

REFLEXÕES ACERCA DA MITIGAÇÃO DE DANOS: RESENHA À OBRA “MITIGAÇÃO DE DANOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL”, DE DANIEL DIAS (1. ED. SÃO PAULO: THOMSON REUTERS BRASIL, 2020)

THOUGHTS ON DAMAGE MITIGATION: REVIEW OF THE BOOK “MITIGAÇÃO DE DANOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL”, BY DANIEL DIAS (1. ED. SÃO PAULO: THOMSON REUTERS BRASIL, 2020)

José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins ⁱ

A obra em apreço corresponde a uma versão revista e ampliada da tese de doutorado defendida por Daniel Dias no ano de 2016 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o produto final de uma extensa pesquisa realizada pelo autor ao longo de anos, em uma incessante e incansável dedicação sobre o tema da mitigação dos danos na responsabilidade civil. Trata-se de obra de fôlego, com 410 páginas, em que são esmiuçadas as peculiaridades da adoção de uma norma em que o lesado seja obrigado a mitigar o seu próprio prejuízo.

Em linhas gerais, a problemática que serve de pano de fundo é a seguinte: na ocorrência de um dano culposo, seja ele de natureza contratual ou extracontratual, a vítima é instada a mitigar os prejuízos considerados por ele evitáveis? Se a mitigação é devida, qual seu fundamento jurídico e quais são seus pressupostos?

O esforço do autor em seu livro consiste na demonstração de que não só a mitigação de danos está inserida no ordenamento jurídico brasileiro, como tem fulcro no artigo 403 do Código Civil, ao considerar o dano evitável como um efeito indireto e mediato do evento lesivo. Logo, não haveria razão para que se recorresse à boa-fé ou a quaisquer instrumentos estrangeiros para solucionar casos em que o lesado culposamente não evitou ou mitigou o próprio dano, assim como já se encontra defesa na doutrina e jurisprudência nacionais.

O livro está dividido em quatro partes, compostas por um total de quinze capítulos. Na primeira parte, Daniel Dias já exhibe a profundidade de sua pesquisa ao não compreender a mitigação de danos em uma acepção meramente contemporânea. Suas reflexões buscam as raízes históricas, revelando ao leitor criticamente a abordagem com que ordenamentos jurídicos estrangeiros, como o italiano, alemão e francês, desenvolvem a ideia de dano evitável como um

ⁱ Pós-doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coursou *Law and Economics* na Universidade de Chicago. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Advogado. <https://orcid.org/0000-0002-2890-7881>

dano indireto. Isso sem deixar de explicar ao leitor as especificidades de cada sistema jurídico, evitando quaisquer confusões que porventura possam surgir para alguém que não esteja com eles familiarizado. E a história do direito brasileiro não é esquecida, já que no capítulo 5, último da primeira parte, o autor identifica a presença da concepção de dano evitável como dano indireto e como culpa do ofendido.

A segunda parte, por sua vez, inaugura as reflexões acerca do cenário atual da mitigação dos danos. Inicialmente, Daniel Dias realiza uma extensa análise da mudança de perspectiva no direito francês, apontando a existência de uma por ele bastante criticada crise na mitigação de danos, em que decisões da Corte de Cassação entenderam como sujeitos a ressarcimento os danos evitáveis, tendo em vista que não haveria ao lesado a obrigação de adotar medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo. A seguir, é feita uma reflexão sobre o direito italiano, apontando a evolução interpretativa do artigo 1.227, II do Código Civil italiano, que dispõe que não serão ressarcidos os danos que o credor teria podido evitar usando a diligência ordinária. São apontadas duas perspectivas para explicação do fundamento do dispositivo legal: a causalidade jurídica e a boa-fé, sendo que Daniel Dias já apresenta preferência pela primeira em razão da tese central que defende.

Encerrando a segunda parte de sua obra, o autor discorre sobre a atual incorporação da ideia da mitigação no Direito Civil brasileiro, a partir da influência da publicação do artigo da professora Véra Fradera, a qual defende a recepção do instituto anglo-americano do *duty to mitigate the loss*, expressão esta pela qual ficou conhecida a mitigação de danos no âmbito nacional. Como já sinalizado alhures, tece críticas a alguns pela importação sem as devidas adaptações de um instituto jurídico próprio do sistema de *common law*¹ ou, ainda, àqueles que encontram no princípio da boa-fé objetiva o fundamento para a norma de mitigação², assim como defendemos em nossa obra³.

Tem razão em sua posição contra a importação acrítica de institutos jurídicos estrangeiros. Há muito a ciência jurídica, não só a desenvolvida em território nacional, aponta as dificuldades e equívocos de se incorporar ideias vindas do exterior, em contextos distintos e com parâmetros jurídicos particulares, para outro sistema jurídico. É preciso respeitar as peculiaridades, compreender que o Direito não se constrói pelos mesmos caminhos e passos em todos os ordenamentos jurídicos, ainda que influenciados por um complexo de valores em comum ou, em termos propriamente jurídicos, por uma mesma ordem jurídica.

Por isso que importar para o direito brasileiro a norma de mitigação por mera transposição do *duty to mitigate the loss* do sistema de *common law* se apresenta como um equívoco que não considera as divergências estruturais com o sistema de *civil law*. Se o exercício

¹ DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 181-183.

² Vide, neste sentido, o Enunciado nº 169 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, baseado nos estudos de Véra Jacob de Fradera: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

³ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 101.

de direito comparado se faz necessário, que se faça a devida adaptação.

Neste ponto é que apresentamos divergência ao pensamento de Daniel Dias. Embora muito bem estruturada sua construção sobre o fundamento da norma de mitigação, ainda assim não nos convencemos de que ela não estaria enraizada no princípio da boa-fé. A começar pelo argumento de que a boa-fé é exclusiva do âmbito contratual, por estar prevista no artigo 422 do Código Civil, o que dificultaria sua aplicação no âmbito da responsabilidade civil aquiliana. A nosso ver, a boa-fé se irradia por todo o ordenamento jurídico, derivada da solidariedade constitucional, o que faz com que atue em toda relação jurídica.

Tal perspectiva acaba por atrair outra consideração importante: existem importantes aspectos axiológicos e que implicam em *standards* de comportamento que são derivados da boa-fé, da honestidade, probidade e lealdade, que ficam ausentes se for levado em conta somente a causalidade do artigo 403 do Código Civil. Perde em essência e conteúdo a norma de mitigação, para se tornar um mero instrumento de verificação de causa e efeito. O que não significa, assim como critica o autor, de “imposição de o credor em ser leal com quem não foi leal com ele”, pois a deslealdade será devidamente punida, a nosso ver, em razão de o devedor ter que arcar com os gastos com a mitigação do dano havidos pelo credor.

Nestes termos é que compreendemos que a norma de mitigação está contida na função delimitadora do exercício de direitos subjetivos do princípio da boa-fé, haja vista que restringe a liberdade – inclusive omissiva – do credor, além de limitar o valor indenizatório a ser recebido quando da sua inobservância. Em outras palavras, com o inadimplemento (ou dano, no campo extracontratual) nasce o direito subjetivo do credor de ser indenizado, que será exercido por meio dos poderes jurídicos a ele inerentes. Ocorre que tais poderes jurídicos encontram limitação na norma de mitigação: se cumprida com o afastamento dos danos evitáveis, o direito subjetivo é exercido plenamente, cobrindo os gastos havidos com as medidas de mitigação. Caso contrário, é imposta restrição no valor indenizatório. Trata-se, a nosso sentir, de concepção que converge mais com a ideia de obrigação como um processo, dinâmico, que no seu transcorrer gera direitos, deveres, ônus e poderes que podem não estar presentes desde logo⁴.

De um modo ou de outro, mesmo que por caminhos distintos, é notável que tanto a construção de Daniel Dias quanto a nossa⁵ chegam a conclusões semelhantes, sendo digno de efusivos aplausos não só a reflexão a partir de parâmetros mais explícitos no ordenamento jurídico brasileiro para o reconhecimento da norma de mitigação como também pelo reforço que acaba evidenciando de que é indiscutível que há ao lesado uma mitigação a ser cumprida quando assim for possível.

Na terceira parte, após traçar todo este panorama, o autor começa a desenvolver a ideia central de sua tese anteriormente apresentada, apresentando as bases dogmáticas para a defesa

⁴ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 108-109.

⁵ Propomos ainda uma regra de aferição de razoabilidade tanto para o lesado quanto para o magistrado, a fim de tentar impedir a aplicação equivocada da norma de mitigação (MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 195-223).

de uma mitigação de danos a partir da verificação da *evitabilidade* dos danos como um dano indireto e mediato, nos termos do artigo 403 do Código Civil. Considera que se trata de um critério autônomo de imputação objetiva, já que possui características dogmáticas distintas dos demais critérios apresentados pela doutrina contemporânea⁶, não se confundindo, portanto, com a necessidade da causa, culpa exclusiva da vítima, interrupção donexo causal, dentre outros apresentados.

Trata-se de um destaque de sua obra pela profundidade com que trata as teorias que abordam a causalidade, trazendo críticas contundentes e muito pertinentes à concepção predominante sobre o tema no Brasil. Arriscaríamos dizer até mesmo que seus apontamentos transcendem o estudo da mitigação, merecendo a publicação de um estudo próprio, apto a revolucionar o *status quo* reinante que há muito não sofre merecidos abalos na ciência jurídica pátria e que só acarretam em dificuldades na aferição da responsabilidade civil.

Adiante, já no capítulo 10, Daniel Dias reflete sobre a situação jurídica do lesado, entendendo que a mitigação de danos não possui natureza de dever nem de ônus, e sim, de incumbência. Combate o argumento de ser um dever por considerar uma inversão do decurso natural das coisas, em que se classifica primeiro para depois impor características à situação jurídica conforme a classificação. O ônus, por sua vez, é refutado pela ideia de que o princípio da boa-fé impõe deveres acessórios, cuja observância é de interesse de ambas as partes envolvidas. Logo, haveria incompatibilidade com a coação para o seu cumprimento, pois o ônus se dá no interesse do próprio onerado⁷.

Daniel Dias propõe a utilização do termo “incumbência” para fundamentar a situação jurídica do lesado, que seria o equivalente à *Obliegenheit* alemã, ainda que outros autores a traduzam como ônus ou encargo. E o distingue do dever jurídico e do ônus pelo fato de o incumbido apenas suportar uma desvantagem, como uma perda ou diminuição da pretensão indenizatória, além de ser necessária a culpa para a sua configuração⁸.

A proposta é bastante interessante. Todavia, se ao mesmo tempo é uma solução, também é um problema. Pela impossibilidade de conseguir classificar sua concepção do instituto em uma categoria jurídica já existente, o autor acaba por criar uma nova. Não se desconsidera a fundamentação sólida no direito alemão (e encontrada também no direito suíço pela figura da *incombance*), mas é certo que se torna uma saída mais simples do problema do que tentar resolvê-lo pelas ferramentas que já estão à disposição. Talvez seja um momento bastante pertinente para uma releitura das categorias jurídicas já consolidadas no direito brasileiro. No entanto, as diferenças apresentadas não parecem suficientemente fortes para afastar a norma de mitigação da figura do ônus jurídico, o qual defendemos como sua natureza jurídica⁹.

⁶ DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 241.

⁷ DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 254.

⁸ DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 257-259.

⁹ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 103-113.

Na quarta parte, Daniel Dias passa a apresentar os pressupostos da mitigação dos danos e grupo de casos para sua aplicação. De pressupostos de incidência, são listados o evento danoso, a violação da incumbência, a culpa, o dano e o nexos causal. A seguir, é apresentado o artigo 77 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional (CISG), tratado internacional ratificado pelo Brasil, que impõe ao credor inadimplido a obrigação de realizar operações substitutivas para evitar ou minorar o agravamento do seu prejuízo. Depois, é apresentado com grande ineditismo o uso da mitigação dos danos nos casos de tratamento médico e reabilitação profissional nos termos do artigo 950 do Código Civil. Novamente, a qualidade da pesquisa de Daniel Dias se evidencia, já que o autor não se preocupa apenas em mostrar a aplicabilidade de suas ideias nestes campos, mas também de trazer os entendimentos jurisprudenciais contemporâneos para que o leitor compreenda o atual estado do tratamento da matéria.

No último capítulo, o livro se encerra com a demonstração da inaplicabilidade da mitigação de danos nos casos de exercício tardio de um direito, posição que compartilhamos¹⁰. Afinal, não se pode misturar o *duty to mitigate the loss* com a *suppressio e surrectio*, outros desdobramentos do princípio da boa-fé que possuem campo próprio de aplicação.

Diante de todo o exposto, o que se pode dizer ao final é que é inegável a contribuição do livro de Daniel Dias para a literatura jurídica brasileira sobre a mitigação de danos. A atenção aos detalhes e o nível de aprofundamento de sua pesquisa concedem-lhe condições suficientes para a defesa de sua ideia, ainda que em vários momentos se mostre contrária aos entendimentos já consolidados em sede doutrinária e jurisprudencial pátrias sobre o tema. Sem sombra de dúvidas, uma obra que merece uma leitura atenta e consideração em qualquer debate que se pretenda realizar uma reflexão de alto nível acerca da norma de mitigação.

REFERÊNCIAS

DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Verbatim, 2015.

Como citar: MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Reflexões acerca da mitigação de danos: Resenha à obra “Mitigação de danos na responsabilidade civil”, de Daniel Dias (1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020). **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 163-167, jan./abr. 2021.



¹⁰ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 132-137.