à esfera extracontratual³², até pelo esmaecimento das fronteiras entre estes setores da reparação civil.³³

Nesta teoria, do dano direto e imediato, a “investigação causal se dá em concreto, e busca traçar uma linha de necessariedade entre causa e efeito, tão certa quanto possível em relação ao que realmente ocorreu”.³⁴ Assim:

“o parâmetro da necessariedade aponta que somente o fato danoso tido como efeito necessário de determinada causa é que enseja o dever de reparar, imputável ao agente”, o que “restringe o espectro de acontecimentos mais próximos como hábeis

³¹ A propósito, cf. WILSON, Carlos Pizarro. Contra el fatalismo del perjuicio: a propósito del deber de mitigar el daño. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2013, pp.69-82., n.41, p. 77; TRONCOSO, María Isabel Troncoso. La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n. 21, p. 353-391, jul./dez. 2011, p. 383-384; COMINO, Tomas Barros Martins. *Desventuras do duty do mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015, p. 28-29.

³² Cf. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexu de causalidade. *Revista jurídica*. a. 50, n. 296, jun. 2002, p. 10-11.

³³ EHRHARDT JR., Marcos. Responsabilidade civil ou direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. p. 303-314. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

³⁴ CAPELOTTI, João Paulo. *O nexu causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, p. 121.

para a produção do dano tanto no âmbito da responsabilidade negocial, como no da responsabilidade extranegocial”³⁵

Esta concepção da causalidade é efetivamente capaz de fundamentar a incumbência de mitigar, considerando, na hipótese, a existência de danos distintos, embora conexos: um imputável ao devedor (ofensor) e outro imputável ao credor (vítima), originados de causas também diversas.

O devedor “D”, por exemplo, ao inadimplir o contrato celebrado com “C”, causa o dano “X”, cuja causa necessária é o inadimplemento de “D”. O credor “C”, permanecendo inerte diante do inadimplemento, agrava seu prejuízo inicial, passando a sofrer “X + Y”. A causa do acréscimo “Y” não é o inadimplemento de “D”, mas a própria conduta omissiva de “C”. Daí que “C” somente pode exigir “X” do devedor “D”.

A clareza desta solução, contudo, é obnubilada pela verdadeira *miríade* de teorias explicadoras da relação de causalidade e, sobretudo, por uma larga tendência de a jurisdição se valer, atecnicamente, daquela opção explicativa mais conveniente à atenuação do sofrimento da vítima³⁶, fato que torna instável e incerto o *modus operandi* judicial na aplicação das teorias causais.³⁷

Além da teoria do dano direto e imediato, no Direito Civil brasileiro também são utilizadas as teorias da equivalência dos antecedentes causais e da causalidade adequada³⁸, que podem, eventualmente, distorcer a ordenação lógica da dinâmica inerente à incumbência de mitigar.

Aplicada a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*), que não distingue causa de condição, e implica, assim, “o regresso ao infinito das causas ensejadoras do dano”³⁹, então todo o prejuízo “X + Y” poderia ser exigido de “D”, pois a exclusão hipotética da causa “inadimplemento” eliminaria, igualmente, a totalidade do resultado lesivo. Por outras palavras: se a causa (“inadimplemento de D”) não tivesse

³⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*, cit., p. 80-81. Neste particular, é acompanhado por Cruz, para quem “[o devedor somente] responde pelos danos que são consequência necessária, do inadimplemento, mas não pelos originados de outras consequências não necessárias, de mera ocasião. Excluem-se, pois, os danos posteriores, oriundos de novas causas, sempre que estas não sejam efeito imediato e direto do inadimplemento da obrigação”. In: CRUZ, Giselda Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 101.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 145.

³⁷ Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*, cit.; NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos tribunais*, São Paulo, vol. 92, n. 816, out. 2003. pp. 736-737.

³⁸ Eugênio Fachinni Neto (2016), em sintético estudo, indica também o desenvolvimento de outras teorias causais, a maioria fundamentada na probabilidade e/ou verossimilhança.

³⁹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*, cit., p. 63.

operado, igualmente não operaria o dano (“X + Y”), daí podendo o prejuízo ser integralmente imputado a “D”, ante a suposta linearidade existente entre causa e resultado.

Na teoria da causalidade adequada, por sua vez, a investigação causal é realizada *in abstracto* mediante “juízo de probabilidade matizado pelas regras de experiência”⁴⁰, “cujo objetivo é responder se a ação ou omissão do sujeito era, por si só, capaz de provocar normalmente o dano”.⁴¹

Pode acontecer, no entanto, de o comportamento do agente ser reputado adequado à causação do dano, mas este ter sido produzido por um processo causal diferente.⁴² Daí decorre a imprecisão da teoria, visto que ao tentar identificar “na presença de uma possível causa, qual aquela potencialmente apta a produzir os efeitos danosos”, não leva em conta as “demais circunstâncias que, no caso concreto, operaram em favor de determinado resultado”⁴³. A crítica é sistematizada por Cunha Frota⁴⁴:

“(ii) é uma teoria complexa que possui um caráter artificial de verificação, baseado em um caráter pseudocientífico, pois exclui os cursos causais anômalos em muitos casos em que é possível entender uma causalidade adequada, mesmo que não haja imputação de responsabilidade (...) (iv) a causalidade adequada para ser aceita deve fazer intervir circunstâncias realmente conhecidas pelo lesante e ignoradas por outras pessoas, a afastar a ideia de juízo abstrato de adequação, por ser uma fórmula vazia, não obstante se faça a análise do evento danoso também pela experiência do julgador e pela do ser humano médio, a manter tal questionamento acerca da impossibilidade de juízos abstratos para a aferição da adequada causalidade para a ocorrência de um evento danoso, mesmo que se avalie o processo causal e não somente o fato isolado”.

Assim, o prejuízo “X + Y” poderia ser integralmente demandado de “D” se o inadimplemento contratual fosse considerado causa adequada à produção do resultado lesivo, apesar de eventual agravamento do dano ocasionado pela conduta omissiva de “C”, que, na teoria do dano direto e imediato, interromperia o nexo.

A incumbência de mitigar, portanto, amolda-se à teoria da causalidade direta e imediata, mas não à causalidade adequada nem à equivalência dos antecedentes causais. Deste modo, considerando que a literatura e os Tribunais utilizam, por vezes,

⁴⁰ CAPELOTTI, João Paulo. *O nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 121.

⁴¹ CRUZ, Giselda Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 65.

⁴² CRUZ, Giselda Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 79.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*, cit., p. 10.

⁴⁴ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*, cit., p. 79.

indevida e indistintamente, as três teorias⁴⁵, que levam a resultados diferentes na fixação do nexos causal, fundamentar a incumbência de mitigar na causalidade deixá-la-ia sujeita às mesmas incertezas que rondam a própria investigação causal.⁴⁶

Não se está, portanto, a negar que a incumbência de mitigar possa fincar raízes na causalidade. O que se faz, à luz das peculiaridades do atual estado da questão, é, sem embargo do reconhecimento dessa possibilidade, sobrestá-la, dada a magnitude dos desafios conceituais que arrostando a causação. É dizer: *antes de se recorrer à causalidade como mecanismo explicitador do fundamento de outros institutos, é preciso ter clareza quanto àquilo que se considera causalidade, bem como à real valia desta no momento experimentado pela reparação de danos no Brasil.*⁴⁷

Uma terceira explicação da incumbência de mitigar respeita à boa-fé objetiva. O art. 422, do Código Civil, determina que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Cláusula geral que é, este dispositivo ostenta tessitura aberta e conteúdo normativo de reduzida densidade, de modo que – sem prejuízo da sucumbência do dogma da unidade entre texto e norma – confia, ao intérprete e ao aplicador do Direito, o poder para:

”elaborar a norma adequada à regulação do caso; a cláusula é texto legislativo que conscientemente lhe dá amplo espaço para participar da elaboração da norma jurídica. A técnica das cláusulas gerais tem como premissa a ideia de que a lei é insuficiente e, nesse sentido, constitui elemento que requer complementação pelo juiz”⁴⁸.

O conteúdo deôntico da cláusula geral, então, constrói-se paulatina e progressivamente, à luz das circunstâncias de diversos casos concretos.⁴⁹ Assim é que se intentou atribuir “mobilidade ao sistema, mobilidade que será externa, na medida em que se utiliza de conceitos além do sistema, e interna, quando desloca regramentos criados

⁴⁵ Cf. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos*, cit.; CRUZ, Giselda Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*, cit.; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit.

⁴⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 161-165.

⁴⁷ Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 113-114.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética do precedente: justificativa do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.60.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 174-376.

especificamente para um caso e os traslada para outras situações”⁵⁰. Destarte, os ditames de lealdade, honestidade e probidade se desenvolvem, em perspectiva multidimensional, em esforço sistematizador *a posteriori*⁵¹.

Da boa-fé, portanto, irradiam deveres anexos ou secundários de natureza cooperativa que permeiam a relação contratual em sua totalidade, a saber, “durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal”.⁵²

Fundamentar a incumbência de mitigar na boa-fé implica, assim, prescrever às partes que cooperem mesmo na hipótese de inadimplemento contratual. Esta solução encontra guarida na compreensão cooperativa do contrato⁵³, consentânea aos princípios da eticidade e sociabilidade, norteadores da legislação civilista contemporânea. Isto porque “traz o credor para o problema contratual que caracteriza o inadimplemento (...) ao torná-lo parcialmente responsável pela busca de sua própria satisfação diante de uma contingência que afetou aquele projeto desenvolvido sob a forma contratual”⁵⁴, estimulando a dinamicidade e produtividade, e, ainda por cima, operacionaliza uma das três funções da boa-fé objetiva⁵⁵, a criação de obrigações, deveres e incumbências não necessariamente previstos no pacto contratual, mas oriundos do dever geral de cooperação.⁵⁶

⁵⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades. *Revista de Direito Renovar*, v.18, pp.11-19, set-dez/2000, p.9.

⁵¹ Isto sem embargo da amplíssima liberdade com que os Tribunais brasileiros – em especial o STJ – lidam com a cláusula geral de boa-fé objetiva, finamente criticada por Schmidt, que, após expor a magnitude deste problema, crava: “Espera-se que, com o decurso do tempo, os Tribunais brasileiros, tal qual fizeram os alemães, tomem consciência de que só se deve recorrer ao princípio da boa-fé quando ele realmente puder conduzir, decisivamente, a algum resultado, bem como de que é preciso abster-se de seu uso como recurso supérfluo ou como mero adorno decorativo. Isso vai poupá-los valioso tempo de trabalho na lida com volumes inimagináveis de casos a julgar” (SCHMIDT, Jan Peter. *Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis. DBJV Mitteilungen*, n.2, 2014, p.42). Tradução livre. No original: Es bleibt zu hoffen, dass die brasilianischen Gerichte sich dieser Ein-sicht im Laufe der Zeit bewusst werden und ähnlich wie früher die deutschen dazu übergehen, das Prinzip der boa-fé nur noch dann anzuführen, wenn es das Ergebnis auch wirklich trägt, im Übrigen aber auf seine Verwendung als überflüssiges und potentiell irreführendes Schmuckwerk zu verzichten. Dies wird ihnen auch wertvolle Arbeitszeit bei der Bewältigung ihres unvorstellbaren Fallvolumens sparen”.

⁵² COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 8-113. A propósito, José Luis de Los Mozos, referenciando passagem atribuída a Emilio Betti de que a boa-fé objetiva “no se halla circunscrita a los actos singulares del contratante, sino que abraza su entero comportamiento considerado em su intrínseca coherencia y em su totalidad – el propósito de cooperación”, conclui que “la buena fe es um criterio de reciprocidade, que debe ser observado em las relaciones jurídicas entre sujetos del mismo grado que tienen una misma dignidad moral”. In: LOS MOZOS, José Luis de. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones en el Derecho Civil Español*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1963, p. 47-48.

⁵³ FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 177.

⁵⁴ LOPES, Christian Sahn Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 152.

⁵⁵ Cf. WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri: Civitas, 1986.

⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 437-455.

Atenta a esses aspectos, Fradera⁵⁷ sugere que a *incumbência de mitigar* seria decorrente da boa-fé objetiva:

"No sistema do Código Civil de 2002, o duty to mitigate the loss poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa do contrato. (...) Outro aspecto a ser destacado é o da positivação do princípio da boa fé objetiva, no novo diploma civil, abrindo, então, inúmeras possibilidades ao alargamento das obrigações e/ou incumbências das partes, no caso, as do credor".

Essa posição é também referendada por Martins-Costa⁵⁸:

"Toda relação jurídica obrigacional é relação entre situações jurídicas correlatadas, e não apenas entre direitos e deveres. Desse modo, não só o devedor está numa situação subjetiva de dever, em relação ao credor: este também está, como apontou PERLINGIERI, em situação de dever em relação ao devedor. Um dos mais prestantes serviços do princípio da boa-fé foi ter proporcionado 'a descoberta dogmática da ocorrência, na relação obrigacional, de deveres de colaboração e lealdade imputados ambos os figurantes da relação obrigacional (CC, art. 422). Por isso mesmo, como escrevi alhures, pode o credor ofender a boa-fé pela violação do dever de não agravar os danos acaso existentes, na medida em que lhe cabe o dever de mitigação dos danos".

Com razão as autoras, pois não é razoável que o credor, diante da inexecução contratual, opte por deixar prejuízos razoavelmente evitáveis se materializarem. A mitigação, assim, é a conduta proba, leal e cooperativa esperada da parte atingida pelo inadimplemento, pois beneficia não só ao credor, cujo dano não será agravado, mas ao devedor, de quem a reparação pelo agravamento não poderá ser exigida, promovendo, acima de tudo, a economia contratual⁵⁹.

A *incumbência de mitigar* representa, por tudo isso, "um exemplo patente de convergência da observância da boa-fé com a busca da maximização da eficiência nas relações contratuais"⁶⁰, ou, em outras palavras, congrega um fundamento de caráter ético-jurídico, a boa-fé, a um fundamento de cunho econômico, a preservação de recursos escassos e a diminuição dos custos de transação nas operações negociais. O

⁵⁷ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?*, cit., p. 119.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan et al. *Temas relevantes de direito civil contemporâneo*. São Paulo, Atlas, 2012, p. 585.

⁵⁹ Indicamos os textos de Charles J. Goetz e Robert E. Scott (1983) e de Robert A. Hillman (1976) para conferência de abrangente análise econômica da incumbência de mitigar. Para aprofundar o tópico, ver, também os textos de Ronald J. Scalise Jr. (2007) e de Richard Posner (2009), que tratam da mentalidade econômica insita à contratualidade nos sistemas de *common-law*.

⁶⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 149-152.

art. 422, do Código Civil, portanto, justifica a aplicação da *incumbência de mitigar*, pelo menos, às relações contratuais.

No que diz respeito às situações extracontratuais, poder-se-ia argumentar que o art. 422 seria destinado, unicamente, às relações negociais, não se aplicando à responsabilidade extracontratual. Prosperando o argumento, a *incumbência de mitigar* restaria sistematicamente comprometida, pois sua aplicação restaria limitada, apenas, ao trato de patologias contratuais⁶¹.

Sem embargo disso, a solução para resolver esta incongruência perpassa pela compreensão do exercício disfuncional de posição jurídica como meio de recondução à boa-fé objetiva, diante do enunciado pelo art. 187, do Código Civil, que dispõe: “*comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

O exercício disfuncional de posição jurídica, assim, operacionaliza uma das três funções da boa-fé, no caso, de limite ao exercício de direitos subjetivos. É dizer: “poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades colocam-se, em certas circunstâncias, perante o sistema, numa sequência tal que a sua actuação, contrariando a boa-fé, torna-se, na linguagem do Código Civil, ‘ilegítima’”.⁶²

Inserindo neste contexto a regra da mitigação, tem-se que pretender reparação por prejuízos evitáveis configura exercício abusivo do direito subjetivo à reparação⁶³, pois tal conduta excede os limites impostos pela boa-fé objetiva, consoante mesmas razões expostas quanto ao disposto pelo art. 422, do Código Civil. O exercício disfuncional de posição jurídica, portanto, não erige novel fundamento da *incumbência de mitigar*. O que faz, apenas, é reconduzi-la à boa-fé objetiva⁶⁴.

Seguro dizer, destarte, que a *incumbência de mitigar* o prejuízo, no atual estado do Direito Civil brasileiro, finca raízes na boa-fé objetiva e irradia efeito nas searas da

⁶¹ Embora tenha se verificado o esmaecimento da fronteira entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, a distinção ainda persiste. Sobre o tema, conferir o texto de Paulo Nalin (2014, pp.337-356) para aprofundamento.

⁶² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 898.

⁶³ LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 153.

⁶⁴ Tal fato comprova a intensa relação existente entre boa-fé objetiva e o exercício disfuncional de posição jurídica. Cf. Bruno Miragem (2013, pp.154-155): “As relações entre boa-fé e abuso de direito são intensas. A boa-fé, embora tenha seu desenvolvimento separado da teoria do abuso de direito, nos termos do art. 187 passa a ser um critério para sua identificação. Não por isso de falar que a boa-fé observa maior amplitude do que o abuso de direito. Trata-se de uma distinção funcional”.

responsabilidade contratual e extracontratual, indistintamente, pois se ampara na boa-fé objetiva, inculpada na textualidade dos arts. 422 e 187, do Código Civil.

4. Conclusão

A mitigação de prejuízos, conquanto voz corrente na literatura jurídica brasileira contemporânea e em decisões judiciais de variados Tribunais, configura espacialidade ainda pouco definida, prenhe de zonas cinzentas. A perpetuação deste estado de coisas se deve, em parte, a descuidos com dois aspectos fundamentais do estudo de qualquer figura jurídica: seu *enquadramento conceitual* e sua *razão de ser*, haurida da intersecção de fundamento e finalidade. Diante deste cenário é que se empenhou análise sucinta, mas aprofundada, da faceta de sujeição da posição jurídica ativa que permite ao devedor de determinada prestação instar o correspondente credor a reduzir seu próprio prejuízo, a cujo cabo se verificou: (i) que, em rigor, trata-se de *incumbência* (portanto, não *dever*, *ônus* ou *obrigação*) de mitigar o próprio prejuízo; e (ii) que seu *Leitmotiv* é a boa-fé objetiva, espreada também pela seara extracontratual pela via da vedação ao exercício disfuncional de posição jurídica. Esta contribuição, conquanto modesta, visa a subsidiar estudos sistematizadores desta interessantíssima figura, que representa importante sintoma do atual estado da reparação de danos no Direito Civil brasileiro, ou, ao menos, convidar a comunidade jurídica especializada a uma reflexão acerca da importância da delimitação do *quid est* e do *quo vadat* de cada categoria jurídica posta em análise.

Referências bibliográficas

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades. *Revista de Direito Renovar*, v.18, pp.11-19, set-dez/2000.

AINSWORTH, Janet. Lost in translation? Linguistic diversity and the elusive quest for plain meaning in the Law. In: CHENG, Le; SIN, King Kui; WAGNER, Anne (Orgs). *The Ashgate handbook on Legal Translation*. Surrey: Ashgate, 2014.

ARNT RAMOS, André Luiz. A responsabilidade civil para além dos esquemas tradicionais: prospecções do dano reparável na contemporaneidade. *RFDC*. Belo Horizonte, a. 4, n.10, pp.13-33, set/dez 2015.

ARNT RAMOS, André Luiz. Doctrine of mitigation, culpa concorrente e responsabilidade civil por dano moral: a súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e o Direito Civil Contemporâneo. In: PEREIRA, Gabriel Bittencourt; SILVEIRA, Robson Luiz Schiestl; e BRUNETTO, Caroline Araujo (Coords). *Temas atuais e relevantes da Responsabilidade Civil*. v.II. Curitiba: Instituto Memória, 2015.

BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPELOTTI, João Paulo. *O nexo causal na responsabilidade civil: entre a certeza e a probabilidade*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2014.

COMINO, Tomas Barros Martins. *Desventuras do duty do mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

CRUZ, Giselda Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

DULLINGER, Silvia. *Bürgerliches Recht*. Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil. 4^a Ed., atualizada. Viena: Springer, 2010.

EHRHARDT JR., Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. *RFDUFPR*. Curitiba, n.56, pp.141-155, 2012.

EHRHARDT JR., Marcos. *Responsabilidade civil ou direito de danos?* Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. pp. 303-314. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

EHRHARDT JR., Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ESTAY, Paola Andrea Hermosilla; ESPEJO, Ramón Ignacio Reyes. *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*. Monografia (Graduação) – Universidad de Chile, Santiago, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHINNI NETO, Eugênio. A relativização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo – a aceitação da lógica da probabilidade. *Civilistica*, a. 5. n. 1, 2016.

FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

GOETZ, Charles J; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation. *Virginia law review*. Vol. 69, n. 6, set. 1983, p. 967-1024. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1072737>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *RFDUSP*. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982.

HARKE, Jan Dirk. *Allgemeines Schuldrecht*. Heidelberg: Springer, 2010.

HILLMAN, Robert A. Keeping the deal together after material breach: common law mitigation rules, the UCC, and the Restatement of Contracts. S/l: Cornell Law Faculty Publications, 1976. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/552>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

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

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, v. 105, p. 1223, 2010.

LOS MOZOS, José Luis de. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones en el Derecho Civil Español*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1963.

MAHECHA, Eduardo Gamboa. La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, n. 51, pp. 1-23, jan./jun. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética do precedente: justificativa do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina. In: _____ (Org). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações; do adimplemento e da extinção das obrigações. Vol. V, t. 1. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica*. In: LOTUFO, Renan et al. *Temas relevantes de direito civil contemporâneo*. São Paulo, Atlas, 2012.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Direito das Obrigações*, v.1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A reengenharia da responsabilidade civil na sociedade de riscos: da culpa à socialização dos riscos. In: Encontro Preparatório para Congresso Nacional do CONPEDI, n. 17, 2009, Salvador. *Anais...*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: licitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.4. São Paulo: Saraiva, 1979.

MONTIEL, Juan Pablo. Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal? *InDret*, Barcelona, n.4, 2014.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Ed. Atualizada por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NALIN, Paulo; MANASSÉS, Diogo Rodrigues. Responsabilidade civil extracontratual e contratual: razões e funções da distinção. pp. 337-356. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

NEIRA, Lilian C. San Martín. La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima: reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n. 27, pp. 35-67, jul./dez. 2014.

NEIRA, Lilian C. San Martín. Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor el cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepcion, n. 225-226, jan./jun. jul./dez. 2009.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Sequência*, v.19, n.37, pp.21-37, 1998.

NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos tribunais*, São Paulo, vol. 92, n. 816, pp. 736-737, out. 2003.

POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*, v. 107, 2009.

SCALISE JR., Ronald J. Why no "efficient breach" in the civil law? A comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract. *American Journal of Comparative Law*. Ann Arbor, v. 55, p. 721-766, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2094379>. Acesso em 05 jul. 2015.

SCHMIDT, Jan Peter. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis. *DBJV Mitteilungen*, n.2, pp.34-47, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: _____. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexa de causalidade*. Revista jurídica. a. 50, n. 296, junho de 2002.

TRONCOSO, María Isabel Troncoso. La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extension del daño. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n. 21, pp. 353-391, jul./dez. 2011.

VELÁZQUEZ, Juan Pablo Pérez. La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato. *InDret*, Vol. 1, jan. 2015.

VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *O fenômeno da objetivação da responsabilidade na Lei civil brasileira*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. 1ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri: Civitas, 1986.

WILSON, Carlos Pizarro. Contra el fatalismo del perjuicio: a propósito del deber de mitigar el daño. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.41, pp.69-82, 2013.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade. *RBA*, n.35, jul-set/2012.

civilistica.com

Recebido em: 9.12.2016
Aprovado em:
13.02.2017 (1º parecer)
12.03.2017 (2º parecer)

Como citar: RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: quid est et quo vadat?. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-mitigacao-de-prejuizos/>>. Data de acesso.