

MITIGAÇÃO DE PREJUÍZO NO DIREITO BRASILEIRO: ENTRE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E CONSEQUÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

*LOSS MITIGATION IN BRAZILIAN LAW: BETWEEN IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE
OF GOOD FAITH AND CONSEQUENCE OF ASSUMPTIONS OF CONTRACT LIABILITY*

FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE

Doutor em Direito Privado pela Universidade de Regensburg – Alemanha. Professor titular de Direito Civil na PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Advogado em Porto Alegre/RS (Brasil).
fabiosiebenandrade@gmail.com

CELIANA DIEHL RUAS

Mestranda em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado na Faculdade de Direito da PUCRS. Especialista em Direito Civil Aplicado pela UFRGS. Advogada em Porto Alegre/RS (Brasil).
celiana@estevez.adv.br

Recebido: 29.02.2016
Aprovado: 11.04.2016

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: A doutrina da mitigação dos prejuízos, originada no direito anglo-saxão e acolhida nos principais ordenamentos jurídicos de *civil law*, foi contemplada na Convenção de Viena de 1980, da qual o Brasil é signatário. Atualmente, verifica-se que a inserção da norma de mitigação dos prejuízos é uma tendência nos principais instrumentos de uniformização de legislação aplicável ao direito contratual. A fim de analisar a conveniência e possibilidade de aplicação da doutrina da mitigação dos prejuízos no âmbito do direito contratual brasileiro, examina-se, primeiramente, a mitigação dos prejuízos como expressão do princípio da boa-fé objetiva, a fim de assentar o seu fundamento jurídico. Após, a fim de enquadrar a mitigação dos prejuízos no âmbito da responsabilidade contratual, analisa-se o conceito de dano e o nexa causal como critérios para a mitigação de prejuízos. Examinam-se, ainda, os efeitos

ABSTRACT: The duty to mitigate the loss doctrine, originated in Anglo-Saxon law and upheld in the principal legal systems of civil law, was awarded in Vienna Convention of 1980, of which Brazil is signatory. Currently, it appears that the inclusion of mitigation of damages rule is a tendency in the major instruments applicable to the standardization of contract law legislation. Thus, in order to analyze the convenience and the applicability of the doctrine of mitigation of damages under the Brazilian contract law, this article examines the duty to mitigate the loss as an expression of good faith principle, in order to establish its legal grounds. Then, in order to frame the mitigation of losses in the context of contractual liability, it analyzes the concept of damage and the causal link as criteria to mitigate losses. It examines also the effects of mitigation of damages with respect to

da mitigação dos prejuízos no que diz respeito ao ressarcimento dos custos incorridos na mitigação, bem como o *quantum* a ser indenizado pelo devedor. Por fim, aborda-se, brevemente, aspectos práticos processuais concernentes à temática, especificamente no que se refere ao ônus da prova e possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz do ônus de mitigar os prejuízos.

PALAVRAS-CHAVE: Duty to mitigate the loss – Mitigação – Prejuízo – Contrato – Boa-fé.

the reimbursement of costs incurred in mitigation, as well as the quantum to be indemnified by the debtor. Finally, investigate briefly procedural practicalities concerning the issue, specifically as regards the burden of proof and possibility of craft knowledge by the judge of the burden to mitigate the losses.

KEYWORDS: Duty to mitigate the loss – Mitigation – Loss – Contract – Good faith.

SUMÁRIO: Introdução – I. Mitigação dos prejuízos como expressão do princípio da boa-fé – II. Enquadramento da mitigação dos prejuízos no âmbito da responsabilidade contratual: A. O conceito de dano como critério para a mitigação de prejuízos do credor; B. O requisito do nexo causal como critério para a mitigação de prejuízos – III. Os efeitos da mitigação dos prejuízos: A. O dever de ressarcimento dos custos de mitigação e o *quantum* a ser ressarcido pelo devedor; B. Mitigação de prejuízos e aspectos processuais – IV. Conclusão – V. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Configura-se um truísmo que o vínculo obrigacional se destina ao adimplemento, ao cumprimento da prestação estabelecida entre o credor e o devedor.¹ Nesses termos, a inexistência da realização da prestação configura uma patologia, uma crise no vínculo, que, ou poderá ser sanada, ou deverá ser rompido o vínculo, mediante um dos remédios previstos em nosso ordenamento como situação de extinção do contrato: a resolução.²

Configurado o inadimplemento contratual, surge a questão de saber qual a extensão dos prejuízos a serem suportados pelo credor. Vinculada a este ponto, está presente a indagação acerca da posição jurídica que se deve estabelecer para o credor no vínculo obrigacional: deve ele adotar uma posição no sentido de minimizar os seus próprios prejuízos ou poderá permanecer em uma posição estática, na expectativa de que os danos sejam integralmente reparados pelo devedor?

Estes questionamentos conduzem à reflexão sobre o tema da mitigação dos prejuízos, o qual teria origem no direito anglo-saxão³ em que é conhecida pela expres-

1. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 15.
2. Ver, por exemplo, AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1991. p. 90 e ss.
3. A doutrina da mitigação dos prejuízos foi aplicada pela primeira vez em decisão judicial proferida em 1912, no caso *British Westinghouse Co. vs Underground Railways*, conforme

são *duty to mitigate the loss*: significa que a vítima deve empregar esforços razoáveis para reduzir o prejuízo que o inadimplemento contratual lhe causar. Caso tais medidas não sejam tomadas, a vítima poderá ter limitado o seu direito à indenização.⁴

Não obstante seja atribuída a primazia acerca do desenvolvimento do tema ao direito inglês, cumpre ter presente que, no âmbito dos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica existe o debate se esta questão não estaria presente no direito romano,⁵ o que implicaria dizer que não somente a temática teria caráter imanente e histórica em nosso sistema, como também conduziria à desnecessidade de suscitar a importação de uma figura da *Common Law*, por força da aludida historicidade do problema no sistema romanístico.⁶

A tese da historicidade do tema no sistema romanístico tem certo peso, na medida em que – com particularidades – aponta-se a existência de disposição a respeito no direito alemão, no § 254 do BGB⁷ – o que implica dizer que já no início do

narra CRISCUOLI, Giovanni. Il dovere di mitigare il danno súbito. *Rivista Di Diritto Civile*. anno 18. n. 6. p. 553-606. nov.-dic. 1972.

4. TESTU, François Xavier. *Contrats D'Affaires*. Paris: Dalloz, 2010. p. 515.
5. Ver, por exemplo: CRISCUOLI, Giovanni. Op. cit., p. 568; NEIRA, Lilian C. San Martin. *La Carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*. Bogotá: Universidade de Externado de Colômbia, 2012. p. 129.
6. Sobre esta necessidade, ver, por exemplo, DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista de Direito Privado*. vol. 12. n. 45. p. 89-145. São Paulo, jan.-mar. 2011.
7. A seção 254 do BGB dispõe: “(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leitenden Ersatz von den Umständen insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dann er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung”.
(1) Quando a culpa da pessoa prejudicada contribui para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos, assim como a extensão da compensação a ser paga dependem das circunstâncias, em particular, da extensão do dano que é causada predominantemente por uma ou pela outra parte. (2) Isso também se aplica se a culpa da parte prejudicada se limita a falhar em chamar a atenção do devedor para o perigo de um dano de extensão incomum, quando o devedor não estava ou não deveria estar ciente do perigo, *ou em falhar em evitar ou reduzir o dano*. O disposto no art. 278 se aplica com as necessárias modificações” (grifo nosso). Tradução a partir da versão em inglês disponibilizada no site do Ministério Federal da Alemanha. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0759]. Acesso em: 24.09.2015.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

século XX, a questão era reconhecida pela pandectística. No curso do século XX, verifica-se anterior disposição a respeito no Código Civil italiano de 1942.⁸ No direito francês, a tratativa do tema é igualmente reconhecida por força de referência doutrinária e jurisprudencial.⁹

A evolução do direito contratual aponta para o acolhimento da figura: os Princípios Unidroit,¹⁰ por exemplo, no art. 7.4.8, também acolhem a noção de mitigação do prejuízo, ao dispor que o devedor não responderá pelos prejuízos que o credor poderia atenuar de maneira razoável, bem como que este poderá recuperar as despesas razoavelmente ocasionadas a fim de atenuar o prejuízo.¹¹

Acrescente-se que a mitigação dos prejuízos foi expressamente acolhida na Convenção de Viena de 1980 – da qual o Brasil é signatário –, a qual, no capítulo V, intitulado “Disposições relativas às obrigações do vendedor e do comprador”, dispõe, no art. 77, que a parte que invoca o descumprimento contratual deve tomar medidas razoáveis para limitar a própria perda, sob pena de autorizar que a parte

-
8. O art. 1.227 do Codice Civile dispõe: “Se o fato culposo do credor houver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é diminuído conforme a gravidade da culpa e da extensão das consequências derivadas. O ressarcimento não é devido sobre os danos que o credor poderia evitar usando ordinária diligência”. Tradução livre da versão original. Disponível em: [www.altalex.com/documents/news/2015/01/08/delle-obbligazioni-in-generale]. Acesso em: 24.09.2015.
 9. Embora o *Code Civil* não tenha um dispositivo específico acerca da mitigação do prejuízo, a jurisprudência francesa tem consagrado tal ideia, muitas vezes através da noção de boa-fé, embora haja certa resistência em erigi-la a princípio, conforme referido, por exemplo, por BÉNABENT, Alain. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2007. p. 302; MALINVAUD, Philippe. *Droit des obligations*. 10. ed. Paris: Litec, 2007. p. 509-510; JALUZOT, Beatrice. *La bonne foi dans les contrats*. Paris: Dalloz, 2001. p. 521.
 10. Os princípios Unidroit sobre os contratos comerciais internacionais são uma compilação privada, elaborada pelo *International Institute for the Unification of Private Law* (Unidroit), uma organização permanente que elabora regras visando à unificação do direito material. Muitas convenções internacionais são resultado do trabalho do Unidroit, mas o instituto é particularmente conhecido pelos seus princípios relativos aos contratos internacionais, redigidos por uma comissão de juristas de direito civil e de *common law* em 1994 e que foram revisados em 2004 e 2010. Conforme TESTU, François Xavier. Op. cit., p. 593-594.
 11. Article 7.4.8: “1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l’atténuer par des moyens raisonnables. 2) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d’atténuer le préjudice”. Disponível em: [www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce-international/principes-duni-droit-2010-fr/434-chapitre-7-inexecution-section-4-dommages-interets/1171-article-7-4-8-attenuation-du-prejudice]. Acesso em: 24.09.2015.

faltosa postule a redução das perdas e danos, no equivalente ao valor da perda que poderia ter sido diminuída.¹²

No Brasil, embora o Código Civil de 2002 não contenha disposição expressa, o tema foi objeto do Enunciado 169, aprovado pela III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Proposto por Véra Maria Jacob de Fradera, o enunciado ao art. 422 do CC/2002 dispõe que “o princípio da boa-fé deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.¹³

Quanto à natureza jurídica, há debate doutrinário sobre se a mitigação dos prejuízos constitui um dever ou um ônus.¹⁴ Acerca da distinção entre tais noções, observa-se que “dever” é compreendido como vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio, cujo descumprimento compreende um ilícito e acarreta a aplicação de sanção. De outro lado, “ônus” é o vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para a satisfação de seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa aplicação de sanção, mas apenas desvantagens econômicas.¹⁵

No âmbito da *common law*, a maioria da doutrina entende que a norma de mitigação não impõe ao credor um dever propriamente dito, uma vez que o devedor não dispõe de mecanismos para impor ao credor que adote determinada conduta a fim de cumprir tal dever.¹⁶ No direito norte-americano, o *Restatement (Second) of Contracts*,¹⁷ na seção 350,¹⁸ atribui à norma de mitigação um caráter

12. Art. 77 da Convenção de Viena (*Convention of International Sales of Goods – CISG*): “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”. Texto disponível em: [www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf]. Acesso em: 24.09.2015.

13. Disponível em: [http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf]. Acesso em: 25.09.2015.

14. Sobre o tema ver, por exemplo, NEIRA, Lilian C. San Martin. Op. cit., p. 313.

15. Ver, exemplificativamente, GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre a distinção entre obrigação, ônus e dever*. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66950/69560]. Acesso em: 11.10.2015. p. 182.

16. ZIMMERMANN, Reinhard. Limitation of liability for damages in European contract law. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 3. p. 215-248. abr.-jun. 2015.

17. Os *restatements*, elaborados pelo *American Law Institute*, não possuem valor normativo. Trata-se de uma compilação de regras extraídas de precedentes jurisprudenciais e, portanto, expressam o posicionamento das cortes americanas e a relevância da matéria.

18. § 350. Avoidability as a limitation on damages (1) Except as stated in Subsection 2, damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue

de limitação à reparação dos danos suportados pelo credor, desde que presentes determinados requisitos.

Nesse contexto, é necessário situar a mitigação dos prejuízos como um ônus para a parte, na medida em que o seu cumprimento não é exigível coercitivamente e tampouco o descumprimento comporta qualquer tipo de sanção; acarreta, na verdade, para o credor apenas efeitos econômicos negativos, consistentes na limitação ao ressarcimento dos prejuízos resultantes do inadimplemento contratual.¹⁹

Cumpra ressaltar, ainda, que os contornos do tema em estudo devem ser devidamente delineados, a fim de evitar sua confusão com situações distintas, como é o caso da culpa concorrente da vítima. A temática da mitigação dos prejuízos surge depois de consumado o dano; logo, não se confunde com a culpa concorrente da vítima. Com efeito, o controle sobre se o credor poderia ter feito algo para reduzir as consequências do dano diz respeito a um comportamento necessariamente sucessivo e independente do momento relativo à produção do dano.²⁰

O contrato é o principal instrumento de circulação de riquezas e fonte de obrigações, traduzindo-se na espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico. Conforme Judith Rochfeld, a concepção clássica concebe o contrato como um encontro de vontades com vistas a criar efeitos de direito e realizar trocas econômicas. No entanto, as mudanças sociais ocorridas nos séculos XIX e XX, aliadas à maior complexidade das relações sociais, tornaram necessários vínculos mais duráveis, de forma que atualmente há que se compreender o contrato também como uma relação de poder, diretamente relacionada com a esfera social e com o fator do tempo de duração do contrato.²¹

Neste contexto, reputa-se justificado que o presente artigo circunscreva à análise do tema da mitigação de prejuízos no âmbito do direito contratual, principal influxo de interesses entre credor e devedor no âmbito do direito obrigacional.

Desse modo, pretende-se (i) examinar o enquadramento da mitigação dos prejuízos no vínculo contratual, analisando-se a mitigação dos prejuízos como expressão

risk, burden, or humiliation. (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection 1 to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss. Disponível em: [www.lexinter.net/LOTWVers4/avoidability_as_a_limitation_on_damages.htm]. Acesso em: 27.09.2015.

19. No mesmo sentido: CRISCUOLI, Giovanni. Op. cit., p. 557, SOMBRA, Thiago Luis Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. *Revista de Direito Privado*. vol. 9. n. 33. p. 307-342. São Paulo, jan. 2008.
20. Ver, por exemplo, NEIRA, Lilian C. San Martin. Op. cit., p. 362.
21. ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. p. 423.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

do princípio da boa-fé, (ii) vislumbrar se sua aplicação decorreria dos pressupostos da responsabilidade contratual, temática que abrange as consequências decorrentes do inadimplemento contratual, bem como (iii) analisar como se operacionaliza a mitigação do prejuízo, a fim de saber como opera o dever de ressarcimento dos custos incorridos pelo credor para reduzir os danos, o *quantum* a ser ressarcido pelo devedor, além da questão da mitigação dos prejuízos e deveres do juiz.

I. MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Consoante foi referido introdutoriamente, tem sido explicitamente reconhecido – ainda antes do Código Civil de 2002, a relevância do princípio da boa-fé para o vínculo obrigacional.²² Esta circunstância conduziu à positividade do princípio no Código Civil de 2002, especificamente no art. 422.

Dentre as funções que se pode extrair do princípio, a doutrina pontua a noção de direitos anexos, no sentido de compreender o vínculo obrigacional como uma totalidade, que não estaria circunscrita ao cumprimento da prestação principal. Vislumbram-se, também deveres anexos, que devem ser atendidos pelas partes.

Com efeito, a percepção da relação obrigacional como uma estrutura de processos e como uma totalidade polarizada no adimplemento, mas que pode ser decomposta em fases e planos,²³ permitiu que se compreenda o surgimento dos deveres a que se ligam o desenvolvimento e o adimplemento, resultantes da incidência do princípio da boa-fé, o qual orienta toda a relação obrigacional.

Tais deveres podem ser examinados durante todo o curso ou desenvolvimento da relação, inclusive após o adimplemento da obrigação principal.²⁴ Ainda, endereçam-se a todos os participantes do vínculo, inclusive ao credor.²⁵ Logo, resulta dessa circunstância, a visão – já antecipada – de que “credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas”.²⁶

Contudo, a questão que surge é a de saber até que ponto pode-se extrair do princípio da boa-fé uma visão ativa, dinâmica, cooperativa do vínculo contratual, ou se ela cinge-se a uma visão de neutralidade, em que sua função se restringe a

22. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação...* cit., p. 27 e ss.

23. Clóvis do Couto e Silva sustenta que o processo obrigacional se divide em duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento. Idem, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 43.

24. Idem, p. 93.

25. Conforme CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 594 e COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação...* cit. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 33.

26. Idem, p. 19.

impedir que as partes pratiquem condutas incorretas ou desleais. Invoca-se, aqui, a expressão do princípio da boa-fé no direito italiano, que trata do tema como princípio da correção.

Ou seja, cumpre verificar se o credor, em face da incidência do princípio da boa-fé, apenas deve atender a deveres que restrinjam o direito de a parte exercer determinados direitos – atuar com o denominado *fair play* – ou se se pode imputar à parte que coopere ativamente com a outra, o que poderia configurar uma visão solidarista do vínculo contratual.

No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé, contido no art. 422, não contemplou uma determinação expressa acerca da extensão dos deveres para as partes.

Contudo, essa compreensível ausência de precisão acerca da concepção de boa-fé que deva nortear o vínculo contratual não impede que se possa examinar se é possível extrair do princípio uma imposição de atenuação dos prejuízos no direito civil brasileiro, tendo em vista a premissa, já referida, que inexistente norma específica em nossa codificação sobre a matéria.

A opção pela referência explícita à boa-fé decorre, de um lado, da circunstância de se tratar de princípio umbilicalmente ligado às vicissitudes contratuais – entre elas o inadimplemento. De outro, tem presente a circunstância que considera que a figura do abuso do direito,²⁷ positivada no Código Civil no art. 187, é, em princípio, imprópria para servir como fundamento da mitigação de danos,²⁸ tendo em vista que não se pode atribuir, *prima facie*, ao credor a intenção de prejudicar o devedor ao pretender o ressarcimento dos prejuízos sofridos. Foi o devedor quem ocasionou os prejuízos força do inadimplemento, razão pela qual a pretensão de ressarcimento é justificada. Seria igualmente ir muito longe sustentar que haveria um desvirtuamento da finalidade do direito subjetivo do credor quando ele pretende a integralidade do ressarcimento dos prejuízos sob a alegação de que se estaria, por exemplo, atentando contra a ordem social ou os bons costumes.²⁹

Assentado este ponto, observa-se que se poderia vislumbrar que uma concepção cooperativa do contrato, ligada a uma percepção solidária da relação contratual,³⁰

27. Sobre o tema, ver, de forma exemplificativa, MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stéphanie. *L'Abus dans les relations de droit privé*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2004; RESCIGNO, Pietro. *L'Abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 11 e ss.

28. Nesse sentido, LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166 e ss.

29. Sobre este ponto, ver JOSSERAND, Louis. *Espíritu de los derechos y su relatividad*. Granada: Editorial Comares, 2012. p. 75 e ss.

30. Sobre o tema, ver, por exemplo, COURDIER-CUISINIER, Anne-Sylvie. *Le solidarisme contractuel*. Paris: Litec, 2007; GRYNBAUM, Luc; NICOD, Marc. *Le solidarisme contractuel*. Paris: Economica, 2004.

imporia à parte o ônus de atenuar o prejuízo, a fim de não exacerbar o valor a ser pago pelo devedor.³¹ Assim, considerando a concepção cooperativa de contrato, a mitigação dos prejuízos surgiria naturalmente do princípio da boa-fé objetiva, no qual encontra seu fundamento jurídico.³²

Contudo, pode-se reputar que a mitigação dos prejuízos não se insere, apenas e tão somente, como uma consequência da solidariedade ou de cooperação, na medida em que ele não serve necessariamente ao devedor.

Há que se ter presente que a mitigação do prejuízo enquadra-se igualmente em uma concepção restritiva de boa-fé, aquela que se pretende apenas como uma espécie de *adversarial ethic*, concebida para impedir condutas deletérias por parte dos contratantes – boa-fé como *fair play*.³³

Nesse sentido, eventual postura do credor que permanece inerte diante do inadimplemento, como a assistir seus prejuízos avolumarem-se, seria passível de reconhecimento em uma percepção neutra de boa-fé, tendo em vista que esta posição não somente se enquadraria como um parâmetro de correção,³⁴ como também iria ao encontro de uma análise racional do vínculo contratual, no sentido de que serviria a uma atenuação dos prejuízos na esfera econômico-contratual.³⁵

A expectativa, portanto, de que a vítima reduza os prejuízos não se constitui, propriamente, em um benefício apenas ao devedor. Ela se configura em uma benes-

-
31. Neste sentido, ver o REsp 256274/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., 4.^a T., j. 18.12.2000, em que consta na ementa o seguinte: “2. A avaliação do período a considerar para os lucros cessantes deve ser feita de acordo com a boa-fé objetiva que impõe ao lesado colaborar lealmente, praticando atos que estavam ao seu alcance, para evitar a continuidade do prejuízo”.
 32. Neste sentido: FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 19. p. 109-122. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2004. p. 116; TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc]. Acesso em: 04.10.2015; SOMBRA, Thiago Luis Santos. Op. cit., p. 307-342; DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*. vol. 34. n. 171. p. 35-48. São Paulo, maio. 2009; FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una breve aproximación al tema. *Revista e-mercatoria*. n. 2. p. 77-102. 2007. Em sentido contrário à recepção da mitigação dos prejuízos com fundamento na boa-fé objetiva, vide: DIAS, Daniel Pires Novais. Op. cit., p. 89-145.
 33. Nesse sentido, D'ANGELO, Andrea; MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Buona fede e giustizia contrattuale*. Torino: Giappichelli Editore, 2005. p. 123.
 34. BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2005. p. 124.
 35. Sobre o tema ver, por exemplo, JAMIN, Christophe. *Droit et Économie des Contrats*. Paris: LGDJ, 2008.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

se para a economia contratual, na medida em que impede um desperdício de meios que poderiam ser salvaguardados.

Emblemático neste sentido situa-se o já referido art. 1.227 do Código Civil italiano, em que se reconhece a possibilidade de diminuir o ressarcimento, nas hipóteses em que o credor poderia ter evitado o prejuízo utilizando-se de sua diligência ordinária.

Esta concepção se vislumbra, por exemplo, em uma hipótese especialmente prevista de mitigação no direito contratual brasileiro: no art. 771 do CC/2002,³⁶ determina-se expressamente ao segurado que tome providências, de forma imediata, para diminuir as consequências do sinistro.³⁷ Esta disposição encontra fundamento no fato de que o montante a ser pago ao segurado, credor da indenização, decorre de valores que se encontram em uma mutualidade, razão pela qual é justificado que se exija do devedor a mitigação do prejuízo, a fim de evitar diminuição dos fundos securitários.

Desse modo, pode-se sustentar que a mitigação de prejuízos está ancorada no princípio da boa-fé, mas não necessariamente a partir de uma visão cooperativa, em que o credor agiria em benefício do devedor,³⁸ a fim de diminuir o seu eventual prejuízo. Não há, aqui, negação da noção solidarista,³⁹ mas sim a percepção de que o credor pauta sua conduta preferencialmente a partir da aludida visão de *fair play* da boa-fé, como instrumento de pura e simples correção, na medida em que esta percepção pretende coibir condutas que acarretem prejuízos desnecessários no âmbito do vínculo contratual.

Saliente-se, por sua vez, que o reconhecimento da possibilidade de ancorar a mitigação dos prejuízos ao princípio da boa-fé não implica dizer que toda conduta do credor que possa, eventualmente, ser contrária à boa-fé deva ser reputada como enquadrada na figura indicada.

Há que ter presente que a decisão do credor de aguardar por longo período de tempo para a propositura da ação, acarretando, com isso, que o prejuízo seja demasiadamente acrescido, não se vincula necessariamente ao tema da mitigação de

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

37. Esta situação é referida como hipótese de diminuição de prejuízos na generalidade da doutrina. Ver, por exemplo, MALINVAUD, Philippe. Op. cit., p. 509, nota 625.

38. FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. Op. cit., p. 77-102.

39. Para uma análise crítica da concepção de solidarismo, ver LEVENEUR, Laurence. *Le solidarisme contractuel, un mythe*. In: GRYNBAUM, Luc; NICOD, Marc. *Le solidarisme contractuel*. Paris: Economica, 2004. p. 173.

prejuízos, mas sim a outras figuras, como, por exemplo, a questão da *suppressio*.⁴⁰ Necessária, portanto, a valorização das diversas funções e especificidades do princípio da boa-fé, que devem ser devidamente destacadas e desenvolvidas, e não tratadas de forma unitária.⁴¹

Estabelecido este ponto, cumpre ter presente que, para o credor, incide o ônus de agir para evitar ou mitigar o prejuízo, desde que a conduta a ser praticada esteja no âmbito da razoabilidade.⁴² Em essência, reputa-se como razoável a conduta que está de acordo com o bom senso e que seria socialmente aceitável.⁴³

Um exemplo muito ilustrativo de conduta irrazoável por parte do credor encontra-se no direito americano, no caso *Rockingham County vs Luten Bridge*. O referido condado contratou a indicada empresa para construir uma ponte, que deveria ser conectada por uma estrada a ser realizada pelo condado. Contudo, este decidiu não mais construir a estrada e resiliu o contrato antes que a ponte começasse a ser construída. Contudo, a companhia *Luten Bridge* decidiu construir a ponte de qualquer modo, ainda que no meio de uma floresta. A corte decidiu que a companhia não possuía o direito de ampliar os seus prejuízos construindo uma ponte inútil e limitou os seus prejuízos ao momento em que o condado suspendeu a construção.⁴⁴

Em nossa jurisprudência, pode-se reputar como irrazoável a conduta do credor que teve o seu automóvel, entregue em uma garagem, utilizado pelo funcionário desta. Na ocasião, o veículo foi apreendido por estar com o licenciamento vencido e levado ao depósito do Departamento de Trânsito. Ocorre que o credor preferiu manter o veículo no depósito a providenciar a sua retirada. Nesses termos, julgou o TJRS que a conduta do proprietário de esperar um ano para propor a ação contra o garagista, período em que o carro permaneceu parado no depósito da autoridade administrativa, não poderia integrar o dano a ser ressarcido.⁴⁵

Sobre uma outra perspectiva, recorde-se que o Código civil italiano exige, no indicado art. 1.227, que o credor deverá utilizar-se da diligência ordinária para evitar ou mitigar o prejuízo.

40. Sobre o tema ver, por exemplo, AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Op. cit., p. 249.

41. Ver, por exemplo, JAUERNIG, Othmar. *Bürgerliches gesetzbuch kommentar*. 16. ed. Munique: C.H. Beck, 2015. § 242, n. 2.

42. Sobre o tema ver, por exemplo, RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona. *Le raisonnée em droit des contrats*. Paris: LGDJ, 2009. p. 321 e ss.

43. Para uma tentativa de definição na noção de razoável, ver Idem, p. 4 e ss.

44. Cf. *Rockingham County vs Luten Bridge Co*, 35 F. 2d 301 (4th Ciir. 1929).

45. Cf. TJRS, ApCiv 70066052499, 10.^a Câm. Civ., j. 17.12.2015, rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana.

Desse modo, vê-se que as soluções normativas concebidas para a figura são no sentido de o credor não dever ser obrigado a condutas extraordinárias, esforços desarrazoados para evitar ou diminuir o prejuízo – que, na origem, foi causado pelo devedor.

Cumpra, portanto, que a conduta do credor se enquadre nos contornos desse critério tão dúctil, a razoabilidade. A jurisprudência americana, por exemplo, no caso *Parker vs Twentieth Century-Fox Film Corp*, tratou de uma situação em que Parker havia sido contratado para atuar em um filme chamado ‘*Bloomer Girl*’, um musical que seria rodado na Califórnia, em que o ator possuía direitos de decisão sobre o roteiro e o diretor responsável. Sucedeu que a companhia decidiu resilir o contrato. Ofereceu, porém, a Parker a possibilidade de realizar outro filme, um *western*, denominado ‘*Big Country, Big Man*’. Ocorre que, nesta hipótese, Parker não manteria os referidos direitos que possuía e o filme seria rodado na Austrália. Desse modo, ele recusou o trabalho oferecido e decidiu acionar a companhia, exigindo o pagamento integral que lhe havia sido prometido pelo primeiro trabalho. Neste feito, a Corte Suprema da Califórnia decidiu em favor de Parker, considerando que, de acordo com o princípio de mitigação do prejuízo, a oferta da Fox não seria um substituto razoável por força da distinção entre as propostas.⁴⁶

Em essência, cristaliza-se, no direito comparado, a noção de que o credor somente está compelido a fazer o que for razoável e não o que for possível.⁴⁷ Não se pode, por exemplo, exigir do empregado que foi ofendido pelo antigo patrão de praticar conduta desonesta que aceite voltar a trabalhar para o mesmo, sob o argumento de esta medida iria ao encontro da mitigação do prejuízo.⁴⁸

Refere-se, igualmente, que o prejudicado não está obrigado a tomar medidas arriscadas (como processos); que possam prejudicar terceiros, que ponham em risco seu capital, ou mesmo que estejam além de sua capacidade econômica.⁴⁹

Nesse contexto, pode-se indagar acerca do acerto da orientação jurisprudencial brasileira que atribui indistintamente ao credor o dever de, necessariamente, providenciar o aluguel de equipamentos, a fim de substituir os que foram danificados ou estragados por força da conduta do devedor,⁵⁰ ou que considere possível impor

46. Cf. *Parker vs Twentieth Century-Fox Film Corp*, in 474 p. 2d, 689, 692 (Cal. 1970). Para uma análise, ver HILLMAN, Robert. *Principles of contract law*. 3. ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2013. p. 156.

47. Cf. a respeito CRISCUOLI, Giovanni. Op. cit., p. 588.

48. Trata-se do caso *Payzu Ltda. vs Saunders*, citado em *Idem*, *ibidem*.

49. *Idem*, p. 590 e ss.

50. Ver, por exemplo, TJRS, ApCiv 70037891090, 12.^a Câm. Civ., j. 26.08.2010, rel. Des. Umberto Sudbrack, em cuja ementa consta o seguinte: “Ap. Civ. Transporte de Carga. Navio.

ao credor determinados deveres para, com este fundamento, embasar a redução do prejuízo a ser indenizado. Em um caso, por exemplo, no qual houve erro na designação da doença de uma paciente no laudo médico, tendo sido informado código específico de dependência de cocaína, causando-lhe em consequência a interrupção de um contrato de experiência, é no mínimo discutível que o valor da indenização concedido em primeiro grau deva ser revisto, sob o fundamento de que a paciente poderia ter diminuído o prejuízo causado a sua reputação perante terceiros, mediante a apresentação de novo laudo.⁵¹ Ora, nesta hipótese, o dano a sua reputação, já havia se configurado consumado, razão pela qual este prejuízo não seria mitigado mediante a apresentação de novo laudo.

Assim, denota-se que a adoção da norma de mitigação dos prejuízos, desde que com os devidos e necessários parâmetros de aplicação, se mostra desejável, na medida em que, em última análise, contribui para que o credor seja indenizado de forma justa por sua perda e promova, ao mesmo tempo, a restrição de condutas impróprias, incorretas – ou se assim pretender, cooperativas – entre as partes, bem como favorece a economia contratual.

Queda de produto. Ação de indenização c/c lucros cessantes. Dano diagnosticado no caminho. Conserto. Ausência de Prova quanto ao 'loss of profits'. Inobservado o dever de mitigar o próprio prejuízo. 1 – Danos emergentes: o conjunto probatório permite concluir que a queda do produto não poderia ter causado todos os danos descritos na nota fiscal, a qual alude a consertos do teto e pintura do veículo, partes traseira e lateral esquerda. Isso porque, a par do laconismo do boletim de ocorrência da Guarda Portuária, a prova oral acompanha o mesmo raciocínio, ao apontar a baixa lesividade da avaria no veículo do autor. Aliás, a esse respeito caberia ao demandante transmutar o cenário descrito, ao contestar o boletim de ocorrência e/ou reunir evidências distintas daquelas produzidas nos autos, tempestivamente, o que inoocorreu. 2 – Lucros Cessantes: as provas constantes nos autos não permitem aferir o lucro cessante experimentado pelo requerente, por força da desventura do negócio jurídico entabulado com a ré. Em que pese a alegação da demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o *loss of profits* no valor de R\$ 3.240,00 (três mil, duzentos e quarenta reais), caberia à parte autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, via aquisição ou aluguel de veículo para fazer frente a compromissos contratuais assumidos, no que não logrou êxito, e que seria de mister a teor do art. 333, I, do CPC [1973]. Ademais, não se pode aferir objetivamente a possibilidade do lucro aventado, que adviria do trabalho gerado pelo veículo. Não se podem presumir danos hipotéticos sugeridos pelo autor. 3 – Dever de mitigar o próprio prejuízo: a parte que invoca o revés financeiro derivado de infortúnio negocial deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as contingências do caso concreto, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante do evento danoso – *standard* de conduta que se espera observar de empresas experimentadas no nicho negocial, e que não foi diagnosticado no agir da parte autora” (Acórdão referido em LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit., p. 246).

51. Cf. TJRS, ApCiv 70066574690, 9.^a Câ. Civ., j. 16.12.2015, rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celianna Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

II. ENQUADRAMENTO DA MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

A. O conceito de dano como critério para a mitigação de prejuízos do credor

Mesmo sem pretender examinar a questão de saber se a solução para o inadimplemento do credor insere-se como responsabilidade contratual ou se constitui em uma solução creditória originária,⁵² é possível, para o âmbito do presente trabalho, verificar como o tema da mitigação de prejuízo enquadra-se no âmbito dos pressupostos para o ‘ressarcimento’ dos prejuízos sofridos pelo credor.

Nesse contexto, o estabelecimento da noção de dano é imprescindível para o tema – ainda mais quando se tem presente que ele é fundamental que se tenha uma ideia exata do sistema de responsabilidade civil adotada num determinado país.⁵³ Em nosso ordenamento, a visão central do dano está estabelecida, por exemplo, no art. 944 do CC/2002,⁵⁴ que expressamente determina que a indenização se mede pela extensão do dano.

A noção geral de dano fornecida pela doutrina o enquadra como a lesão ou prejuízo real, sob a forma de destruição, deterioração ou subtração de determinado bem, ou como a lesão de bens juridicamente protegidos, ou, ainda, na concepção de atribuição de desvantagem que adquire relevância por ser juridicamente tutelada. No entanto, Paulo Mota Pinto ressalta a insuficiência de operativa do conceito geral de dano, concretizada na dificuldade de delimitação do que seria, por exemplo, desvantagem e qual o critério de relevância jurídica.⁵⁵ O autor, assim, propõe uma concepção de dano baseada na noção de perturbação indesejada na repartição de bens, em face do que se verificaria uma diferença – com uma vertente ou um lado fático, situado no plano do ser, e um lado normativo, situado no plano do dever-ser.⁵⁶

52. Ver, por exemplo, DI MAJO, Adolfo. *Profili della responsabilità civile*. Torino: Giappichelli Editore, 2010. p. 9.

53. COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *RT* 667/7-16.

54. “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

55. PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. I, p. 539-540.

56. *Idem*, p. 541.

Descumprido o contrato e configurado o dever de indenizar, surge o problema de apurar o dano que deve efetivamente ser ressarcido. O art. 475 do CC/2002⁵⁷ dispõe que a parte lesada pelo inadimplemento contratual pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, sendo que, em ambos os casos, caberá indenização por perdas e danos.

Relativamente às perdas e danos, a matéria encontra disciplina no art. 402 do CC/2002, do seguinte teor: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além, do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Assim, da simples leitura do artigo, verifica-se que, em relação às duas espécies de prejuízo passíveis de serem suportadas pelo credor, encontram-se elementos normativos capazes de embasar a concepção de mitigação.

Relativamente ao dano emergente, verifica-se que a lei exige que a perda seja efetiva, razão pela qual se pode extrair da disciplina legal que, sendo o prejuízo evitável, ele não se constituiria da característica da inevitabilidade.

Quanto ao tema do lucro cessante, o art. 402 do CC/2002 exige razoabilidade, razão pela qual considera-se que este pressuposto serve para atender à exigência de mitigação do prejuízo.

A respeito do tema aqui versado, é sustentado como óbice para o reconhecimento da mitigação do prejuízo a necessidade de respeitar o princípio da reparação integral do dano.⁵⁸

O direito civil brasileiro reconhece este princípio. Consta expressamente da codificação, no art. 944 do CC/2002. Contudo, a questão da mitigação não se enquadraria, propriamente, em uma exceção a este princípio, na medida em que se vislumbrasse o tema como hipótese de adequado delineamento de situação de dano.

De qualquer modo, poder-se-ia igualmente sustentar que o próprio art. 944 do CC/2002, em seu parágrafo único, contém exceção que atenua a aplicação do princípio da reparação integral do dano, razão pela qual ele não se constitui em dogma intransponível para a aceitação da mitigação do prejuízo no ordenamento brasileiro.

Assim, verifica-se que a regra contida no *caput* do art. 944 do CC/2002 deve ser aplicada em conjunto com as demais normas e princípios informadores do direito civil, dentre eles a boa-fé objetiva, que impõe, conforme se verá adiante, que o de-

57. “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

58. LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. *International and comparative law quarterly*. vol. 55. p. 205-217. Londres, 2006.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

vedor não está obrigado a ressarcir o credor pelos danos que poderiam ser razoavelmente evitados.⁵⁹

No mesmo sentido, Solène Le Pautremat aponta que “o princípio da mitigação tem justificativas morais, sociais e econômicas, as quais se sobrepõem à compensação integral do credor”. Ainda, o autor aponta que “um sistema legal que compensa todos os danos independente de mitigação não incentiva o credor a mostrar iniciativa, pelo contrário, permite um comportamento irracional e irresponsável”.⁶⁰

Há que se observar, ainda, que os danos *não* indenizáveis, caso o credor não se desincumba do ônus de mitigação do prejuízo, são apenas os danos evitáveis. O que se deve entender por danos evitáveis é critério que somente poderá ser determinado diante das circunstâncias do caso concreto; no entanto, genericamente, pode-se definir que os danos evitáveis “poderão se constituir de custos do credor que poderiam ser reduzidos ou perdas que poderiam ser minimizadas”.⁶¹

Importante observar que, também, aqui, a razoabilidade constitui-se em um importante critério de balizamento na apreciação e valoração da conduta do credor, uma vez que o dano deve ser evitável com o emprego de medidas ou esforços razoáveis por parte deste. Assim, não é exigível que o credor despenda um montante do qual não dispõe para evitar o agravamento do prejuízo, nem que se submeta a qualquer tipo de risco, seja físico ou financeiro, ou a humilhações. Da mesma forma, não é razoável que, para mitigar o prejuízo, o credor descumpra outro contrato anteriormente firmado ou tenha que renunciar a direitos, comprometa algum interesse seu ou cometa ato ilícito.⁶²

B. *O requisito do nexo causal como critério para a mitigação de prejuízos*

O nexo de causalidade é o segundo requisito para a configuração do ressarcimento para o credor.

Em essência, trata-se de examinar a existência de uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente, comissiva ou omissiva, e o prejuízo sofrido.⁶³

59. LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit., p. 184.

60. Tradução livre. No original: “Additionally, the principle of mitigation has moral, social and economic justifications which have greater force than the rationale for the claimant’s ‘full compensation’”. (...) “A legal system which compensates all losses irrespective of mitigation gives no incentive to claimants to show initiative. On the contrary, it permits irrational and irresponsible behaviour”. LE PAUTREMAT, Solène. Op. cit., p. 213.

61. LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit., p. 203.

62. LE PAUTREMAT, Solène. Op. cit., p. 214.

63. Ver, de forma exemplificativa, KING JR., Joseph H. Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale*

A partir desta premissa, pode-se apontar como função do pressuposto do nexo causal de um lado, indicar quem deve ser responsabilizado pelo resultado danoso; de outro, estabelecer com acuidade a efetiva extensão do prejuízo.

Observa-se que a noção de causalidade possui íntima vinculação com a questão nuclear da responsabilidade: com base neste pressuposto, apura-se o efetivo causador do dano, bem como pretende-se delimitar a real extensão do dano, a partir da ligação direta com a conduta do autor do prejuízo.

O direito civil brasileiro regulou a matéria no art. 403 do CC/2002, nos seguintes termos: “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”.

Da redação do artigo, sobressai, inicialmente, que seu âmbito de aplicação consiste primordialmente na responsabilidade contratual, âmbito do presente trabalho.

Além disso, vislumbra-se que o legislador pretendeu estabelecer um vínculo direto entre a conduta danosa e o prejuízo, estabelecendo, portanto, um liame estreito entre os elementos nucleares da responsabilidade contratual.

A partir de uma análise literal do artigo, pode-se sustentar que, dentre as diversas teorias concernentes ao nexo causal,⁶⁴ o legislador brasileiro teria privilegiado a teoria da causa direta e imediata, na medida em que faz menção explícita à necessidade de uma vinculação direta entre a conduta e o dano.⁶⁵

Contudo, mesmo em face da solução legal, subsistem, no direito brasileiro, defensores da denominada teoria da causalidade adequada, que privilegia a concepção pela qual deve-se adotar a hipótese mais provável de causação do dano. Opera-se, aqui, um juízo de probabilidade sobre quais os danos que a vítima sofreria a partir da conduta identificada.⁶⁶

Veja-se, por exemplo, a comparação com a solução dada ao tema no direito português, que, no art. 563 do seu Código Civil dispôs que “a obrigação de indenização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. A partir dessa fórmula, distinta da solução brasileira, orienta-se a doutrina portuguesa no sentido de que a opção em tal país teria sido

Law Journal. vol. 90. p. 1.353. 1981; ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 652 e ss.; LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 121.

64. Para as diversas teorias sobre o nexo causal, ver, por exemplo, *Idem*, p. 122 e ss.

65. Cf. *Idem*, p. 125.

66. Ver, por exemplo, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Op. cit.*, p. 658; LUTZKY, Daniela. *Op. cit.*, p. 122; MALINVAUD, Philippe. *Op. cit.*, p. 487.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

pela teoria da causalidade adequada.⁶⁷ Pode-se considerar que a posição doutrinária brasileira em favor da teoria da causalidade adequada, deve ser entendida no sentido de que ela permite maior flexibilidade judicial. No entanto, em face da redação legal, percebe-se que esta orientação foge da diretriz legislativa e contribui para uma certa insegurança jurídica, na medida em que prevalecerá a formulação jurisprudencial.

Nesse contexto, sobressai inequivocamente que o pressuposto do nexo causal exerce um papel fundamental no que concerne à matéria da mitigação do prejuízo, na medida em que se pode reputar que, a partir da análise deste requisito, poder-se-á efetivamente fixar, ou ao menos apurar, se o prejuízo sofrido resultou efetivamente da conduta do causador do dano ou decorreu de fatores alheios a ela.

Na hipótese ser possível de verificação que o dano decorreu da conduta do credor, que, por diversas circunstâncias, permitiu, a partir da conduta originária, um incremento do seu prejuízo, será passível de configuração uma situação de corte do nexo causal, indicando-se assim uma ruptura da cadeia de causalidade.⁶⁸

É certo que se poderá suscitar que o credor não possuía propriamente um dever de agir a fim de evitar o incremento do prejuízo, razão pela qual não se teria configurado uma interrupção do nexo de causalidade.

Contudo, o fato é que não obstante a ausência explícita de uma determinação para que o credor atue no sentido de atenuar os prejuízos, a solução estrita adotada pelo legislador brasileiro no citado art. 403 do CC/2002, que exige uma relação direta entre a conduta e o dano, para o fim de ressarcimento, não somente permite, como em nosso ordenamento conduz à adoção de uma conclusão favorável à solução que advoga que estes danos não são indenizáveis, pois não resultaram de uma vinculação direta da conduta do originário causador do dano.

Desse modo, há que se suscitar, relativamente ao tema em análise, que, a par do embasamento decorrente do princípio da boa-fé, a construção técnica adotada pelo direito civil brasileiro, no que concerne à responsabilidade contratual, favorece a adoção da tese pela mitigação dos prejuízos.

Acrescente-se que, a par disso, esta deve ser a via preferencial a ser adotada pela jurisprudência, a fim de examinar se existe efetivamente uma vinculação direta e a conduta danosa e os prejuízos sofridos pelo credor. Em nosso ordenamento é certo que se vislumbra a referência ao nexo causal – e também à temática do prejuízo –, mas a invocação da mitigação de prejuízo como corolário da boa-fé é normalmente utilizada como fundamento de decisão.⁶⁹

67. Nesse sentido, ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. Op. cit., p. 657.

68. Nesse sentido, cf. NEIRA, Lilian C. San Martin. Op. cit., p. 300.

69. Veja-se, por exemplo, a ementa da decisão do TJRS, na ApCiv 70037891090, acima indicada.

Importante mencionar, ainda que brevemente, a questão do fator de atribuição como requisito da responsabilidade civil, o qual distingue-se do fator de causalidade. O atual esquema de responsabilidade civil baseia-se em diversos critérios legais de imputação do dever de reparar o dano injusto, denominados nexos de imputação ou fatores de atribuição. Por meio de tal pressuposto, analisa-se a quem o ordenamento jurídico imputa o dever de indenizar o dano e reparar os prejuízos causados.⁷⁰ No âmbito do tema ora tratado, pode-se afirmar que o inadimplemento contratual é o fator de atribuição da responsabilidade do devedor e da decorrente obrigação de indenizar o credor. Por outro lado, caso o credor permita o agravamento de seu prejuízo, pode-se dizer, na esteira do exposto quanto ao nexo causal, que houve uma ruptura no fator de atribuição, uma vez que os danos daí decorrentes não podem ser imputados ao devedor.

Em essência, o recurso, puro e simples, ao princípio da boa-fé como meio para estabelecer a mitigação de prejuízo constitui-se, no direito brasileiro, subsidiário, em face da estrita solução legislativa adotada no que concerne ao pressuposto do nexo causal.

III. OS EFEITOS DA MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS

A. *O dever de ressarcimento dos custos de mitigação e o quantum a ser ressarcido pelo devedor*

Consumado o descumprimento contratual, pode-se esquematicamente descrever as possíveis condutas da parte prejudicada, uma vez ciente do inadimplemento, como as seguintes: (a) poderá tomar as medidas razoáveis e necessárias, conforme as circunstâncias, a reduzir os seus prejuízos ou (b) quedar inerte, situação na qual poderá ver limitado o seu direito à indenização pelos prejuízos sofridos.

Anota-se que, conforme a doutrina, quando o credor adota medidas para reduzir os danos, se está diante do aspecto positivo da mitigação. Por outro lado, o aspecto negativo da mitigação configura-se quando o credor falha em minimizar o dano evitável e enseja, assim, a possibilidade de que sejam excluídos da indenização os prejuízos que poderiam ter sido evitados.⁷¹

Caso o credor tenha adotado as medidas necessárias para reduzir o seu prejuízo diante do descumprimento do contrato, surge a questão se ele terá direito ao reem-

70. ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado em Direito, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 129-130.

71. LOPES, Christian Sahb Batista. *Op. cit.*, p. 25-27.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

bolso das despesas realizadas com tal desiderato, uma vez que os custos incorridos para mitigar o prejuízo são decorrências diretas do inadimplemento, tem sido reputado que devem integrar a indenização devida pelo devedor.⁷²

O *quantum* a ser ressarcido pelo devedor é aspecto intimamente relacionado com as medidas adotadas para minimizar o prejuízo. Assim, há que se ressaltar que as medidas e custos incorridos pelo credor para minimizar os prejuízos também devem passar pela análise de razoabilidade. Com efeito, pode-se conceber situações nas quais o credor adote condutas oportunistas e incida em custos irracionais nos quais, em outra situação, não incorreria, por saber que esses serão indenizados pelo devedor.

É necessário, portanto, que as medidas adotadas pelo credor para mitigar os prejuízos sejam proporcionais, atendam as circunstâncias concretas e que, evidentemente, não ultrapassem o valor do dano que se pretende mitigar, sob pena de não serem indenizáveis. Uma medida é razoável se sua execução puder ser esperada como uma conduta de boa-fé, nas circunstâncias nas quais se insere a transação, segundo as ações que uma pessoa razoável executaria sob as mesmas circunstâncias. Assim, o ônus de mitigar o prejuízo deverá ser interpretado levando em consideração os interesses de ambas as partes, as circunstâncias do caso concreto –, pois cada contrato tem suas características particulares – as práticas comerciais e o princípio da boa-fé.⁷³

Veja-se que, mesmo que a medida adotada para mitigar o prejuízo não surta o efeito esperado, entende-se que ainda assim o custo da mesma deve ser indenizado pelo devedor, uma vez que para que o credor se desincumba do ônus basta que, de boa-fé, adote medida razoável para reduzir o prejuízo. Não é plausível a exigência de êxito do resultado como condição para que o credor seja indenizado pelos custos da mitigação.

Outro aspecto a ser analisado, e decorrente do que foi acima exposto, diz respeito com o valor da indenização a ser recebida pelo credor. É certo que o credor, embora possa ser ressarcido pelos custos decorrentes da mitigação dos prejuízos, não será indenizado pelos danos evitados, tendo em vista que logrou êxito em reduzi-los ou mesmo em impedir a sua consecução. Em síntese, os prejuízos sofridos e, portanto, integralmente indenizáveis, serão apenas os inevitáveis, acrescidos dos custos de mitigação, caso o credor tenha se desincumbido de tal ônus.

As medidas para mitigar o prejuízo podem frequentemente incluir operações substitutivas, caso a prestação original tenha por objeto um bem ou serviço fungível.

72. No mesmo sentido: FRADERA, Vera Maria Jacob de. Op. cit., p. 109-122, ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., p. 215-248, LOPES. Christian Sahb Batista. Op. cit., p. 208 e TESTU, François Xavier. Op. cit., p. 515.

73. FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. Op. cit., p. 77-102.

Assim, o ônus de mitigação pode impor ao credor que obtenha, no mercado, o objeto da prestação inadimplida pelo devedor. Caso a operação substitutiva seja realizada, as perdas e danos a serem indenizadas pelo devedor, corresponderão à diferença entre o valor ajustado pela operação substitutiva e o preço pactuado no contrato inadimplido (padrão concreto de apuração), além das despesas para realizar a operação de substituição e eventuais lucros cessantes ou danos emergentes decorrentes da mora. Importante ressaltar ainda, na esteira do que foi dito acima, que o valor pactuado pela operação substitutiva deverá ser razoável, ou seja, não deverá variar substancialmente dos preços de cotação ou de mercado, caso contrário, o valor da indenização será apurado conforme o valor de mercado (critério abstrato de apuração). Ainda, a operação de substituição deverá ser realizada sem atraso indevido.⁷⁴

Quando o descumprimento for do comprador, aplica-se igualmente o exposto acima, de forma que o vendedor pode colocar os bens à venda no mercado, hipótese na qual a apuração das perdas e danos se dará pelo critério concreto, vale dizer, o valor ajustado no contrato inadimplido menos o preço da revenda no mercado, mais as despesas para executar a revenda.⁷⁵ A operação substitutiva também é uma forma viável de mitigação dos prejuízos quando se tratar de obrigações de fazer, sendo que a apuração das perdas e danos segue os mesmos critérios concretos e abstratos, conforme a hipótese, descritos acima.⁷⁶

Situação interessante diz respeito com a possibilidade de, por exemplo, diante do inadimplemento, o credor realizar operação substitutiva e auferir mais ganhos do que teria caso o contrato tivesse sido cumprido, ou em outras palavras, caso os ganhos superem os prejuízos. Nessa situação, uma vez que não haverá dano ao credor, parece que nenhum prejuízo há de ser indenizado, a não ser eventuais custos incorridos na mitigação.

Do exposto, verifica-se que o ressarcimento dos custos de mitigação e o *quantum* a ser indenizado são questões que não comportam definições generalizantes e estanques, de forma que deverá analisar-se caso a caso, conforme as circunstâncias, os esforços e os custos que se mostrem razoáveis na mitigação dos danos evitáveis pelo credor.

B. Mitigação de prejuízos e aspectos processuais

A norma de mitigação dos prejuízos impõe um ônus ao credor que, caso descumprido, acarretará a limitação de seu direito à indenização pelo descumprimento contratual, no que se refere aos danos evitáveis.

74. LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit., p. 209-211.

75. Idem, p. 213.

76. Idem, p. 215-216.

Judicializada a questão, cumpre indagar a quem incumbe demonstrar esta circunstância. Na doutrina, aponta-se que caberá ao réu, devedor, o ônus de provar que o credor, autor, poderia ter minimizado prejuízos e não o fez.⁷⁷ Trata-se de orientação que se encontra em harmonia com a disposição legislativa a respeito, existente no art. 333, II, do CPC/1973, na medida em que se trata de um argumento adversativo do réu perante o pleito condenatório do autor, credor.

Será igualmente do devedor o ônus de provar que as medidas adotadas pelo credor a fim de mitigar os prejuízos não foram razoáveis, na medida em que, também nesse caso, configura-se um argumento adversativo que o devedor apresenta frente às pretensões do autor.

Observe-se que esta dinâmica, em princípio, não se altera com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015). No art. 373, I, mantém-se a sistemática de que cabe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. No inc. II, consta a regra de ser do réu o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

É certo que o § 1.º do referido artigo contempla a possibilidade de o juiz inverter essa operacionalidade, em face das peculiaridades da causa ou quando houver previsão legal.

Contudo, a regra geral consiste em que se o réu pretende suscitar que a indenização deverá ser diminuída, caberia a ele demonstrar que a conduta do autor não foi no sentido de implementar disposições razoáveis para circunscrever os limites da indenização. Caberá ao devedor, por exemplo, indicar que o credor poderia ter adquirido produtos substitutivos da prestação por valor módico, ou mesmo que os gastos que ele dispendeu foram exagerados.⁷⁸

Uma outra questão processual passível de ser salientada diz respeito à possibilidade de aplicação, de ofício, pelo juiz, da norma de mitigação, caso haja elemento probatório nos autos a respeito e, no entanto, a parte devedora não a invoque em sua defesa.

Na doutrina, sustenta-se que a mitigação poderia ser aplicada de ofício, sob o fundamento de que se trataria de aferição do direito do credor à indenização.⁷⁹ Contudo, há que se divergir da orientação, na medida em que a mitigação do prejuízo não implica verificação do direito do credor à indenização, pois este controle é feito no âmbito dos pressupostos da responsabilidade civil. Na verdade, trata-se em saber se o valor da indenização pretendida pelo credor não está adequado, em razão de sua contrariedade à razoabilidade. Nesses termos, trata-se de matéria que

77. CRISCUOLI, Giovanni. Op. cit., p. 558.

78. NEIRA, Lilian C. San Martin. Op. cit., p. 473.

79. LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit., p. 267.

caberia ao devedor arguir, a fim de ser contemplado com a redução da condenação. Esta é, por exemplo, a orientação no direito italiano, que considera indicada a formulação de exceção pela parte ré acerca do tema.⁸⁰

Contudo, é possível que a questão possua caráter mais teórico do que prático, em virtude do modo como a teoria da mitigação do prejuízo tem sido aplicada no ordenamento brasileiro. Suscitada pelo réu a alegação de que o pleito indenizatório é excessivo, vê-se que a concepção de mitigação é empregada como argumento de reforço, a fim de basear a diretriz jurisprudencial que pretende reduzir a pretensão exposta pelo autor.

Além disso, mesmo na doutrina anterior ao Código de Processo Civil de 2015, se sustentava que muito embora o magistrado “sempre poderá extrair do material fático constante no processo as conclusões jurídicas que entender de direito, mesmo quando não indicadas pelas partes”,⁸¹ as partes não poderiam ser surpreendidas por decisão cujo fundamento principal se apoie numa visão jurídica da qual não tenham se apercebido ou diversa da suscitada e debatida pelos litigantes. Assim, caso pretenda abordar a questão com visão jurídica diversa da suscitada pelas partes, o órgão julgador deve ouvir previamente as mesmas a respeito, permitindo-lhes o debate acerca de tal matéria, como forma de garantir o contraditório e o diálogo judicial, a fim de evitar uma decisão surpresa e primar pela democratização do processo.⁸² Em linha com essa orientação, a Lei 13.105/2015 estabeleceu, expressamente, no art. 10, que o juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, sem oportunizar a oportunidade de manifestação às partes.

Desse modo, mesmo admitida a possibilidade de o juiz aplicar de ofício a mitigação dos prejuízos, verifica-se que o sistema processual brasileiro contemporâneo restringe os efeitos desta concepção, pois exige a prévia manifestação da parte a respeito, a fim de garantir o contraditório e evitar a prolação de decisão surpresa.

IV. CONCLUSÃO

Do que foi exposto, cumpre, primeiramente, pontuar que a análise do tema da mitigação do prejuízo implica a necessidade de distintos enquadramentos conceituais e principiológicos.

Cuida-se, inicialmente, de enquadrar a mitigação do prejuízo como um ônus para a parte, no caso, o credor, na medida em que o seu descumprimento não im-

80. NEIRA, Lilian C. San Martin. Op. cit., p. 414.

81. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196.

82. Idem, p. 196-199.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

plica necessariamente uma sanção, mas tão somente a incidência de efeitos econômicos negativos para ele, que será privado do direito à indenização pelos danos evitáveis.

Estabelecida esta primeira premissa, é necessário referir que a teoria da mitigação de prejuízos encontra fundamento no princípio da boa-fé, presente no direito civil brasileiro no art. 422 do CC/2002. Trata-se de percepção que aproxima o nosso direito dos sistemas dos principais ordenamentos jurídicos, convenções e princípios internacionais que regulam o direito contratual contemporâneo. Sendo, aliás, o Brasil signatário da Convenção de Viena de 1980, seria um contrassenso que o ônus de mitigar fosse aplicado apenas aos contratos regulados pela referida convenção e não nos contratos internos, puramente nacionais.

Modernamente, é perceptível a tendência de extrair da boa-fé uma concepção solidária, pela qual o credor seria instado a cooperar com o devedor. *Prima facie*, não se rejeita esta possibilidade no direito contratual. Numa visão ampliativa do princípio da boa-fé, o ônus de mitigar o próprio prejuízo seria passível de compreensão a partir de uma concepção solidarista de contrato, a qual se coadunaria com uma visão cooperativa do direito das obrigações: em essência, ao atenuar o prejuízo, o credor estaria auxiliando o devedor, na medida em que reduziria valores a serem pagos por este como indenização pelo inadimplemento.

Contudo, pode-se suscitar que esta não seja efetivamente a única visão passível de explicar a mitigação do prejuízo. Há que se ter presente, aqui, que o reconhecimento da relevância do princípio da boa-fé no tema exposto não implica, necessariamente, admitir que o credor deve reduzir os danos por força da existência de um dever de cooperação com o devedor.

Impõe-se ponderar que o tema da mitigação de prejuízos tem por foco o vínculo contratual, sendo que este foi rompido por força do inadimplemento do devedor. Inexiste, portanto, propriamente um dever de cooperação do credor com o devedor, na medida em que o propósito de colaboração entre os partícipes do vínculo, o adimplemento, não mais subsiste.

Subjaz, porém, a necessidade de o credor pautar sua conduta mediante parâmetros de correção, de ética contratual, de *fair play*, razão pela qual se ele não atender ao ônus de mitigar o dano, a consequência será que ele não perceberá estes valores.

Sublinhe-se que o dever de correção a ser atendido pelo credor atende a mandamentos de racionalidade ética, econômica e também de eficiência, na medida em que serão menores os valores a serem dispendidos na esfera do inadimplemento contratual.

Desse modo, não se reputa indispensável, para a solução do tema, que se reconheça forçosamente a existência de um dever de cooperação no âmbito do direito contratual, a fim de aceitar a solução de mitigação de prejuízos no direito civil brasileiro.

Em um segundo patamar de análise, faz-se mister reconhecer que a estrutura normativa da responsabilidade contratual no direito civil brasileiro, não somente favorece como também induz o reconhecimento da teoria da mitigação do prejuízo.

Esta conclusão repousa tanto na construção do conceito de dano esculpido pelo Código Civil de 2002, como também na solução legislativa dada ao pressuposto da causalidade pelo Código Civil brasileiro. Não obstante existam divergências doutrinárias acerca das teorias que devam ser empregadas a respeito de ambos os requisitos da responsabilidade contratual, não se pode desconsiderar que há elementos suficientes para fundamentar a exigência de atenuação do prejuízo pelo credor, na medida em que o regime brasileiro de causalidade impõe a busca de um vínculo direto entre a conduta e o dano.

Desse modo, é forçoso ter presente que inexistente a necessidade de recepcionar uma figura do direito anglo saxão, tendo em vista que o direito civil brasileiro, contém, em sua estrutura normativa, os pressupostos e elementos para conduzir à conclusão pela mitigação do prejuízo.

A razoabilidade será o critério a ser empregado para avaliar o comportamento do credor diante do ônus de mitigar o próprio prejuízo, tanto em relação às medidas que poderiam ser adotadas, quanto em relação aos gastos incorridos. Nesses termos, com base no que se expôs sumariamente no âmbito do trabalho, é indispensável ter presente que a mitigação do prejuízo não deve ser exigida do credor em todos os casos e em todas as circunstâncias. Em síntese apertada, comportamento razoável não deve ser sinônimo de comportamento possível.

Por mais que se possa delinear parâmetros, é impossível delimitar, de antemão, o que será considerado como razoável em cada relação contratual, razão pela qual caberá ao magistrado a apreciação de tal questão, à luz das circunstâncias do caso concreto. Mas, a fim de evitar subjetivismos, a aplicação da mitigação pelo órgão judicial deve se dar de modo técnico e criterioso, por meio de fundamentação controlável.

Observe-se, ainda, que não se deve exigir do credor, autor na esfera processual, o ônus processual de demonstrar o comportamento razoável na condução da liquidação do prejuízo. Há que se entender que este ônus cabe ao réu, devedor, que para eximir-se do pagamento de valores indenizatórios, deverá demonstrar que a conduta do credor fugiu ao razoável.

Do exposto, conclui-se que o ônus de mitigar o próprio prejuízo no direito brasileiro deve ser aplicado no âmbito jurisprudencial, mas em atenção aos pressupostos aqui referidos, deve-se considerar a circunstância de que o direito brasileiro dispõe, no âmbito da responsabilidade contratual, de instrumentos técnicos capazes de induzir a esta concepção sem que se tenha de julgar questões apenas mediante a invocação de princípios jurídicos – que nem sempre devem ser manejados *prima facie*.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1991.
- ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1995.
- ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado em Direito, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2006.
- BÉNABENT, Alain. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2007.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2005.
- CORDEIRO, António Meneses. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- COURDIER-CUISINIER, Anne-Sylvie. *Le Solidarisme Contractuel*. Paris: Litec, 2007.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. vol. 667. p. 7-16. São Paulo: Ed. RT, maio. 1991.
- _____. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.
- _____. _____. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- CRISCUOLI, Giovanni. Il dovere di mitigare il danno súbito. *Rivista Di Diritto Civile*. anno 18. n. 6. p. 553-606. nov.-dic. 1972.
- D'ANGELO, Andrea; MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Buona fede e giustizia contrattuale*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.
- DIAS, Daniel Pires Novais. O Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista de Direito Privado*. vol. 12. n. 45. p. 89-145. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2011.
- DI MAJO, Adolfo. *Profili della Responsabilità Civile*. Torino: Giappichelli Editore, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*. vol. 34. n. 171. p. 35-48. São Paulo: Ed. RT, maio. 2009.
- FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una breve aproximación al tema. *Revista e-mercatoria*. n. 2. p. 77-102. 2007.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 19. p. 109-122. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set., 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre a distinção entre obrigação, ônus e dever*. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66950/69560]. Acesso em: 11.10.2015.
- GRYNBAUM, Luc; NICOD, Marc. *Le solidarisme contractuel*. Paris: Economica, 2004.
- HILLMAN, Robert. *Principles of contract law*. 3. ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2013.
- JALUZOT, Beatrice. *La bonne foi dans les contrats*. Paris: Dalloz, 2001.
- JAMIN, Christophe. *Droit et économie des contrats*. Paris: LGDJ, 2008.

- JAUERNIG, Othmar. *Bürgerliches gesetzbuch kommentar*. 16. ed. Munique: C.H. Beck, 2015.
- JOSSERAND, Louis. *Espíritu de los derechos y su relatividad*. Granada: Editorial Comares, 2012.
- KING JR., Joseph H. Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal*. vol. 90. p. 1.353. 1981.
- LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. *International and Comparative Law Quarterly*. Londres. vol. 55. p. 205-217. 2006.
- LEVEEUR, Laurence. Le Solidarisme contractuel, um mythe. In: GRYNBAUM, Luc; NICOD, Marc. *Le Solidarisme contractuel*. Paris: Economica, 2004.
- LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MALINVAUD, Philippe. *Droit des obligations*. 10. ed. Paris: Litec, 2007.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stéphanie. *L'Abus dans les relations de droit privé*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2004.
- NEIRA, Lilian C. San Martin. *La Carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*. Bogotá: Universidade de Externado de Colômbia, 2012.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. I.
- RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, Hobinavalona. *Le raisonnable em droit des contrats*. Paris: LGDJ, 2009.
- RESCIGNO, Pietro. *L'Abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998.
- ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.
- SOMBRA, Thiago Luis Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. *Revista de Direito Privado*. vol. 9. n. 33. p. 307-342. São Paulo : Ed. RT, jan. 2008.
- TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor*. Esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc]. Acesso em: 04.10.2015.
- TESTU, François Xavier. *Contrats D'Affaires*. Paris: Dalloz, 2010.
- ZIMMERMANN, Reinhard. Limitation of liability for damages in European contract law. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 3. p. 215-248. São Paulo : Ed. R, abr.-jun. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Consequências do inadimplemento contratual na convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias (CISG), de Carmen Tiburcio – *RArb* 37/167-183 (DTR\2013\3473);
- Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual), de Paulo Jorge Scartezini Guimarães – *RDPriv* 63/33-58 (DTR\2015\13068); e
- Responsabilização civil por descumprimento de contrato pressupostos e *quantum* indenizatório adequado, de Teresa Arruda Alvim Wambier – *Pareceres de Teresa Arruda Alvim Wambier* 1/291 (DTR\2012\450946).