
ENTRE ATORES INTERNACIONAIS E PROCESSOS DE IMPORTAÇÃO – PRODUTO: DUTY TO MITIGATE THE LOSS

Roberto Wagner Marquesi*
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**
Wesley Tomaszewski***

A internacionalização do direito é um processo de operacionalização do direito realizado por diversos atores em múltiplos territórios. Revela importantes desdobramentos do ordenamento jurídico contemporâneo, pois traz consigo a ideia de desterritorialização: vários atores construindo o ordenamento jurídico de forma multidirecional. (Varella, Marcelo Dias. Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade)

RESUMO

O presente artigo tem por escopo debater sobre a atuação dos atores internacionais e o protagonismo destes em relação aos limites do direito nacional e internacional, principalmente sob a ótica doméstica de criação de fontes jurídicas distintas, as quais são capazes de impactar o sistema jurídico contemporâneo. Nesse sentido, verifica-se a teoria do *duty to mitigate the loss* como um resultado de tal multiplicidade de atores e territórios, uma vez que respirou os ares do *Comon law* e agora manifesta-se no *Civil law*. Não obstante, sem desdobramentos substantivos e adjetivos claros na tutela jurisdicional.

31

Palavras-chave: direito civil; atores internacionais; *duty to mitigate the loss*.

ABSTRACT

This article aims to discuss the role of international actors and their role in relation to the limits of national and international law, mainly from the domestic perspective of creating

* Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor dos cursos de graduação em direito da PUC – Campus Londrina. Professor do Curso de Doutorado da Universidade Estadual de Londrina. e-mail: marquesi@uel.br

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Mestrado em Direito Negocial e da Graduação da Universidade Estadual de Londrina. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Negócios Biojurídicos: as tecnologias e o Direito Civil”. e-mail: rita.tarifa@gmail.com

*** Doutorando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela BB&G/CESUSC de Florianópolis, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da PUC/PR Campus Londrina, Advogado. e-mail: wesley.tomaszewski@pucpr.br



different legal sources, which are capable of impacting the contemporary legal system. In this sense, the theory of the duty to mitigate the loss is verified as a result of such a multiplicity of actors and territories, since it breathed the air of Common law and now manifests itself in Civil law. However, without clear substantive and adjective developments in judicial protection.

Keywords: civil right; international actors; duty to mitigate the loss.

SUMÁRIO

1 BREVE INTRÓITO. 2 UM NOVO TEMPO: O CENÁRIO DA PÓS-MODERNIDADE – GLOBALIZAÇÃO, INTERNACIONALIZAÇÃO E DIGITALIZAÇÃO. 3 DO PROCESSO DE IMPORTAÇÃO DA TEORIA DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*. 3.1 A teoria do *duty to mitigate the loss* na tradição do *common law* **3.2** A teoria do *duty to mitigate the loss* como produto importado pela doutrina/jurisprudência do Brasil. **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

1 BREVE INTRÓITO

Percebeu-se ao longo dos anos, e mais hodiernamente, um processo de desenvolvimento, até então, não experimentado. Em especial nas tecnologias de informação, da telemática, da globalização, da internacionalização, dentre outras esferas como fatores ensejadores de uma mudança paradigmática no modo de visão e funcionamento das instituições, além da criação e/ou importação de novas figuras jurídicas.

Notou-se um cenário marcado pela tenuidade entre o direito nacional e internacional, uma vez que o processo de internacionalização se expande em diferentes níveis/setores.

Tal processo de internacionalização se releva na operacionalização da fenomenologia jurídica protagonizada por diversos atores e em distintos territórios. De forma que a desterritorialização, construção jurídica, inclusive doméstica, passa a se desenvolver de forma multidirecional e por diferentes atores.

São trajetórias políticas, econômicas, tecnológicas, telemáticas, enfim, capazes de impor novas culturas, novas plataformas de negócios, novos atores globais, ou seja, uma simbiose de toda ordem, tendo-se a globalização como o processo de maior integração global.

E dentro deste contexto se verifica um instrumento, a saber: o contrato que é um instituto eternamente presente na triangulação básica do Direito Civil, ombreado pela

32



propriedade e família.¹ Destarte, este sofre os efeitos e mudanças decorrentes das relações sociais hodiernas.

Por ser o instrumento mais cotidiano das relações privadas foi sedimentado em uma orientação privatista-individualista a serviço do capitalismo, respirou os ares deslocados pelo advento do Estado Social (*welfare state*) e agora oxigena-se com o Estado Democrático de Direito.

Tal desenvolvimento da estrutura social provocou uma decadência da sua roupagem clássica liberalista-individualista sedimentada na autonomia da vontade, em detrimento de um contrato “*ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa.*”²

Semelhantemente, este sofrera não só alterações em sua estrutura, mas sim no concernente aos seus efeitos, que tradicionalmente encontrava-se adstrito a liberdade contratual, agora encontra outros institutos que podem operar na eficácia pós-contratual e seus contornos.

Neste cenário de renovo encontra-se a importação da teoria do *duty to mitigate the loss*, a qual tem por referencial a mitigação de efeitos pós contratuais decorrentes do inadimplemento, a qual encontra suas bases no direito alienígena.

A teoria em comento encontra-se em episódios da doutrina e jurisprudência pátria. Diante de tal importação o Direito não pode ficar estranho aos impactos e transformações que diuturnamente podem ocorrer em razão de tal aplicação.

Evidentemente que não pode ser criada uma nova fonte normativa para cada novo fenômeno, mas que tais mudanças sejam apreciadas com base nas normas jurídicas preexistentes e os princípios informadores destas.

Assim, torna-se necessária uma leitura dos valores que compõem a ordem negocial, em especial em relação a eficácia contratual, em virtude desta servir de sustentação para o deslinde das pequenas às ontológicas questões atinentes a contratação.

¹ Nesse sentido, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução Crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 123.

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.* p. 118.



2 UM NOVO TEMPO: O CENÁRIO DA PÓS-MODERNIDADE – GLOBALIZAÇÃO, INTERNACIONALIZAÇÃO E DIGITALIZAÇÃO

O cenário da realidade contemporânea é relatado como uma sociedade pós-moderna, diversificada, integrada, avançada tecnologicamente – digitalizada, dentre outros aspectos. Há quem diga que este cenário fora montado em detrimento de um objetivo, que pode ser resumido em um vocábulo hodiernamente muito em voga, a saber: globalizar.

Entretanto, qual seria o real sentido deste vocábulo e quando o fenômeno avassalador da globalização teve seu enceto?

Devido à preocupação antiga do homem de estender seus domínios pelos povos vizinhos, poder-se-ia localizar a primeira onda globalizadora com a política expansionista do Império Romano, iniciado por volta de 753 a. C., tendo-se como segunda a expansão marítima e colonial, a partir do século XV, as grandes descobertas e expedições capitaneadas pelo navegante genovês Cristóvão Colombo e financiadas pelo Reino de Castilha y Aragon que romperam, em 1492, o isolamento entre o “Velho” e o “Novo Mundo” e implicaram no crescente contato entre os países então existentes. A terceira onda globalizadora seria localizada no século XIX, com a Revolução Industrial e os avanços tecnológicos que resultou em uma expansão mercantil, alteração nas relações de trabalho e a expansão vertiginosa de empresas multinacionais e conglomerados financeiros. Por quarta onda tem-se a sociedade pós-moderna, identificada na Queda do Muro de Berlim (1989) fato político que determinou a democratização dos entes pertencentes a “Cortina de Ferro”, da mudança de modelos econômicos de socialistas para capitalistas e do recrudescimento dos processos de independência nacional.³

Não obstante, este breve panorama histórico, há quem entenda que a *globalidade é um subproduto da revolução Industrial*⁴, pode ser localizada, também, como um fenômeno recente decorrente da mundialização das economias⁵, enfim, se não fosse suficiente a

³ SILVA NETO, Manoel Jorge. Globalização e Direito Econômico. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 154.

⁴ RODRIGUES PINTO, José Augusto. A Globalização e as relações Capital. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). *Trabalho in Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 88.

⁵ Nesse sentido. FARIAS, Cristiano Chaves de. *A proteção do consumidor na era da globalização in Globalização e Direito/ coordenadores Adorado Leão e Rodolfo Pamplona Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 34.



inexatidão de seu nascedouro e desenvolvimento, deveras problemática a definição do que seja globalização.

É cediço aduzir que a globalização se desdobra em várias vertentes: Política, Econômica, Sociológica, Cultural, Ecológica, dentre outras. Evidencia-se termos como livre mercado, concorrência e competitividade, hegemonias, internacionalização, alterações nas relações de trabalho, papel do Estado, Revolução das Comunicações e o crescimento vertiginoso da telemática. Diante destes elementos alguns autores conceituam o fenômeno global. Nesse sentido, conceitua Paulo Sandromini “*Termo que designa o fim das economias nacionais e a integração cada vez maior dos mercados, dos meios de comunicação e dos transportes.*”⁶ Já Ancelmo César Lins de Góis e Ana Flávia Barros-Platiau, o termo designa “*a crescente e acelerada transnacionalização das relações econômicas, financeiras, comerciais, tecnológicas, culturais e sociais, que vem ocorrendo especialmente nos últimos vinte anos*”.⁷

Em que pese a conceituação de ordem genérica ou em uma vertente específica, acertada é a postura de J. J. Calmon de Passos ao entender que, hodiernamente, não há um termo tão abrangente e ao mesmo tempo tão inespecífico como globalização, um fenômeno onipresente e onipotente, impregnado de todos os saberes e todos os *acontecimentos* “*quando falo de globalização, uma palavra que diz tudo e nada significa. Diz tudo porque a tudo ela é referida e não diz nada porque, embora tudo refira, nada esclarece.*”⁸ Nessa ordem de ideias André-Jean Arnaud foge de defini-la preferindo vê-la como um valor paradigmático.⁹

J. J. Calmon de Passos suscita a necessidade de observar a globalização como um fenômeno de múltiplas faces, com vários campos de incidência e com consequências diferenciadas, com perspectivas econômicas, políticas e tecnologias, sendo esta última de papel fundamental no processo seria a “*glorificação da tecnologia*”. Nesse sentido, Gabriele Muzio “*A última onda de inovações praticamente erradicou as dimensões físicas e*

⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge. Globalização e Direito Econômico. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 152.

⁷ LINS de GÓIS, Ancelmo César. BARROS PLATIAU, Ana Flávia. Direito Internacional e globalização em face das questões de direitos humanos. *Revista CEF*, v.4, n. 11, maio/ago. 2000. p. 89.

⁸ CALMON de PASSOS, J.J. *Globalização, Direito e Política in Globalização e Direito/* coordenadores Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 125.

⁹ ARNAUD, André-Jean. in CALMON de PASSOS, J.J. *Globalização, Direito e Política in Globalização e Direito/* coordenadores Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 131.



psicológicas do espaço e do tempo. Os povos da bioesfera estão sendo transformados no que chamarei de povos do sistema tecnológico.”¹⁰

Quanto a este viés tecnológico, a sociedade, hodiernamente, vive a era da informação, onde o grande capital econômico nas empresas não reside em seus equipamentos, mas sim em patentes, direitos autorais, software, segredos industriais e demais qualidades e habilidades humanas que concentram o conhecimento como principal fator.

De acordo com Wladimir Pirró¹¹ “*tecnologia é o conjunto ordenado de todos os conhecimentos – científicos, empíricos ou intuitivos – empregados na produção e comercialização de bens e serviços*”. Já Carlos Henrique Fróes acrescenta:

Tecnologia pode ser definida como o conjunto ordenado e sistemático de conhecimentos técnicos patenteados ou não, capazes de levar à prática uma idéia no plano industrial. Abrange produtos, processos de fabricação, inovações, planos, estudos, projetos, desenhos, fórmulas, instruções e serviços de assistência técnica, científica e administrativa.¹²

Ou seja, evidencia-se a tecnologia como elemento intrínseco a atividade econômica-empresarial, como fator cognitivo de produção, que pode ser patenteada ou não.

36

Em atenção a tal cenário de expansão de toda ordem aponta Marcelo Dias Varella.

Nesse contexto em transformação, emergem lógicas heterogêneas com diferentes concepções sobre sistema jurídico, conflitos de culturas e de religiões, aspirações de hegemonia. Qualquer tratamento universal sofre dificuldades em legitimar-se. No plano internacional, acumulam-se lógicas setoriais distintas, como conflitos entre direitos humanos e comércio, direito humanitário e garantias fundamentais, mas também crescem as pontes de complementaridade entre diferentes subsistemas jurídicos. A teoria jurídica procura não apenas um novo “dever ser”, a partir de uma busca dos tratamentos jurídicos possíveis para uma nova realidade, mas também identificar a nova realidade, o que é muito difícil, porque tal realidade ainda não se estabilizou, os processos de interação entre os atores envolvidos estão em plena ebulição.¹³

¹⁰ MUZIO, Gabriele. *A globalização como estágio de perfeição do paradigma moderno: uma estratégia possível para sobreviver à coerência do processo*, em *Os sentidos da democracia política de dissenso e hegemonia global*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1999. p. 113 e ss.

¹¹ *Tecnologia e transferência de tecnologia*, palestra proferida no II Seminário sobre Transferência de Tecnologia em Salvador, 1979. p. 2.

¹² FRÓES, Carlos H. C. Contratos de tecnologia. *Revista Forense*, São Paulo, 1796, v. 72, n. 253, p. 123.

¹³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 16.



E arremata o autor em apreço que “o direito em face da globalização passa a ter diferentes lógicas de funcionamento, especializando-se conforme a própria sociedade internacional se transforma e se especializa.”¹⁴

Em atenção a esta lógica e funcionamento, oportuno e conveniente mergulhar no processo de importação da teoria do *duty to mitigate the loss*.

3 DO PROCESSO DE IMPORTAÇÃO DA TEORIA DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

Constatável nas últimas décadas o fenômeno da judicialização dos princípios jurídicos na busca de uma concretização de tais bases valorativas. A movimentação em apreço se dá à luz da sistemática aberta empregada pela codificação civil e em razão de importações de institutos jurídicos do direito alienígena.

A mobilidade empregada pelo Código Civil, tem por escopo, proporcionar uma maior aplicação e interpretação das cláusulas gerais, que oferecem permeabilidade ao sistema e oportunizam ao magistrado a autonomia para colmatar seu conteúdo. Tal amplitude e discricionariedade é conferida pelo ordenamento civil, por tratar-se de um documento *aberto* marcado pela adoção de conceitos legais indeterminados (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), de conceitos indeterminados pela função (*funktionsbestimmte Rechtsbegriffe*) e pelas já mencionadas cláusulas gerais.

Nesse sentido, notório que existe manifesta interatividade entre cláusulas gerais¹⁵, princípios gerais de direito¹⁶, conceitos legais indeterminados¹⁷ e conceitos determinados pela função¹⁸.

¹⁴ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 22.

¹⁵ Cláusulas Gerais “são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir.” Franz Wieacker “*Privatrechtsgeschichte*” in NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTR, 2003. p. 408.

¹⁶ Princípios Gerais de Direito “são regras que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas (LICC, 4º; CPC 126)” Eros Roberto Grau “*Poder discricionário*” in NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTR, 2003. p. 406.

¹⁷ Conceitos legais indeterminados “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se



De qualquer sorte o direito material construído encontra leitura e adjetivação pela tutela jurisdicional e suas ferramentas. Tal logística que mesmo fluída encontra concretude pela aludida via, proporciona a oxigenação do sistema e a ventilação dos anseios sociais, determinados no tempo e no espaço.

A atenção social é registrada em vários dispositivos do Código Civil, tais como: destinação econômico-social¹⁹, fim social²⁰, função social²¹, interesse social²² e comportamento antissocial²³.

É justamente no contexto da socialidade e eticidade é que se encontra a teoria do *duty to mitigate the loss*, a qual encontra subjetividade e amplitude de ordem principiológica/teórica, uma vez que existem requisitos e cenários em notória desarmonia com o nascedouro no sistema da *common law* até a sua chegada, a priori, doutrinária e efetivação como *ratio decidendi* pelos tribunais brasileiros.

3.1 A Teoria do *Duty To Mitigate The Loss* na Tradição do *Common Law*

A teoria do *duty to mitigate the loss* tem sua origem na tradição do *common law*, sendo que terras Norte-americanas, Canadá e Austrália foi denominada de *mitigation*

38

relacionam com uma hipótese de fato posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto.” NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTR, 2003. p. 407.

¹⁸ “Os conceitos legais indeterminados se transmudam em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto. Servem para propiciar e garantir a aplicação correta, equitativa do preceito ao caso concreto. [...] São, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais.” Karl Larenz “Methodenlehre der Rechtswissenschaft” in NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTR, 2003. p. 408.

¹⁹ Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

²⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²¹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²² Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa

Art. 1.228. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

²³ Art. 1337. Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.



doctrine (BRIDGE, 1989, p. 307) ou de *mitigation principle* (SCOTT; KRAUS, 2007, p. 113), ou ainda de *doctrine of avoidable consequences* (GOETZ; SCOTT, 1983, p. 793).²⁴

Por evidente que decorrente da indissociabilidade do Direito ao ambiente social as diferenças e realidades culturais são oportunas no momento e aplicação de determinado instituto em um contexto distinto daquele em que fora gerado.

Noticia-se que o primeiro caso envolvendo a aplicação da teoria em apreço deu-se no ano de 1677 em terras britânicas.²⁵

O mérito versava sobre uma compra e venda de mercadorias a serem entregues na Cidade de Ipswich, sendo que o local seria ainda indicado pelo comprador, quando da chegada do vendedor a aludida cidade. Sendo que, estando o vendedor em Ipswich, precisou o mesmo aguardar por seis horas até a chegada do comprador, e, finalmente, fosse apontado o local da entrega das mercadorias. Contudo, tal período de espera e encontrando-se os cavalos cansados e amarrados, estes morreram.

Tal estado de coisas levou ao ajuizamento de ação indenizatória por parte do vendedor em face do comprador pleiteando o ressarcimento de tais danos.

O pedido foi negado sob o argumento de que foi insensatez do autor deixar os cavalos presos e que poderia ter desvencilhado os cavalos da carruagem ou ter acomodado as mercadorias em qualquer local da Cidade de Ipswich.

Ou seja, deveria o autor ter, minimamente, mitigado os efeitos do dano experimentado, isso em um cenário marcado pela inexistência de Códigos, onde as decisões jurisdicionais se dão com base no denominado precedente.

3.2 A Teoria do *Duty to Mitigate The Loss* Como Produto Importado Pela Doutrina/Jurisprudência do Brasil

Pode-se dizer que o primeiro momento de reflexão da doutrina brasileira acerca da teoria do *duty to mitigate the loss* foi realizada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior ainda no ano de 2003, em obra que tratava da Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor.

²⁴ Conforme compilação doutrinária realizada por COMINO, Tomas Barros Martins. *As desventuras do duty to mitigate the loss no brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo (Dissertação de mestrado), 2015. p.16.

²⁵ FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004. p.778.



O reconhecimento de que do inadimplemento surgiu um dano bastante grave para que se decreta a extinção do contrato dependerá da avaliação do valor desse dano. Para isso, não será levada em linha de conta a quantidade do dano causado à parte, mas sim o grau de ofensa à economia do contrato [...]. Assim, durante a mora do devedor, as condições econômicas poderão vir a ser alteradas de modo tal que a contraprestação prometida pelo credor se torne significativamente maior e mais valiosa do que a prestação ainda possível do devedor. Sendo este o descumpridor, ainda que sem maior gravidade, o fato novo que surgiu, onerando sobremaneira o credor, justifica a resolução do negócio, porque a sua economia ficou afetada em razão da demora do devedor, e não seria justo que o descumprimento funcionasse aí a favor do faltoso, com grave ônus ao credor, que por isso pode se liberar da obrigação. Ainda nesse tema, deve ser lembrada a doutrina da mitigação ('doctrine of mitigation'), pela qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do incumprimento.²⁶

Tal entendimento no ano de 2004 foi considerado em julgamento pelo Tribunal de Justiça Paranaense.

“CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE DO PROMISSÁRIO-COMPRADOR INADIMPLENTE. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. A promitente vendedora tem também o dever de evitar o agravamento do dano causado pelo inadimplemento e procurar recuperar a posse da unidade, abandonada pelo promissário-comprador, o mais rápido possível. Assim não procedendo, o inadimplente não responde pelo pagamento dos meses correspondentes à inércia da compromitente. Apelação provida em parte.”²⁷ (TJ/PR, Apelação autos do processo n. 158909-7, 6ª Câmara Cível, Rel. Albino Jacomel Guerios, julgado em 23/08/04)

40

No ano de 2006 a mesma obra em apreço foi considerada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.²⁸

Apesar de tal trajetória pela jurisprudência, insta ressaltar que no mês de dezembro de 2004, em razão da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao se analisar o disposto no artigo 422 do Código Civil, resultou em publicação de enunciado sob a seguinte redação: Enunciado 169. “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.²⁹

²⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. p. 136.

²⁷ TJ/PR, Apelação autos do processo n. 158909-7, 6ª Câmara Cível, Rel. Albino Jacomel Guerios, julgado em 23/08/04.

²⁸ TJ/SP, Apel. n. 330.628.4/2-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 23.03.06

²⁹ III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal.



Muito importante, também, registrar a contribuição de Comino o qual, em contundente estudo comparado, aponta que existe significativa diferença entre a teoria do *duty to mitigate the loss* observado e aplicado nos países do *common law* e sua ideia representada sob a mesma terminologia no Brasil.

Uma das teses deste trabalho é a de que o *duty to mitigate the loss* é mais apropriadamente associado à noção de causalidade do que à de boa-fé, seja em países da *common law* (HART & HONORÉ, 1985; BRIDGE; FARNSWORTH E. A., 2004; ADAR, 2013; FURMSTON, 1981), seja quando examinado na Itália (ROSSELLO, 1983), seja quando discutido na Alemanha (SCHLECHTRIEM, 1986), embora, visto sob outra perspectiva, exista quem, sem desprezar a causalidade, lhe atribua, nos EUA, fundamentos econômicos (GOETZ & SCOTT, 1983). Analisando, no Direito Italiano, uma exigência di *correttezza* – e não o *duty to mitigate the loss* propriamente dito – encontramos quem a associe, em caráter primário (DEL CUPIS) e em caráter secundário (BETTI), à causalidade, fazendo referência ao artigo 1.227 do Codice Civile, não obstante também reconheçam aí a incidência da boa-fé. Proveniente de uma jurisdição de tradição mista do Direito, que é o estado americano da Louisiana, LITVINOFF conjuga *duty to mitigate the loss* e boa-fé, descartando a causalidade (1999). Talvez a diferença de visões decorra das idiossincráticas extensões que cada um dos autores confere à boa-fé; afinal, Direito e cultura são indissociáveis.³⁰

41

Tal estado de coisas impossibilita uma determinação jurídica acerca de requisitos/elementos/cenários a priori indispensáveis para mensuração do direito material, o qual, por sua vez, dificulta os reflexos na lei adjetiva e na tutela jurisdicional. Deveras necessária uma pormenorização, que caso não realizada resultará em um “direito civil contemporâneo, a gradual substituição da técnica legislativa regulamentar pela adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados provocou verdadeira crise nas teorias das fontes normativas.”³¹

De qualquer sorte, se percebe que a teoria do *duty to mitigate the loss* ora localiza-se na causalidade³², ora na boa-fé objetiva, ora como dever, ora como ônus, ora comum as partes, ora imposta ao credor.

³⁰ COMINO, Tomas Barros Martins. *As desventuras do duty to mitigate the loss no brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo (Dissertação de mestrado), 2015. p.61.

³¹ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, prefácio.

³² A título de exemplo o artigo 44 do Código de Obrigações Suíço “*IV. Grounds for reducing compensation Art. 44 Where the injured party consented to the action which caused the loss or damage or circumstances attributable to him helped give rise to or compound the loss or damage or otherwise exacerbated the position*”



Tal conclusão é apontada por Fradera:

é de difícil definição, podendo estar tanto na categoria dos deveres (se existe regra positiva a respeito, como na CISG), bem como incumbência [...] ou ainda, como uma obrigação de pequeno porte, conforme a doutrina alemã.

[...]

Não cumprido o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de venire contra factum proprium, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre em França. No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral, permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual. A consideração do dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos. 71 Como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual.³³

A formação de tais balizas promove parâmetros intrínsecos e extrínsecos e provoca a cautela de identificar a natureza jurídica da teoria em apreço, principalmente em atenção a função por ela desempenha no caso concreto “é exatamente por causa deste dinamismo atual, e desta conseqüente propensão às mudanças súbitas de opinião e de conduta, que se deve cogitar de um princípio jurídico”³⁴

42

Não é diferente a preocupação expressamente considerada por COUTO e SILVA em sua obra *Principes Fondamentaux De La Responsabilite Civile En Droit Bresilien Et Compare*, publicada no ano de 1988:

Il y a dans la doctrine une discussion si le devoir de la victime d'éviter le dommage constitue une obligation ou un simple 'onus', ou charge, c'est-à-dire, un 'devoir d'intensité mineure' ou même un 'devoir en bénéfice propre'. Il y a des situations dans lesquelles les modèles juridiques se manifestent d'une forme mixte: ils se ressemblent aux devoirs et aux charges d'après la position avec laquelle on les regarde. Si l'on admet que les devoirs de la victime peuvent avoir la même nature que ceux de l'auteur du dommage, il faut conclure qu'il s'agit de devoirs au sens propre du terme. Nous avons déjà analysé dans un essai la nature de l'onus' ou de la charge, en démontrant que certaines espèces qui se ressemblent à la charge constituent

of the party liable for it, the court may reduce compensation due or even dispense with it entirely. ” Disponível em <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/220.en.pdf>, acesso em 06 de agosto de 2022.

³³ FRADERA, V. J. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, 109-119, 2004.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. *Proibição de comportamento contraditório*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 04.



en vérité une autre catégorie. Dans l'assurance, le soi-disant devoir d'indiquer l'aggravation d'un risque constitue, d'ailleurs, 'un droit potestatif'. C'est-à-dire, un droit que s'exerce par manifestation unilatérale de volonté avec la vertu de former immédiatement une nouvelle situation juridique. Apparemment il s'agit d'un 'devoir en bénéfice propre', c'est-à-dire, en bénéfice de l'assuré. S'il indique que le risque a été aggravé en exerçant un droit potestatif, le risque que nouveaux va être embrassé par le contrat d'assurance.³⁵

Não suficiente a problemática da definição de natureza jurídica, a qual, por evidente, já representa implicações ao se estabelecer um percurso pelo direito adjetivo, pela via da processualística. Verifica-se celeuma no que toca a concretização da teoria em concreto e a manifesta aproximação a teorias já devidamente incorporadas ao sistema brasileiro.

Tal constatação também é realizada por Comino.³⁶

No Brasil, o duty to mitigate the loss constitui, em uma das facetas que assume, um “dever”³⁷, embora assim não seja nos países de tradição common law (KONTOROVICH, 2001).³⁸ A qualificação que lhe foi atribuída, de forma lata, por AGUIAR JÚNIOR, e repetida, mas de forma estrita, por FRADERA, predomina³⁹ nas decisões dos tribunais. O duty do mitigate the loss é, segundo posição francamente majoritária, um “desdobramento da boa-fé objetiva”,⁴⁰ um “dever anexo” da boa-fé,⁴¹ um dever lateral “de mitigação dos próprios prejuízos,”⁴² um

43

³⁵ “Há na doutrina uma discussão se o dever da vítima de evitar o dano constitui uma obrigação ou um simples ‘ônus’, ou encargo, ou seja, um ‘dever de intensidade menor’ ou mesmo um ‘dever em benefício próprio.’ Há situações em que os modelos jurídicos se manifestam de uma forma mista: são semelhantes aos deveres e aos encargos, de acordo com a posição com a qual são vistos. Se se admite que os deveres da vítima podem ter a mesma natureza que os do autor do dano, há que se concluir que são deveres no próprio sentido do termo. Nós já analisamos a natureza do ‘ônus’ ou do encargo, demonstrando que algumas espécies semelhantes ao encargo constituem em verdade uma outra categoria. Nos seguros, o chamado dever de indicar o agravamento do risco é, aliás, um ‘direito potestativo.’ Ou seja, um direito que é exercido pela manifestação unilateral de vontade, com o condão de criar imediatamente uma nova situação jurídica. Aparentemente, não é um ‘dever em próprio benefício,’ ou seja, em benefício do segurado.” *Principes Fondamentaux De La Responsabilite Civile En Droit Bresilien Et Compare*, 1988, p. 111-112

³⁶ COMINO, Tomas Barros Martins. *As desventuras do duty to mitigate the loss no brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo (Dissertação de mestrado), 2015, p.83.

³⁷ TJ/RJ, Apel. Cível 0243392-18.2011.8.19.0001, 26ª Câmara Cível Especializada, Des. Myriam Medeiros da Fonseca Costa, assinado eletronicamente em 27 de junho de 2014. (“Fradera afirma também que a consideração do dever de mitigar como dever anexo justificaria o pagamento de perdas e danos, e ainda como se trata de um dever - e não de obrigação - contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual”)

³⁸ Para quem “mitigation is not a legal duty, since its neglect 'does not create a right of action in any other person.”

³⁹ Merece honrosa menção decisão que, absolutamente em linha com a tese deste trabalho, qualifica o duty to mitigate the loss como um ônus (TJ/RS, Apel. Cível nº 70055766745 (nº CNJ: 0301301-45.2013.8.21.7000), 5ª Câmara Cível, Rel. Maria Cláudia Mércio Chachapuz, julgado em 26/06/14, v.u).

⁴⁰ TJ/SP, Apel. n. 0126025-08.2007.8.26.0004, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Elcio Trujillo, julgado em 19/08/14, v.u

⁴¹ TJ/SP, Apel. n. 9195300-97.2007.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Piva Rodrigues, v.u



“dever de colaboração”⁴³ (ou de cooperação).⁴⁴ Ocorre que o dever de colaboração, este sim desdobramento da boa-fé objetiva, já existe, ou já existiria, no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente da importação do *duty to mitigate the loss*. A clássica obra de COUTO e SILVA a que já nos referimos é pródiga em questões relacionadas aos deveres de colaboração por parte do credor (A obrigação como processo, 2012)

Ou seja, acerca da legitimidade ou assertividade do processo de importação da teoria do *duty to mitigate the loss*, bem como as facetas existentes em relação a teoria em apreço, verifica-se manifesta comunicação com clausula geral existente no direito pátrio, em especial localizada em desdobramentos desta.

De qualquer sorte, poder-se-ia afirmar que a importação do *duty to mitigate the loss* conferiu maior amplitude e status aos deveres de colaboração decorrentes da boa-fé objetiva, seja pelo apontamento de angulações distintas, seja pela validação de sua eficácia ao longo do tempo e do espaço.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante destas brevíssimas considerações e possível apontar que a sociedade hodierna se caracteriza pela despersonalização das relações jurídicas, pela velocidade, pela temática, pela ausência de fronteiras, pela pluralidade de culturas e integrações.

As mudanças sociais provocam mais do que alterações na tábua de valores, propiciaram uma nova sistematização do conhecimento no campo do Direito, em especial em suas esferas mais cotidianas, como as negociais.

Percebe-se uma sociedade complexa, pluralista, fragmentada, caracterizada pelo desenvolvimento científico e tecnológico.

O emprego de conceitos considerados metajurídicos, deve-se a mobilidade do sistema de cláusulas gerais, que vão além da casuística inerente ao Código anterior e proporciona o acesso de princípios de valores sociais, políticos, econômicos, integrando-os ao ordenamento positivo.

⁴² TJ/SP, Apel. n. 0212429-31.2008.8.26.0100, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mourão Neto, julgado em 29/07/14, v.u

⁴³ TJ/MG, Apel. Cível n. 1.0701.09.287702-9/001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, julgado em 09/02/2012, publicado em 18/04/2012, maioria (vide voto vencido); TJ/SP, Apel. n. 0009492-15.2011.8.26.0007, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Thomaz, julgado em 21/05/14.

⁴⁴ [STJ, ARES 379.849 – DF (2013;0241327-9), REL. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 11/04/2014, Dje 10/12/2013]



Verificou-se que esta mobilidade e instrumentalidade do sistema, justamente em razão de sua natureza aberta, bem como a empreitada em comunicar-se com outras áreas do conhecimento técnico, além da observância as bases princiológicas que sustentam e informam a construção jurídica nacional, possibilitando a absorção de mudanças trazidas com a globalização e a digitalização, como a internacionalização das relações, o ambiente digital e o abandono da cartácea, dentre outras.

Acerca do instituto do *duty to mitigate the loss* necessária a sua harmonização quanto a origem e requisitos desde o nascedouro no cenário do *Common Law* até o debatido ingresso, inicialmente doutrinário, na cultura jurídica brasileira.

Verificou-se que a teoria do *duty to mitigate the loss* encontra ambiência nos países do *common law*, os quais se destacam pela cultura, jurídica inclusive, totalmente distinta dos países do *civil law*.

Restou claro que o movimento de institutos jurídicos entre diferentes Estados e Ordenamentos não encontram nenhum tipo de proibição. Longe disso! Em verdade em razão de aproximações culturais, econômicas, comerciais, enfim um processo de globalização e internacionalização acaba como um incentivador/viabilizador de aludido trânsito.

De qualquer sorte, o processo de importação do *duty to mitigate the loss* apresenta complicadores de toda ordem. Uma vez que, aparentemente, se distancia dos alicerces apontados pela matriz do direito inglês e encontra sombreamentos na doutrina, legislação e jurisprudências domésticas.

Nesse sentido, necessário se faz a aplicação princiológica, seja para o deslinde de pequenas ou até mesmo ontológicas situações do ordenamento, mas primordialmente como norte para o intérprete. Diante deste estado de coisas, denota-se o cenário da aplicação da teoria do *duty to mitigate the loss*, uma vez que se distancia dos requisitos de sua formulação em ares do direito inglês, encontra sombreamentos em institutos já presentes no ordenamento pátrio, sem falar na aproximação em relação a outros.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004.



COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo (Dissertação de mestrado), 2015.

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

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.

FRÓES, Carlos H. C. Contratos de tecnologia. **Revista Forense**, São Paulo, 1796, v. 72, n. 253.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa brasileira. *In*: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução Crítica ao Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Proibição de comportamento contraditório.** São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Globalização e Direito Econômico. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). **Globalização e Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. A Globalização e as relações Capital. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). **Trabalho in Globalização e Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2002

LINS de GÓIS, Ancelmo César. BARROS PLATIAU, Ana Flávia. Direito Internacional e globalização em face das questões de direitos humanos. **Revista CEF**, v.4, n. 11, maio/ago. 2000.

MUZIO, Gabriele. **A globalização como estágio de perfeição do paradigma moderno: uma estratégia possível para sobreviver à coerência do processo, em Os sentidos da democracia política de dissenso e hegemonia global.** Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1999

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001

NERY JÚNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale.** São Paulo: LTR, 2003

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade.** Brasília: UniCEUB, 2013.

