

# TEM A VÍTIMA DE UM ILÍCITO EXTRA CONTRATUAL O ÔNUS DE MITIGAR SEUS PRÓPRIOS PREJUÍZOS?

HAS THE VICTIM OF AN TORT OF CONTRACTUAL ILLEGAL BURDEN OF MITIGATING YOUR OWN LOSSES?

CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES<sup>1</sup>

## RESUMO

Nesse trabalho, o autor aborda a regra da não reparação dos danos sofridos pela vítima de um ilícito extracontratual que poderiam ter sido por ela evitados pelo emprego de esforços razoáveis. A norma estabelecendo o ônus de mitigar é extraída do abuso do direito, em seu aspecto objetivo, encontrando fundamento mais remoto no princípio da boa-fé objetiva. Em termos de direito positivo, a norma de mitigação é derivada, portanto, do art. 187 do Código Civil. O autor analisa, ainda, a possível fundamentação para a limitação da indenização aos danos inevitáveis no art. 403 do Código Civil e, portanto, na ausência de causalidade entre o ato ilícito e a parte do dano que a vítima poderia ter evitado. Esse fundamento, entretanto, é refutado por não abranger todos os casos em que o ônus de mitigar é aplicado e por não trazer à análise do intérprete uma avaliação axiológica da conduta da vítima ao evitar ou não os danos. Apenas fundamentando o ônus de mitigar na boa-fé é que seria possível, na análise da conduta da vítima, a sua comparação com padrões socialmente esperados e aceitos.

**Palavras-chave:** mitigação; responsabilidade aquiliana; abuso do direito; boa-fé; causalidade.

## ABSTRACT

*In this work, the author addresses the rule of non-compensation of avoidable damages sustained by the victim of a tort. The rule establishing the burden to mitigate is derived from the abuse of rights, in its objective aspect, finding a more remote foundation in the principle of objective good faith. In terms of statutory law, the mitigation rule is therefore derived from art. 187 of the Civil Code. The author also analyzes the possible grounds for limiting compensation to unavoidable damages in art. 403 of the Civil Code and, therefore, in the absence of causality between the tortious act and the part of the damage that the victim could have avoided. This legal basis, however, is refuted because it does not cover all cases in which the burden of mitigation is applied and because it does not bring to the analysis an axiological assessment of the victim's conduct when avoiding damages or not. Only by basing the burden of mitigation on good faith would it be possible, in the analysis of the victim's conduct, to compare it with socially expected and accepted standards.*

**Keywords:** mitigation; tortious responsibility; abuse of rights; good faith; causality.

1 Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito (LL.M.) pela Columbia University. Co-coordenador do GACI – Grupo de Estudos em Arbitragem e Contratos Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1797877400327633>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9143-8176>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

LOPES, Christian Sahb Batista. Tem a vítima de um ilícito extracontratual o ônus de mitigar seus próprios prejuízos?. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 332-343, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.9268>.

## 1. INTRODUÇÃO

No sistema brasileiro de responsabilidade civil, a vítima tem o direito de ser indenizado pelos prejuízos causados pelo ato ilícito (cf. artigos 186 e 927 do Código Civil), sendo que, em regra, a indenização mede-se pela extensão do dano (artigo 944 do Código Civil) (BRASIL, 2002). A questão que se coloca no presente trabalho é: poderia a vítima ter a sua indenização limitada apenas aos danos que não seriam evitáveis por seus esforços razoáveis? Em outros termos, poderia a vítima receber indenização menor que a extensão do dano (em aparente contradição com o *caput* do artigo 944), pois parte desse prejuízo poderia ter sido por ela evitado?

Em artigo que inaugurou a discussão do tema no Brasil, Vera Maria Jacob de Fradera (2004) tratou da mitigação nas relações contratuais. O assunto foi posteriormente desenvolvido por Christian Sahb Batista Lopes (2013), em que foi abordado o ônus de mitigar<sup>2</sup> também na vertente da responsabilidade contratual, concluindo por sua aplicação no direito brasileiro, com base na boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil e na compreensão da relação contratual como orientada à cooperação (COUTO E SILVA, 2006; BETTI, 1953), sendo também esse o escopo de investigação de Gustavo dos Santos Kulesza (2015). Da mesma forma, a mitigação na esfera contratual foi objeto do Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, de 2005<sup>3</sup>. A abordagem da questão preponderantemente na esfera contratual é também destacada por José Carlos Brandão Proença (2007, p. 660-661).

Entretanto, a questão coloca-se também na esfera da responsabilidade aquiliana. A título de exemplo, imagine-se um caminhão que realizada transporte em área portuária tenha sido danificado em colisão com outro veículo (BRASIL, 2010). O caminhão ficou sem trabalhar por certo período, em manutenção, sendo que seu dono pede lucros cessantes por esse período. Entretanto, ele poderia ter alugado outro veículo, continuado a trabalhar e cobrado, a título de danos emergentes, o valor pago de aluguel (que seria menor que os lucros cessantes). Nesse caso, estaria sua indenização limitada ao valor que seria pago de aluguel?

É interessante observar que, mais recentemente, a mitigação foi novamente debatida em uma Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, mas agora sob a ótica da responsabilidade aquiliana. Na VIII Jornada, de 2018, foi aprovado o Enunciado nº 629 que, no entanto, não faz referência a algum dispositivo normativo específico.<sup>4</sup> Na referência legislativa do Enunciado, consta simplesmente “Código Civil”.

O referido artigo 422, utilizado para fundamentar a limitação da indenização aos danos inevitáveis nas obras doutrinárias acima mencionadas, não pode ser utilizado para impor à vítima de um ilícito extracontratual o ônus de mitigar (BRASIL, 2002). Situado na parte relativa ao Direito dos Contratos do Código Civil, não poderia esse dispositivo ser utilizado como fundamento positivo para aplicação do ônus de mitigar à responsabilidade civil aquiliana.

Daniel Dias avaliou a regra da irressarcibilidade do dano evitável para a responsabilidade civil contratual e extracontratual, encontrando fundamento único para as duas situações no

2 Apesar de geralmente referido como “duty to mitigate” ou dever de mitigar, o instituto melhor se configura como ônus. De fato, não há uma conduta exigível do credor ou da vítima de agir para mitigar o dano, mas apenas uma conduta prescrita que, caso não observada, implicará para o lesado a vedação a ser ressarcido da parte evitável do prejuízo.

3 Enunciado nº 169: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”. O Enunciado é baseado no artigo 422 do Código Civil.

4 Enunciado nº 629: “A indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização.”

artigo 403 do Código Civil (DIAS, 2020). Na visão do autor, a limitação das perdas e danos ao que decorre como efeito “direto e imediato” da inexecução excluiria os danos evitáveis com esforços razoáveis do devedor ou da vítima.

Além desse fundamento, pode-se aventar a hipótese de que a regra da mitigação seja reconduzida à proibição do abuso do direito que, de acordo com parte da doutrina, foi incorporada em nosso direito pelo art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002). Poder-se-ia dizer que constitui exercício abusivo do direito à indenização pretender reparação quanto à parcela dos prejuízos que o credor poderia ter evitado com o emprego de esforços razoáveis. Ser indenizado pelos danos inevitáveis constituiria exercício regular e legítimo do direito, enquanto obter reparação por danos evitáveis seria exercício irregular ou abusivo do direito que, desta forma, não poderia ser reconhecido pela ordem jurídica.

Nesse trabalho, avalia-se se o ônus de mitigar está presente também na responsabilidade aquiliana, examinando os dois possíveis fundamentos acima mencionados. O presente texto reflete o resultado de pesquisa de vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo, em que predomina a utilização do raciocínio indutivo-dedutivo. Foram utilizadas fontes primárias (notadamente dispositivos legais e casos concretos decididos no Brasil e na França) e secundárias, em especial estudos doutrinários publicados sob a forma de monografias, capítulos e artigos científicos.

## 2. O ABUSO DO DIREITO

A teoria do abuso do direito surgiu por obra da jurisprudência francesa em meados do século XIX, com feição eminentemente subjetivista, tendo por fim evitar atos emulativos e chicana. Era considerado abusivo o exercício do direito por seu titular com o objetivo de lesar o direito subjetivo de outrem. Com aplicação inicial no exercício do direito de propriedade e nas relações de vizinhança, o exercício abusivo do direito tinha como efeito a responsabilidade civil do agente pelos danos causados a outrem pelo exercício irregular de seu direito. Introduziu no contexto individualista e jusracionalista francês do século XIX a ideia de que os direitos subjetivos não tinham caráter absoluto, mas tinham limites decorrentes de sua função (ASCENSÃO, 2005, p. 35). A funcionalização do direito, contudo, encontrava fundamento na proteção do direito subjetivo de outros indivíduos. Por isso, Menezes Cordeiro assinala que não houve uma ruptura na concepção oitocentista do direito privado, mas um desenvolvimento que se ateuve ao mesmo esquema de pensamento então vigente. Não houve, inicialmente, conexão com a boa-fé (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 670-671, 679-684).

A ideia de abuso do direito ingressou o espaço jurídico alemão, mas de forma diferenciada, tendo inicialmente sido prevista como proibição da chicana, pelo §226 do Código Civil daquele país. Esse dispositivo proibia o exercício do direito se tivesse como único propósito causar danos a outrem. Em razão de sua redação restritiva (causar danos deveria ser o *único propósito*), tal previsão legal teve escassa aplicação. Diante do fracasso da proibição da chicana, a teoria do abuso do direito passou a sustentar-se no §826, que previa que aquele que causasse dolosamente danos a outrem, de forma que atentasse aos bons costumes, ficava obrigado a repará-lo. Essa norma, entretanto, era excessivamente restritiva, pois exigia a demonstração

de dolo e preconizava a obrigação de indenizar como única solução ao abuso (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 685-693). Assim, a teoria do abuso do direito passou a ser desenvolvida jurisprudencial e doutrinariamente a partir da boa-fé, prevista no §242 do Código Civil alemão, adotando feição objetiva:

Nas insuficiências do §826, houve que buscar uma disposição portadora de um princípio geral do Direito, suficientemente vasto para controlar o exercício de quaisquer direitos privados, positivo no sentido de prescrever condutas e não, apenas, na sua falta, indenizações, e objectivo, por ignorar elementos atinentes ao agente, como o dolo ou a negligência. A disposição em causa, que deveria, também, estar em plena expansão científica, foi encontrada no §242 BGB [...]. (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 694)

A partir dessas duas matrizes, a doutrina busca a consolidação do instituto do abuso do direito, da qual importa, para a presente análise, destacar dois grandes problemas na abordagem do tema: o primeiro quanto à configuração do abuso do direito – se de caráter subjetivo ou objetivo –, o segundo quanto aos seus efeitos – se apenas de gerar responsabilidade civil ou de poder atuar como cláusula geral, em que poderia ser adotada a medida mais adequada para evitar o abuso (NANNI, 2008, p. 750, 758-760).

### 3. O FUNDAMENTO DA MITIGAÇÃO NO ABUSO DO DIREITO

A concepção subjetiva centrará nas finalidades, exclusivas ou não, do agente (ASCENSÃO, 2005, p. 37), filiando-se às origens francesas do instituto. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 673), de acordo com essa concepção, “abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer o mal, e sem proveito próprio”. Centra-se a análise na intenção do agente, sendo necessária a presença do *animus nocendi* para que se configure o abuso do direito (COSTA, 2006, p. 72; GOMES, 2009, p. 76).

O fundamento da mitigação dos danos não pode ser encontrado na concepção subjetiva do abuso do direito, salvo em situações excepcionais. Com efeito, na maioria dos casos, o lesado não pretende exercer seu direito à indenização com a finalidade exclusiva ou preponderante de causar prejuízo ao devedor. O objetivo da vítima, ao exercer seu direito, é obter a reparação por danos que efetivamente sofreu em seu patrimônio. Ora, os prejuízos foram realmente causados ao lesado em decorrência de um ato ilícito do agente. Portanto, a finalidade daquele é restaurar seu patrimônio.

Em casos limite, pode-se vislumbrar que a vítima intencionalmente aumente os danos que ela próprio sofra a fim de obter alguma vantagem indevida do devedor sob a ameaça de uma indenização substancial, atuando de maneira oportunística. Seu objetivo seria, então, causar prejuízo ao devedor, podendo-se dizer que agiu em abuso do direito, mesmo se o encarar sob o ponto de vista subjetivo. Todavia, esses casos são excepcionais. Na maioria das hipóteses, o lesado apenas não se preocupa em mitigar os danos porque sabe que esses têm como causa o ato ilícito do agente que, portanto, deverá indenizá-los. Ao exercer o direito à reparação, portanto, não abusa, mas age no exercício regular do direito de ter seu patrimônio restaurado.

Assim, não servindo a teoria do abuso do direito, no seu aspecto subjetivo, para explicar a generalidade dos casos em que se exige a conduta de minimização dos prejuízos por parte do lesado, não poderá ser adotada como fundamento da norma de mitigação.

Na concepção objetiva, “o que interessa averiguar não é a intenção do agente, mas apenas os dados de facto, o alcance objetivo do seu comportamento, de acordo com o critério da consciência pública” (COSTA, 2006, p. 72). Segundo Ascensão, há duas facetas de encarar tal concepção:

- a funcional, em que se procurará determinar se um tipo de exercício satisfaz ou não a função dum direito [...]
- a racional-descritiva, que pretenderá limitar-se à demarcação, por interpretação, do conteúdo dos direitos. (ASCENSÃO, 2005, p. 37)

A doutrina, em geral, identifica que a teoria do abuso do direito foi prevista normativamente pelo artigo 187 do Código Civil brasileiro (PEREIRA, 2005, p. 675; GOMES, 2009, p. 74; NANNI, 2008, p. 750; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 345)<sup>5</sup>, *in verbis*: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL, 2002)

Há opiniões doutrinárias que reconhecem, nesse artigo 187, a concepção subjetiva do abuso do direito, por se relacionar à definição de ato ilícito realizada pelo artigo 186, para o qual se exige culpa *lato sensu* (GOMES, 2009, p. 76; NANNI, 2008, p. 751). Entretanto, a maioria dos autores enxerga nesse dispositivo a adoção da concepção objetiva do abuso do direito, sendo dispensável a demonstração de culpa daquele que agiu em abuso (NANNI, 2008, p. 750; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 346).

O artigo 187 prevê, então, três hipóteses de exercício irregular ou abusivo, conforme o agente exceda manifestamente os limites impostos pelo (1) fim econômico ou social, (2) boa-fé ou (3) bons costumes.

De acordo com Ascensão (2005, p. 42), a primeira hipótese constitui um caso em que se percebe a faceta de funcionalização do direito. Ao exigir que o direito seja exercido nos limites de seu fim econômico ou social, o ordenamento jurídico explicita que o direito tem finalidades que transcendem a mera satisfação de interesses de seu titular.

Não se pode considerar que a norma de mitigação esteja assentada na violação manifesta de limites impostos pelo fim econômico ou social do direito. Como se asseverou acima, o lesado pretenderá exercer seu direito à indenização por um dano que, efetivamente, sofreu em seu patrimônio e que foi causado pelo ato ilícito do agente. Portanto, o direito à indenização será exercido em conformidade com o próprio fim econômico e social de tal direito, que é promover a restauração do patrimônio da vítima.

Os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes não dizem respeito à funcionalização do direito. Não está em jogo sua função, mas seu conteúdo (ASCENSÃO, 2005, p. 43). Desta forma, o abuso do direito impõe limites internos ao exercício do direito que serão traça-

5 José de Oliveira Ascensão, no entanto, considera que o artigo 187 trata de três hipóteses de limitação ao exercício dos direitos, que não são conciliáveis a um núcleo comum e não podem ser tidas como pertencentes da teoria do abuso do direito. (ASCENSÃO, 2005, p. 51-52).

dos a partir das matrizes axiológicas da boa-fé e dos bons costumes (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 345).

Na busca pela fundamentação da norma de mitigação, os limites dados pelos bons costumes não estão colocados em causa. De acordo com Mário Júlio de Almeida Costa:

Por bons costumes há-de entender-se um conjunto de regras de convivência, de práticas de vida, que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e correctas aceitam comumente. Logo, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes quanto tiver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pelo decoro social. (COSTA, 2006, p. 78).

Portanto, o conceito indeterminado de bons costumes traz limites impostos pelas ideias de moralidade e decoro social (COUTO E SILVA, 2006, p. 35). Não são, portanto, noções úteis para explicar a norma de mitigação.

A boa-fé, por outro lado, traz em sua vagueza semântica as ideias de honestidade, lealdade e retidão na condução dos negócios, à maneira do padrão socialmente aceito de homem probo, conforme destacado por Judith Martins-Costa:

[...] ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411-412)

Diante da prática de um ato que viole o dever geral de *neminem laedere*, a boa-fé impõe que a vítima tenha em vista seus próprios interesses, aqueles do “alter” (o agente) e da própria sociedade, de forma evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes. Havendo possibilidade de evitar o prejuízo por meio de esforços razoáveis, a conduta socialmente esperada do homem probo é que aja de forma a que tais danos não ocorram (PROENÇA, 2007, p. 644)<sup>6</sup>. Se, no entanto, o lesado viola tal norma imposta pela boa-fé e posteriormente pretende obter reparação pelos danos sofridos, o exercício ao seu direito à indenização é abusivo, pois excede manifestamente os limites traçados pela boa-fé.

Desta forma, conclui-se que a teoria do abuso do direito, desde que tomada em seu aspecto objetivo e tendo sido desenvolvida a partir da boa-fé, é fundamento para a configuração, no direito brasileiro, do ônus de mitigar os prejuízos na responsabilidade extracontratual. Cumpre reconhecer haver uma zona de interseção entre as figuras da boa-fé e do abuso de direito nesse caso, como fez Elena de Carvalho Gomes ao analisar a vedação de *venire contra factum proprium*: “Existe, de fato, uma zona de interseção entre os planos atinentes a cada uma das figuras [boa-fé e abuso do direito]. Conquanto tenham sido estruturadas para enfrentar conjunturas diversas, vieram a sobrepor-se, passando, assim, a dialogar”. (GOMES, 2009, p. 29).

6 Segundo o autor, o contrário seria “uma visão demasiado *individualista* do problema, descurando totalmente a sua componente social e os interesses do lesante de não ser confrontado com uma situação particularmente agravada, resultante de condutas *dolosas* do lesado ou da projecção de um *descuido manifestamente irrazoável* com os seus bens.” (itálicos no original).

Na situação ora em análise – a mitigação na responsabilidade aquiliana – a boa-fé é convocada a partir da vedação ao abuso de direito, na forma em que este foi previsto em nosso Código Civil (BRASIL, 2002).

Assim como a teoria do abuso de direito, em sua concepção objetiva desenvolvida a partir do §242 do Código Civil alemão, assenta-se na boa-fé, também a mitigação tem-na por fundamento. Do ponto de vista doutrinário e lógico, para fundamentar a norma de mitigação não é necessário recorrer à teoria do abuso de direito, que por sua vez conecta-se com a boa-fé, se é possível justificar a *evitabilidade* diretamente na boa-fé objetiva. No entanto, para efeitos do direito positivo brasileiro, faz-se necessário evocar o tratamento dado para o abuso de direito pelo art. 187 do Código Civil, para que este traga à baila a boa-fé esperada do lesado na responsabilidade extracontratual (BRASIL, 2002).

Por fim, cabe destacar haver duas posições quanto aos efeitos do exercício abusivo de um direito. De acordo com a tradicional concepção francesa da teoria, o titular que exerceu seu direito de forma abusiva ficará obrigado a indenizar os danos causados à pessoa prejudicada, que seria o único efeito da caracterização do abuso de direito em um caso concreto (NANNI, 2008, p. 758). Esse posicionamento poderia ser sustentado à luz do artigo 187 do Código Civil Brasileiro, que caracterizou o abuso de direito como ato ilícito que, de acordo com o artigo 927, gera para o agente a obrigação de indenizar (BRASIL, 2002).

No entanto, é correntemente aceito que o ato abusivo pode ser reprimido não apenas pela responsabilidade civil do agente mas pela forma que for mais adequada diante do caso em análise (ASCENSÃO, 2005, p. 51). Tal solução é possível a partir da construção do abuso de direito pela doutrina germânica que, como visto, assentou-se na cláusula geral prevista no §242, a qual confere discricionariedade ao Juiz para, dentre as sanções previstas no ordenamento jurídico, adotar aquela que melhor assegure a observância da boa-fé em cada situação concreta. Da mesma forma, o artigo 187 do Código Civil brasileiro é visto como norma contendo cláusula geral, uma vez que não prevê expressamente qual sanção deverá ser aplicada ao caso (BRASIL, 2002). Sobre o artigo 334o do Código Civil português, que tem redação semelhante ao artigo 187 do Código Civil brasileiro<sup>7</sup>, Mário Júlio de Almeida Costa assim se pronunciou:

E passemos às consequências do abuso de direito. O legislador não as indica. Somente declara ilegítimo, no art. 334o, o comportamento qualificado como tal. Verificar-se-ão, em decorrência, os efeitos de qualquer acto dessa natureza.

Conclui-se, sintetizando, que pertence ao juiz determinar, caso por caso, segundo os referidos critérios, não apenas se existe um acto abusivo, mas ainda as consequências sancionatórias que dele derivam. Algumas vezes, haverá lugar a restauração natural, nomeadamente através da remoção do que se fez com abuso de direito; ao passo que, outras vezes, ocorrerá tão-só indemnização pecuniária dos danos. Além desta responsabilidade civil, poderão verificar-se sanções de vária ordem, visando impedir que o autor do acto abusivo obtenha ou conserve as respectivas vantagens. (COSTA, 2006, p. 78)

Este é o entendimento que tem prevalecido na doutrina brasileira, sendo de se entender a caracterização de ilícito que o artigo 187 dá ao ato abusivo de maneira ampla, com o significado de contrário ao direito (NANNI, 2008, p. 759-760).

7 O artigo 334 do Código Civil português caracteriza o ato de "ilegítimo", enquanto o brasileiro do rotula de "ilícito".

No que concerne à mitigação, insta observar que a vedação do abuso do direito apenas poderá lhe servir de fundamento se seus efeitos não se restringirem ao caráter indenizatório. A norma de mitigação introduz a impossibilidade de que o lesado obtenha reparação pelos danos que poderia ter evitado e não a sua responsabilidade civil por algum prejuízo. Assim, vistos os efeitos da caracterização do abuso do direito de forma restritiva, não poderá esse instituto servir à *evitabilidade*. Por outro lado, se for visto como cláusula geral, poderá o juiz atribuir a sanção que é própria da norma de mitigação, ou seja, limitar a indenização a que faz jus a vítima aos danos inevitáveis.

#### 4. INSUFICIÊNCIA DO ART. 403 COMO FUNDAMENTO

A limitação à indenização apenas pelos danos inevitáveis é frequentemente vista como imposta pelo art. 403 (DIAS, 2020) ou como consequência natural da causalidade (LAITHIER, 2004, p. 442). Poder-se-ia, assim, explicar que o credor não tem direito à indenização quanto a certos danos não porque poderia tê-los evitado, mas porque esses não são uma consequência direta e imediata do inadimplemento ou do ato ilícito.

A doutrina e a jurisprudência francesas utilizaram a ideia de causalidade para resolver uma série de casos que podem ser vistos sob o prisma da mitigação (ALVIM, 1949, p. 318)<sup>8</sup>. A lição de Pothier, acerca da venda de uma vaca contaminada, que causa a perda do rebanho e o fato de ficar a terra inculca, é geralmente referida como um dos primeiros reconhecimentos da mitigação pela doutrina francesa. No entanto, Pothier analisava o nexos de causalidade para formular sua teoria de que os efeitos diretos e imediatos deveriam ser analisados como consequência necessária do inadimplemento (ALVIM, 1949, p. 318). Em outros termos, a análise do problema foi realizada sob a ótica da causalidade e não do comportamento que se esperava do credor.

Alguns casos franceses foram resolvidos pela jurisprudência por meio da avaliação do nexos de causalidade. Assim, o comerciante que sofreu acidente automobilístico não poderia recuperar os danos relativos ao fechamento da loja, pois esses prejuízos não foram considerados causados pelo acidente como consequência necessária, mas foram provocados por ele próprio que não contratou um funcionário para manter a loja aberta (LE PAUTREMAT, 2006, p. 206). Da mesma forma, os danos sofridos pelo viticultor perante seus consumidores não teriam sido consequência necessária da entrega do tanino defeituoso por seu fornecedor, mas sim causados pelo fato de o viticultor tê-lo utilizado (LAUDE, 2002, p. 57). Os prejuízos sofridos pela gráfica que não pode entregar os trabalhos em razão de defeito no equipamento não deveriam ser indenizados porque eram remotos e imprevisíveis; a verdadeira causa seria inércia da gráfica em obter outra forma de os imprimir (LAUDE, 2002, p. 58).

No entanto, embora alguns casos típicos de mitigação possam ser resolvidos pela causalidade, essa não se constitui como expediente técnico correto para servir de fundamento

8 A análise em comparação com o direito francês parece apropriada nesse ponto em razão de o Código Civil brasileiro se aproximar do francês em dois pontos: não conter norma expressa sobre *evitabilidade* e adotar o critério de serem indenizáveis apenas os danos que sejam efeito direto e imediato do inadimplemento. Cf. artigo 1.151 do Código Civil francês.

à mitigação, pois não serve de alicerce sólido a explicá-la, não abrange toda a extensão do fenômeno e negligencia o aspecto axiológico da conduta do credor.

A causalidade traz a dificuldade inicial de se determinar qual das abordagens usadas pela doutrina e pela jurisprudência será utilizada – *condition sine qua non*, da causalidade adequada, da causa próxima ou da condição necessária – devendo-se precisar, ainda, qual o significado que será atribuído para a expressão “efeitos diretos e imediatos” utilizada pela lei brasileira (ALVIM, 1949, p. 298-329; TORRES, p. 258-265; PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 43-49; LOUREIRO, 2008, p. 729-730). Diante dessas dificuldades, Giovanni Formica concluiu que o problema do nexa causal é uma questão de fato, não podendo ser resolvido em bases puramente teóricas (ALVIM, 1949, p. 326).

Reduzir a mitigação ao nexa causal, portanto, dificulta o seu desenvolvimento jurisprudencial e, conseqüentemente, a doutrina que poderia se valer da análise dos acórdãos (LE PAUTREMAT, 2006, p. 207). Assim, não é fundamento sólido para o desenvolvimento da mitigação. Os resultados das decisões judiciais irão variar conforme a teoria de causalidade que se adote e de acordo com os fatos de cada caso, que não serão avaliados sob a ótica da mitigação, de acordo com os seus próprios parâmetros, mas sim com vistas a responder à questão de qual fato causou o dano.

Para se afirmar que certo dano foi causado pela omissão do credor, que não fez nada para evitá-lo, deve-se antes reconhecer a existência de um dever ou ônus que imponha que o credor aja de tal forma. Se o devedor praticou um ilícito ao descumprir uma obrigação, essa ação terá por efeito uma série de danos ao credor que se desenvolverão em uma cadeia natural de causalidade, cuja extensão dependerá da teoria que se adote. De qualquer forma, essa cadeia de causalidade somente poderá ser rompida por uma omissão do credor se essa for imputável a ele (LAITHIER, 2004, p. 443). Do contrário, as coisas se passarão de acordo com seu fluxo fático natural e, conseqüentemente, o devedor deverá indenizar o credor por todos os prejuízos decorrentes.

O caso acima citado, em que o caminhão que realizava transportes na área portuária foi abalroado, fornece interessante exemplo para essa análise. Os danos causados ao veículo e sua indisponibilidade para o trabalho decorrem diretamente do ato ilícito, em qualquer teoria de causalidade que se adotar, pois é o fluxo fático natural. Assim, seriam devidos à vítima os danos emergentes e as perdas e danos. Apenas se é inserido um novo elemento – a expectativa de que o credor aja para mitigar os danos – é que o problema pode ser reavaliado. Se o ordenamento jurídico estabelece a regra de que o credor deve empregar esforços razoáveis para evitar os prejuízos, sob pena de não os recuperar, pode-se raciocinar da seguinte forma: os danos foram causados pelo abalroamento, a vítima poderia ter feito algo, com emprego de esforços razoáveis, para interromper a cadeia de causalidade? Se a resposta for afirmativa, não recuperará os danos que poderiam ter sido evitados. Isso, entretanto, não equivale a dizer que os danos foram *causados* pela omissão da vítima.

Portanto, os casos que reconduzem a mitigação à ideia de causalidade acima referidos, sobretudo os que identificam a causa dos danos em uma omissão do credor, não colocam a questão em termos apropriados. Há uma certa manipulação na apreciação do problema fático que envolve o nexa de causalidade para se chegar ao resultado cuja justiça salta aos olhos: se o credor poderia ter evitado os danos e não os evitou, não pode ser por eles indenizado.

É de se reconhecer, entretanto, que a explicação da *evitabilidade* pela causalidade funciona melhor para aqueles casos em que o credor dolosa ou culposamente tenha incrementado os danos. No caso do viticultor que sabidamente usou o tanino defeituoso, pode-se dizer que os prejuízos tidos com seus consumidores foram causados não pelo fornecedor que lhe vendeu o tanino defeituoso, mas pela própria atitude do viticultor de os usar.

O nexo causal poderia servir de fundamento para casos em que o credor tenha voluntariamente contribuído para aumentar os danos, mas não serve para outra gama de casos em que o credor não tenha agido para reduzir os prejuízos. Assim, a causalidade não serve como fundamento geral e, ao não permitir a visão global do problema, impede o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência acerca da mitigação (VINEY, 2002, p. 68)<sup>9</sup>.

Por fim, cabe ressaltar que reconduzir a mitigação à causalidade impede que a questão seja avaliada sob o prisma correto, qual seja, a valoração da conduta do credor. Ao situar o fundamento da mitigação na boa-fé objetiva, como visto acima, permite-se que os atos tomados pelo credor sejam avaliados axiologicamente de acordo com o que seria socialmente esperado como atitudes honestas e leais de um homem probo. Na formulação da regra de mitigação, essa comparação com o padrão de conduta esperado será fundamental para avaliar a razoabilidade dos esforços empregados pelo credor. O raciocínio que se desenvolve sob a visão de causalidade é outra, menos valorativa da conduta e mais relacionada à natureza dos fatos subsequentes ao inadimplemento, para a identificação do que é causa e efeito. Assim, a causalidade não oferece o instrumental necessário para a análise e problematização dos casos sob a ótica da mitigação.

## 5. CONCLUSÃO

A norma de mitigação é aplicável tanto à responsabilidade contratual como à extracontratual. Em ambos os casos, encontra seu fundamento na boa-fé objetiva que impõe ao credor da obrigação contratual inadimplida ou à vítima de ato ilícito o ônus de não aumentar artificialmente seus prejuízos e de empregar esforços razoáveis para impedir a causação do dano ou seu incremento. Com efeito, a boa-fé impõe ao lesado que aja com retidão, lealdade e probidade, levando em consideração seus próprios interesses (em não ter seu prejuízo aumentado), aqueles do agente ou devedor (em não ter aumentada a indenização que terá que pagar) e os da própria sociedade (em evitar a perda desnecessária de um recurso econômica e socialmente relevante).

Na responsabilidade extracontratual, a conduta do lesado que deixa ocorrer um dano tido como evitável com esforços razoáveis e, posteriormente, pleiteia a indenização por tal prejuízo evitável é considerado exercício abusivo de direito, pois “excede manifestamente os limites impostos [...] pela boa-fé”, na dicção do art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002). Para aplicação da norma de mitigação à responsabilidade civil, o referido dispositivo legal deve ser interpretado como portador de cláusula geral, permitindo ao juiz atribuir a sanção adequada,

9 Geneviève Viney anota que a jurisprudência francesa não tem dificuldade em reconhecer que o credor não tem direito à indenização pela parte dos prejuízos que tenha dolosa ou culposamente agravado, o que decorre dessa visão de que inexistente uma regra de mitigação e que os casos devem ser avaliados sob a ótica do nexo causal ou da culpa.

ou seja, limitar a indenização a que faz jus a vítima aos danos inevitáveis. O art. 403 do Código Civil não fornece fundamento suficiente para a regra de irressarcibilidade do dano evitável, pois não explica certos casos em que o ônus de mitigar é exigido e subsume a questão ao nexo de causalidade, perdendo de vista a análise axiológica da conduta da vítima.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, 2005. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 4).
- BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle Obligazioni**. Milão: Giuffrè, 1953. v. 1.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 9 ago. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (12. Câmara Cível). **Apelação cível nº 70037891090**. Apelante: Luiz Carlos Nulet Rodrigues. Apelado: Agência Marítima Orion Ltda. e outra. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack, 26 de agosto de 2010.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil, Enunciado nº 169.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VIII Jornada de Direito Civil, Enunciado nº 629.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.
- GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o actus e o factum**: os comportamentos contraditórios no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- KULESZA, Gustavo Santos. **Princípio da mitigação de danos**: evolução no Direito Contratual. Curitiba: Juruá, 2015.
- LAITHIER, Yves-Marie. **Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat**. Paris: L.G.D.J., 2004.
- LAUDE, Anne. L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français? **Petites Affiches**, Paris, v. 232, p. 55-60, nov. 2002.
- LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. **International and Comparative Law Quarterly**, Londres, v. 55, p. 205-217, 2006.
- LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no Direito Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Ato ilícito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito civil**. Lisboa: Almedina, 1984. v. 1.
- NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições de direito civil**. 21. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial. t. 26. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado**: conforme a Constituição da República. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

TORRES, António Maria M. Pinheiro. **Noções fundamentais de direito das obrigações**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, [20--?].

VINEY, Geneviève. Rapport de Synthèse. **Petites Affiches**, Paris, v. 232, p. 66-71, nov. 2002.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 05/09/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/09/2022
- Avaliação 1: 07/09/2022
- Avaliação 2: 07/09/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/09/2022
- Retorno rodada de correções: 07/09/2022
- Decisão editorial/aprovado: 07/09/2022

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2