

O Dever de Mitigar o Próprio Prejuízo (Duty To Mitigate The Loss):

Uma Perspectiva Brasileira

Felipe da Silva Pires¹

Leandro Abdalla Ferrer²

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo principal a apresentação do instituto do Dever de Mitigar o Próprio Prejuízo (Duty to Mitigate the Loss), suas bases na responsabilidade civil, a aplicação jurídica e doutrinária no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo geral do artigo é demonstrar possíveis soluções para a incorporação definitiva do presente instituto no direito civil brasileiro. Para tanto, conceitua-se a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se a doutrina do “duty to mitigate the loss”, se demonstra a aplicabilidade do presente instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Abordar o instituto do “Duty to Mitigate the Loss” é relevante porque com o exponencial crescimento da composição, mediação e conciliação no ordenamento jurídico brasileiro se faz necessário a resolução de conflitos sem a sobrecarga deste. O presente estudo consiste em pesquisa aplicada, de caráter exploratório e descritivo. A fonte de pesquisa para obter o referencial teórico necessário serão artigos, livros e sites relacionados ao tema. Os resultados serão obtidos a partir de coleta de informações de fontes secundárias. E a partir da condução do processo de pesquisa, foi possível concluir que o caminho para um avanço mais notável e incisivo, é a alteração do Código Civil de 2002 para a inclusão do dever de mitigar o prejuízo na esfera contratual.

Palavras-chave: Dever, mitigar, prejuízo, direito, civil.

ABSTRACT

The main object of this scientific article is to present the institute of the Duty to Mitigate the Loss, their basis in civil responsibility, the legal and doctrinal application in Brazilian judgment system and some solutions to increase definitely the institute of Duty to Mitigate the Loss in Brazilian Civil Law. To achieve this, it's conceptualized the civil responsibility in Brazilian Civil Law, and it's presented the doctrinal application of the “Duty to mitigate the loss” in Brazilian Civil Law. To present this institute it's relevant because with the growth of legal composition in Brazilian law's arrangement it's important to solve problems without overloading the legal system. This research consists in applied research, exploratory and descriptive character. The search source to achieve the theoretical framework will be articles, books and websites related to the theme. The results will be obtained of information gathering of secondary source. And the conduction of the process of research, it's possible to conclude that the way to a more notable advance is the alteration of Brazilian civil law to include the duty to mitigate the loss in the contractual sphere

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade São Lourenço/UNISEPE. Advogado. E-mail: felipepirescax@gmail.com

² Mestre em Direito pelo centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Elpídio Donizetti. Especialista em Direito Processual Aplicado pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Castelo Branco. Advogado. Coordenador do núcleo de prática jurídica na Faculdade de São Lourenço. Presidente da Comissão de Estágio e Assuntos Estudantis da 19ª Subseção da OAB/MG. E-mail: npj@faculdadesaolourenco.com.br

Keywords: Duty mitigate loss, brazilian civil law.

INTRODUÇÃO

A doutrina do dever de mitigar o próprio prejuízo (Duty to Mitigate the Loss) consiste na obrigatoriedade do credor de boa-fé reduzir, sempre que possível, e sem esforço desproporcional seu próprio prejuízo.

No ordenamento jurídico atual, com exponencial crescimento da composição, mediação e conciliação, a mitigação do próprio prejuízo aparece como instituto necessário para a resolução de conflitos sem a sobrecarga do ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo da presente pesquisa consiste em apresentar o panorama geral do instituto do Dever de Mitigar o Próprio Prejuízo enquanto responsabilidade Civil, seus elementos, sua aplicação na doutrina brasileira e no ordenamento jurídico pátrio, além de possíveis soluções e alternativas para que o instituto seja aplicado no direito civil contratual brasileiro.

O presente estudo consiste em pesquisa aplicada, de caráter exploratório e descritivo. A fonte de pesquisa para obter o referencial teórico necessário serão artigos, livros e sites relacionados ao tema. Os resultados serão obtidos a partir de coleta de informações de fontes secundárias, incluindo a revisão bibliográfica.

2 – RESPONSABILIDADE CIVIL

A conjuntura das relações jurídicas é constantemente modificada, assim, essas modificações podem trazer danos e violações ao próprio direito ou a direito de terceiros, gerando ao causador o dever de ressarcir tal dano ao mais próximo possível do cenário anterior. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, página 19):

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

De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011), responsabilidade, para o direito, consiste em um dever jurídico de assumir as consequências legais de um ato, as quais podem ser diversas, a depender dos interesses prejudicados.

Assim, mesmo o credor tem responsabilidade perante seus atos, ainda que os mesmos sejam praticados sob os mais diversos objetivos, não restando dúvida de que ao agir de boa - fé, o credor deve preservar e se possível, reduzir o dano sofrido na medida do possível.

A doutrina, em sua maior parte, entende que a responsabilidade civil está fundamentada atualmente na demonstração de conduta (culposa ou não), de acordo com a responsabilidade subjetiva ou objetiva, nexos causal e dano. Assim, a reparação civil tem três funções: Reparar ou compensar o dano a vítima; Punir o causador do dano e desmotivar a conduta prejudicial. (LONGHI, SILVA, página 03)

A responsabilidade civil pode ser de natureza contratual ou extracontratual, afinal, provém de uma norma jurídica, seja ela prevista no nosso sistema jurídico ou prevista em contrato, a qual obriga o causador do dano a o reparar. Entretanto, para os atos comuns ao cotidiano, não se faz necessário a reparação civil, visto que só é de fato necessário a reparação civil em relação a atos regulados em norma já existente, segundo Fábio Ulhoua Coelho (2010, página 265):

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

O Código Civil brasileiro de 2002 define em seu artigo art. 927 a responsabilidade civil como: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. No Código Civil Brasileiro, o ato ilícito é definido em seu artigo art. 186 como: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O artigo seguinte prescreve que: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Segundo Sérgio Cavaliere Filho (2004, página 24), a responsabilidade civil se traduz na recomposição de um dano jurídico proveniente de uma violação de um dever jurídico em sua origem:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada

síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Nesse mesmo sentido, versa Maria Helena Diniz (2007, página 35):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Segundo Cavalieri, o dano pode ser conceituado como:

Como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI, 2004, p. 89)

Além disso, o mesmo assevera que o dano é o principal elemento da responsabilidade civil, afinal gera o dever de ressarcimento. Ou seja, sem o dano não há o que se falar em ressarcimento. São necessários alguns requisitos para que haja a reparação do ano. São eles a subsistência do dano, a certeza do dano e a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 78.)

Assim, a agressão a bem jurídico tutelado (com dano concreto), apenas deixará de existir, e será extinta a responsabilidade civil com o efetivo ressarcimento. Carlos Alberto Bittar versa que o dano seja atual, certo, pessoal e direto, acolhendo-se também o dano derivado. (BITTAR, 1999, p. 10.)

De acordo com Orlando Gomes, o dano pode ser dividido em patrimonial e extrapatrimonial:

A rigor, não é possível falar em dano extrapatrimonial. Por definição, o dano é lesão no patrimônio de alguém, contra sua vontade. Mas no direito atual desenvolve-se forte tendência para admitir a existência do dano moral. Entendem muitos que, se o atentado ao direito personalíssimo de alguém não produz qualquer prejuízo de ordem patrimonial, mesmo assim aquele que o sofreu deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. As razões de equidade que a justificam levam a se admitir a inclusão do dano extrapatrimonial ao lado do dano patrimonial. Além, pois, do *damnum corpore corpori datum*, o dano moral. (GOMES, 2011, p. 75.)

É necessário observar o também o requisito do nexu causal, ou seja, a relação entre a ação e o resultado final, sendo necessário entretanto que o mesmo seja previsível. Maria Helena Diniz assevera dessa forma o nexu causal:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexu causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexu representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência. (DINIZ, 2007, p. 107-108.)

De toda forma, não é simples identificar o momento em que ocorre o nexu causal, sendo também complicado designar até onde o mesmo vai. Desta maneira, a doutrina se esforçou para facilitar o trabalho do aplicador da lei em casos de causas sucessivas. Assim, deve haver exame preliminar nas situações nas quais tal dificuldade aparece. (GOMES, 2011, p. 79.)

3 – DUTY TO MITIGATE THE LOSS

O Duty to mitigate the loss (dever de mitigar o próprio prejuízo) teve sua origem nos sistemas denominados “common law”, embasado nas atitudes positivas ou negativas do devedor. (LOPES, 2011) Os tribunais, do ponto de vista positivo, tomaram como exemplo de não integração da indenização o dano evitável ou evitado de fato pelo credor diante de algum esforço.

A parte prejudicada não pode assistir o crescimento do seu próprio prejuízo sem tomar qualquer atitude, e também, ao vislumbrar a possibilidade de reduzir tal dano, é certo de que a parte deve agir. (CORBIN, 2005)

Não resta dúvidas de que no panorama do common law a regra tem como objetivo evitar o desperdício de recursos econômico, afinal, em face da escassez, o esforço razoável do credor pode evitar a perda de recursos de grande valor social. (FARNSWORTH, 1999)

Segundo Christian Sahb Baptista Lopes: “o objetivo da doutrina da evitabilidade é promover a eficiência dos contratos e evitar que se desperdicem recursos econômicos que possam ser resguardados pela adoção de medidas de mitigação pelo credor”. (LOPES, 2011, p. 50.)

No direito Inglês e norte americano o principal fundamento para o duty to mitigate the loss é resguardar o interesse social, visto que, são cada vez mais presentes os valores sociais, de tal maneira

que as regras jurídicas, a doutrina e a jurisprudência não objetivam mais proteger apenas direitos e interesses subjetivos em seu espectro clássico. A reparação de danos compartilha da mesma ideia. O dever jurídico de reparar o dano tem como primeiro e maior objetivo proteger e gerar segurança para a sociedade, garantindo dessa maneira uma sociedade mais próspera para a comunidade. (McCORMICK, 1935)

Em razão desse panorama social, as regras referentes à responsabilidade civil tem como objetivo evitar a ampliação dos prejuízos, ainda que para que tal objetivo seja alcançado o credor seja compelido a realizar esforços consideráveis para evitar o dano. O “dever de mitigar o próprio prejuízo” passou por dificuldades em sua fundamentação, ainda assim, foi aceito nos países de common law, sendo estabelecido pela jurisprudência. Nos sistemas jurídicos de civil law, foram diversas suas fundamentações (LOPES, 2011).

Segundo Christian Sahb Baptista Lopes:

Suas origens não são muito claras, tendo sido gradualmente desenvolvida pelos Tribunais. Inicialmente, reconheceu-se o direito do credor, prejudicado pelo inadimplemento, de substituir o devedor por um terceiro a fim de receber prestação equivalente àquela devida, mantendo o direito de indenizar-se junto ao devedor inadimplente. A partir daí, devedores levaram aos tribunais o pedido de que se descontasse da indenização os danos que o credor, por meio de sua diligência, tivesse conseguido evitar. Os Tribunais firmaram, então, o aspecto positivo da mitigação, ou seja, o dano efetivamente reduzido pelo credor passou a não ser incluído na indenização devida pelo devedor. A faculdade gradativamente tornou-se uma limitação, com a consequência de não ser incluído na indenização o dano que poderia ter sido evitado se o credor tivesse agido diligentemente nesse sentido. Moldou-se assim o aspecto negativo da mitigação. A dedução dos prejuízos mitigáveis, que ficava à discricionariedade de cada Júri, foi erigida à norma, passando o Juiz a dar instruções específicas com relação apenas à apreciação dos fatos envolvidos na aplicação da limitação de evitabilidade. (LOPES, Christian Sahb Batista, 2011, p. 21-22)

É muito importante ressaltar que o “duty to mitigate the loss” não consiste em exatamente um dever. Caso fosse, geraria a possibilidade do inadimplente acionar o credor, o que não é possível. Assim aduz Vera Maria Jacob de Fradera:

O dever de mitigar o próprio dano, apesar dessa terminologia não se trata de dever propriamente dito, ou de alguma incumbência ou obrigação, se isso fosse à parte inadimplente poderia pleitear perdas e danos ao credor, consistem em verdadeira limitação ao ressarcimento daquilo que apenas é inevitável por esforços razoáveis.⁹⁰ (Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJP, 2005, p.162-163.)

Dessa forma, não existe um “dever” específico, mas sim uma limitação, já que ao não adotar as medidas necessárias para conter os danos e reduzir os prejuízos, o credor limita sua possível indenização ao dano inevitável (LOPES, 2011).

4 - APLICABILIDADE DA TEORIA DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO BRASIL

Os pilares do Código Civil de 2002 são a eticidade, socialidade e a operabilidade, pois formam o vértice valorativo da referida legislação civil brasileira (Miguel Reale. O projeto do novo código civil. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 7-12.)

O Código Civil de 2002 trouxeram a boa-fé e a ética uma atenção e importância muito maior que a entregue pelo Código Civil de 1916. A Boa – fé ganhou também como definição a cooperação entre negociantes, e não apenas a boa intenção. Se originaram novas regras do comportamento entre credor e devedor na relação jurídica, agora, como protagonistas do estudo civilista brasileiro. Falando do direito brasileiro, Caio Mario Da Silva Pereira aduz:

A maior crítica que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era a de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa-fé como cláusula geral, falha imperdoável diante da consagração do princípio nos Códigos a ele anteriores, como o francês (art. 1.134) e o alemão (§ 242) (PEREIRA, 2012, p. 17.)

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa:

Diz-se que o código de 2002 constitui um sistema aberto, predominando o exame do caso concreto na área contratual. Cuida-se, na verdade, da dialética contemporânea que abrange todas as ciências, principalmente as ciências sociais. Trilhando técnica moderna, esse estatuto erige cláusulas gerais para os contratos.(VENOSA, 2011, p. 386)

Sílvio de Salvo Venosa aduz a respeito do Art 422 do Código Civil de 2002, que versa sobre a boa-fé e a probidade nos contratos e em sua execução:

Como o dispositivo do art. 422 se reporta ao que se denomina boa-fé objetiva, é importante que se distinga da boa-fé subjetiva. Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado. (...) A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. .(VENOSA, 2011, p. 387)

Segundo o artigo 944 do código civil brasileiro, os danos indenizáveis correspondem apenas aos danos inevitáveis, e a respectiva indenização será medida de acordo com os danos sofridos, além de também incluir os ganhos auferidos pelo devedor em razão do inadimplemento. (LOPES, 2011, p. 192-193). O credor ao sofrer danos deve propor resolução de conflito ou ação apropriada, entretanto, o autor tem para si o ônus da prova, ou seja, necessita demonstrar o prejuízo sofrido decorrente de ação ou omissão sendo este o ato constitutivo de seu direito, como prevê o artigo 373, I do Código de Processo Civil de 2015.

E compete ao devedor demonstrar os danos que eram passíveis de serem evitados de forma razoável pelo credor ou autor, com o objetivo de abater do valor da indenização devida, nos termos do artigo 373 do CPC/15. (129, LOPES, 2011, p. 202.) É possível que a norma de mitigação seja aplicada de ofício pelo juiz, segundo Christian Sahb Lopes:

Todavia, é de se ressaltar que a norma de mitigação pode ser aplicada pelo Juiz de ofício. Se a constatação de que o credor poderia ter evitado os danos por esforços razoáveis puder ser feita apenas por recurso às regras da experiência (artigo 335 do Código de Processo Civil) ou por provas constantes dos autos, independentemente de quem as tenha produzido, poderá o Juiz limitar a indenização devida ao credor aos prejuízos considerados inevitáveis, mesmo que a mitigação não tenha sido arguida pelo réu-devedor. Isso é possível exatamente porque a norma de mitigação não cria para o devedor apenas uma exceção, cuja alegação seria de se exigir, mas interfere com a própria formação do direito subjetivo à indenização. 130 (Lopes, 2011, p. 103).

No CPC/15, podemos observar no art 375 a previsão do reconhecimento do juiz de ofício, na qual se aplica a situações em que o juiz aplica a norma de mitigação de acordo com sua experiência e com as provas observadas nos autos do processo, realizando a diferenciação dos danos evitáveis dos inevitáveis, delimitando de forma correta a indenização a ser paga pelo devedor. Para Sílvio de Salvo Venosa:

O que primordialmente a caracteriza é o emprego de expressões ou termos vagos, cujo conteúdo é dirigido ao juiz, para que este tenha um sentido norteador no trabalho de hermenêutica. Trata-se, portanto, de uma norma mais propriamente dita genérica, a apontar uma exegese. Não resta dúvida que se há um poder aparentemente discricionário do juiz ou árbitro, há um desafio maior permanente para os aplicadores do direito apontar novos caminhos que se façam necessários. (VENOSA, 2011, p. 387).

A jurisprudência aplica constante a norma de mitigação nas matérias contratuais, com vários casos concretos sendo fundamentados na exigência de boa – fé entre as partes e na não presença de abuso de direito.

As cláusulas gerais admitem diversas interpretações, incluindo além das situações concretas, situações abstratas e hipotéticas, pois são cláusulas amplas. Segundo Martins-Costa:

É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de Standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 274).

A definição “abuso de direito” é por si controversa, afinal, neste caso o abuso seria negar um direito, enquanto o direito protege de um possível abuso.

No direito romano estão contidos algumas definições parciais de exercício abusivo de direito. (10). Na idade média, entretanto, não há definição alguma de abuso de direito enquanto instituto próprio e sim a previsão de situações cotidianas realizadas com a intenção de prejudicar. (ANDRADE MARTINS, 2014).

Tem se como marco inicial da teoria do abuso de direito na jurisprudência francesa no século XIX, ao qual recebeu o nome do belga Laurent. Após a edição do código civil francês de 1804 surgiram os primeiros julgados nesse sentido. Como não havia uma teoria prévia do abuso de direito, o mesmo passou a ser desenvolvido pelo direito francês enquanto instituto autônomo, partindo da noção dos atos emulativos. A concepção subjetiva do abuso de direito surgiu neste meio, havendo a necessidade de o titular do direito estar agindo de maneira abusiva para prejudicar alguém. (ANDRADE MARTINS, 2014).

A mesma concepção subjetiva de abuso de direito foi utilizada pelo direito alemão. O artigo 226 da lei alemã, vedava o exercício de qualquer direito que tivesse como objetivo causar prejuízo a outra parte, entretanto, sua aplicação foi minoritária, afinal era exigível a intenção de prejudicar. Este desdobramento fez o direito alemão encontrar outras soluções para fundamentar a teoria do abuso de direito. A primeira, foi utilizar o 826 do Código Civil Alemão - BGB, o qual era utilizado para obrigar quem causasse danos dolosos a terceiro a reparar os danos. Ocorre que tal abordagem não foi bem sucedida, visto que causou restrição consideravelmente maior, pois a única saída a ser utilizada era reparar os danos, não sendo possível o prejudicado definir a melhor opção para a resolução do caso concreto. (ANDRADE MARTINS, 2014).

Diante disso, iniciou-se a utilização do abuso de direito combinado com a boa-fé, havendo como fundamento, no direito alemão, o 242 do BGB, que previa a obrigação do devedor de realizar a prestação de acordo com a boa-fé (13) (ANDRADE MARTINS, 2014).

Não há maneiras plausíveis de determinar com exatidão o momento em que houve a intenção de prejudicar o credor (14). Assim, não apenas no direito Alemão como em outras legislações a definição unicamente subjetiva do abuso de direito foi sendo abandonada. (ANDRADE MARTINS, 2014).

De acordo com Lopes:

Em casos limite, pode-se vislumbrar que o credor intencionalmente aumente os danos que ele 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 de direito, mesmo se o encara sob o ponto de vista subjetivo. Todavia, esses casos são excepcionais. Na maioria das hipóteses, o credor apenas não se preocupa em mitigar os danos porque sabe que esses têm como causa o inadimplemento do devedor 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 de direito, no seu aspecto subjetivo, para explicar a generalidade dos casos em que se exige a conduta de minimização dos prejuízos por parte do credor, não poderá ser adotada como fundamento da norma de mitigação (LOPES, 2011, p. 74).

Desta maneira, o direito alemão produziu as definições de confiança e lealdade, as quais somadas a boa-fé, criaram padrões de comportamentos definidos. (ANDRADE MARTINS, 2014).

O Código Civil Grego em seu artigo 281 delimitou melhor os elementos que definem o abuso de direito, buscando referências nos códigos civis suíço e alemão com relação a boa fé e os bons costumes. Das codificações francesa e italiana, no que tange a obrigações, foi aproveitado a finalidade social e econômica do direito. Do direito suíço, veio a vedação a ultrapassagem de limites impostos no exercício de um direito (15) (ANDRADE MARTINS, 2014).

Conclui – se que o exercício de um direito é abusivo quando ultrapassa s limites do fim social, dos bons costumes, do fim econômico e da boa fé. É essencial a o aparecimento de cada um deles para definir se o abuso de direito é fundamento para o duty to mitigate the loss. (ANDRADE MARTINS, 2014).

O abuso de direito não foi previsto de maneira clara no código civil brasileiro de 1916, assim, neste aspecto o novo código de 2002 trouxe um avanço considerável. No dever de mitigar o próprio prejuízo, o abuso de direito consiste mais especificamente em desrespeitar a obrigação de colaborar, ou seja, o credor que não atuar, quando possível, para reduzir o próprio prejuízo, está exercendo o direito de reparação de maneira abusiva. (ANDRADE MARTINS, 2014).

Entretanto, a doutrina aborda majoritariamente a responsabilidade contratual, na qual está a maior omissão do Código Civil: Não se especificou nada a respeito do abuso de direito, havendo apenas as

previsões do código de defesa do consumidor relacionadas as cláusulas abusivas (ANDRADE MARTINS, 2014).

De acordo com Azevedo (2014, p. 154):

A terceira função, corrigendi, a que me referi, consiste talvez na pior omissão do Projeto do Código Civil: é a questão das cláusulas abusivas. O nosso Código do Consumidor, que foi feito, como se sabe, depois do Projeto de Código Civil, está muito mais atualizado do que este. As cláusulas abusivas tem um vasto elenco no art. 51, inclusive com norma de fechamento. O próprio Ministério da Justiça publicou mais duas listas com 29 cláusulas, no mês de março de 1999; são cláusulas abusivas em matéria de planos de saúde, de cartão de crédito, de transporte aéreo etc.

Christian Sahb Lopes, tendo em vista a evidente omissão legislativa, propôs a alteração do código civil de 2002 para que seja incluso o dever de mitigar o prejuízo na esfera contratual:

Anteprojeto de Lei

Inclui no Código Civil brasileiro o ônus de mitigar.

Art. 1º. Ficam incluídos os seguintes parágrafos ao artigo 403 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro):

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

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

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

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

Assim se fazendo cada vez mais imprescindível a aplicação de referida teoria no Código Civil Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina do dever de mitigar o próprio prejuízo (Duty to mitigate the loss), fundada em doutrinas inglesas e americanas de common law se mostra cada vez mais presente, abrangente e necessária no direito brasileiro, visto que não resta dúvidas de que um credor não pode e não deve assistir seu prejuízo aumentar e permanecer inerte.

Os textos e resultados apresentados no presente trabalho evidenciam o avanço para aplicação do dever de mitigar o próprio prejuízo no Brasil, seja pela doutrina, que avança nesse sentido e pelo Código Civil de 2002, no qual houve a importante e necessária delimitação de boa-fé, ética e abuso de direito,

imprescindíveis para o duty to mitigate the loss. Entretanto, importantes institutos como o de cláusulas abusivas restam omissos no nosso atual código civil.

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas que o caminho para um avanço mais notável e incisivo, é como proposto por Christian Sahb Lopes, em face da omissão legislativa, a alteração do Código Civil de 2002 para a inclusão o dever de mitigar o prejuízo na esfera contratual. Além disso, é também necessário o Código Civil brasileiro tratar das cláusulas abusivas, visto que no ordenamento jurídico brasileiro apenas o Código de defesa do consumidor trata a respeito do assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Insuficiência, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos**. In: Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

CORBIN, Arthur Linton, PERILLO, Joseph M. **Corbin on contracts: damages**. v. 11. Newark: LexisNexis, 2005.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 4 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

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

FARNSWORTH, Edward Allan. **Contracts**. 3a ed. New York: Aspen Law, 1999.

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

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

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

LONGUI, João Victor Rozatti; SILVA, Letícia Rezende. **A função punitiva da responsabilidade civil: uma análise da indenização punitiva por dano social no brasil**. In: CONPEDI / UFSC; coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Rafael Peteffi da Silva, Otávio Rodrigues Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutorado), 2011.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Duty to mitigate the loss no Direito Civil Brasileiro**. São Paulo, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo**, 1999

McCORMICK, Charles Tilford. **Handbook on the law of damages**. St. Paul: West, 1935.

obrigacional / Judith Martins – Costa. – São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Vol. I. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 7-12

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

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Jornada de Direito Civil** / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJF, 2005, p.162-163

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.