



A MITIGAÇÃO DE DANOS NO DIREITO BRASILEIRO: ENTRE O ÔNUS DO CREDOR E A JUSTIÇA DO DANO INJUSTO

DAMAGE MITIGATION IN BRAZILIAN LAW: BETWEEN THE CREDITOR'S BURDEN AND THE CONCEPT OF UNJUST DAMAGE

Ana Lúcia Maso Borba Navolar

Mestre em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL, Graduada em Direito pela PUC/PR, advogada atuante em Londrina. E-mail: navolar.ana@gmail.com.

Roberto Wagner Marquesi (*in memoriam*)

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado na Universidade Estadual de Londrina, além de professor na graduação nesta mesma universidade e na Pontifícia Universidade Católica, campus Londrina. Advogado atuante em Londrina. E-mail: marquesi@uel.br.

Como citar: NAVOLAR, Ana Lúcia Maso Borba Navolar; MARQUESI, Roberto Wagner. A ausência do dano injusto como fundamento da teoria da mitigação dos danos. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 20, n. 2, p. 45-56, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.47623. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 01/03/2023

Aceito em: 22/04/2025

Resumo: O artigo analisa a teoria do “Duty to Mitigate the Loss” e sua adoção no direito brasileiro, introduzida pelo Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, que a vinculou ao princípio da boa-fé objetiva. No entanto, essa associação apresenta um dilema: por estar vinculada à boa-fé objetiva tenderá a seguir a mesma natureza jurídica daquela: dever, no entanto, se fosse tratada como um dever, a teoria permitiria que o devedor exigisse judicialmente ações do credor para mitigar os danos, como ajuizar uma cobrança logo após o inadimplemento. Porém, pela teoria do Duty to Mitigate, a inércia do credor resulta apenas na perda ou redução da indenização, o que aproxima a teoria mais do conceito de ônus do que de um dever propriamente dito. Com base em uma abordagem dedutiva, o estudo propõe desvincular a teoria da boa-fé objetiva e fundamentá-la no conceito de dano injusto: pela responsabilidade civil baseada no dano injusto, apenas prejuízos que violam interesses juridicamente protegidos seriam indenizáveis, enquanto comportamentos passivos que agravam os danos afastariam a ideia de injustiça do prejuízo, o que afastaria a indenização do credor displicente, de forma que o lastro do Duty na responsabilidade civil oferece uma base mais sólida e congruente para aplicar a teoria no Brasil.

Palavras-chave: duty to mitigate the loss; boa-fé objetiva; dano injusto.

Abstract: Originating from common law, the “duty to mitigate the loss” theory states that, in the event of a default, the creditor must take reasonable steps to minimize their own losses, otherwise they risk losing the avoidable portion of the compensation. In Brazil, this theory became widely applied after Enunciado 169 of the CJF, which linked it to the principle of good faith. However, this linkage suggests the norm has the legal nature of a duty, implying a debtor could judicially demand that the creditor take measures to mitigate their own damages. As this scenario is considered unreasonable, the norm is better understood as having the legal nature of a burden, because the creditor's inaction results only in the partial loss of compensation, without further consequences. In light of this apparent incongruity—a norm with the nature of a burden being linked to an obligation—this work seeks to ground the mitigation theory in the concept of unjust damage. Through bibliographic research and the deductive method, the study concludes that civil liability accommodates this theory: in cases where a creditor intentionally allows damage to occur or worsen, the absence of “unjust damage” renders the loss lawful and, therefore, precludes compensation.

Keywords: duty to mitigate the loss; good faith; unjust damage.

INTRODUÇÃO

A teoria do “Duty to Mitigate the Loss”, originária da Common Law, passou a ser efetivamente aplicada no Brasil com a edição do Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, que a associou ao princípio da boa-fé objetiva. Esta teoria impõe ao credor a obrigação de adotar medidas razoáveis para minimizar seus próprios prejuízos, sob pena de não ser compensado pelos danos que resultarem de sua inércia. Essa imposição reflete a ideia de que o credor não deve se manter passivo diante de uma situação de inadimplemento, mas sim buscar ativamente reduzir suas perdas.

Entretanto, surge uma incongruência: se o Duty estiver vinculado à boa-fé objetiva, deverá obedecer à natureza jurídica desse princípio, o que implicaria que a norma teria natureza de “dever”. Nesse caso, o devedor teria um direito subjetivo de exigir judicialmente que o credor tomasse ações para mitigar os prejuízos, como, por exemplo, ajuizar uma ação de cobrança imediatamente após o inadimplemento. Contudo, a única consequência da inércia do credor é a perda da indenização correspondente, sem a aplicação de multas ou sanções em decorrência de sua falta de ação para mitigar o dano.

A partir dessa perspectiva, há quem considere a mitigação do prejuízo como um ônus, encargo ou incumbência, que não deve ser confundido com uma “obrigação” no sentido técnico da palavra. Essa diferença é crucial, pois uma obrigação implica um dever jurídico claro, enquanto um ônus pode ser visto como uma responsabilidade mais difusa, sujeita a interpretação e aplicação. Isso poderia afastar a teoria do “Duty to Mitigate the Loss” da boa-fé objetiva, gerando discussões sobre a natureza e os limites dessa responsabilidade.

Frente a essas lacunas, o objetivo deste trabalho é buscar um novo fundamento para essa teoria estrangeira que não dependa da boa-fé objetiva, sugerindo a justificação da teoria na responsabilidade civil amparada pelo dano injusto. Assim, será realizada uma construção lógica que estabeleça essa vinculação ao conceito de dano injusto, destacando a importância de se reconhecer a relação entre a responsabilidade do credor em mitigar seus danos e a legalidade do prejuízo que ele enfrenta. A pesquisa seguirá o método dedutivo, utilizando-se de pesquisa documental e bibliográfica, com o intuito de oferecer uma resposta que se adeque de maneira mais coerente ao ordenamento jurídico nacional, contribuindo para o avanço do entendimento sobre a responsabilidade civil no Brasil e suas implicações práticas.

1 CONTROVÉRSIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA TEORIA DA MITIGAÇÃO DE DANOS

Um carroceiro contratado para transportar certas mercadorias, ao chegar ao destino e não encontrar o contratante, pode deixar os cavalos atrelados, sem lhes dar descanso algum aguardando horas até a outra parte ser localizada? Caso os cavalos morram devido à exaustão, poderia ser exigida indenização pela perda dos cavalos ao contratante que não apareceu no horário determinado?

Esse foi justamente o primeiro caso de aplicação da teoria do Duty to Mitigate the Loss, ou teoria de mitigação dos danos. O caso aconteceu no século XVII na Inglaterra e de fato o transportador ingressou com uma ação judicial requerendo a indenização pela morte dos animais, no entanto, o Tribunal negou tal valor entendendo que foi insensatez não ter dado descanso, que ele poderia ter agido para reduzir seu próprio prejuízo, qual seja, a perda dos animais.

A referida teoria impõe que “o credor, prejudicado por um inadimplemento, não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias” (Lopes, 2013, p. 18).

Seu surgimento remete aos países que adotam o sistema da *common law*, especialmente Estados Unidos e Inglaterra.

Nos Estados Unidos, a Uniform Comparative Fault Act¹ (§ 1(b), (1977)), define tal teoria como uma “falha irracional para evitar uma lesão ou para mitigar danos”². Robert Hillman (1976, p. 558) aduz que “os danos causados por uma quebra de contrato que poderiam ser evitados por meio de medidas razoáveis não são recuperáveis”.

Entretanto, suportar o prejuízo é apenas uma das consequências da referida teoria; além disso, ela prevê que o valor despendido para envidar esforços no sentido de evitar ou reduzir o dano deve ser indenizado pelo devedor.

Dessa forma, a teoria pode ser desdobrada em dois fatores: um que impede o prejudicado de receber a indenização caso não tome medidas afirmativas para mitigar o dano, e outro que garante a indenização dos gastos que o credor diligente teve para mitigar o prejuízo. Assim, uma parte se aplica ao credor que agiu de forma displicente, enquanto a outra se destina ao credor que agiu com diligência.

A doutrina estrangeira se refere a isso como a face negativa e afirmativa da teoria. A face afirmativa permite a recuperação de todas as despesas razoáveis incorridas pelo autor na tentativa de evitar danos. Já a face negativa impede que um credor incorra passivamente em perdas que poderia razoavelmente evitar agindo com prudência (Goetz; Scott, 1983, p. 973–974).

Considerando que o Brasil adota o sistema da *civil law*, recomenda-se que, em um primeiro momento, essa teoria não seja comparada a qualquer instituto já existente no país, pois ela vem sendo aplicada na Common Law com contornos próprios. Trata-se de uma teoria autônoma³, um princípio de direito que é equivalente a outros princípios, como o da causalidade; é uma teoria independente, existindo por si mesma, sem a necessidade de lastro em algum instituto legal.

Por outro lado, no sistema da *Civil Law*, as normas são formadas a partir da interpretação da lei, e a busca pela natureza jurídica é um objetivo comum. Isso é similar ao que ocorre na Alemanha e na Itália, onde a teoria da mitigação está expressamente prevista no Código Civil, com fundamento na culpa concorrente.

No Brasil, a jurista Véra Fradera (2005) se pautou na Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias⁴ (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG), que no artigo 77 prevê expressamente que se deve adotar medidas razoáveis para reduzir os prejuízos do descumprimento, mas sem vinculá-lo a nenhum instituto jurídico, nos seguintes termos:

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Tendo este artigo como ponto de partida, a mencionada jurista sugeriu, na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, um enunciado que atribuísse ao credor o ônus de reduzir seu próprio prejuízo. Dessa forma, ela pretendia inserir no direito interno a regra da CISG – que só tem aplicação nas transações internacionais – e, ao final, obteve êxito na edição do enunciado 169, que estabelece: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.” Embora os enunciados não possuam caráter vinculante, é inegável que, após a sua edição, os tribunais passaram a aplicar a teoria com mais segurança e assertividade.

Com a promulgação desse enunciado, as decisões jurisprudenciais relacionadas à teoria do duty começaram a fazer referência ao princípio da boa-fé objetiva, sendo majoritariamente compreendido que essa teoria está a ele vinculada. A respeito disso, Bruno Terra de Moraes (2019, p. 79) faz a seguinte explicação: “[...] se, após o inadimplemento contratual, o credor não age para mitigar seus

¹ Documento elaborado pela National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) com a intenção de harmonizar as leis estaduais vigentes nos estados.

² Do original, “unreasonable failure to avoid an injury or to mitigate damages.”

³ Sobre a autonomia desta norma, Katy Barnett (2016, p. 802) pontua que “Mitigation explicitly enters into contract law as a separate stand-alone doctrine used to limit the availability of damages in particular circumstances”.

⁴ Tal Convenção de 1980 foi promulgada no Brasil através do Decreto 8327/14.

danos, mas mesmo assim vem cobrar indenização por eles, essa atitude, indubitavelmente, violará a boa-fé objetiva” demonstrando o entendimento doutrinário seguindo com o entrelace da mitigação com a boa-fé objetiva.

Diante disso, é pertinente realizar uma breve conceituação sobre o mencionado princípio. A boa-fé objetiva se configura como um agir correto, ou seja, a conformidade de uma ação com a honestidade, lealdade e probidade.

Esse princípio serve como um parâmetro, uma diretriz para o comportamento e a ação. Como observado, “la buena fe subjetiva es creencia, la buena fe objetiva es conducta” (Rubio, 1984, p. 96). Judith Martins-Costa (2018, p. 281) a define como um direcionador de condutas, pelo qual os participantes da relação obrigacional devem ajustar seu mútuo comportamento.

Judith Martins-Costa (2000, p. 126) ensina que a boa-fé objetiva “é mais que um apelo à ética”, pois incumbe ao juiz implementar o respeito e a confiança recíproca entre os contratantes, caso estes não o façam por si próprios, uma vez que o contrato não deve desviar da finalidade para a qual foi criado, evidenciando o caráter de cláusula geral desse princípio.

Assim, considerando que o Duty está vinculado à boa-fé objetiva, pode-se, em um primeiro momento, interpretar o dever de mitigação propriamente como um dever. No entanto, essa interpretação se mostra incorreta no sentido de que, em uma relação jurídica, quando se impõe a uma parte um dever, confere-se à outra um poder (Betti, 2008, p. 26). Nesse contexto, o devedor poderia exigir que o credor tomasse medidas para reduzir seu prejuízo, como, por exemplo, demandar que o credor ajuizasse uma ação de cobrança assim que ocorresse o inadimplemento. Entretanto, é evidente que isso não é razoável, por isso a norma de mitigação não pode ser considerada um dever.

A teoria do duty to mitigate enfrenta uma dificuldade importante quando associada ao princípio da boa-fé objetiva. Se esse dever estivesse vinculado à boa-fé, deveria compartilhar sua natureza jurídica, ou seja, seria um “dever” com reflexos no comportamento das partes. Nesse cenário, o devedor poderia, em tese, exigir judicialmente que o credor tomasse medidas para reduzir os prejuízos causados, como propor uma ação de cobrança imediatamente após o inadimplemento. No entanto, essa possibilidade não se concretiza na prática, o que demonstra um descompasso entre a teoria e sua aplicação.

Diante disso, entende-se que a teoria da mitigação do prejuízo se coaduna mais com a figura de ônus do que de dever.

Fala-se de ônus “quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse” (Carnelutti *apud* Grau, 1982, p. 180). Ou seja, não é obrigatório, mas é necessário. Emilio Betti (2008, p. 32) explica que ônus “são poderes de iniciativa conferidos no interesse do próprio titular, se ele deseja evitar um dano ou obter uma vantagem”.

Eros Grau (1982, p. 181) faz o cotejo⁵ de ônus com o dever,

[...] ônus, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do *dever* — e da *obrigação* — que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do ônus não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do dever — ou da *obrigação* — acarreta sanção jurídica para o sujeito.

Ou seja, o ônus é uma escolha facultativa com consequências: se a pessoa não cumpre, ela não sofre uma punição legal, mas perde uma vantagem, como um ganho econômico ou a realização de um direito que ela queria. Por outro lado, o dever ou a obrigação são compromissos que alguém tem de cumprir para atender ao interesse de outra pessoa. Se não forem cumpridos, há consequências legais, como uma punição ou a necessidade de reparar o dano causado.

⁵ Carnelutti (*apud* Grau, 1982, p. 181) também explica “dever e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade, mas diverso o elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando se trata de dever, no interesse alheio, e, tratando-se de ônus, para a tutela de um interesse próprio”

Já Judith Martins-Costa (2018, p. 610) apresenta a natureza jurídica do Duty como um meio-termo entre ônus e o dever de proteção, contudo, a autora ressalta ressalta que isso não pode ser confundido com ‘obrigação’ no sentido técnico da palavra (Martins-Costa 2018, p. 608).

Vê-se na doutrina nacional que trata da teoria do *Duty to Mitigate the Loss* a menção a uma incerteza quanto à natureza jurídica, há, por exemplo, o entendimento da jurista Véra Fradera (2004, p. 174–175) na exposição da justificativa do Enunciado 169 da CJF:

Chega-se, assim, a uma primeira conclusão: a natureza do dever do credor de mitigar o seu prejuízo varia de acordo com o sistema jurídico enfocado: no BGB é considerada uma *Obligenheit*, isto é, uma obrigação cuja exigência de cumprimento reveste-se de menor intensidade; no Direito francês, a justificativa estaria na boa-fé ou no abuso de direito; na Common Law, é uma decorrência do próprio sistema, isto é, aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem consideração à culpa ou à negligência.

No entanto, de fato, não há incerteza na Alemanha, França, Reino Unidos e Estados Unidos etc.

No Direito alemão a natureza jurídica da norma de mitigação é o *Obligenheit*, Reimer Schmidt (*apud* Grau, 1982, p. 182) se refere a isso como deveres de menor intensidade; Enneccerus (*apud* Grau, 1982, p. 182) como “encargos que podem ser exigidos de um sujeito jurídico também no interesse de outro, sem que este outro, contudo, possa impor à parte por eles vinculada o seu cumprimento”, diante do não-cumprimento da *Obligenheit*, o sujeito fica livre de qualquer coação e também de qualquer dever de indenização, contentando-se, em vez disso, com sanções mais amenas. Sanções essas que geralmente consistem na perda de uma melhor posição jurídica, ou em outra desvantagem jurídica qualquer. Não havendo dúvida que as consequências do descumprimento da *Obliegenheit* são bem diferentes do descumprimento de um dever (Grau, 1982, p. 182). Transportando para o direito brasileiro, percebe-se que a *Obliegenheit* correspondem ao ônus.

Bénédicte Fauvarque-Cosson e Deniz Mazeaud (2008, p. 562), autores do livro “European Contract Law”, explicam o conceito de *Incombance* [*Obligenheit* em alemão] desenvolvido pela doutrina alemã, suíça e belga, como “dever cuja inobservância expõe o seu autor não a uma condenação, mas à perda das vantagens inerentes ao cumprimento do dever”⁶.

Inclusive, os autores pontuam que tal incumbência [ônus] decorre do princípio da coerência⁷ nos seguintes termos, “em nome da coerência, verifica-se, portanto, que a parte que foi obrigada a preencher determinados requisitos para poder usufruir de um direito, se verá privada desse direito se não cumprir esses requisitos”⁸ (Fauvarque-Cosson; Mazeaud, 2008, p. 562).

Assim, *obligenheit*, *incombance* e ônus se referem ao mesmo instituto⁹, como exposto nas citações dos autores estrangeiros deste tópico, vê-se que nos Estados Unidos, Inglaterra, Suíça, Alemanha, etc., a natureza jurídica é sempre a mesma: ônus (ou *obligenheit*, *incombance* – que se trata do mesmo instituto), o que difere entre eles não é a natureza jurídica, mas sim o lastro. Realmente, nos países que seguem a sistemática da *common law*, o princípio da mitigação é autônomo, é aplicado sem justificá-lo em nenhum outro instituto, isso porque, naquela sistemática, as normas vão sendo criadas a partir das decisões judiciais, então apenas cita-se o precedente.

6 Do original: The idea with *incombance*, – at least in the contractual sphere –, is that the fulfilment of the duty incumbent on the party forms a preliminary element, a preliminary condition, to the ability, either of his own undertaking, or the other party's obligation, to be invoked or demanded.

7 No Brasil, tal noção pode ser inserida nos deveres laterais da boa-fé objetiva, especificamente, a *tu quoque* e *venire contra factum proprium*, que serão mais adiante detalhadas.

8 Do original: in the name of consistency, it therefore appears that the party who was required to fulfil certain requirements in order to be able to take advantage of a right, will find themselves deprived of this right if they do not comply with these requirements.

9 Os autores também informam que a França não possui a noção de incumbência (ônus), mas que por vezes essa noção aparece implicitamente na legislação. Na citação original literal “Many illustrations of this principle can be found in French law even if the concept of *incombance* is not recognised as such. The principle is sometimes applied by statute. For example, Article L 313-22, paragraph 2 of the Monetary and Financial Code states that the professional creditor who does not give the guarantor the annual update of information, provided for in paragraph 1 of this provision, is deprived of the interests outstanding since the previous update. Case law also adopts various approaches which require the party seeking performance to fulfil certain requirements before his right can be invoked. Thus, in respect of clauses guaranteeing liabilities, where the guarantor's obligation is subordinated to the beneficiary's undertaking to inform the guarantor of any event which might determine the operation of the clause, it has been judged that this stipulation aimed 'not to define an obligation to do in the sense of Article 1142 of the Civil Code, which would result in damages in the case of non-performance, but rather a contractual *fin de non-recevoir* preventing the beneficiary from validly invoking his guarantee without firstly having fairly informed the guarantor of the reasons for it being invoked' (Fauvarque-Cosson; Mazeaud, 2008, p. 562).

Entretanto, pela sistemática da *civil law*, já que as normas decorrem da interpretação da lei, a teoria da mitigação deve estar prevista em lei ou ter respaldo em algum outro instituto previsto em lei, razão pela qual, aqui no Brasil, foi sugerido que esse ônus decorreria do princípio da boa-fé objetiva.

Mas como visto, o *duty to mitigate* não gera para o devedor um direito subjetivo de exigir condutas do credor, mas apenas define uma consequência para a falta de ação: a perda ou redução da indenização que o credor poderia receber. Não há previsão de punições, multas ou sanções diretas para o credor que não age de forma proativa para mitigar os danos. Isso mostra que o *duty to mitigate* tem uma lógica distinta da boa-fé, pois está mais relacionado a uma limitação no direito à indenização do que a um dever propriamente dito.

Dessa forma, a tentativa de enquadrar o *duty to mitigate* no princípio da boa-fé objetiva resulta em uma construção forçada e pouco funcional. A boa-fé objetiva pressupõe deveres instrumentais e colaborativos entre as partes, enquanto a mitigação de danos atua como uma regra que limita a responsabilidade do devedor. Para justificar a teoria da mitigação de danos de forma mais coerente, é necessário desvinculá-la da boa-fé.

Apenas a título de visualização, na Alemanha (país que adota a *civil law*), a teoria da mitigação é entendida com natureza jurídica de *obligenheit* (*ônus*) e está prevista no § 254 do BGB vinculado à culpa concorrente, ou seja, para o Direito germânico, além não haver dúvida sobre sua natureza, ainda está previsto expressamente em lei, e possui lastro na culpa concorrente.

Ou seja, na prática, não pende controvérsia sobre a natureza jurídica da teoria: é ônus, no que realmente pende controvérsias é quanto ao instituto que irá respaldá-la dentro do sistema jurídico, sendo a proposta deste artigo apresentar o dano injusto como candidato para ocupar essa vaga.

2 A FIGURA DO DANO E O DANO INJUSTO: O GIRO CONCEITUAL

A responsabilidade civil tem como base o princípio romano do *neminem laedere*, que busca evitar danos às pessoas ou aos bens de terceiros, além disso, também se baseia no princípio da equivalência, que obriga quem causou o dano a oferecer uma compensação justa, seja através de reparação, indenização financeira ou outra forma de satisfação à vítima (Lobo, 2025, p. 287).

Ou seja, a intenção da responsabilidade civil é evitar ou reparar os danos. O dano é o elemento central da responsabilidade civil, é ele “que dispara o mecanismo resarcitório” (Farias; Braga Neto; Rosenvald, 2019, p. 293).

Agostinho Alvim (1980, p. 142) ensina que, como regra geral, a falta de dano impede que haja a possibilidade de reparação, pois sem dano não há o que reparar. Mesmo que haja violação de um dever jurídico e que o infrator tenha agido com culpa ou até dolo, não será devida nenhuma indenização se não houver prejuízo comprovado.

O Código Civil menciona o dano em várias ocasiões, mas não oferece uma definição clara, nem especifica quais lesões são protegidas pelo ordenamento jurídico. Segundo Farias, Braga Neto e Rosenvald (2019, p. 297), “o dano é sinalizado por um conceito vago, de confins imprecisos, que será preenchido pela doutrina e jurisprudência e construído conforme a juridicidade dos interesses postos em conflito na concretude de cada litígio.” O que significa que se trata de uma cláusula geral de reparação de danos.

Para Paulo Lobo (2025, p. 316), “dano é a ofensa de natureza patrimonial ou extrapatrimonial à esfera jurídica de outrem”.

Originalmente, o dano era compreendido de forma restrita, limitado à violação de direitos subjetivos formalmente reconhecidos, como a propriedade ou o crédito. O direito subjetivo, entendido como a faculdade de atuar juridicamente para satisfazer um interesse protegido pela ordem legal, fundamentava essa interpretação clássica. No entanto, essa visão se mostrou insuficiente para abranger situações em que interesses juridicamente relevantes, mas não formalizados como

direitos subjetivos, eram lesados. Essa lacuna se tornava evidente em casos que envolviam danos extrapatrimoniais ou interesses difusos, os quais ficavam fora do alcance da tutela jurídica.

Nesse contexto, o Código Civil de 2002 promoveu uma ruptura profunda com a estrutura patrimonialista que historicamente caracterizava o Direito Civil brasileiro. Essa transformação deslocou o foco da regulação jurídica dos bens patrimoniais para a valorização das situações jurídicas existenciais, reconhecendo que o Direito deve priorizar as condições que garantem o pleno desenvolvimento da pessoa. Essa mudança de paradigma incorporou a centralidade dos valores humanos e sociais, refletindo um avanço significativo no tratamento das relações jurídicas.

Essa abordagem humanista consolidou a prevalência das relações extrapatrimoniais, redefinindo o papel do Direito Civil como instrumento de promoção da justiça social. O Código de 2002 reafirmou o compromisso com a dignidade da pessoa humana, enfatizando a proteção de interesses fundamentais e oferecendo uma resposta mais abrangente às demandas contemporâneas (Moraes, 2006).

Nessa mesma linha, na seara da responsabilidade civil surge o que veio a ser chamado de “dano injusto”, que propõe uma análise centrada na proteção de interesses que, embora não expressos como direitos subjetivos, são reconhecidos como dignos de tutela pelo ordenamento jurídico. Essa abordagem amplia a capacidade do Direito de responder às demandas contemporâneas, acompanhando as transformações sociais, dando ênfase na proteção da vítima.

A expressão dano injusto é de origem italiana e se fez presente no art. 2.043 do Código Civil Italiano: “qualquer fato doloso ou culposo que causar a alguém um dano injusto, obriga àquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”. Sobre isso explicam Farias, Braga Neto e Rosenvald (2019, p. 304):

O dano indenizável como injusto é aquele relevante segundo uma ponderação de interesses em jogo à luz de princípios constitucionais. Essa nova forma de responsabilidade civil acaba por concretizar a dogmática jurídica principiológica, permitindo que, em um caso concreto, o aplicador do direito pondere os interesses em jogo e, a partir dos valores expressos na Constituição Federal, decida quem deve arcar com a responsabilização dos prejuízos

No sistema jurídico italiano, o art. 2.043 do Código Civil reconhece como passível de reparação o dano injusto provocado por condutas dolosas ou culposas. A definição de dano injusto foi objeto de recente releitura pela doutrina e pela jurisprudência italianas. O ponto de inflexão ocorreu com a decisão nº 500, proferida em 22 de julho de 1999 pela Sessão Única, que trouxe uma análise crítica sobre o conceito de dano injusto como violação de direitos subjetivos. Na realidade, a evolução dessa ideia remonta ao Código Civil italiano de 1942. Inicialmente, entendia-se que apenas os direitos absolutos eram merecedores de proteção jurídica. Contudo, a partir da década de 1990, doutrina e jurisprudência ampliaram essa perspectiva para contemplar novas situações jurídicas, consolidando essa visão com a decisão nº 500/99 da Corte de Cassação (Amaral; Pona, 2012, p. 27).

Nesse contexto, o imperativo jurídico atual é garantir proteção adequada a qualquer situação, seja individual ou coletiva, que mereça ser tutelada, levando em conta a importância e o valor intrínseco dos bens ou interesses a serem protegidos. Isso deve ser feito mesmo que não haja um reconhecimento normativo específico (González, 1998-1999, p. 150).

Claudio Bonanno (2009, p. 7), explica que o novo dispositivo [art. 2.043 Código Civil Italiano] não foca na ilicitude da conduta, porque a injustiça, segundo a nova interpretação da doutrina e jurisprudência, é uma exigência relacionada à lesão e não ao comportamento do agente, sendo simplesmente a consequência dada pela ordem jurídica contra quem causa dano obrigando-o ao resarcimento.

Orlando Gomes (1980, p. 293) caracteriza essa questão como um “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”, o que permite reconhecer a ressarcibilidade de danos independentemente da prática de um ato ilícito. O conceito de dano foi ampliado de forma significativa, passando a refletir uma visão mais abrangente e alinhada aos princípios constitucionais. Agora, não se limita ape-

nas à violação de direitos subjetivos, mas também abrange a lesão a interesses protegidos juridicamente.

Nesse mencionado “giro conceitual”, o foco não está na punição do ofensor, mas na proteção da vítima do dano injusto. Portanto, o foco da responsabilidade civil passa a ser o reequilíbrio econômico em relação ao dano, não mais um instrumento de repressão a condutas antijurídicas (Farias; Braga Neto; Rosenvald, 2019, p. 303).

Atualmente, entende-se que o dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, seja ele patrimonial ou moral, resultante de um ato comissivo ou omissivo. Além disso, entende-se hoje que há atos ilícitos que não geram dano e atos lícitos que podem resultar na obrigação de indenizar.

A título de exemplificação, está o dono de um terreno que constrói em conformidade com as normas e respeitando a função social da propriedade, mas acaba bloqueando a vista para o mar de um vizinho. É evidente que isso gera um prejuízo para o proprietário do prédio vizinho, mas não se fala em indenização, já que a construção está amparada pelo exercício de direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal) (Farias; Braga Neto; Rosenvald, 2019, p. 303).

No entanto, situação diversa é aquele que constrói em desacordo com o plano diretor, nesse caso, estará protegido juridicamente o interesse do vizinho para que não surjam novas construções.

A compreensão atual do dano revela a complexidade das relações entre ações lícitas e ilícitas. Muitas vezes, atos legítimos podem causar prejuízos a terceiros sem que isso gere a obrigação de indenizar, como no exemplo de uma construção que, embora em conformidade com as normas, bloqueia a vista de um vizinho. Por outro lado, a proteção dos interesses alheios se torna essencial em situações em que normas são desrespeitadas, como quando alguém constrói fora dos parâmetros do plano diretor. Nesse caso, a responsabilidade pela reparação dos danos é clara, pois envolve não apenas a lesão em si, mas também a necessidade de todos os envolvidos agirem de forma proativa.

É nesse sentido que o jurista americano Charles McCormick (*apud* Lopes, 2013, p. 19-20) destaca a importância de que as normas de reparação de danos sejam formuladas para incentivar comportamentos responsáveis, tanto por parte de quem causa o dano quanto por parte das vítimas. Isso significa que as regras devem desencorajar uma postura passiva diante de prejuízos que poderiam ser evitados por ações razoáveis de prevenção ou contenção.

Da mesma forma, é necessário evitar que as vítimas contribuam ativamente para a ampliação dos danos, seja por negligência, imprudência ou até mesmo por condutas que, embora possam parecer justificáveis, agravam desnecessariamente a situação. Por exemplo, quando a prudência ou o bom senso indicam que determinada atividade deveria ser interrompida para evitar prejuízos maiores, é esperado que as partes envolvidas ajam com diligência para minimizar os danos. A lógica por trás disso é simples: tanto o direito quanto a justiça devem incentivar uma atuação que vise à redução de impactos negativos, garantindo que a reparação de danos se mantenha dentro de limites razoáveis e proporcionais.

O que reforça a ideia de que as regras sobre responsabilidade civil são para que a parte seja indenizada dos prejuízos que de forma “injusta” tenha sofrido. Não se pode dizer que o prejuízo daquele credor que aguardou o dano se avolumar seja legítimo, no mínimo há um desrespeito para com o outro contratante, e tal como citado imediatamente acima, não há o intuito de “proteger e conservar o bem-estar econômico e a prosperidade de toda a comunidade”.

Christian Sahb Lopes (2013, p. 58), não menciona o dano injusto quanto à mitigação dos danos, mas sua construção parece que se enviesa nesse sentido, a ver:

Desta forma, se o credor faltou em agir de maneira a minimizar os danos, a indenização será fixada discricionariamente pelo juiz que deverá levar em conta, entre outras circunstâncias, a extensão do dano que poderia ter sido evitada ou reduzida. Poderá, assim, ‘indeferir

totalmente a pretensão de indenização ou reconhecê-la em parte ou, inclusive, totalmente'. Percebe-se que, diante de um dano que poderia ter sido minimizado e não foi, o direito alemão concede maior liberdade ao juiz para fixar a indenização que os direitos dos países de *common law*.

E uma das formas da sociedade desencorajar esse tipo de comportamento por parte do credor, é justamente não concedendo indenização àquele que não teve nenhum comportamento razoavelmente proativo para mitigar seu prejuízo (McCormick *apud* Lopes, 2013, p. 20).

Corroborando, Atiyah e Smith apontam que “os tribunais agem com base na suposição de que o requerente não pode ser indenizado por perdas que ele poderia ter evitado, ou de fato evitou, ao tomar medidas razoáveis. É esperado que o requerente, diz-se, ‘mitigue’ suas perdas” (*apud* Farnsworth, 2004, p. 229).

Assim, no Brasil, o próprio instituto da responsabilidade civil é apto a resolver a questão da mitigação dos danos, não sendo necessário uma “ginástica jurídica” para amoldar o ônus de reduzir os prejuízos no dever jurídico da boa-fé objetiva, já que o próprio sistema já possui mecanismos capazes de elidir isso, basta saber que caso não aja para reduzir o prejuízo, também não receberá indenização equivalente, ou seja, terá que suportar todos os prejuízos em que se manteve inerte diante dos percalços.

Em resumo, prejuízos que são lícitos e justificados não configuram danos passíveis de reparação, pois não representam violações a interesses jurídicos protegidos. O princípio que proíbe causar dano a outra pessoa (*neminem laedere*) serve diretamente como base para a reparação de um prejuízo injusto, considerando juridicamente relevante qualquer lesão a interesses que, por sua essência, sejam considerados dignos e merecedores de proteção.

Assim, aplicando essa lógica à teoria da mitigação de danos, se o credor permanecer inerte diante de um prejuízo iminente, mesmo tendo a possibilidade de agir para evitá-lo ou reduzi-lo, ele não poderá reivindicar indenização pela parcela do dano que poderia ter sido prevenida. Nesse caso, essa parte do prejuízo não é considerada injusta, pois foi resultado da própria inação do credor, que optou por não agir e permitiu que o dano ocorresse ou se agravasse. Por isso, tal prejuízo não é injusto e não pode ser qualificado como indenizável.

Quando a questão da mitigação de danos é vista pelo enfoque do dano injusto, deixa de haver incongruência na natureza jurídica: o “dever” da boa-fé objetiva contrastando com a notória natureza de ônus da teoria da mitigação, já que não haveria mais lastro naquele princípio.

CONCLUSÃO

Desde a publicação do Enunciado 169 do CJF em 2004, a teoria do “Duty to Mitigate the Loss” passou a ganhar espaço no direito brasileiro, mas sua vinculação ao princípio da boa-fé objetiva trouxe desafios conceituais significativos. A natureza jurídica da mitigação de danos tem sido debatida, especialmente por não se alinhar perfeitamente ao conceito de dever, característico da boa-fé, mas sim ao de ônus, que é uma faculdade exercida no interesse do próprio credor.

Este estudo propôs uma abordagem alternativa ao fundamentar a mitigação de danos no conceito de dano injusto, afastando a necessidade de vinculação à boa-fé objetiva. Sob essa perspectiva, os prejuízos evitáveis, decorrentes da inércia do credor, não configuram lesão a interesses juridicamente protegidos e, portanto, não são passíveis de reparação.

A análise do dano injusto, além de resolver a incongruência conceitual, oferece uma base mais sólida e coerente para a aplicação da teoria. Isso porque a responsabilidade civil passa a focar na proteção de prejuízos efetivamente injustos, desconsiderando situações em que a passividade do credor contribuiu para o agravamento do dano. Nesse sentido, a reparação de prejuízos deixa de ser apenas um direito subjetivo do credor e passa a estar condicionada ao comportamento responsável e diligente diante da adversidade.

Com isso, desvincular o “Duty to Mitigate the Loss” da boa-fé objetiva também evita interpretações forçadas quanto à natureza jurídica. Essa mudança promove a segurança jurídica e reconhece que a mitigação de prejuízos é uma extensão lógica do dever de agir com razoabilidade em um sistema que valoriza o equilíbrio contratual. Ao mesmo tempo, assegura que apenas os prejuízos inevitáveis sejam indenizáveis.

Portanto, fundamentar a mitigação no dano injusto permite uma aplicação mais prática e alinhada aos princípios constitucionais, eliminando a necessidade de criar distinções artificiais sobre a natureza da teoria. Ao afastar a indenização de prejuízos que poderiam ter sido evitados, reforça-se o compromisso com a justiça e a razoabilidade nas relações jurídicas, oferecendo uma resposta mais adequada às demandas do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton William. Ampliando horizontes: expansão da categoria dos danos resarcíveis como garantia da sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas. In: KEMPFER, Marlene; TARIFA, Rita de Cássia Resquetti (org.). Estudos em direito negocial e sustentabilidade. Curitiba: Editora CRV, 2012. p. 9-42.
- BARNETT, Katy. Substitutive Damages and Mitigation in Contract Law. Singapore Academy of Law Journal, Singapore, v. 28, p. 795-824, 2016. Disponível em: <https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournal-View/mid/513/ArticleId/1173/> Citation/JournalsOnlinePDF. Acesso em: 3 fev. 2023.
- BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Campinas: Servanda, 2008.
- BONANNO, Claudio. La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali. Giureta, Palermo, v. 7, p. 1- 44, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- FARNSWORTH, Allan. Farnsworth on contracts. 3. ed. Nova York: Aspen, 2004. v. 3.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis. European contract law: materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules. Munique: European Law Publishers, 2008.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. Justificativa à proposta de Enunciado ao Art. 422: O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3., 2005, Brasília. Anais [...]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.
- GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation. Virginia Law Review, Charlottesville, v. 69, p. 967-1024, set. 1983. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/399. Acesso em: [20 jan. 2023].
- GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: FRANCESCO, José Roberto Di (org.). Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GONZÁLEZ, Matilde Zavala. Los daños morales colectivos. In Revista Lecturas y Ensayos, Dossier Responsabilidad Civil, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales da Universidad de Buenos Aires, 1998/99, n. 72, 73, 74. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 145 - 159.
- GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre Obrigaçāo, Dever e Ônus. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982.
- HILLMAN, Robert A. Keeping the Deal Together After Material Breach: Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts. University of Colorado Law Review, Boulder, v. 47, p. 553-615, 1976.

- LOBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.
- LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAES, Bruno Terra de. *A aplicação do dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil: fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez, 2006.
- RUBIO, Delia Matilde Ferreira. *La buena fé: el principio general en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984.