**O dever de mitigar o dano (duty to mitigate the loss)**

**Resumo**

O duty to mitigate the loss (dever de mitigar o dano), também conhecido como a doutrina dos danos evitáveis, consiste em o credor, prejudicado por um inadimplemento, diante de uma situação na qual ele poderia evitar um prejuízo maior em algum determinado caso, fica inerte com o intuito de receber indenização maior ou que lhe seria mais favorável, ele não atua, de forma proporcional e razoável, para evitar o aumento do seu próprio dano.

O atual e vigente Código Civil brasileiro não define expressamente dispositivos que versem sobre a mitigação do prejuízo de forma específica, porém é possível perceber traços desse instituto em diversos âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro

Como o Código Civil brasileiro de 2002 não define expressa e especificamente dispositivos que versem sobre o duty to mitigate the loss a boa-fé objetiva se torna imprescindível para sua efetivação que, na grande maioria dos casos, é aplicada com base nesta boa-fé objetiva e na intenção de coibir o abuso de direito.

**Palavras-chaves:** duty to mitigate the loss, boa-fé objetiva, razoabilidade, proporcionalidade.

**1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo tem por objetivo analisar o significado e a aplicação do duty to mitigate the loss no direito brasileiro. Verificando, também, a grande influência da boa-fé objetiva para efetivar a utilização desse instituto.

Duty to mitigate the loss significa o dever de mitigar o dano, também conhecido como doutrina dos danos evitáveis, o qual, em suma, consiste na minoração do próprio dano, razoável e proporcionalmente, por parte do credor, em uma determinada situação perante o devedor.

O duty to mitigate the loss juntamente com o venire contra factum próprio; suprecio e surrecio; e tu quoque, compõem as quatro modalidades de abuso de direito.

Conforme mencionado acima, o duty to mitigate the loss é uma das formas de abuso de direito que, por sua vez, está presente nos atos ilícitos, sendo este uma das fontes das obrigações no direito brasileiro.

**2. DUTY TO MITIGATE THE LOSS**

O duty to mitigate the loss (dever de mitigar o prejuízo), também conhecido como a doutrina dos danos evitáveis, consiste em o credor, prejudicado por um inadimplemento, diante de uma situação na qual ele poderia evitar um prejuízo maior em alguma determinada situação, fica inerte com o intuito de receber indenização maior ou que lhe seria mais favorável, ou seja, ele não atua, de forma apropriada e razoável, para evitar o aumento de um possível dano.

Exemplificando o disposto acima seria um caso em que um fazendeiro ao perceber que sua fazendo esta começando a pegar fogo, pois uma pessoa que passava pelo local jogou um cigarro aceso, teria todas as condições razoáveis para apagá-lo, porém, não o fez com o intuito de receber uma futura indenização. De acordo com a teoria do duty to mitigate the loss ele não poderia receber tal indenização calculada no prejuízo total do seu imóvel, pois, mesmo com as condições razoáveis e proporcionais para minorar o dano, optou por não mitigá-lo.

Christian sahb Batista Lopes², em sua tese de doutorado, utiliza-se dos autores Patrick Selim Atiyah e Stephen Alexander Smhit ao discorrer sobre a limitação da evitabilidade e nos trazem assim seu conceito e exemplo:

ao calcular os danos do requerente (...), os tribunais agem com base na suposição de que o requerente não pode ser indenizado por perdas que ele poderia ter evitado ou de fato evitou, ao tomar as medidas razoáveis. E esperado que o requerente, diz-se, “mitigue” suas perdas. Para tomar um exemplo simples, suponha que uma pessoa é indevidamente demitida de seu emprego, em que recebe £150 por semana. Suas perdas e danos de expectativa são prima facie o valor dos salários que poderia ter ganho enquanto trabalhasse no período de aviso prévio; se estava

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

²LOPES, Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual. tese de doutorado, Belo Horizonte: UFMG, 2011, Pág, 20

sujeita a um aviso com antecedência de quatro semanas, pareceria à primeira vista que ela perdeu a expectativa de ganhar £600. Mas antes que o requerente possa receber esse (na verdade, qualquer) montante como perdas e danos, deve ficar que ele fez seu melhor para encontrar uma alternativa razoável de emprego. Se de fato o requerente obteve um novo trabalho pelo mesmo (ou maior) salário, sem qualquer intervalo, então ele não sofreu nenhum dano efetivo. Se ficou uma semana sem trabalhar enquanto procurava emprego, perdeu o salário de uma semana e não mais.

Neste exemplo acimaé possível verificar que o credor, sempre que possível, deve mitigar e evitar os danos, pois se assim não fizer, a indenização será calculada com base nos esforços que ele poderia ter feito e não do resultado final dos danos.

Outro exemplo muito interessante que explica como é a ocorrência do duty to mitigate foi explicitado por Danielle Moraes Leite em sua produção de um Artigo Científico exigido para a obtenção de Pós-Graduação na Escola de Magistratura do Rio de Janeiro:

... a Súmula 309, do Superior Tribunal de Justiça é outro exemplo. A legislação brasileira determina que o credor de alimentos tem direito de executá-los, podendo inclusive requerer a prisão do devedor de alimentos. É o único caso de prisão civil que ainda persiste em nosso sistema jurídico. No entanto, a dívida de alimentos prescreve em dois anos. Se o devedor deixa de pagar dois anos e o credor, em nenhum momento o executa, permitir que o devedor seja preso enquanto não pagar todo o montante devido ao longo desses 2 anos, seria um abuso de direito. Considerando que a natureza dos alimentos é a subsistência, não havia motivo para o credor esperar tanto tempo para cobrá-los, gerando assim uma dívida cada vez maior. Seguindo essa linha de raciocínio, foi editada a Súmula 309, estabelecendo que o direito do credor alimentício de pedir a execução sob pena de prisão civil, é somente em relação às parcelas relativas aos últimos 3 meses, bem como as vincendas dentro do processo. Isto porque o Superior Tribunal de Justiça entende que executar sob pena de prisão mais do que os últimos 3 meses é abuso de direito, já que o credor tinha o dever de minorar o seu próprio prejuízo. Pág 15, 16.

Com o exemplo supracitado é possível perceber que o dever de mitigar o prejuízo ocorre ao momento em que o credor não atua de forma proporcional e razoável visando minorar o seu prejuízo.

Demonstrarei, abaixo, um último exemplo para aclarar como se da à efetivação duty to mitigate the loss. Hipoteticamente, uma pessoa tem uma dívida com uma construtora, e sendo possível que esta efetue a cobrança do determinado valor não o faz com o intuito de cobrar futuramente um valor mais alto. Neste caso o valor que deverá ser pago pelo devedor será referente ao montante inicial sem a incidência exacerbada de juros, atualizações monetárias, entre outros valores, pois a construtora não agiu razoável e proporcionalmente para mitigar seu prejuízo. Ou seja, não será indenizado os danos que poderiam ter sido evitados.

**3. APLICAÇÃO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO BRASILEIRO**

O duty to mitigate the loss se originou e consolidou nos países cujos sistemas derivam da common Law, tendo muita aplicação no direito americano e no direito contratual inglês que, ao longo dos casos ocorridos e julgados, construíram idéias sobre a aplicação desse instituto na sociedade.

O atual e vigente Código Civil brasileiro não define expressamente dispositivos que versem sobre a mitigação do prejuízo de forma específica, porém é possível perceber traços desse instituto no Artigo 771 e no Parágrafo Único do referido Código que assim define ao se referir sobre contratos de seguro:

Artigo 771 “sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as conseqüências”.

Parágrafo Único “correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüente ao sinistro.”

Diante dos artigos supracitados é possível perceber que o Código Civil brasileiro de 2002 trata da mitigação do prejuízo, porém não de forma específica.

O dever de mitigar o dano tem maior abrangência e positivação nas Convenções Internacionais conforme disposto no Artigo 77 da Convenção de Viena de 1980³, conhecida também pela sigla CISG, que, ao se referir à compra e venda internacional de mercadorias, assim expõe:

a parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.

Estas questões estão sendo abundantemente discutidas nos tribunais brasileiros que, com o passar do tempo, recebem cada vez mais demandas sobre o referido tema no qual é aplicado a norma de mitigação do dano com bases, na grande maioria dos casos, na boa-fé objetiva ou com a finalidade de coibir o abuso de direito.

Conforme já mencionado acima o atual e vigente Código Civil brasileiro não define expressamente dispositivos que versem sobre a mitigação do prejuízo de forma específica. Por conseguinte, isso é alvo de severas críticas, entre elas a de Christian sahb Batista Lopes que, em sua tese de doutorado, A mitigação dos prejuízos no direito contratual, propõe alteração no Código Civil brasileiro, assim dispondo:

Anteprojeto de Lei

Inclui no Código Civil brasileiro o ônus de mitigar.

Art. 1°. Ficam incluídos os seguintes parágrafos ao artigo 403 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro):

“§1°. As perdas e danos não incluem os danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos pelo credor com o emprego de medidas ou esforços razoáveis de sua parte.

§2°. A indenização devida ao credor deverá ser reduzida no montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento.

§3°. As perdas e danos abrangem as despesas razoáveis feitas pelo credor na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.”

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

³convenção de Viena de 1980, disponível em: http://www.globalsaleslaw.org/\_\_temp/CISG\_portugues.pdf

Art. 2°. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação

2011, Pág 247.

Diante do que foi citado acima é possível perceber que o Código Civil brasileiro atual, por não tratar da mitigação do dano de forma específica, recebe críticas ríspidas, e não só a que foi supracitada mais também várias outras.

**4. INFLUÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA APLICAÇÃO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS**

Como o Código Civil brasileiro de 2002 não define expressa e especificamente dispositivos que versem sobre a doutrina dos danos evitáveis a boa-fé objetiva se torna imprescindível para sua efetivação que, na grande maioria dos casos, é aplicada com base nesta boa-fé objetiva e na intenção de coibir o abuso de direito.

O antigo Código Civil brasileiro não trazia em seu bojo definições e amparo a boa-fé objetiva. O Código de Defesa do Consumidor que, em seu Artigo 4º, inciso III, pormenorizava a questão da boa-fé, assim defindo o referido artigo:

a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.

Enquanto o inciso III explicita:

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

A boa-fé objetiva no Código Civil passou a ser objeto de discussões, interpretações e estudo mais profundos somente no atual, ou seja, o Código de 2002 que, então, passou a se referir à sua grande importância nos negócios jurídicos.

A boa-fé objetiva consiste na mútua cooperação entre os contratantes, no dever de agir com lealdade, ética, boa conduta, honestidade, probidade, sempre buscando o melhor para as partes num negócio jurídico, isso é denominado de deveres anexos. Estes valores são provenientes do princípio da eticidade que juntamente com a operabilidade e a socialidade formam os pilares do atual Código Civil brasileiro. Este é um dos temas mais discutidos atualmente no direito civil brasileiro e encontra vários respaldos no ordenamento jurídico.

O artigo 113 do Código Civil, ao se referir sobre a boa-fé objetiva no negocio jurídico, assim define “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”

Encontra-se também no artigo 187 do atual Código Civil, texto que ampara a boa-fé objetiva se referindo ao ato ilícito, e assim expõe o referido artigo “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”

Com artigo 422 do mesmo Código também é possível encontrar fundamentos da boa-fé objetiva, assim expressando “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. E com base neste mesmo artigo acima citado foi editada, na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado 169 que assim define “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Deve-se mensurar que este enunciado supracitado foi propositura de Vera Maria Jacob Fradera uma das pioneiras sobre o referido tema no direito brasileiro.

Conforme supracitado uma das iniciadoras a mencionar o dever de mitigar o prejuízo com a influência da boa-fé objetiva foi Vera Maria Jacob de Fradera. Ela publicou, em 2004, um artigo intitulado pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? E neste trabalho ela conceitua:

...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... Pág, 109, a 119.

De acordo com o mencionado acima e já citado anteriormente o credor deve agir razoável e proporcionalmente para mitigar o dano que lhe foi causado. No entanto, até onde iria esta razoabilidade e proporcionalidade na mitigação do dano.

**5. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA MITIGAÇÃO DO DANO**

A lei não determina quais situações seriam aceitas e não aceitas como esforços razoáveis e proporcionais, isso cabe ao juiz na hora de julgar o caso concreto, ou seja, cada caso poderá ser resolvido de forma diferente.

Apesar do exposto acima, há alguns casos que ficam nítidos a presença ou não dos esforços, por parte do credor, para minorar o dano. Por exemplo, uma pessoa compra um determinado produto e ao recebê-lo percebe que o mesmo não está em plenas condições de uso, logo ele poderia informar a quem lhe forneceu o material ao invés de usá-lo, pois, se este produto vir a lhe causar danos ele teve possibilidades mitigá-lo e assim não fazendo não poderá receber indenização pelo dano que lhe foi causado por não ter minorado seu prejuízo. Por outro lado não é exigível que o credor, para mitigar o dano, passe por situações humilhantes, que coloquem em risco sua integridade física e moral, cometa ato ilícito, descumpra outro contrato, etc.

Deve-se mensurar também que se os esforços feitos pelo credor, objetivando minorar seu prejuízo, lhe causar danos, estes também serão passíveis de indenização. Porém, todos estes exemplos supracitados deverão ser analisados no caso concreto, pois o juiz deverá verificar todas as particularidades de cada lide para se chegar a uma decisão, haja vista a complexidade do assunto. Diante disso, mostrarei abaixo alguns julgados dos tribunais brasileiros sobre o tema em questão.

**6. JULGADOS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O DEVER DE MITIGAR O DANO**

Conforme já mencionado, estas questões supracitadas estão sendo abundantemente discutidas nos tribunais brasileiros que, com o passar do tempo, recebem cada vez mais demandas sobre o referido tema no qual é aplicado a norma de mitigação do dano com bases, na grande maioria dos casos, na boa-fé objetiva ou com a finalidade de coibir o abuso de direito.

Portanto, mostrarei, abaixo, alguns casos em que o poder judiciário brasileiro julgou litígios referentes ao tema em questão.

O caso tratado adiante se refere a um litígio ocorrido em direito de vizinhança4.

Autor e réu tinham uma casa que era fechada apenas na frente e não havia muro separando a propriedade de ambos. O réu, objetivando separar o seu terreno ao do autor, construiu um muro dividindo os dois lotes. Porém, os empregados para realizar tal tarefa abriram uma brecha para eles passarem, e esse buraco que eles abriram deixou exposta a casa autor. Este, portanto, contratou um serviço de vigilância para assegurar a segurança de sua casa e posteriormente ingressou, em juízo, indenização requerendo, entre outros danos, reparação das despesas provenientes da contratação do serviço de vigilância.

Neste caso o tribunal entendeu que o réu não deveria ter adotado medidas que colocassem em risco a residência do autor, para tanto ele agiu com abuso do direito de propriedade. Todavia, consideraram também que o autor não agiu razoável e proporcionalmente com o seu dever de mitigar o

seu dano, uma vez que ele ao invés de ter construído o muro para tapar o buraco, optou por uma forma mais honerosa e dificultosa contratando um serviço de vigilância.

Em outro julgado referente à demora na efetuação de penhora, assim decorreu o caso e decisão do tribunal5.

Nesta lide o devedor foi condenado a pagar ao credor, uma determinada quantia referente ao arrendamento mercantil de um veículo. O credor utilizou-se de um processo de execução objetivando a penhora de

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

4Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, Apelação nº 992.06.073838-

5Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, Agravo de instrumento nº 1.288.546-0/2

bens do devedor, porém não obteve sucesso e se manteve inerte durante oito anos. Passados este tempo ele conseguiu, em juízo, bloquear os valores depositados, em uma conta de poupança, pelo devedor.

O devedor, objetivando não pagar os juros acumulados neste tempo e as atualizações monetárias, argumentou, em juízo, que o credor faltou com seu dever de mitigar o dano, entre outras alegações, uma vez que permitiu que o débito aumentasse. Esta justificativa não foi aceita pelo tribunal que decidiu que ele contribuiu para o aumento e, consequentemente, a incidência dos juros e atualizações monetárias no valor que deverá ser pago, uma vez que não adimpliu seu débito que foi cobrado através de um título judicial transitado em julgado, por conseguinte deveria pagar o valor com os devidos acréscimos. E ainda corroboraram alegando que, em se tratando, especialmente, de cobrança através de título judicial transitado em julgado, o direito não deve socorrer o mau pagador.

Conforme exposto nos julgados acima é possível perceber que cada caso em concreto deve ser analisado com suas especificidades, pois em um dos litígios foi admitida a ocorrência da falta do credor no seu dever de mitigar o dano. No outro caso o mesmo não ocorreu, logo, percebe-se que cada situação será analisada separadamente e poderá ser decida de diversas formas diferentes.

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Mediante o exposto foi possível perceber que o dever de mitigar o dano é um tema de grande importância e que vem sendo constantemente demandado nos tribunais brasileiros.

É necessário que o Código Civil brasileiro trate mais especificamente sobre a aplicação tanto do duty to mitigate the loss quanto das outras espécies de abuso de direito, pois os julgados sobre o referido tema se baseiam, quase sempre, na boa-fé objetiva e no escopo de coibir o abuso de direito, sendo, desta forma, um direito muito subjetivo.

Com os julgados mencionados e o que foi exposto no presente estudo, foi possível verificar a grande quantidade de minúncias que o dever de mitigar o dano contém, devendo, desta forma, que cada caso seja analisado cuidadosa e separadamente, pois as decisões dos tribunais refletem diretamente na sociedade e, principalmente, nas relações entre credores e devedores nos contratos.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BRASIL. Código Civil 2002. In: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. In: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

LOPES. Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual, tese de doutorado, Belo Horizonte: UFMG, 2011. In: <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>

LEITE. Danielle Moraes. Teorias consectárias do abuso de direito, título de Pós-Graduação, Rio de Janeiro, 2010. In: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/danielleleite.pdf>

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo, Rio de Janeiro, 2004. In: <http://www.congressoanapefoz.com.br/teses/45_tese_congresso%20de%20procuradores%20-%20artigo.pdf>