

O DEVER DO CREDOR DE MINIMIZAR OU DE NÃO DEIXAR AUMENTAR O DANO

Pelos Drs. Mónica Martinez de Campos⁽¹⁾
Verónica Scriptorre Freire e Almeida⁽²⁾
Daniel Freire e Almeida⁽³⁾
Diogo Leite de Campos⁽⁴⁾

SUMÁRIO:

1. O objeto da análise: doutrina das consequências evitáveis. 2. O ponto de partida. 3. Liberdade para os outros (a felicidade somos Nós). 4. O fundamento legal. 5. A boa-fé como instrumento da dignidade da pessoa. 6. Autonomia da pessoa, liberdade contratual e boa-fé. 7. A obrigação de minimizar o dano. 8. Cálculo do dano. 9. Direito francês. Boafé e contrato. 10. Contra a boa-fé? 11. Alteração das circunstâncias. 12. O dever de minimizar o dano existe sobretudo em matéria de responsabilidade contratual. 13. O nexó de causalidade (imputação). 14. Casos. 15. Direito inglês. 16. Haverá razão para distinguir entre a redução e a não a gravação do dano? 17. Casos. Cont. 18. Direito Norte-Americano (EUA). 19. No Brasil. 20. Conclusão. **Referências.**

(1) Professora Associada da Universidade Portucalense e Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense.

(2) Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Mestrado em Direito, da Universidade Santa Cecília. Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(3) Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*- Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(4) Professor catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra e Professor catedrático da Universidade Autónoma de Lisboa.

1. O objeto da análise: doutrina das consequências evitáveis

O dever de não deixar aumentar o dano ou de o minimizar (doutrina das consequências evitáveis) leva em conta a necessidade de um comportamento ativo do credor lesado, obrigado a não se escudar numa estrita obrigação do devedor.

Trata-se de um dever não objeto de um direito do devedor, mas de um ónus. O credor, se quiser evitar perdas patrimoniais, deve cumprir tal dever.

Esta obrigação é associada muitas vezes à boa-fé⁽⁵⁾. Como se pode ler no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Setembro de 1999⁽⁶⁾:

I — O Direito comina deveres destinados a que, na realização da prestação, tudo se passe sem danos desnecessários para o credor ou sem sacrifício desmesurado para o devedor. São os deveres acessórios, baseados na boa fé.

II — Havendo, entre as partes, uma ligação obrigacional, gera-se uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos. Ora, a boa fé comina deveres de não o fazer.

Outras vezes, liga-se à relação de causalidade entre o facto e o dano. Esta relação levaria a que algumas omissões ou atuações do credor que, ao não diminuírem ou a aumentarem o seu dano, não possam ser imputadas ao devedor. Assim prevê o art. 570.º, n.º 1, do Código Civil português, sob a epígrafe culpa do lesado, que:

“Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser concedida, reduzida ou mesmo excluída”.

A este propósito, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁽⁷⁾ observam o seguinte:

“Para que o tribunal goze da faculdade conferida no n.º 1, é necessário que o acto do lesado tenha sido umas das causas do dano, consoante os mesmos princípios de causalidade aplicáveis ao agente (cf. art. 563.º)”.

⁽⁵⁾ Sobre esta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, (Reimpressão), Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 586, ss.).

⁽⁶⁾ Proc. n.º 99A641, Relator: Garcia Marques, in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d8b980256b5f003fa814/cbc04f4ec128fdae8025697d00458318>>.

⁽⁷⁾ *In Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.º ed. revista e actualizada, 1987, nota 2 p. 587.

Na mesma linha, ALMEIDA COSTA⁽⁸⁾ escreve:

“Importa, antes de tudo, que o facto do prejudicado possa efectivamente considerar-se causa do dano ou do seu aumento, em concorrência com o facto do responsável — isto é que se verifique um nexo de concausalidade. E mostra-se ainda necessário que haja culpa do prejudicado. Portanto, exige-se que o facto do prejudicado apresente as características que o tornariam responsável, caso o dano tivesse atingido terceiro”.

É certo que a questão da concorrência de culpas surge com mais frequência no domínio da responsabilidade extracontratual, mas considerando a inserção sistemática do art. 570.º do CC, aplica-se também à responsabilidade civil contratual⁽⁹⁾, valorizando a conduta do credor/lesado, ativa ou omissiva, que concorre para o agravamento dos danos provocados.

Quer através de um princípio, quer do outro, tal obrigação tem cabimento em Direito português. Embora este não contenha um instituto autónomo com esta designação.

A boa-fé ou a invocação do nexo de causalidade têm aplicação em Direito português. Mas as decisões dos tribunais mais próximas do nosso tema, não têm sido associadas ao dever do credor de mitigar ou não deixar aumentar o seu dano⁽¹⁰⁾. O que propomos é um valor jurídico autonomizado, mas tutelado pela boa-fé e pelo nexo de causalidade/imputação.

Vamos centrar a análise na boa-fé. Deixando para o fim o nexo de causalidade.

Depois de propormos um regime jurídico para os interesses em causa, enunciaremos o essencial de diversas ordens jurídicas de modo a permitir um melhor percurso em Portugal.

⁽⁸⁾ *In Direito das Obrigações*, Almedina, 11.ª ed., 2008, p. 783.

⁽⁹⁾ Cf. JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa (coordenação de José Brandão Proença), 2018, nota ao art. 570.º do CC, pp. 576-580.

⁽¹⁰⁾ Veja-se, por exemplo, o Ac. do STJ de 10/12/2009, Proc. 494/06.0TB AVR.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos, *in* <www.dgsi.pt> que considerou, a propósito de contratos de prestação de serviços, que não era “exigida ao credor/lesado uma conduta super diligente para evitar o agravamento dos danos, mas antes lhe deve ser imposto pela boa-fé que, no quadro circunstancial do incumprimento actue por forma a atenuar os danos resultantes dessa situação”, baseando-se a decisão tanto no princípio da boa-fé como no nexo causal (arts. 563.º e 570.º do CC).

2. O ponto de partida

O problema radica, algumas vezes longinquamente, no binómio liberdade /autonomia da vontade, determinantes no campo contratual e que parecem à primeira vista afastar qualquer controlo.

Tanto mais que se trata de direitos da personalidade (o segundo um sub-direito do primeiro) de muita importância no conjunto de valores que constituem a dignidade da pessoa⁽¹¹⁾ e que geram estes direitos. O Direito, em todos os seus ramos, é profundamente afetado pela caracterização deste binómio.

Não vamos naturalmente discorrer, por muito sumariamente que seja, sobre este tema, dado o intenso debate que existe, desde há milhares de anos, sobre estes conceitos.

Vamos enunciar, muito sumariamente, e a título prévio, as nossas ideias sobre estas noções.

A liberdade não é intrinsecamente ilimitada. Só o terá sido na eventual fase da “guerra civil” em que o ser humano era lobo do ser humano.

3. Liberdade para os outros (a felicidade somos Nós)⁽¹²⁾

A pessoa é animal social. Esta afirmação que vem de Aristóteles, tem sido entendida em dois sentidos. O primeiro, de que a pessoa é um animal, sublinhando e partindo da animalidade da pessoa. O segundo sentido é de que a pessoa vive com os outros.

Parece evidente para todos que os seres humanos vivem com os outros. E estão estreitamente dependentes dos outros em toda a sua vida, desde o seu nascimento até à sua morte. A pessoa vive em relação com os outros, em certo sentido “é” em relação para com os outros. Sem se esquecer a irredutibilidade da pessoa perante o outro. Mas a isto voltaremos mais tarde.

O que significa este viver para os outros? Têm-se perguntado inúmeras gerações.

⁽¹¹⁾ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “O conceito de dignidade da pessoa humana — um mapa de navegação para o jurista”, *Católica Law Review*, 2020, 4(2), pp. 139-172. doi: 10.34632/catolicallaw-review.2020.9323.

⁽¹²⁾ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Felicidade somos Nós/Pessoa, contrato e matrimónio*, 2019, Lisboa: Fundação Lusíada.

Nomeadamente, em épocas pessimistas como o século XVII inglês, houve filósofos que responderam que viver com os outros é andar em guerra com os outros, em o homem ser lobo do homem. Só se conseguindo terminar esta guerra com a entrega de todo o poder a alguém, a um soberano, que usa como entende da violência sobre os seus súbditos para manter a paz (Hobbes).

Contudo parece que esta ideia da guerra permanente ou do despotismo necessário está errada, sendo desmentida pelo comportamento normal dos seres humanos desde os inícios da sua história, marcado, se não sempre pelo altruísmo, pelo menos pela solidariedade de grupo.

Entendemos que viver com os outros é viver para os outros e pelos outros. É uma relação de amor, mais ou menos intenso, posto embora em crise quanto a certas pessoas e quanto a certos grupos.

O amor e cuidado da família são a primeira manifestação da natureza humana, indo alargar-se depois ao grupo e à cidade.

Está inscrito na tua natureza que ames a família, mas para isso é preciso cuidares de ti mesmo como indivíduo racional, ires ao fundo do que és e aos laços que estabelececes com os outros.

Voltemos à ideia atrás expressa: a felicidade somos nós. Nós só conseguimos viver e só conseguimos ser felizes em comunidade, comunidade que exige entreaajuda e altruísmo para sobreviver.

Vamos recorrer a algumas linhas de pensamento que expressam claramente a solicitação do cuidado dos outros. Mas seguido do cuidado de si mesmo sem o qual será difícil cuidar dos outros.

Começemos pelos filósofos gregos, e dentre estes pelos estoicos. Estes propuseram duas ideias centrais, o cuidado de si mesmo e o conhece-te a ti mesmo. Em conjunto as duas expressões significariam: cuida de ti mesmo para o que tens precisão de saber.

O conhece-te a ti mesmo, associado ao cuida de ti mesmo, implica o teu conhecimento e transformação: tens de te ocupar de ti mesmo, de ter cuidado contigo mesmo e de te transformares no bom sentido. Deves subalternizar a tua fortuna, as tuas vantagens civis e políticas, para poder ocupar-te dos outros. O cuidar de ti mesmo é pressuposto de estar em condição para me ocupar dos outros. Ao longo de toda a nossa vida, noite e dia, devemos ocupar-nos com a nossa própria alma para ajudar os outros.

O cristianismo veio reedificar radicalmente a ideia de cuidado enquanto transformação. Sabendo que Deus tem cuidado de ti, tem o mesmo cuidado com os outros, amando-os como a ti próprio. Tens de te modificar, purificar e de algum modo transformar para poderes influenciar, no sentido positivo, os outros.

O ocupares-te de ti mesmo não é egoísmo, tem um sentido positivo. A recusa do egoísmo e imposição do cuidado com os outros são coexistentes e pressupõem um cuidado consigo próprio. Cada um tem de se preparar a si mesmo. Transformando-se e renascendo para ser capaz de ajudar os outros a transformar-se e a renascer.

O cuidado consigo próprio é o cuidado com o pobre que todos nós temos dentro de nós, do necessitado, para o eu, uma vez renascido, se projetar sobre os outros.

A renúncia a si mesmo significa a disponibilidade de cada um se ocupar dos outros e essa disponibilidade só é possível através de uma profunda transformação de si mesmo e do respeito e cuidado de si.

Bastas-te a ti próprio, mas sempre com a ideia de que a salvação de ti está intimamente ligada à salvação dos outros. E que a salvação dos outros depende de ti.

Na transformação cristã encontra-se uma renúncia a si mesmo através da subjetivação de um discurso verdadeiro. A vida como perpétua prova é contemporânea de uma educação destinada a sustentar esta prova.

Os cristãos referem-se à ideia, tanto vetero-testamentária como dos Evangelhos, de que o Pai é Amor e amor semelhante ao de uma mãe. Pai que só te sobrecarrega com provas na medida das possibilidades de cada um.

A liberdade e autonomia de cada um são para os outros. É um pouco a afirmação de Santo Agostinho de que ama e faz o que quiseres.

Para Engels a liberdade do ser humano é uma propriedade da vontade que se conforma às leis da natureza.

A nossa sociedade europeia viveu, e ainda vive em parte, num face a face amoroso com os outros. Há que lembrar que o dever/direito de caridade se revelou constantemente desde a partilha dos bens dos primeiros cristãos, até hoje, passando pela criação de escolas, albergues e enfermarias, etc.

O teu fim é o bem dos outros.

A exigência da liberdade de cada um — liberdade natural e legítima — tem sido confundida com um direito do eu sem os outros, contra os outros ou do eu contra eu-mesmo.

Não está em causa a liberdade, inerente à natureza humana, reconhecida no seu relacionamento social. A pessoa nasceu e vive num ambiente de liberdade, anterior a ela e interior a si-mesma, sem o qual é negada .

A liberdade é uma propriedade da vontade de se conformar ao bem dos outros.

Sem voltar à relação Nós, ou, mesmo, eu-tu, em que a pessoa social associa intimamente a liberdade e o amor.

Lembremos que Kant, para além de uma margem de individualismo, afirma também a noção de respeito, uma referência intrínseca da pessoa para com outro. Esta referência é intrínseca à moralidade.

Sto. Agostinho entende que Deus fez a criatura racional para que ela possa conhecer o soberano bem, para que O conhecendo, O ame, que amando-O, O possua e que esta posse o beatifique.

Esta beatificação levará necessariamente ao amor dos outros. A pessoa beatificada/ renascida ocupa-se dos outros.

Para Rousseau, as relações com o outro são vistas de uma forma essencialmente negativa: há que evitar a tirania. Quando muito haverá um respeito sem cuidado.

Já Hegel demonstra na Fenomenologia do Espírito, onde leva a liberdade, desvinculada de um projeto, que só se procura a si mesma, sendo o seu próprio fim, o fim de si-mesma enquanto pura vontade.

É só no estado de natureza de Hobbes que a liberdade é infinita, por ser contra os outros. O seu único limite é a razão subjetiva do indivíduo.

Só aqui a liberdade é a da vontade do indivíduo, na propriedade que ela tem de ser ela mesma a própria lei. Lei que só serve para um caso que não tem de ser justificado, por a vontade ser variável indeterminadamente.

Liberdade, portanto, que outorga liberdades sobre os outros e direitos sobre si próprio. Desrespeito por qualquer vínculo e por qualquer direito próprio ou alheio, por a vontade ter o seu próprio valor que é ela mesma.

Passemos a uma liberdade demonstrada por uma Pessoa que deve servir de exemplo.

Jesus, verdadeiro Deus e verdadeiro homem, caracteriza-se pela liberdade, “*eleutheria*”, pela liberdade de expressão, “*parrusia*”, e pela livre auto-entrega na cruz.

“*Eleutheros*” designa aquele que pode ir onde quiser, que é independente dos outros. Mas Jesus não usa a liberdade para sentir-se livre dos seres humanos; antes, para ser livre para os seres humanos, para se entregar a estes por amor. A verdadeira liberdade está em se ser livre de si mesmo⁽¹³⁾. A liberdade é amor.

Passemos à “*exousia*”, à liberdade enquanto faculdade de agir segundo a minha vontade. Mas há que evitar aquilo que tem poder sobre mim (1 Cor.,6, 12-20, e 10, 23 e segs.).

A verdadeira liberdade consiste em renunciar à “liberdade” (egoísmo), renunciando a favor dos outros, em benefício do que edifica os outros e a

(13) ANSELMO GRUN, *Caminhos para a liberdade*, Petrópolis, Vozes, 2005, p. 28.

comunidade. De acordo com a filosofia estoica, a pessoa livre é aquela que obedece à razão do mundo; para os cristãos, como para Sêneca, obedecer a Deus é a liberdade⁽¹⁴⁾.

Tanto Sócrates como Platão se referiram à autarcia, à auto-suficiência do ser humano como liberdade interior daquele que encontra paz em si mesmo, na sua virtude. Na relação com os outros.

Epicteto, que tanto influenciou a base filosófica de diversos autores cristãos, estabelece na relação pessoal com Deus o fundamento da verdadeira liberdade⁽¹⁵⁾:

“levanta a tua cabeça como uma pessoa que está liberta da escravidão; ousa erguer o teu olhar para Deus e dizer-Lhe: doravante, procede comigo como quiseres; os meus pensamentos pertencem-Te; eu pertença-Te: Nada rejeito do que Te parecer bem; conduz-me para onde quiseres”.

Referimos o que parece evidente: a pessoa vive pelos outros e para os outros. Não há ato seu que não afete os outros. Assim, a sua liberdade é com os outros e para os outros. Caso contrário, está a recusar a sua humanidade, a sua personalidade, a sua dignidade.

As pessoas mais livres, como Buda, Sócrates e Cristo, foram os que mais viveram para os outros.

É a liberdade para os outros, assente no cuidado de si, no renascimento da pessoa (para os outros) que permite compreender que a pessoa, apesar da sua intangibilidade, se possa dedicar — mesmo conceder a sua vida — ao bem do outro.

4. O fundamento legal

O fundamento do presente instituto, como aliás de todo o Direito, está no art. 1.º da Constituição da República portuguesa ao reconhecer a dignidade da pessoa como fundamento do Estado e, portanto, do Direito⁽¹⁶⁾.

Mas convirá indicar tutela mais próxima.

⁽¹⁴⁾ FRANZ MESSNER, *Der Jakobus Brief*, Freiburg, 1964, p. 108.

⁽¹⁵⁾ *Reallexikon für Antike und Christentum*, V, Epiktet, Stuttgart, 1962, p. 599, ss.

⁽¹⁶⁾ Segundo VIEIRA DE ANDRADE, o princípio da dignidade da pessoa humana “há-de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autónomo (livre)” (ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Almedina, 2004, p. 98).

O legislador também tem sido movido pela boa-fé, pela consideração dos interesses de ambos os sujeitos, pela necessidade de cooperação entre eles.

Ora, tanto na formação como no cumprimento dos contratos, devem as partes conformar-se com o princípio da boa-fé (arts. 227.º, n.º 1, e 762.º, n.º 2, do CC), adotando, nesse âmbito, um “comportamento honesto, correcto, leal”⁽¹⁷⁾, não defraudando a confiança gerada na contraparte e, em geral, o interesse contratual de ambas as partes.

Como escreve CARLOS MOTA PINTO:

“A consagração da boa-fé corresponde, pois, à superação de uma perspectiva positivista do direito, pela abertura a princípios e valores extra-legais e pela dimensão concreto-social e material do jurídico que perfilha. Significa o que acabamos de dizer que o princípio da boa-fé se ajusta a — e contribui para — uma visão do direito em conformidade com a que subjaz ao Estado de Direito Social dos nossos dias, intervencionista e preocupado por corrigir desequilíbrios e injustiças, para lá das meras justificações formais”⁽¹⁸⁾.

O vínculo obrigacional que se estabelece entre devedor e credor não gera apenas um dever de prestar e uma pretensão creditícia, engloba uma “ordem normativa”⁽¹⁹⁾, um “sistema de vínculos emergentes do contrato”⁽²⁰⁾. É justamente neste campo que surgem os deveres acessórios de conduta⁽²¹⁾, intimamente ligados com o contrato e o seu fim, e que implicam uma cooperação entre as partes⁽²²⁾ pautada pelo princípio da boa-fé.

⁽¹⁷⁾ COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito*, Almedina, 1983, p. 55.

⁽¹⁸⁾ *In Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p. 124.

⁽¹⁹⁾ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007, p. 443.

⁽²⁰⁾ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 186.

⁽²¹⁾ “IV. Os deveres acessórios emergem do princípio da boa fé e não têm por objecto uma prestação, sendo usualmente agrupados em deveres de informação ou esclarecimento, em deveres de lealdade e em deveres de protecção ou segurança. A sua violação apenas pode originar uma pretensão indemnizatória.” (Ac. do STJ, de 13/10/2016, Proc. 967/14.ITBACB.C1.S1, Relator: Maria da Graça Trigo, *in* <www.dgsi.pt>). *Vd.* também, GIL VALENTE MAIA, “Boa fé e responsabilidade civil decorrente da violação de deveres acessórios de conduta: o critério do «perímetro contratual» na delimitação do regime de responsabilidade aplicável”, *in* *Julgat*, 2020, disponível em <<https://julgar.pt/boa-fe-e-responsabilidade-civil-decorrente-da-violacao-de-deveres-acessorios-de-conduta-o-criterio-do-perimetro-contratual-na-delimitacao-do-regime-de-responsabilidade-aplicavel/>>.

⁽²²⁾ “Esta noção de cooperação é transponível, um pouco mais esbatida, para a sociedade em geral. Creio ser de afastar, como princípio, o poder do Estado como (único ou principal) instrumento de organização social e de cumprimento dos deveres. Não se pode desprezar a função dos deveres sociais, da ética individual, dos imperativos religiosos. É a estes que é devido o funcionamento não conflituante da sociedade.” DIOGO LEITE DE CAMPOS, “O credor e o contrato (Dívida e Responsabilidade)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76, 2016, Lisboa, p. 39.

Este entendimento vai sendo adotado por alguma jurisprudência. Veja-se, a título de exemplo, o que foi referido:

— no Acórdão do STJ, de 28/09/1999⁽²³⁾:

“I — O Direito comina deveres destinados a que, na realização da prestação, tudo se passe sem danos desnecessários para o credor ou sem sacrifício desmesurado para o devedor. São os deveres acessórios, baseados na boa fé”.

“II — Havendo, entre as partes, uma ligação obrigacional, gera-se uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos. Ora, a boa fé comina deveres de não o fazer”.

— no Acórdão do STJ, a 11/09/2012⁽²⁴⁾:

“Ante a falta de cooperação de uma ou de ambas as partes, em relações jurídico-negociais que postulam tal dever, não pode a outra que também não cooperou, quando devia cooperar, colher vantagem desse cumprimento defeituoso, que seria imoral e eticamente censurável, porque a sua inacção, ou falta de cooperação, contribuiu para a frustração do objectivo negocial, o que contraria o agir de boa-fé na perspectiva de actuação honesta e que contemple o interesse da contraparte”.

E acrescenta no sumário que

“Os factos reveladores de conculpabilidade devem ser graves, no sentido de justificarem um juízo de censura, não bastando qualquer omissão ou negligência que se deva ter por aceitável, de acordo com um padrão negocial justo”.

— e no Acórdão do STJ, de 29/05/2014⁽²⁵⁾:

“Os deveres acessórios ou laterais, inseridos numa relação contratual complexa que se não esgota na realização das prestações principais convencionadas pelas partes — e cuja funcionalidade transcende o plano da estrita autonomia da vontade — fundam-se numa interpretação objectivada e em boa medida imperativa do padrão ou critério normativo da boa fé, consagrado no n.º 2 do art. 762.º do CC, abrangendo, nomeadamente, em situações materialmente justificadas, o específico dever de cada contraente respeitar a integridade pessoal e patrimonial do outro contraente, abstendo-se de comportamentos que possam lesar tais direitos absolutos”.

No direito anglo saxónico a minimização dos danos está consagrada na lei mercantil.

Está estabelecida também nos arts. 88 da Convenção de Haia de 1964 que se refere à venda Internacional de objetos móveis corporais;

⁽²³⁾ Proc. 99A641, Relator: Garcia Marques, *in* <www.dgsi.pt>.

⁽²⁴⁾ Proc. 3026/05.4TBSTS.P1.S, Relator: Fonseca Ramos, *in* <www.dgsi.pt>.

⁽²⁵⁾ Proc. 600/11.3TVLSB.L1.S1, Relator: Lopes do Rego, *in* <www.dgsi.pt>.

art. 77.º da Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias⁽²⁶⁾ e o art. 80.º que obriga cada uma das partes a atuar em nome da outra; 7.4.8 dos princípios Unidroit; No 9.505 dos princípios europeus de direito dos contratos e nas alíneas 1 e 2 do artigo 167 da proposta de um código europeu dos contratos da academia dos privatistas europeus.

A obrigação de minimizar/não aumentar o dano está consagrada na arbitragem Internacional e no direito alemão (art. 254, 2 do BGB), holandês, do Québec (art. 1479 do CC), italiano (art. 1227 do CC) e suíço (arts. 44 e 49 do Código das obrigações).

É consagrada nos Direitos norte-americano, inglês, brasileiro, francês, entre outros.

Parece-nos que esta afirmação jurídica está bem delimitada no seguinte texto:

“A parte que entende haver um dano resultante de um ato ilícito, um não cumprimento (por ex.), deve tomar as medidas razoáveis perante as circunstâncias, para mitigar a perda, incluindo perda de lucro resultante do incumprimento. Se não tomar essas medidas, a parte em incumprimento pode pedir uma redução dos danos no montante do que devia ter sido mitigado”

— baseada no art. 77 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, celebrada em Viena em 1980⁽²⁷⁾.

5. A boa-fé como instrumento da dignidade da pessoa

O outro existe e deve ser respeitado por cada um de nós. Mais precisamente: faz parte do eu e do nós.

O outro não é um simples limite à nossa possibilidade. Está no conteúdo dela. Sendo a pessoa naturalmente em relação, toda a sua vida, e o outro, estão intimamente ligados. O outro não é algo com que se depara só algumas vezes e se negocia um tratado de limites. O outro está gravado,

⁽²⁶⁾ Diário da República I, n.º 153, de 07/08/2020, <<https://files.dre.pt/1s/2020/08/15300/0000700048.pdf>>.

⁽²⁷⁾ In <<https://files.dre.pt/1s/2020/08/15300/0000700048.pdf>>. *Vd.*, também, MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, *Compra e venda internacional de mercadorias: a CISG: primeiros comentários*, Almedina, 2021.

mais ou menos profundamente, no eu, é outro eu que tem de ser levado em conta e tratado como o eu mesmo.

O outro, os seus interesses, a sua maneira de ser, são determinantes do conteúdo da nossa liberdade.

A pessoa do outro não me é estranha ou indiferente: faz parte da maioria dos meus atos que são dirigidos a outro e em atenção do outro.

A liberdade não é contra o outro, é com outro e para o outro. É uma liberdade com o outro e assim uma liberdade para o outro. A minha liberdade é pessoal, mas multi-afetiva.

6. Autonomia da pessoa, liberdade contratual e boa-fé

Do que dissemos, transita-se facilmente para a autonomia da pessoa ou a liberdade contratual, sem as pôr em causa, antes dando-lhes o seu verdadeiro sentido.

Esta significa que somos livres de gerir os nossos interesses como entendemos. Mas como o outro está quase sempre presente, temos de o gerir levando em conta o interesse do outro, para o outro. E nunca contra o outro.

Aqui se situa a liberdade contratual como legitimidade para gerirmos as nossas posições contratuais em liberdade, mas para outro contratante, levando em conta também o seu interesse.

Os valores que temos enunciado têm introduzido, nos últimos decénios, alterações na forma de entender o relacionamento jurídico, este sabidamente entre pessoas dignas. Alterando, sobretudo através da boa-fé, o comportamento das partes na formação e execução dos negócios jurídicos e, mais em geral, de qualquer relação jurídica.

Exigindo uma elevada cooperação entre os sujeitos de direito que se tem feito notar sobretudo no direito contratual.

A liberdade em geral, e em particular a liberdade contratual, é essencial à realização da dignidade humana e a ela está subordinada. A dignidade começa, e encontra o seu fundamento, no reconhecimento do outro.

A dignidade não é fundamentalmente a dignidade do indivíduo, do devedor ou do credor numa relação obrigacional, não está exclusivamente baseada na autonomia do sujeito. A dignidade da pessoa é na verdade a dignidade do ser humano ou da família humana, presente e futura. É um conceito objetivo que limita (não exclui) a autonomia formal do eu para a

e levar a uma autonomia do eu com o outro. É esta a dignidade que transmite o “sentido último de um direito justo”⁽²⁸⁾.

Deste modo, a cláusula geral de boa-fé, prevista no número 2 do art. 762.º do Código Civil, nos termos do qual os contraentes devem pautar a sua conduta com honestidade e respeito pelo outro, conduz à ideia de que o contrato, enquanto instrumento de cooperação entre pessoas, tem uma finalidade que vai para além dos interesses individuais de cada um.

A dignidade da pessoa humana é um princípio organizador das liberdades e não a garantia exclusiva da liberdade individual.

Para DEMOGUE⁽²⁹⁾, a oposição entre o interesse do credor e o interesse do devedor tende a ser substituída por uma certa união, uma certa cooperação, que implica, nomeadamente, a obrigação de minimizar os danos ou prejuízos⁽³⁰⁾, por força do princípio da boa-fé. Lealdade, solidariedade e fraternidade seria o novo lema contratual⁽³¹⁾. Trata-se de uma preocupação com o outro e com os seus interesses, de uma conjugação de esforços ao serviço do contrato⁽³²⁾.

7. A obrigação de minimizar o dano

A obrigação de minimizar o dano ou não o deixar aumentar, define-se como a obrigação, para o credor, de tomar todas as medidas necessárias para limitar o dano resultante da inexecução do contrato ou do ato ilícito em geral.

O não cumprimento desta obrigação pode levar a uma redução das perdas e danos se estes pudessem ter sido evitados.

Esta obrigação refere-se tanto a responsabilidades contratuais como extracontratuais.

(28) MANUEL CARNEIRO DA FRADA “O conceito de dignidade da pessoa humana — um mapa de navegação para o jurista”, *Católica Law Review*, 4(2), 2020, p. 147.

(29) R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, éd. Rousseau, 1931, n.º 3.

(30) A. TUNC, “Les récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation”, in R.I.D.C., p. 29; Y. DERAÏNS, “L’obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale”, R.D.A.I. 1987, p. 375, ss.

(31) D. MAZEAUD, “Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?”, in *L’avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, PUF, 1999, p. 603.

(32) *Vd.* Ph. RÉMY, “Droit des contrats: questions, positions, propositions”, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987; N. et A. J. ARNAUD, “Une doctrine de l’état tranquillisante: le solidarisme juridique”, APD, 1976, p. 150.

O que pretende evitar-se é que o credor, seguro dos seus direitos, e por omissão, deixe aumentar o seu dano e eventualmente o não combata, deixando-o aumentar em prejuízo de devedor.

8. Cálculo do dano

O princípio da reparação integral do dano não leva à rejeição do dever de minimizar o dano. Esta existe já depois do dano ser avaliado.

Por outro lado, deve entender-se que há um dever geral de diligência de que a vítima não pode ser excluída.

O dano verificou-se e mediu-se. O autor é o responsável.

O nosso estudo começa aqui. Com efeito, o comportamento da vítima analisa-se só depois de fixado o dano.

Como bem refere VAZ SERRA⁽³³⁾, “As cautelas exigíveis ao lesado para afastar ou diminuir o dano dependem das circunstâncias de cada caso. E, fundando-se na boa fé ou na correcção (correteza), tem, naturalmente, os limites derivados desta sua fonte; portanto, o lesado só é **obrigado a adoptar as medidas idóneas a impedir o agravamento do dano** quando tal lhe seja imposto pela boa fé, isto é, quando esta, dadas as circunstâncias do caso concreto, o obrigue a tomar essas medidas”. (sublinhado nosso)

Caso uma das partes, por ação ou omissão, contribua para o agravamento do dano, o regime do art. 570.º, n.º 1, do Código Civil poderia ser aplicável; e isto tanto no âmbito da responsabilidade contratual⁽³⁴⁾ como na responsabilidade extracontratual.

Estatui o art. 570.º, n.º 1, do Código Civil que

“Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”.

E, neste sentido, num Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 2009⁽³⁵⁾, que versava sobre a indemnização por incumprimento de um contrato, pode-se ler no sumário, que transcrevemos parcialmente dado o seu interesse, que:

⁽³³⁾ RLJ 105.º, p. 169.

⁽³⁴⁾ VAZ SERRA, RLJ 110.º, p. 186.

⁽³⁵⁾ Proc. 494/06.0TBAVR.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos, *in* <www.dgsi.pt>.

“Ante o incumprimento do devedor, o credor não pode farisaicamente alhear-se dos resultados dessa conduta para daí colher vantagem que seria imoral ou injusta e sempre eticamente censurável, pois poderia com a sua inacção contribuir, impune-mente, para o agravamento dos danos e assim onerar a sanção para o incumprimento”.

“(…) importará a evidência de uma conduta culposa do lesado violadora das regras da boa-fé e que essa conduta — omissiva ou negligente — seja causa adequada do dano ou do seu agravamento”.

“(…) não deve ser exigida ao credor/lesado uma conduta super diligente para evitar o agravamento dos danos, mas antes lhe deve ser imposto pela boa-fé que, no quadro circunstancial do incumprimento actue por forma a atenuar os danos resultantes dessa situação, sobretudo, se for previsível que, apesar dos esforços do devedor para obviar à propagação ou perduração dos danos, a sua actuação pela natureza da prestação que lhe cumpra, possa não surtir efeito pronto”.

9. Direito francês. Boa-fé e contrato

Passamos a analisar os tipos de situações e o respetivo tratamento jurídico.

A maioria da doutrina francesa invoca o princípio da exigência da boa-fé do credor ou autor do dano para proteger a vítima.

Refira-se, desde já, que a boa-fé não pode pôr em causa a substância dos direitos e obrigações do contrato. No sentido de que não pode alterá-los: o contrato é das partes. No caso de parecerem necessárias alterações, as partes pronunciar-se-ão nos quadros da redução do contrato, aditamento ao contrato, etc.

10. Contra a boa-fé?

Autores há que põem em causa o próprio princípio da boa-fé. Vamos fornecer algumas notas sobre a controvérsia.

A boa-fé, cuidar do interesse da contraparte, releva de solidariedade, altruísmo, entre ajuda, fraternidade, mas também empatia. Alguns entendem que estes valores não se podem situar no direito contratual por irem contra a própria essência do contrato.

É certo que o contrato é um instrumento jurídico económico, largamente independente das partes, que visa assegurar uma troca de riquezas e

serviços entre as pessoas, sendo nesta medida um instrumento fundamental da economia contemporânea.

Mas nesta ordem de ideias alguns autores entendem que a realidade económica, pura e dura, a satisfação dos interesses de cada um, ou seja, a realidade económica vai contra a característica altruísta das soluções entre as pessoas⁽³⁶⁾.

O ser humano será um ser egoísta que coloca o seu interesse antes do outro. Contudo não se pode esquecer que o ser humano é um ser social e que esta relação é fundamental ao contrato⁽³⁷⁾. O contrato não pode ser predação, mas harmonia de interesses.

O contrato não é um campo onde se chocam e se opõem duas ideias, duas vontades, dois interesses livres e iguais, predatórios, mas tem de ser um lugar de cooperação entre as partes. Só assim se promove o crescimento económico e o bem-estar social, a justiça.

A vontade contratual, e temos de ser realistas, não é só expressão do interesse de cada uma das partes. Este interesse exige composição, justiça.

A ideia do equilíbrio dos interesses no contrato já vem da baixa idade média e tem sofrido sorte diversa, estando hoje a ser recuperado sobretudo através da boafé.

11. Alteração das circunstâncias

Na muito grande instabilidade económica e social em que se vive, sucede, sobretudo quanto aos contratos duradouros, haver necessidade de rever o contrato em virtude da alteração das circunstâncias em vista das quais foi celebrado.

Esta imprevisão ou alteração das circunstâncias exige a revisão do contrato desde o momento em que as circunstâncias exteriores à sua conclusão e posteriores a esta afetem o seu equilíbrio de maneira que a sua execução se torna excessivamente pesada para uma das partes.

Em Portugal está sujeita a normas próprias (art. 437.º, n.º 1, do CC)⁽³⁸⁾, não se confundindo com o nosso conceito. O que não impede que possam andar associados.

⁽³⁶⁾ MAX WEBER, *Économie et société*, Tome 1, Paris, Plon, 1971, p. 634.

⁽³⁷⁾ Y. LEQUETTE, “Bilan des solidarismes contractuels”, in *Mélanges Paul Didier*, Economica, 2008, p. 254, ss.; M. GHESTIN, “La notion de contrat”, *Revue Droits* 1990, n.º 12, p. 7, ss.

⁽³⁸⁾ HENRIQUE ANTUNES, “A alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos”,

Embora o direito francês se tenha calado perante a alteração das circunstâncias, isto até 2016, e a jurisprudência francesa do direito civil se tenha recusado a aplicar a teoria da imprevisão, o direito português consagra a necessidade de se prover à alteração das circunstâncias de modo autónomo.

Com o art. 1195.º do Código Civil francês, introduzido em 2016, ficou enterrada a jurisprudência que recusava a teoria da imprevisão, com o emblemático acórdão Canal de Craponne (6 de março de 1876). Atualmente, prever a possibilidade de revisão ou de adaptação de um contrato não é pôr em causa a sua força vinculativa, mas sim, na maior parte das vezes, reforçá-la, para que o contrato não se desfaça ao primeiro obstáculo.

Contudo, o referido art. 1195.º do Código Civil francês não é de ordem pública. É possível excluir a sua aplicação ou prever uma cláusula de revisão à medida. Não impede as cláusulas de indexação, mas não se aplica às obrigações decorrentes de transações de títulos e contratos financeiros (art. 211-1 Code monétaire et financier).

Esta possibilidade de alteração do contrato está em consonância com outros princípios orientadores da reforma de 2016: boa-fé reforçada (art. 1104.º do Código Civil), proteção da parte mais fraca em caso de “desequilíbrio significativo” num contrato de adesão (art. 1171.º do Código Civil), ou “contrapartida ilusória ou irrisória” (art. 1169.º do Código Civil).

12. O dever de minimizar o dano existe sobretudo em matéria de responsabilidade contratual

Na história do direito francês encontramos DOMAT para o qual para avaliar a responsabilidade do autor do dano é preciso tomar em conta a possibilidade para o credor de diminuir a sua perda⁽³⁹⁾.

Cadernos de Direito Privado, n.º 47 Julho/Setembro 2014, p. 13; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”, Revista da Ordem dos Advogados, 2005, Ano 65, Vol. III; MENEZES CORDEIRO, “Da alteração das Circunstâncias — A concretização do art. 437.º do Código Civil à luz da Jurisprudência posterior a 1974”, Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1987, pp. 71-75.

⁽³⁹⁾ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Rollin et Fils, 1745, Livre III, Titre V, Section III, § 162.

Por seu lado, DEMOGUE afirmou a existência de uma obrigação de minimizar o dano em matéria contratual, em virtude do dever de colaboração entre as partes⁽⁴⁰⁾.

Na lei está previsto no art. L. 172-23 do código dos seguros que manda que o segurado contribua para a recuperação dos objetos segurados e tome todas as medidas conservatórias dos seus direitos contra terceiros responsáveis.

Em França encontram-se aqui pontos de vista opostos.

Um deles é o de que a vítima tem direito à reparação integral do seu dano o que leva a excluir a obrigação de minimizar o seu dano ou o dever de não o agravar.

O outro é a exigência de uma colaboração do lesado para diminuir, não agravar, o seu dano.

Este ponto de vista é apoiado em França⁽⁴¹⁾ por alguma doutrina⁽⁴²⁾ e jurisprudência⁽⁴³⁾ e é o que merece todo o nosso apoio em Portugal.

13. O nexó de causalidade (imputação)

Já se afirmou que a análise do nexó de causalidade entre o facto e o dano seria suficiente para fundar mesmo esta solução. Neste sentido deporia o art. 1151 do código civil francês ao determinar que as perdas e danos só devem compreender o que é uma consequência imediata e direta da inexecução do contrato.

⁽⁴⁰⁾ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, éd. Rousseau, 1931, n.º 3.

⁽⁴¹⁾ E foi objeto de um projeto de lei de 13 de março de 2017, e de uma proposta de lei de 29 de julho de 2020, que continuam em discussão. *Vd.* A. NIVERT, “Nouvelle étape dans l’avancée de la réforme du droit de la responsabilité civile — Jeu des sept différences entre le projet de loi du 13 mars 2017 et la proposition de loi du 29 juillet 2020”, *Doctrin’Actu* août 2020, art. 136. O art. 1263.º dos projetos de reforma da lei sobre a responsabilidade civil prevê que “salvo em caso de danos corporais, a indemnização é reduzida quando o lesado não tiver tomado medidas seguras e razoáveis, nomeadamente em função da sua capacidade contributiva, para evitar o agravamento do dano”. Esta norma é semelhante ao art. 53 do *projetó Terré*, “Pour une réforme du droit de la responsabilité civile” (TERRÉ F., *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, 2011, Dalloz).

⁽⁴²⁾ ADIDA-CANAC H., «Mitigation of damage : une porte entrouverte?», *D.* 2012, p. 141.

⁽⁴³⁾ Arrêt du 24 novembre 2011, n.º 10-25635 rendu par la 2ème Chambre de la Cour de Cassation: “La victime qui subit un préjudice matériel doit prendre des mesures pour minimiser le dommage”. *Contra*, *Civ.* 2e, 29 juin 2003, (1) RJDA 2004, n.º 496, *D.* 2004, somm. p. 1346, obs. D. MAZEAUD, *JCP* 2003. II. 10170, note CASTETS-RENARD, *Rép. not.* 2003. 1574, obs. AUBERT, *RTD civ.* 2003. 716, obs. P. JOURDAIN.

SAVATIER entendia como exceção à regra da avaliação do dado no dia do julgamento, as situações em que o prejuízo aumenta por culpa da vítima. Como, por exemplo, quando a vítima recusa uma indemnização adequada que lhe tinha sido proposta e apresenta inutilmente uma ação em perdas e danos, no decurso da qual se agravam os danos. No direito interno esta obrigação decorreria da boafé contratual.

Num ponto de vista mais próximo do direito anglo-saxónico, o credor não pode ficar impassível ou aproveitar-se da situação, mas tomar todas as medidas razoáveis para diminuir o seu dano. Parece que, neste caso, o credor deveria cooperar com um devedor em mora.

Por outro lado, e numa situação próxima, o art. 1144 do Código Civil francês permite que o credor, em caso de não cumprimento, seja autorizado a executar ele mesmo a obrigação à custa do devedor. O que corresponde, entre nós, à execução específica, embora esta tenha de ser judicial (arts. 827.º e ss. do CC). Este deveria ser condenado a adiantar as sobras necessárias a esta execução.

A Convenção de Viena consagra esta norma no seu art. 75.

14. Casos

Numa decisão de 22/01/2009, a Cour de Cassation francesa tratou o seguinte caso: o principal acionista de uma sociedade que explorava um estabelecimento comercial é vítima de uma agressão que envolveu uma perda da capacidade de trabalho e foi levado a ceder as suas ações a um preço inferior ao do mercado, o que envolveu um prejuízo económico.

O Tribunal de apelação entendeu que se tratava de uma simples perda de oportunidade de melhor vender que devia ser tomada em conta. Contudo, o tribunal supremo considerando que a venda das ações tinha sido uma medida de gestão razoável e que existia nexo causalidade entre esta venda e a infração, considerou que o prejuízo consistia na menos-valia.

À existência de um nexo de causalidade entre o facto danoso e o dano, o tribunal parece juntar uma segunda condição: carácter razoável da medida adotada, no comportamento da vítima posteriormente ao dano.

Quanto ao prejuízo corporal, uma decisão de 25/10/2012 da Cour de Cassation afirma que o autor de um acidente deve reparar todas as suas consequências danosas e que a vítima não tem de limitar o seu prejuízo no interesse do responsável.

Parece resultar daqui o princípio da exclusão da obrigação de diminuir o dano em matéria extracontratual ou pelo menos em matéria de dano corporal.

O art. 1373 do Anteprojeto Catala dispõe que quando a vítima tinha possibilidade, através de meios seguros, razoáveis e proporcionados, de reduzir a dimensão do seu prejuízo ou de evitar a sua agravação, deve-se tomar em conta a sua abstenção através de uma redução de indemnização, salvo se as medidas fossem natureza a atentar contra a sua integridade física. O anteprojeto da reforma do direito dos contratos de 2013 não introduz nenhuma obrigação de minimização do prejuízo.

15. Direito inglês

Nos sistemas anglo saxónicos, a sanção da obrigação de minimizar o dano comporta três consequências principais: primeira, a vítima não pode ser indemnizada do dano que ela podia evitar; em seguida, ela pode pedir uma indemnização dos custos que suportou procurando conter o dano; finalmente o dano evitado não podia fazer parte de uma indemnização.

O dever seria uma “obrigação” de meios, impondo à vítima tomar qualquer medida razoável com o fim de minimizar o seu dano.

Note-se que, quando se pede uma minimização, se estão a pedir unicamente medidas razoáveis. Seria excessivo impor a uma vítima tomar todas as medidas de exercer uma diligência sem falha para obter a minimização do dano.

16. Haverá razão para distinguir entre a redução e a não a gravação do dano?

É delicado distinguir no que releva da evolução normal da situação danosa e o que teria podido ser uma evolução mais favorável se a vítima se tivesse agido num sentido ou noutro.

Note-se que a minimização do dano passa muitas vezes pela tomada de medidas para impedir que este se agrave e vice-versa.

Atendendo a justificação do instituto, a boa-fé, o levar em conta o interesse do outro, ambos os aspetos são similares.

Levando sempre em conta que se pretendem medidas razoáveis do credor dentro das suas possibilidades e cujo custo deve ser imputado ao devedor.

17. Casos. Cont.

Deixámos indicados alguns casos em que a boa-fé exige que se minimize o dano ou não se deixe este aumentar.

Não pretendemos esgotar o relevo da boa-fé no âmbito deste instituto. Mas há mais categorias de casos, do maior relevo, que merecem referência.

Um grupo de casos, muito importante, é aquele em que o credor exerce o seu direito de exigir o cumprimento, muito depois da data em que o poderia ter feito. Eventualmente, para fazer crescer os juros de mora. Neste caso, os juros de mora não são devidos, pelo menos a partir de certa data. Por outro lado, não são causados pelo incumprimento.

Também têm muito relevo, nesta matéria, os juros de mora cobrados pelo Estado, depois de muitos anos, por vezes dezenas de anos, de processo administrativo ou fiscal parado nos tribunais (do credor-Estado).

Mas este último ponto tratá-lo-emos em texto próximo.

18. Direito Norte-Americano (EUA)

A doutrina do Duty to Mitigate the Loss, tem sua origem nos países que seguem o sistema de common law e desenvolveu-se de forma gradual nas decisões inglesas. Nessa linha, no Direito inglês, a jurisprudência já aparece em 1830, no caso *Staniford vs. Lyall*, onde o juiz considerou, ao decidir, quais medidas foram tomadas pela vítima para moderar seus danos.

Em razão da origem jurisprudencial do instituto na common law e, portanto, do sistema jurídico em comum, a doutrina Duty to Mitigate the Loss, é bastante utilizada pelos tribunais americanos e, neste espaço, essa

doutrina é conhecida como “Avoidable Consequences” ou ainda por “Mitigation of Damages Doctrine”. Em breve introdução, esse preceito visa impedir que a parte lesada recupere seus danos em valores superiores, que poderiam ter sido evitados por meio de esforços considerados razoáveis. Neste ponto, considera-se proporcionar e determinar os esforços do credor que seriam considerados razoáveis por um tribunal, associados à autonomia de vontade e boa-fé do credor em agir.

Segundo esclarece TRONCOSO⁽⁴⁴⁾, o primeiro antecedente jurisprudencial nos Estados Unidos sobre o tema, remonta à 1677, caso em que um vendedor, que viu recusada a entrega da sua mercadoria, deixou os seus cavalos, que a transportavam, expostos a uma tempestade. Segundo o julgado, o problema agravou-se porque os cavalos estavam agitados e em situação penosa junto à carruagem, e acabaram morrendo. Nesse contexto, então, o vendedor, vítima da violação causada por seu comprador (que recusou a mercadoria) solicitou, além dos prejuízos causados pela não execução do contrato de compra e venda, uma indenização pela perda dos seus cavalos. Logo, a Corte Americana competente, indeferiu o pedido de indenização decorrente da perda dos animais, argumentando que o vendedor poderia ter libertado os cavalos da carruagem evitando, assim, a sua exposição à tempestade e a consequente morte deles.

Após este caso, a doutrina “Avoidable Consequences” vem sendo reafirmada no sistema jurídico americano, visando a redução do valor da indenização à vítima negligente. De facto, nos Estados Unidos, o entendimento tem sido amplamente acolhido em áreas como o direito de propriedade e contratual, na avaliação dos danos incidentes em responsabilidade civil.

Em exemplo pertinente, se um inquilino abandona o contrato de locação, o proprietário do imóvel teria de buscar alternativas de forma rápida, como procurar um novo inquilino, alugando novamente sua propriedade. Logo ele teria o dever de mitigar os danos causados pelo inquilino inadimplente. Aqui claramente teria que agir com autonomia de vontade para mitigar os seus danos.

Nas palavras de GOETZ e SCOTT⁽⁴⁵⁾, no Direito norte-americano, o dever de mitigar é um princípio universalmente aceito do direito contra-

⁽⁴⁴⁾ TRONCOSO, MARÍA ISABEL, *La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño*, Revista de Derecho Privado, n.º 21, 2011.

⁽⁴⁵⁾ SCOTT, R. E.; GOETZ, C. J., *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*. Virginia Law Review, V. 69, Number 6, (1983) 967. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1406&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 01/07/2023, pp. 988 e 999.

tual, exigindo que cada parte empregue esforços razoáveis para minimizar perdas sempre que eventos intervenientes impeçam o cumprimento dos objetivos contratuais. Entretanto, ressaltam os autores, que existe uma linha tênue na efetivação desse princípio, como a de impedir que o infrator do contrato invoque a falha na mitigação pelo credor como uma defesa para reduzir os danos pelos quais ele é de outra forma responsável.

Logo, em um desenrolar histórico, embora a teoria em estudo seja referida como um “duty to mitigate damages”, a doutrina americana, ao longo do tempo, questiona a conveniência da utilização da palavra “dever”.

Nesse sentido, DOBBS⁽⁴⁶⁾, ensina que é mais adequado evitar o termo dever dando preferência ao termo “minimize”. Igualmente, McCORMICK⁽⁴⁷⁾, explica que a vítima não deve ser mencionada como tendo um ‘dever’ de evitar danos, mas sim sob uma ‘incapacidade’ de recuperar seu dano em caso de uma perda evitável.

Ainda, já compreendia SEDGWICK⁽⁴⁸⁾, *in verbis*:

“Since the result of neglecting the duty falls not on another, but on the person himself in fault, it seems to be one of those selfregarding duties which are outside the domain of the law”.

Dessa forma, explica FLYNN⁽⁴⁹⁾, que na expressão Duty do Mitigate, a palavra “dever”, não deve implicar em um “dever de agir” (enforceable obligation) imposto à vítima (credora), ou seja, um dever de agir que poderia, por exemplo, reverter em indenização em prol do devedor. Para o autor, o termo mais apropriado seria “avoidable consequences rule”, que impede que a parte prejudicada “cruze os braços”, permitindo que os danos se acumulem após a quebra de um contrato pela parte devedora.

Essencialmente, no Direito norte-americano o fundamento legal do instituto está inserido no Uniform Commercial Code (UCC), que estabelece regras em relação à indenização pelo não cumprimento de um contrato de compra e venda. De acordo com a section 2715, podemos observar, *in verbis*:

⁽⁴⁶⁾ DAN B. DOBBS, *Handbook on the Law of Remedies*, § 3.7. St. Paul: West Publishing Co., 1973, p. 188.

⁽⁴⁷⁾ CHARLES T. McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages*. St. Paul: West Publishing Co., 1935, p. 127.

⁽⁴⁸⁾ ARTHUR G. SEDGWICK, *Elements of the Law of Damages*, p. 73 (2d ed. 1909). Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=uclrev>>. Acesso em: 03/07/2023.

⁽⁴⁹⁾ FLYNN, STEPHANIE G., *Duty To Mitigate Damages Upon A Tenant's Abandonment. Real Property*. Probate and Trust Journal, Vol. 34, n.º 4, 2000, p. 721-84. JSTOR. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20782200>>. Acesso em: 01/07/2023.

- (1) Incidental damages resulting from the seller's breach include expenses reasonably incurred in inspection, receipt, transportation and care and custody of goods rightfully rejected, any commercially reasonable charges, expenses or commissions in connection with effecting cover and any other reasonable expense incident to the delay or other breach.
- (2) Consequential damages resulting from the seller's breach include
 - (a) Any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise; and
 - (b) Injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty". (grifo nosso)

Em alinhamento, significa que em uma ação de indenização proposta por um vendedor, em razão do não cumprimento de um contrato pelo comprador, devem ser considerados os atos (ações) que poderiam ter sido tomados pelo vendedor (vítima da violação contratual) para mitigar os seus danos.

Também, fundamental mencionarmos aqui, uma basilar referência jurídica americana, o Restatement (Second) of Contracts § 350 (1981), tratado respeitado e reconhecido especialmente pela jurisprudência e estudiosos do Direito nos Estados Unidos da América e, em tese, de observação e consideração obrigatória pelos juristas e operadores do Direito na área dos contratos e transações comerciais

Assim, importante trazer o disposto no The Restatement (Second) of the Law of Contracts, §350: Avoidability as a Limitation on Damage, *in verbis*:

- (1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue 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.

Merece destaque, dessa forma, que a regra supracitada, adverte sobre a exclusão do Dever de Mitigar do credor, que deixou de agir para não se expor a riscos, ou não incorrer em ônus ou humilhação indevidos. Da mesma forma, dispõe que poderá a parte lesada recuperar seus danos quando demonstrar que realizou esforços razoáveis, mas que foram infrutíferos, para evitar a perda.

De facto, explicam SCOTT e GOETZ⁽⁵⁰⁾, que a doutrina “avoidable consequences” exige que o mitigador assuma os riscos de sua falha em mini-

⁽⁵⁰⁾ SCOTT, R. E.; GOETZ, C. J., *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*. Virginia Law Review, V. 69, Number 6, (1983) 967. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1406&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 01/07/2023, pp. 988 e 999.

mizar as suas perdas. Logo, a doutrina impede a recuperação de perdas que ele não conseguiu evitar “sem motivo justo”. Por outro lado, a regra provisiona a total recuperação por perdas incorridas, em tendo ele (o mitigador) realizado quaisquer esforços positivos e razoáveis para tentar minimizar suas perdas.

Interessante ressaltar, que segundo esclarece KELL⁽⁵¹⁾, existe uma exceção à doutrina “avoidable consequences”, que vem sendo há anos assentada pelos tribunais americanos. Explica o autor, que quando o réu e a vítima têm oportunidades iguais de minimizar a perda, a vítima pode recuperar a sua perda total, mesmo que não tenha tomado medidas razoáveis que poderiam ter reduzido o prejuízo.

Podemos ilustrar a exceção mencionada acima, através do caso *S. J. Groves & Sons Co. v. Warner Co*⁽⁵²⁾. Nesse caso, de fato, é possível observar a forma como os tribunais aplicaram a exceção à doutrina “avoidable consequences” em estudo.

Em suma, Groves celebrou um contrato de prestação de serviços com a empresa Warner para trabalhar na construção de uma ponte. A empresa Warner concordou em fornecer à Groves concreto pré-misturado para a realização do seu trabalho. Contudo, embora a Warner falhasse consistentemente em fornecer concreto suficiente, Groves continuou a negociar com a Warner ao invés de procurar um fornecedor de concreto diferente que cumprisse o fornecimento do concreto no prazo, ou ainda, poderia o autor da ação comprar concreto adicional de um fornecedor suplementar. Nessa linha de ideias, o tribunal distrital considerou que, após uma certa data, era razoável que Groves não confiasse mais em Warner (sendo irracional continuar a esperar a entrega do concreto no prazo por uma empresa que já estava falhando), e Groves deveria ter procurado obter o concreto que precisava de um fornecedor suplementar, para realizar o seu trabalho na construção da ponte. Logo, concluindo que os danos por atraso acumulados poderiam ter sido evitados, o tribunal de primeira instância negou grande parte da reivindicação pecuniária de Groves.

Após a apelação, o Terceiro Circuito reverteu a decisão, com base, em parte, na igualdade de oportunidades (exceção). Entenderam os jul-

(51) KELL, MICHAEL BRUCE, *Defendant' Responsibility to Minimize Plaintiff's Loss: A Curious Loss: A Curious Exception to the Avoidable Consequences Doctrine*. South Carolina Law Review: Vol. 47: 1996, Article 8, p. 392. Disponível em: <<https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol47/iss2/8v>>. Acesso em: 03/07/2023.

(52) USA. United States Court of Appeals for the Third Circuit 576 F.2d 524 (3.rd Cir.1978). Case: *S. J. Groves & Sons Co. v. Warner Co*. Disponível em: <<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-s-j-groves-sons-co-v-warner-co>>. Acesso em: 03/07/2023.

gadores, que contratar uma fonte adicional de fornecimento de cimento era uma opção em aberto a Warner, bem como a Groves. Decidiram os juízes que “é igualmente razoável esperar que o réu minimize os danos”, e que o réu não está em posição de alegar que o autor não cumpriu o seu dever de mitigar. Logo, o valor da indenização não deve ser reduzido por causa dos danos que o réu também poderia ter evitado, tão facilmente quanto o autor. Dessa forma, o entendimento do tribunal de apelação foi o de que o dever de mitigar danos não é aplicável quando a parte, cujo dever é principalmente o de executar um contrato (cumprir sua parte no contrato), tem oportunidades iguais para evitar as consequências mais danosas.

Por sua vez, um reconhecido caso que reflete a aplicação do dever de mitigar os danos, no direito contratual, pode ser visto na decisão *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*⁽⁵³⁾.

Neste caso, Rockingham County contratou Luten Bridge Co. para construir uma ponte. Entretanto, o condado votou por não continuar com a construção e informou Luten para interromper a construção da ponte. Porém, no caso julgado, Luten não interrompeu e continuou a referida construção. Na sequência, propôs uma ação pedindo indenização pela quebra de contrato pelo condado. O tribunal considerou que Luten tinha o dever de interromper a construção pois um empreiteiro não poderia continuar trabalhando em um projeto que foi pedido para ser interrompido, e assim, aumentar os seus danos decorrentes da quebra do contrato.

Em conclusão, nos Estados Unidos, observa-se que o dever do credor de mitigar os danos, é um conceito contratual, que visa proteger a parte infratora de responsabilidade injusta. Significa, igualmente, que a parte credora não pode tirar proveito da violação contratual. Na mesma linha, nota-se que este dever impede a recuperação de danos que poderiam ter sido razoavelmente evitados.

⁽⁵³⁾ Barak Richman, Jordi Weinstock & Jason Mehta, *A Bridge, a Tax Revolt, and the Struggle to Industrialize: The Story and Legacy of Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 84 N.C. L. Rev. 1841 (2006). Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol84/iss6/2>>.

19. No Brasil

A aplicabilidade do dever do credor de não deixar aumentar o seu prejuízo, instituto também identificado pela expressão em inglês *Duty to Mitigate* ou *Duty to Mitigate the Loss*, historicamente observado na *common law*, vem sendo consagrado igualmente na *civil law* e pelos Tribunais brasileiros.

Trata-se de temática bastante atual, que associada à boa-fé objetiva, vem apontando discussão jurídica ampliada na jurisprudência e doutrina brasileira, no âmbito do Direito das Obrigações e do Direito dos Contratos, envolvendo diferentes interesses.

Na mesma linha do Direito norte-americano, a teoria do *Duty to Mitigate the Loss*, requer que o credor tome medidas para minimizar sua perda e, por outro lado, que evite tomar medidas desnecessárias que resultem, em consequência, no aumento de sua perda. Dessa forma, é esperado do requerente (em uma ação indenizatória por quebra de contrato, por exemplo) que tome medidas razoáveis para evitar o aumento de seu prejuízo. Logo, tem o requerente um “dever de mitigar sua perda”.

Dessa forma, também no Direito brasileiro, compreendemos que esse dever será instado, sobretudo, em uma ação de indenização ou recuperação de danos, por descumprimento contratual ou violação de um dever legal, momento em que poderá ser reconhecida, pelo juiz competente, a falha do requerente em mitigar seus danos e, assim, impactar desfavoravelmente o valor de sua indenização. Em alinhamento, ressalta-se, que a boa-fé do credor é associada a este dever, uma vez que se espera que o credor tome medidas necessárias diante da possibilidade do aumento do seu dano.

Para mensurar as medidas que poderiam ser tomadas pelo credor para não aumentar os seus danos, o juiz competente, comumente, se ampara no laudo de avaliação de um perito judicial. Assim, pode o julgador se assegurar com fundamentos objetivos, capazes de embasar a sua decisão em definir “quais medidas razoáveis eram esperadas que o credor tomasse”, considerando cada caso que se coloca. Também, pode-se averiguar se, mesmo tomando medidas razoáveis e de boa-fé, as medidas tomadas pelo credor foram ineficazes, e o aumento do seu dano inevitável.

Nesse passo, para uma melhor compreensão do tema em Direito brasileiro, interessante contextualizarmos a teoria *Duty to Mitigate the Loss*, com o Código Civil brasileiro, bem como sua relação com o princípio da boa-fé nos contratos. Após, a título de exemplificação, traremos em tela, julgados dos tribunais brasileiros que baseiam nossos estudos.

Interessante, de início, realizarmos uma breve análise da associação da boa-fé objetiva à obrigação do credor de minimizar, ou de não deixar aumentar, o seu dano.

O Código Civil Brasileiro de 2002, adotou como princípios fundamentais, e que servem como alicerces e bases para elaboração e alteração de normas cíveis pelo legislador pátrio: a sociabilidade, a eticidade e a operabilidade, conforme muito bem simplifica MIGUEL REALE⁽⁵⁴⁾. Segundo explica o autor, um dos objetivos do Código Civil foi o de superar o caráter individualista e egoísta da codificação civil anterior.

Nessa linha de ideias, em nossa análise, por ser o mais relevante no tema tratado aqui, destacaremos a eticidade. Neste ponto, esclarece MIGUEL REALE⁽⁵⁵⁾, que a atual eticidade adotada como princípio fundamental do Direito Civil brasileiro, torna necessária e indeclinável a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico.

A eticidade e seu relacionamento com a boa-fé objetiva, é observada no art. 113 na Parte Geral do Código Civil, *in verbis*:

“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Ainda, neste mesmo contexto, podemos apontar a boa-fé expressa no art. 187, com o seguinte teor “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”.

Por fim, outro exemplo fundamental dessa relação em análise, está no art. 422 do Código Civil brasileiro, que dispõe quase como base fundamental à toda a teoria dos contratos, *in verbis*:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Em arremate, percebe-se, que a eticidade relaciona-se com a boa-fé por ser um comportamento esperado, e em sua relação com o art. 113 do Código Civil supramencionado, é profundamente conexa aos negócios jurídicos e aos contratos.

Em prosseguimento, sabemos que diariamente as relações humanas são pautadas nos contratos, com vistas a garantir segurança jurídica. Os

⁽⁵⁴⁾ REALE, MIGUEL, A Boa-Fé no Código Civil. Artigo publicado em 16.08.2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 20/06/2023.

⁽⁵⁵⁾ REALE, MIGUEL, A Boa-Fé no Código Civil. Artigo publicado em 16.08.2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 20/06/2023.

contratos são, de facto, alicerces das relações humanas no mundo, seja ele verbal ou escrito. Espera-se, sobretudo, que nessas relações tão importantes, as pessoas se pautem na boa-fé, no agir com o outro de forma correta e lícita. Almeja-se, que as partes procedam em suas relações jurídicas, de forma adequada e digna, valendo-se da autonomia privada.

Em uma terminologia doutrinária, segundo DINIZ⁽⁵⁶⁾ o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Acrescente-se, que como parte do Direito das obrigações, o contrato é norteado pelo princípio da autonomia da vontade e, em regra, as partes têm liberdade de criação, de eleger o outro contraente e de fixar o conteúdo desse contrato. Entretanto, a autonomia privada das partes encontra limites impostos pelo princípio da função social do contrato, pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.

Indubitavelmente, ao estabelecer relações jurídicas, no uso da autonomia de vontade, espera-se que as partes atuem com boa-fé no cumprimento do contrato, bem como, durante a execução do contrato, em caso de intercorrências.

Em prosseguimento, ao analisar a aplicação ou não, in casu, da teoria *Duty to Mitigate the Loss*, o Juiz poderá analisar quanto ao ato que poderia ser tomado pelo credor para mitigar a sua perda. Nesse contexto, na análise valorativa das perdas, o princípio da boa-fé poderá ser considerado ao mensurar o tipo de comportamento esperado e desejado do autor da ação de indenização por quebra contratual.

Por conseguinte, neste aspeto, o já citado art. 422 do Código Civil brasileiro estabelece o princípio da boa-fé como cláusula geral do direito das obrigações. Em consonância ao tema proposto, podemos concluir que a obrigação do credor de minimizar ou de não deixar aumentar o dano, em razão de uma violação contratual está relacionada com o dever de agir para mitigar seus danos.

Corroborando com esse raciocínio, MARTINS COSTA⁽⁵⁷⁾ esclarece que a expressão boa-fé indica um modelo de comportamento, um standard valorativo de concretos comportamentos humanos. Esse standard considera

(56) DINIZ, MARIA HELENA, Curso de Direito Civil brasileiro — teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

(57) MARTINS COSTA, JUDITH, A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 25, pp. 229-279, 2.º semestre de 2003.

modelar justamente um agir pautado por certos valores socialmente significativos, tais como a solidariedade, a lealdade a probidade, a cooperação e a consideração aos legítimos interesses alheios”.

Em continuidade, ao estabelecer relações jurídicas, através da formalização de um contrato, poderá ocorrer a quebra deste vínculo entre as partes. Dessa forma, essa intercorrência pode gerar responsabilidade civil da parte que causou a rutura contratual. Nesse ponto, a jurisprudência poderá aplicar a doutrina do *Duty to Mitigate the Loss*, ponderando acerca de uma possível falha de cooperação entre as partes na relação contratual.

No Direito brasileiro, a responsabilidade civil pode ser classificada considerando diferentes perspectivas, e, para o que nos interessa no presente estudo, devemos considerar a classificação em relação ao seu fundamento, que pode ser objetiva e subjetiva.

Nesse sentido, a responsabilização subjetiva se justifica na comprovada existência de culpa ou dolo do agente, enquanto a objetiva advém independentemente da existência de tais elementos. Logo, a responsabilidade objetiva determina que o agente também possa ser impelido à reparação pelos danos sofridos, ainda que não tenha agido com culpa ou dolo. Essas hipóteses decorrem de leis específicas ou de situações em que a própria atividade exercida pelo agente implique em risco para terceiros.

Em alinhamento, explica DINIZ que o dever de indenizar é imposto a certas pessoas independentemente da prática de qualquer ato ilícito, considerando que determinadas atividades humanas criam um risco especial para outrem.

Uma vez sendo apurado o dever de indenizar, surge a obrigação para o credor, de minimizar o dano ou não o deixar aumentar, de tomar todas as medidas necessárias para limitar o dano resultante da inexecução do contrato ou do ato ilícito. O estudo da aplicação da teoria da *common law*, *Duty to Mitigate the Loss*, pressupõe uma ação de indenização já em andamento, e na análise do valor devido da indenização, se esse valor, de alguma forma, foi aumentado por inércia do credor.

Passamos, enfim, a um caso fundamental da jurisprudência brasileira.

O Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, reconheceu a aplicabilidade da teoria do *Duty to Mitigate the Loss*, na decisão que reafirma a necessidade de condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

DIREITO CIVIL

CONTRATOS / BOA-FÉ OBJETIVA / STANDARD ÉTICO-JURÍDICO /
OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES / DEVERES ANEXOS /
DUTY TO MITIGATE THE LOSS /

DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO /
INÉRCIA DO CREDOR / AGRAVAMENTO DO DANO /
INADIMPLEMENTO CONTRATUAL / RECURSO IMPROVIDO

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos inseridos no ordenamento jurídico.
3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.
4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.
5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).
6. Recurso improvido. (STJ — REsp: 758518 PR 2005/0096775-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS). Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 — Terceira Turma, data de publicação: REPDJe 01/07/2010). (grifo nosso).

Trata-se de recurso especial, onde uma empresa de edificações e empreendimentos imobiliários, recorreu contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná. O acórdão teve como fonte um contrato de promessa de compra e venda, onde a parte credora na relação obrigacional era uma empresa de empreendimentos. Em suma, trata-se de um contrato que o compromissário-comprador pactua com a promitente-vendedora, condições, modo e preço a serem pagos pelo imóvel. Logo, ocorreu a rutura na relação contratual, uma vez que a parte compromissária-compradora não pagou as parcelas referente ao imóvel, havendo descumprimento contratual por parte da compradora e posterior abandono do imóvel. Entretanto, a inércia do credor em cobrar as prestações relativas ao contrato (por quase 7 anos), agravou significativamente o dano, levando a decisão final do Superior Tribunal de Justiça em considerar que houve “ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo

das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano”.

Em alinhamento ao estudado no presente artigo, percebe-se que no caso julgado, foi empregue o princípio da boa-fé objetiva, aplicado como um princípio orientador para elaboração de normas, e sobretudo como um mandamento comportamental das relações contratuais.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro possui entendimento direcionado em relação ao princípio *Duty to Mitigate the Loss* que conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspecto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando deveres anexos aos contratos (VG: lealdade, confiança ou cooperação), agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade”.

Nesse contexto, podemos afirmar que no direito jurisprudencial brasileiro, o STJ reconheceu o *Duty to Mitigate the Loss*, como uma obrigação de mitigar imposta ao credor.

20. Conclusão

Sintetizando a doutrina das consequências evitáveis, propomos a norma geral constante do projeto Catala:

“Sempre que o lesado teve possibilidade, através de meios seguros, proporcionados e razoáveis de reduzir a dimensão do seu prejuízo ou de evitar a sua agravação, deve tomar-se em conta a sua abstenção através de uma exclusão da indemnização, salvo se as medidas fossem de natureza a atentar contra a sua integridade física”.

Referências

- ABREU, COUTINHO DE, *Do abuso de direito*, Almedina, 1983.
- AIDA-CANAC, H., *Mitigation of damage: une porte entrouverte?*, D. 2012
- AL-KAABI, MOHAMMED HASSAN, *Is There a Duty to Mitigate Damages in Civil Law? Should We Introduce Such a Duty? The Case of Qatar*. *Global Journal of Comparative Law*. 12(2), 197-217. Disponível em: <<https://doi.org/10.1163/2211906X-12020004>>. Acesso em: 03/07/2023.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os direitos fundamentais na constituição da República portuguesa de 1976*, 3.^a ed., Almedina, 2004.
- ANTUNES, HENRIQUE, *A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 47, julho/setembro 2014.
- ARNAUT, N. e A.J., *Une doctrine de l'état tranquilisante: le solidarisme juridique*, APD, 1976.
- ARTHUR G. SEDGWICK, *Elements of the Law of Damages*, p. 73 (2.nd ed., 1909). Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=uclrev>> em: 03/07/2023.
- ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2005, ano 65, v.III
- BRANCO, GERSON LUIZ CARLOS, *Os Princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé*, *Revista Direito e Democracia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, pp. 95-112, 1.º semestre de 2000.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *A felicidade somos Nós, pessoa contrato e matrimónio*, 2019, Lisboa, Fundação Lusíada.
- _____, *O credor e o contrato (Dívida e responsabilidade)*, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 76, 2016, Lisboa.
- CHARLES T. McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages*, St. Paul: West Publishing Co., 1935, p. 127.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da boa-fé no Direito Civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.
- _____, *Da alteração das circunstâncias-a concretização do artigo 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974*, *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, 1987.
- COSTA, MÁRIO ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 11.^a ed., 2008.
- DAN B. DOBBS, *Handbook on the Law of Remedies § 3.7*, St. Paul: West Publishing Co., 1973, p. 188.
- DAVIS, IAN, *Better Late Than Never: Texas Landlords Owe a Duty to Mitigate Damages When a Tenant Abandons Leased Property*, *Tex. Tech L. Rev.* 1281, 1282 (1997).
- DERAINS, Y., *L'obligation de minimiser le damage dans la jurisprudence arbitrale*, RDAI, 1987.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en Général*, T. 6, Paris, éd. Rousseau, 1931.
- DINIZ, MARIA HELENA, *Curso de Direito Civil brasileiro — teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____, *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*, São Paulo: Saraiva, 2010.

- DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Rollin et Fils, 1745.
- FLYNN, STEPHANIE G., *Duty To Mitigate Damages Upon A Tenant's Abandonment*. *Real Property, Probate and Trust Journal*, Vol. 34, n.º 4, 2000, p. 721-84. JSTOR. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20782200>>. Acesso em: 01/07/2023.
- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *O conceito de dignidade da pessoa humana — um mapa de navegação para o jurista*, *Catolica Law Review*, 2020, 4(2).
- _____, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007.
- GHESTIN, M., *La notion de contrat*, *Revue Droits*, 1990, n.º 12.
- GRUN, ANSELMO, *Caminhos para a liberdade*, Petrópolis, Vozes.
- KELL, MICHAEL BRUCE, *Defendant's Responsibility to Minimize Plaintiff's Loss: A Curious Loss: A Curious Exception to the Avoidable Consequences Doctrine*. *South Carolina Law Review*: Vol. 47: 1996, Article 8, p. 392. Disponível em: <<https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol47/iss2/8v>>. Acesso em: 03/07/2023.
- LEQUETTE, YVES, *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mélanges Paul Didier, *Economica*, 2008.
- LIMA, FERNANDO PIRES DE, e VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª ed., 1987.
- LYRA JR, EDUARDO MESSIAS GONÇALVES DE, *Os princípios do Direito contratual*. *Revista de Direito Privado*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 3, pp. 136-155, outubro-dezembro de 2002.
- MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, *Compra e Venda Internacional de Mercadorias: a CISG: primeiros comentários*, Almedina, 2021.
- MARTINS COSTA, JUDITH, *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 25, pp. 229-279, 2.º semestre de 2003.
- MAZEAUD, D., LOYAUTÉ, *Solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? In Avenir du Droit*, Mélanges en hommage à François Terré, PUF, 1999.
- MCCARTHY, NICHOLE, *Legal Information Institute (Cornell Law School)*. NY: Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/mitigation_of_damages#:~:text=The%20mitigation%20of%20damages%20doctrine,of%20tort%20and%20contract%20law>. Acesso em: 01/07/2023.
- MESSNER, FRANZ, *Der Jakobus Brief*, Freiburg, 1964.
- NIVERT, A., *Nouvelle étape dans l'avancée de la réforme du droit de la responsabilité civile: Jeu des sept différences entre le projet de loi du 13 mars 2017 et la proposition de loi du 29 Juillet 2020*, in *Doctrin'Actu*, 2020.
- PINTO, CARLOS MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina.
- PRATA, ANA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 75-77.
- PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica portuguesa, 2018, nota ao artigo 570 do Código Civil.
- REALE, MIGUEL; *A Boa-Fé no Código Civil*. Artigo publicado em 16.08.2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 20/06/2023.
- Reallexikon fur Antike und Christentum*, V, Epiktet, Stuttgart, 1962.

- RÉMY, PH., *Droit des contrats: questions, Positions, propositions*, in *Le Droit contemporain des contrats*, Economica, 1987.
- SANTOS JÚNIOR, CLODOALDO MOREIRA DOS; COSTA, TIAGO MAGALHÃES. *Da teoria do duty to mitigate e a sua repercussão nos tribunais*. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/359534/da-teoria-do-duty-to-mitigate-e-a-sua-repercussao-nos-tribunais>>. Acesso em: 07/07/2023.
- SERRA, A. VAZ, RLJ., 110º.
- SCOTT, R. E.; GOETZ, C. J., *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*. *Virginia Law Review*, V. 69, Number 6, (1983) 967. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1406&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 01/07/2023, pp. 988 e 999.
- TRONCOSO, MARÍA ISABEL, *La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño*, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 2011.
- TUNC, A., *Les recentes développements des droits anglais et américains sur la causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation*, RIDC.
- USA, The American Law Institute, *Contracts II — The Restatement Second of Contracts § 350 — Avoidability as a Limitation on Damage*. Disponível em: <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_063763.pdf>. Acesso em: 07/06/2023.
- USA, *United States Court of Appeals for the Third Circuit 576 F.2d 524 (3rd Cir.1978). Case: S. J. Groves & Sons Co. v. Warner Co.* Disponível em: <<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-s-j-groves-sons-co-v-warner-co>>. Acesso em: 03/07/2023.
- WEBER, MAX, *Économie et société*, Tome I, Paris, Plon, 1971.