

Doutrina

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

ALESSANDRA CRISTINA TUFVESSON PEIXOTO

Juíza de Direito

Sumário: 1. A relevância da figura da vítima para a quantificação do dano; a) Sistema da paridade; b) Sistema da gravidade da culpa; c) Sistema do nexa causal; 2. *Duty to Mitigate the Loss*.

1. A relevância da figura da vítima para a quantificação do dano.

A *ratio* e consequência do instituto da responsabilidade civil são a fixação de indenização a favor da vítima. Como estabelece o art. 944 do Código Civil, *a indenização mede-se pela extensão do dano*. O dispositivo demonstra uma preocupação do legislador em que a indenização reflita efetivamente os danos sofridos pela vítima¹. Neste sentido é que a fixação do *quantum* indenizatório, seja no caso de dano material ou no de dano moral, pode ter que considerar, para adequada reparação, condições subjetivas relativas à vítima.

Para fins deste estudo, impõe-se prévia análise da questão relativa ao estabelecimento da reparação, para melhor compreensão das condições e circunstâncias relativas a vítima que se podem validamente considerar para estabelecimento do *quantum*, ressaltando-se que o momento em apreço é posterior ao reconhecimento da obrigação de indenizar, portanto, do *an debeatur*.

Com relação à fixação da indenização e à distribuição do quantum devido entre os causadores do dano, foram estabelecidas três sistemas, a saber:

- a) sistema da paridade
- b) sistema da gravidade da culpa
- c) sistema do nexa causal

Nesses sistemas, também a atuação da vítima, seja através de comportamento que influa no evento danoso, seja através de atuação omissiva será de especial relevância.

a) Sistema da paridade

Com base na Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, propõe-se a divisão do dano em partes iguais, razão pela qual a teoria em apreço é conhecida como sistema da paridade. Assim, se quatro agentes causaram um dano injusto, mesmo que diante da vítima sejam solidariamente responsáveis pelas perdas e danos, nas relações internas tudo se resolve pela quota-parte dos responsáveis, sendo todos considerados igualmente responsáveis. Neste sentido, a contribuição da vítima para o evento causa

¹ Nesse sentido, o parágrafo único do art. 944. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, estabeleceu-se a interpretação do dispositivo através do Enunciado 46 “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente estabelecida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

a redução da indenização para metade do prejuízo sofrido. Ignora-se, desta forma, as circunstâncias concretas da ocorrência do dano, em que cada agente poderá ter contribuído de forma distinta para a implementação do dano. É atualmente utilizada apenas nas hipóteses em que há dificuldade para precisar a proporção em que cada agente contribuiu para a produção do dano.

b) Sistema da gravidade da culpa

Representa evolução em comparação ao sistema anterior, estatuindo-se que o prejuízo verificado deverá ser rateado na proporção da gravidade da culpa de cada um dos agentes. Se, ao lado do agente a vítima também contribuir para o resultado danoso, a indenização deve sofrer uma redução proporcional à culpa do lesado. No Brasil, a jurisprudência costumava impor a divisão da indenização de acordo com o sistema da paridade. A indenização seria rateada entre os agentes ou reduzida à metade, quando a vítima concorresse com culpa na produção do dano. Pouco a pouco, a jurisprudência passou a adotar o critério da gravidade da culpa, com base na aplicação analógica do Decreto nº 2.681/12, que tratava da responsabilidade civil das estradas de ferro. O art. 2º deste diploma estabelecia que, se houvesse concorrência de culpa da estrada de ferro com a do remetente ou destinatário da mercadoria nas hipóteses ali referidas, a responsabilidade deveria ser proporcionalmente dividida. Embora caso típico de responsabilidade contratual, a regra foi estendida, por analogia, aos demais casos de responsabilidade aquiliana.

Ocorre que nem sempre o agente que atuou com maior grau de culpa foi o que teve maior participação no evento danoso. A principal crítica que se faz, portanto, é quanto à possibilidade de a culpa mais grave ter sido a de menor influência na produção do prejuízo. E o sistema que considera o grau de culpa não é exato.

Entende-se que a reparação não pode ser dividida com justiça sem se ponderar essa diversidade no grau de causalidade. Mas esse sistema pode chancelar injustiças, pois, por exemplo, os atos dirigidos a prejudicar seriamente podem ser frustrar e gravíssimas imprudências podem não provocar dano algum. A culpa não deve servir como medida da indenização, papel que cabe ao nexo causal. Os agentes devem responder solidariamente diante da vítima, mas, entre eles, é a eficácia causal de cada conduta que deve definir as parcelas do prejuízo que ficarão por conta dos mesmos. Do contrário, estaríamos punindo o agente que agiu com culpa mais grave, e a responsabilidade civil não tem esta função.

c) Sistema do nexos causal

Cada um dos agentes deve suportar o dano na medida em que o tenha produzido, de indenizar. Da mesma forma, se a vítima concorreu para o resultado danoso, a indenização deve sofrer uma redução proporcional à eficácia causal de sua conduta.

O sistema da paridade, portanto, deve ser levado em conta apenas lembrando-se que há muito o direito civil abandonou a distinção, própria do direito romano, entre os diversos graus de culpa. Como afirma Mario Julio de Almeida Costa², o nexos causal exerce dupla função: elemento da responsabilidade civil e medida da obrigação quando as ações que provocaram o dano tiverem a mesma eficácia causal ou quando for impossível precisar com exatidão a incidência causal de cada conduta. E este sistema pode ser utilizado em ambos os sistemas de responsabilidade civil, subjetivo e objetivo.

² COSTA, Mario Julio de Almeida. *apud* CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 13, estabelece que “aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso”.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³ assevera que, frente ao consumidor, aplica-se a regra da solidariedade passiva em relação aos todos os responsáveis. Nas relações internas entre os fornecedores responsabilizados, a extensão da responsabilidade de cada um será definida com base na medida da causação do dano por parte de cada um.

Passando-se a análise dos danos a indenizar propriamente, especificamente ao papel da vítima nesta seara, tem-se que o dano material, como ensina Antonio Lindbergh C Montenegro⁴, tem por ponto de partida para estabelecer o montante do ressarcimento a remuneração da vítima. A remuneração serve para expressar apenas a renda laborativa da vítima, consideradas todas suas atividades. Deve-se considerar no cálculo da indenização a provável melhoria que está para acontecer na atividade laborativa da vítima, segundo o curso normal dos fatos. Assim, o Min. Barros Monteiro⁵ já decidiu que, no cálculo da indenização, deve-se incluir a promoção de funcionário público por antiguidade e não por merecimento, já que a primeira é decorrente de um decurso temporal e a segunda depende de aferições de teor subjetivo. Mas a recíproca é também verdadeira, se a vítima estava prestes a suportar uma *capitis deminutio* em sua vida funcional, essa situação deve ser considerada na indenização. Nesta linha, afirma-se na jurisprudência tendência de considerar no cálculo da indenização apenas os salários percebidos no último ano de trabalho, e não a média dos anos pretéritos.

Para estabelecer a vida provável do homem, já que este é um elemento necessário para verificar sua expectativa laborativa, socorre-se o operador do direito de estudos especializados de Medicina Legal e Matemática Atuarial, considerando o sexo, idade, profissão e peculiaridades de cada região. Neste sentido já se manifestou reiteradas vezes o Superior Tribunal de Justiça, arrolando-se, por todos, o acórdão proferido no julgamento do REsp 698443/SP, da relatoria do Min. Jorge Scartezini, indicando os precedentes jurisprudenciais pertinentes, julgado em 01, de março de 2005: “O decurso recorrido não se afastou do entendimento desta Corte, consoante o qual “a longevidade provável de vítima fatal, para efeito de fixação do tempo de pensionamento, deve ser apurada em consonância com a tabela de sobrevida adotada pela Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE” (Precedentes: REsp. nº 268.265/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 17, de junho de 2002; REsp. 72.793/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 06, de novembro de 2000)”

Despesas com tratamento da vítima, nas hipóteses em que a morte não se consumou após a prática do ato ilícito, funeral e luto da família são enquadráveis nos denominados danos emergentes. Alias, no que refere ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, com base nas regras de experiência ordinária, vem entendendo prescindível a comprovação das despesas havidas com funeral, presumindo o sepultamento.⁶ Para estabelecer estas despesas com funeral e luto da família, toma-se por base dois princípios:

³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *apud* CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C.. *Ressarcimento de Danos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

⁵ Decisão referida na obra de Antonio Lindbergh C Montenegro. *Id.*

⁶ Por todos, veja-se o acórdão proferido no julgamento do REsp 506099 / MT, relator Min. Castro Filho, julgamento ocorrido em 16, de dezembro de 2003: “No tocante às despesas de funeral, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de inexigir a prova da realização dos gastos, em razão da certeza do fato do sepultamento.”

- condição social do morto – o autor do dano não tem obrigação de pagar um enterro pomposo e nem a construção de um mausoléu, quando a pessoa falecida pertencia a uma condição social humilde.
- usos e tradições do lugar

Um dos outros momentos em que a condição da vítima sobressai, e é relevante na definição do dano, é o da verificação da capacidade laborativa do indivíduo. Assim, o direito comum da maioria dos países estabelece o sistema de reparação com base na capacidade específica da vítima, considerando a atividade efetivamente exercida. Desta forma, o dedo esquerdo de um violinista tem uma importância muito maior que o de uma pessoa comum, justificando-se uma reparação mais avantajada. Adverte-se que o critério da capacidade específica deve andar de mãos dadas com os princípios da readaptação profissional, sob pena de agravar-se injustamente o montante do ressarcimento. No terreno da readaptação, não se pode perder de vista a natureza da lesão e a posição social da vítima.

Tem-se que o dano é avaliado em função da vítima, porque a vítima tem direito à reparação integral do prejuízo sofrido. O autor do dano não pode sustentar que outro indivíduo teria sofrido menos. Com relação ao menor improdutivo, firmou-se a tese da ressarcibilidade do dano que produz incapacidade permanente no menor improdutivo, aquele que ainda não exerce atividade lucrativa, porque não poderá o fazer, ao menos não de forma plena. Assim, trata-se ainda de dano patrimonial. A redução da capacidade laborativa é a chave da questão. Para previsão da profissão que exerceria, leva-se em conta a classe social da vítima, a tradição de sua família e outras circunstâncias do caso concreto. No Brasil, adotamos o critério do salário mínimo. Este critério é criticável uma vez que não permite o exercício da justiça no caso concreto. Sobre o menor, ainda é controversa a fixação do termo inicial do pensionamento, se aos 14, 16 ou 18 anos, em razão da redução da maioridade civil realizada pelo Código Civil de 2002.

Há julgado da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça-SP⁷ que, além da pensão indicada no art. 1.539, do Código Civil de 1916, correspondente a incapacidade laborativa em potencial do menor, fez incluir no cálculo da condenação uma verba para o excesso nas despesas de educação do mesmo menor. Já em decisão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça-SP em relação ao uma menina que, em razão de acidente automobilístico, sofreu ruptura no períneo e no hímen, entendeu que, em razão das repercussões futuras nas relações sociais da menor, a indenização deveria se concretizar em um dote, isto é, através de uma pensão vitalícia, estabelecida de acordo com as posses do ofensor e a condição da ofendida, ao fundamento de que a situação equiparava-se a de uma mulher agravada em sua honra.⁸

Com relação à dona de casa, quando vitimada por danos que afetem sua integridade psicofísica, era controversa a afirmação de existência de prejuízo econômico. Entretanto, a tutela da capacidade laborativa da mulher tornou-se uma realidade incontestável do mundo moderno. De toda forma, com relação à dona de casa, a jurisprudência ainda não encontrou um critério uniforme para estabelecer o *quantum debeatur*. O critério da consideração das despesas a que ficará obrigado a fazer o cônjuge supérstite para substituí-la mulher nos trabalhos caseiros revela-se insuficiente a todo leitor.

No caso dos idosos, são considerados valor negativo no direito argentino, partindo-se do pressuposto de que quem não trabalha dá trabalho aos demais membros da família. De toda forma, à míngua de previsão específica no direito brasileiro, para poder

⁷ RT 179/725.

⁸ RT 198/151.

fazer jus à indenização correspondente à real perda de sua capacidade laborativa, comprometida com a ofensa, deverá comprová-la, vez que a presunção é de que se tenha aposentado, após ter alcançado idade suficiente para fazê-lo.

Considerando a indenização moral, a professora Gisela Sampaio observa que a “*fórmula da equivalência*”, própria do dano patrimonial, enseja uma série de controvérsias quando se trata de reparar o dano moral. Em face da dificuldade quase insuperável de se precisar a extensão do prejuízo moral, somada à preocupação excessiva dos tribunais brasileiros de evitar o enriquecimento da vítima, a reparação do dano moral passou a se guiar, na prática, por mecanismos estranhos à concepção clássica de responsabilidade civil que proporcionam também a punição do ofensor.⁹

Luiz Antonio Rizzato Nunes e Mirella D’Angelo Caldeira¹⁰, ao tratar do dano moral, afirmam que a indenização não tem base objetiva nem pretende o retorno ao *status quo ante*, mas tem objetivo satisfativo-punitivo. Os referidos autores, através do exame das decisões judiciais, arrolam os critérios de que tem se valido os juízes no arbitramento do dano moral:

- a natureza específica da ofensa sofrida;
- a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do ofendido;
- a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido;
- a existência de dolo por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa;
- situação econômica do ofensor;
- posição social do ofendido;
- capacidade e a possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e/vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso;
- prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falha;
- as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido.

Afirmam os autores que o benefício do dinheiro é trazer privilégios à pessoa, amenizando e anestesiando a dor, suavizando-a. Porém, jamais a indenização restabelecerá o estado anterior da vítima, como ocorre com a indenização por danos materiais. Entendem que a justificativa para ampliação do valor indenizatório não é a dor sofrida pelo lesado, mas a qualidade do infrator. O *quantum* deve ser suficiente para desestimulá-lo a insistir na prática lesiva. Afirmam que a Constituição afastou a possibilidade de tarifamento¹¹ do valor indenizatório ao determinar que a indenização seja proporcional ao agravo¹². Entendem que o estabelecimento de valores ínfimos servem de estímulo ao infrator, especialmente, se este for economicamente poderoso.

Já o professor Sergio Cavalieri afirma que a indenização deve ser proporcional ao dano sofrido pela vítima, já que o objetivo da indenização – tornar indene – é reparar o

⁹ DA CRUZ Gisela Sampaio. O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁰ NUNES, Luiz A. Rizzato, CALDEIRA, Mirella D’Angelo. *O Dano Moral e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹¹ Cabe ressaltar a inconstitucionalidade do Projeto de Lei nº 150, de 4 de junho de 1999 aprovado na Câmara de Constituição e Justiça do Senado Federal, pretendendo o tabelamento da indenização moral, conforme fosse leve, médio ou grave.

¹² Nesse sentido, art. 5º, inciso V da Constituição: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

dano o mais completamente possível. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto.¹³

Na lição de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk,¹⁴ a fixação do *quantum* indenizatório é um dos momentos em que a responsabilidade civil pode atuar como instrumento para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, na hipótese de dano à dignidade da pessoa produzido por conta do exercício de atividade econômica. Afirma, o autor, que todo e qualquer benefício econômico que o agente tenha obtido com a produção do dano, seja pelo fato de não expender recursos para preveni-lo (ato omissivo), seja por ter sofrido um efetivo acréscimo patrimonial pelo exercício da atividade danosa (ato comissivo), deve ser acrescido ao cômputo da indenização. Não deverá restar ao agente econômico qualquer dos benefícios obtidos com a produção ou com a omissão em sua prevenção.

Destaca, ainda, que, no cálculo do valor da indenização, no caso de dano gerado por omissão, dever-se-á levar em consideração o montante que teria sido necessário, antes da produção do dano, para eliminar, ou ao menos minimizar esse risco, de tal modo que o valor a ser pago ao ofendido permita que, no cálculo de custos e benefícios realizado pelos agentes econômicos, a prevenção de novos danos seja potencialmente mais competitiva que sua produção. Na hipótese de dano comissivo, considera como critério o acréscimo patrimonial obtido pelo agente ofensor. Deve-se tornar ineficiente e até mesmo economicamente inviável a produção de danos.

Aponta o risco de legitimar-se a constante violação da dignidade da pessoa humana por parte de agentes econômicos, haja vista que, segundo a racionalidade instrumental, a violação será sempre mais eficiente e competitiva que a sua prevenção. Também não pode chegar a indenização a levar a ruína a empresa, porque traria prejuízo social grave, defendendo, desta forma, a utilização da ponderação de princípios. Mas ressalta que não se pode olvidar também o aspecto reparador da indenização. Defende a existência de uma racionalidade reprodutiva do sujeito, com a efetiva proteção da dignidade humana.

Em sentido oposto, Maria Celina Bodin de Moraes e Anderson Schreiber defendem a impossibilidade de se computar fatores econômicos para punição da empresa através do arbitramento da indenização moral, à míngua de previsão legal que determine a punição do agente causador do dano e a luz do art. 5º inciso XXXIX da Constituição da República que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹⁵. A gravidade da culpa e capacidade econômica do ofensor referem-se ao dano causado e têm nítida função punitiva, interferindo na liquidação do prejuízo para aumentar o valor da indenização. Ocorre que, ao contrário da responsabilidade criminal, a responsabilidade civil tradicionalmente não tem caráter punitivo.

A responsabilidade civil, após o advento da Constituição da República de 1988, passou a preocupar-se com a vítima. A superação da ótica patrimonialista impõe a

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

¹⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente”. In RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. (Org.). *Diálogos de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 328. “Do ponto de vista prático, o caráter punitivo do dano moral cria muito mais problemas do que soluções. Nosso sistema não deve adotá-lo, entre outras razões, para: evitar a chamada loteria forense; impedir ou diminuir a insegurança e a imprevisibilidade das decisões judiciais; inibir a tendência hoje alastrada da mercantilização das relações existenciais.”

verificação do dano injusto, e não do ato ilícito. A reparação passa a se fundar na condição pessoal da vítima e aprimazia da pessoa humana impõe a reparação integral do dano sofrido, devendo-se considerar como lesão moral apenas a lesão que atinja um dos aspectos do direito da personalidade, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social¹⁶, afastando-se, para este fim, mesmo a consequência extrapatrimonial de dano patrimonial.

Ressalte-se que a consideração da dor causada à vítima não deve ser tomada como elemento da caracterização do dano moral, pois refere a momento posterior ao momento da causação do dano, é consequência deste. Na lição do professor Anderson Schreiber:

“A melhor doutrina brasileira tem defendido abertamente este caminho. Neste sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes: De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito”¹⁷.

Ressalte-se que, ao contrário do que quer fazer crer parte da doutrina, o art. 944 do Código Civil de 2002 não autoriza afirmar o contrário, isto é, não autoriza afirmar que a indenização seja medida pelo grau de culpa do agente. O fato de o art. 944 permitir que eventualmente a reparação não seja integral, em razão da desproporção entre o grau de culpa do agente e a indenização, não autoriza afirmar que a indenização tenha caráter punitivo. A regra estabelecida no parágrafo único do artigo permite ao juiz que julgue por equidade e tem caráter excepcional, limitando-se à redução do *quantum* indenizatório, razão pela qual não pode fundamentar majoração deste. Como afirma Anderson Schreiber:

“A ninguém, com efeito, passa despercebido o fato de que o legislador não autorizou a elevação da indenização com base na culpa grave ou no dolo do agente, mas exclusivamente permitiu a redução equitativa da indenização quando a culpa for desproporcionalmente tênue frente ao dano provocado (grifo no original)”¹⁸. É a teoria da graduação da culpa a autorizar a redução do *quantum* indenizatório.

Assim, como regra, o grau de culpa do agente não influi na estimativa das perdas e danos, mas o legislador, por meio da regra do parágrafo único, autoriza que seja considerada, para que a regra não se torne excessivamente dura. O magistrado, entretanto, não está autorizado a aumentar o valor da indenização.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p.43

2. Duty to Mitigate the Loss.

Vista a relevância da vítima para estabelecimento da indenização adequada, trato de instituto que vem sendo desenvolvido no direito estrangeiro e que começa a ser estudado no direito brasileiro. Trata-se do *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor¹⁹. O fundamento para esse dever está diretamente ligado ao dever de boa-fé que deve existir entre os contratantes e entre os indivíduos, em geral.

Tem-se como conceito de boa-fé o dever de agir, nas relações sociais, de acordo com certos padrões mínimos de conduta socialmente recomendados, de lealdade, correção ou lisura, aos quais correspondem expectativas legítimas das pessoas.

Vera Maria Jacob Fradera²⁰ entende que o art. 422 do Código Civil aproxima-se da idéia de impor certos comportamentos a ambos os contratantes, defendendo a recepção do *duty to mitigate the loss* pela norma. Afirma que o dever de mitigação pode ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador adota uma concepção cooperativa de contrato. Como se trata de um dever e não de uma obrigação, sua violação corresponderia à culpa delitual.

Informa que o dever de mitigar tem origem no direito anglo-saxão, mas tem maior amplitude e positividade no âmbito das Convenções Internacionais, por exemplo, a Convenção de Haia de 01 de julho de 1964 a respeito da lei uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corporais.

No sistema jurídico alemão, o dever de mitigar tem natureza de *Obliegenheit* (dever de menor intensidade, no interesse da própria pessoa e seu descumprimento implica apenas na perda de uma posição jurídica favorável) e no sistema suíço, de *incombance* (incumbência). Na doutrina francesa, Beatrice Jaluzoe, em seu estudo sobre a boa-fé, reconhece nas situações analisadas a existência de uma culpa, muito próxima da culpa delitual, dando lugar a uma ação por perdas e danos por parte do devedor, conduzindo à compensação entre as somas devidas contratualmente e aquelas surgidas da responsabilidade.

A jurisprudência francesa tem adotado o dever de mitigar com fulcro no princípio da boa-fé objetiva, utilizando-se, ainda, da proibição do *venire contra factum proprio* como justificativa para sancionar o comportamento do credor faltoso, em relação a *l'obligation de mitigation*. Exemplifica-se com o caso *Bailleux c Jarety*, em que o locador permaneceu 11 anos sem cobrar os aluguéis e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer o seu direito, com fundamento na proibição de *venire contra factum proprio*. Também invocam a ocorrência de abuso de direito.

Na Common Law o dever é uma decorrência do próprio sistema, em que aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem consideração à culpa ou à negligência.

Pode-se concluir, portanto, que a natureza do dever de mitigar tem variado de acordo com o sistema jurídico enfocado.

A *Von Thur*²¹ fala da agravação de dano já produzido, afirmando que o prejudicado não deve omitir as precauções para reduzir o dano. Exemplifica citando o inquilino que vir que há ameaça de ruína no imóvel e não a informa ao locador, o que o torna responsável pelo dano que se origine quando, se tivesse advertido a tempo o locador, poderia – o dano – ser evitado. Não nos parece um bom exemplo. O autor elucida sua posição quando se vale de um segundo exemplo: o comprador a quem se prejudica por não entregar a tempo a coisa vendida, se o prejuízo aumenta com o passar do tempo e sabe que o vendedor não está em condições de cumprir o contrato, deve adquiri-la por outro contrato, resguardando-se. Difícil será saber, no caso concreto, quais medidas podem ser exigidas do prejudicado para redução e contenção do dano. Somente poderiam exigir-lhe as medidas que uma pessoa medianamente razoável adotaria em seu próprio interesse. Não se podem exigir medidas perigosas.

Aliás, com relação ao custeio, as medidas tomadas pelo prejudicado para evitar ou reduzir o dano, sempre que razoáveis, devem ser indenizadas pelo obrigado, como parte integrante do dano produzido. É indiferente, para este fim, que as precauções adotadas, desde que corretas, resultem ineficazes e mesmo que aumentem o dano. O direito que assiste ao prejudicado de adotar medidas de defesa é maior que o dever de fazê-lo. Pode imputar ao obrigado os gastos originados por uma medida defensiva racional ainda nos casos em que sua omissão não implique co-culpabilidade, por exemplo, nos casos que haja perigo que o prejudicado não tem que assumir.

Sobre esse tópico, H G Beale, W D Bishop & M P Furmston, no livro *Contract, Cases and Material*, estudando o caso *Gebruder Metelmann GmbH & Co vNBR (London LTD(1984))* afirmam que se há duas formas de mitigar o dano, ambas razoáveis diante das circunstâncias conhecidas pela parte no momento em que a ação de mitigação é exigida, não é possível dizer que a parte agiu desarrazoadamente escolhendo uma das formas porque, à luz dos eventos posteriores, resultou que o prejuízo seria menor se escolhesse o outro método.

Afirmam, ainda, com relação ao ressarcimento pelo devedor, que todas as reduções de prejuízo obtidas devem ser consideradas no momento da indenização, porque a vítima não pode ser indenizada por mais danos do que sofreu.

Sobre o tema cabe, finalmente, destacar as lições de Antonio Lindbergh C Montenegro²² que afirma que doutrina e jurisprudência são acordes em que à vítima se impõe o dever de evitar o aumento do dano ou minorar o já realizado, por atos positivos ou omissões. Das omissões, cita-se o caso do motorista que, depois de sofrer colisão, abandona o seu veículo no local do acidente, permitindo com isso que lhe furtam peças e acessórios ou experimente considerável desgaste pelo simples fato de tê-lo deixado ao sabor das intempéries. Com relação às ações, aparece freqüentemente nos casos de lesões corporais, quando a vítima se descuida no tratamento médico prescrito ou se recusa a submeter-se a pequenas cirurgias que poderiam dar lugar a uma recuperação do órgão afetado. Manifesta a agravação do dano emergente e de lucro cessante.

Não obstante, ponderações sistemáticas fizeram prevalecer, na jurisprudência, o entendimento que a vítima pode se recusar a fazer toda operação, desde que se manifeste a presença de considerável risco, ou mesmo a tratamento doloroso. Fora destas hipóteses, sua negativa constitui culpa e rompe o vínculo entre a causa inicial do dano e a continuação deste. A inércia da vítima é concausa e faz com que ela passe a responder por si mesma. Esta, em síntese, a idéia do dever que se quer reconhecer.

²¹ THUR, A. Von. Tratado de las obligaciones. Madrid: Réus, 1934.

²² MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁹ Sobre essa tese, foi aprovado o Enunciado n° 169 da Jornada de Direito Civil, que estatui “princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Fala-se em dever de colaboração, que vai ao encontro das situações subjetivas complexas tratadas pelo professor Pietro Pierlingieri. O enunciado está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre venda internacional de mercadorias, no sentido de que “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”. Para a Autora da proposta do enunciado, Vera Maria Jacob Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, haveria uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.

²⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In Revista Trimestral de Direito Civil*, n° 19, 2004.