

**A OBRIGAÇÃO DO CREDOR EM MITIGAR SEU PREJUÍZO: UMA
PERSPECTIVA BRASILEIRA**

DUTY TO MITIGATE THE LOSS: A BRAZILIAN PERSPECTIVE

FELIPE STRASSACAPA

Advogado em Curitiba. Especializando em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. felipestrassacapa@gmail.com

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2011). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2005). Especialista em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná (2002). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Professor titular da UNOCHAPECÓ e da UNICURITIBA. Membro do Programa de Mestrado em Direito da UNOCHAPECÓ. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e Processo Civil e do curso de Especialização em Direito Contratual do UNICURITIBA. Membro do Conselho Editorial de vários periódicos especializados nacionais e internacionais. Componente da lista de árbitros

da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP). Frederico@fredericoglitz.adv.br

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a figura do *duty to mitigate the loss*, ou seja, o dever de o credor mitigar seu prejuízo e qual a sua responsabilidade por não fazê-lo. Primeiramente, apresenta-se o princípio que o originou o dever de mitigação do próprio prejuízo, que é o princípio da boa-fé objetiva. Em seguida, apresenta-se o instituto do *duty to mitigate the loss*, propriamente dito e quais os fundamentos jurídicos utilizados para justificar a sua recepção. Por fim, analisa-se a responsabilidade pelo inadimplemento do credor, ou seja, quais as consequências jurídicas pelo não cumprimento, pelo credor, do dever de mitigar.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade; Cooperação; Boa-fé objetiva; Dever do credor mitigar o próprio prejuízo.

ABSTRACT

The present article analyzes the duty to mitigate the loss, that is the creditor duty to mitigate his own loss and his responsibility for not minimizing it. First, the article presents the principle that led to the duty to mitigate the loss itself. After that, the article presents the institute of the duty to mitigate the loss and which are the legal ground that justify its reception. Finally, the article addresses the responsibility for the breach of that duty.

KEYWORDS: Responsibility; Cooperation; Good faith; Duty to mitigate the loss.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda um tema recente nos Tribunais brasileiro, que é o dever de o credor mitigar seu prejuízo e qual a sua responsabilidade por não o minimizar.

O *duty to mitigate the loss*¹, segundo Fradera trata-se de um dever acessório, decorrente do princípio da boa-fé objetiva e impõe ao credor a agir de forma a evitar a oneração da prestação da outra parte (FRADERA, 2004, p. 116).

Porém, antes de ser abordado o tema objeto do estudo, é necessário discorrer sobre o dever de mitigar a própria perda relacionando-o ao princípio que o originou (boa-fé objetiva). Em seguida, são abordados os deveres anexos de conduta que tanto o devedor quanto o credor devem observar nas fases contratuais. Após isso, abordar-se-á a responsabilidade pelo inadimplemento do credor, ou seja, quais as consequências jurídicas pelo não cumprimento, pelo credor, do dever de mitigar.

Para melhor elucidar o presente trabalho são utilizados precedentes dos Tribunais de Justiça do Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Distrito Federal e Territórios e do Superior Tribunal de Justiça. Excepcionalmente é analisado caso do Tribunal de Justiça do Maranhão. A pesquisa de julgados levou em consideração os verbetes “Boa-fé objetiva”, “*Duty to mitigate the loss*”, “Dever anexo de conduta”, “função integrativa”, “credor” e “mitigação do prejuízo”. O trabalho utiliza decisões recentes dos Tribunais, por conta disso a pesquisa se aterá às decisões proferidas no período de 2010 à 2013. Ao final se conclui como o *duty to mitigate the loss* vem sendo recebido pelo Direito brasileiro. Eis o que se passa a fazer.

¹ Em vernáculo: dever de mitigar a perda

1. DUTY TO MITIGATE THE LOSS

Em 2004, Fradera já questionava: “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?” (FRADERA, 2004). Neste trabalho, a autora propunha a recepção do nosso Direito privado nacional do conceito *duty to mitigate the loss* em matéria contratual. A autora concluía que este dever decorreria do dever de cooperação, presente em todas as fases contratuais e que decorreria do princípio da boa-fé objetiva. Para Fradera, o dever de o credor mitigar seu prejuízo teve origem no Direito anglo-saxão, onde o credor teria atribuído a si o dever, incumbência ou obrigação acessória de mitigar o seu próprio prejuízo (FRADERA, 2004, p. 112).

Fradera, afirmava ser possível a recepção do *duty to mitigate the loss* por meio do princípio da boa-fé, levando em conta os termos do artigo 422 do atual Código civil. Assim, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, mais especificadamente de um dever cooperação que deveria existir entre os contratantes.

Como decorrência deste trabalho, na III Jornada do Conselho de Justiça Federal (2005), aprovou-se o Enunciado n° 169: “*O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.*”

Segundo Tartuce o Enunciado foi criado sob a inspiração do artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias que estabelece: “*a parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída*” (TARTUCE, 2013, p.110).

Portanto, o credor não deveria agir de maneira a majorar o prejuízo do devedor, ou seja, deve colaborar com o devedor na tomada de medidas cabíveis para buscar que o dano sofrido se limitasse as menores proporções possíveis.

Além disso, o Enunciado n°. 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal – CJF, já previa que a quebra dos deveres anexos oriundos da boa-

fé objetiva acarretaria a violação positiva do contrato gerando, então a responsabilidade contratual.

Em âmbito jurisprudencial, o instituto do *duty to mitigate the loss* tem sido cada vez mais utilizado pelos tribunais pátrios que aos poucos têm se manifestado no sentido de acolher essa construção e assim aplicar as medidas cabíveis.

Acerca do tema, a doutrina² brasileira diverge quanto ao *fundamento da recepção* do *duty to mitigate the loss*. Isto é: se o instituto se fundaria na figura do dever acessório ou se seria consequência do tratamento do abuso de direito e da vedação do comportamento contraditório.

No presente artigo, analisaremos, apenas, as duas primeiras hipóteses de recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito privado nacional.

a) O *Duty Mitigate the loss* como dever acessório. Tem-se que o principal fundamento de recepção do *duty to mitigate the loss* é considera-lo um dever acessório, uma vez que as partes da relação contratual devem adotar condutas voltadas a evitar a oneração da prestação da outra³.

Dentro desta lógica, o *duty to mitigate the loss* estaria diretamente relacionado com o princípio da boa-fé objetiva. Desta forma, nos termos do atual art. 422 do Código Civil, impor-se-iam às partes da relação contratual deveres anexos de assistência ou cooperação e, por consequência, o *duty to mitigate the loss* seria uma forma de efetivação destes deveres. Esta foi a conclusão de Fradera (2004, p.110 e 116).

Também dentro desta linha, a quebra dos deveres anexos de conduta em determinada relação jurídica acarretaria a responsabilização, objetiva daquele que os infringiu.

² Por exemplo:: TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2013; 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 (julho/setembro), 2004; DIAS, Daniel Pires Novais. **O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano**. São Paulo, v. 3 (2011), 683 – 738, 2011; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**, 3 ed. Rio de Janeiro. Juspodivm, 2013; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009 e NALIN, Paulo. **A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do *Duty to Mitigate the loss***. In: Revista trimestral de direito civil. – v. 49 (janeiro/março 2012). – Rio de Janeiro: Padma, 2000 -. Gustavo Tepedino.

³ Defendem esse fundamento: Vera Maria Jacob de Fradera, Leonardo Medeiros Garcia, Flávio Tartuce e Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto e Paulo Nalin.

Em caso de origem criminal, o Superior Tribunal de Justiça recorreu a esta linha de argumentação:

O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o *duty to mitigate the loss*. **A bem do dever anexo de colaboração, que deve empolgar a lealdade entre as partes no processo, cumpriria ao paciente e sua Defesa informar ao juízo o endereço atualizado, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis diligências para a sua localização.** (Grifo nosso). (BRASIL, 2013)

Aliás, ao se analisar as decisões preferidas pelo Superior Tribunal de Justiça⁴, percebe-se que há o entendimento de que o fundamento jurídico do *duty to mitigate the loss* é o dever acessório de cooperação entre as partes.

Trata-se de aplicação pura do *duty to mitigate the loss*, desenvolvido pelo Direito norte-americano e já incorporado por parte da doutrina e jurisprudência pátrias. Assim, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer inerte diante do dano, pois sua inércia importaria gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra parte, circunstância que infringiria os deveres de cooperação e lealdade.

No mesmo sentido são encontrados diversos julgados dos Tribunais estaduais, como o Tribunal paranaense, ao julgar a apelação n. 158909-7. Neste caso, aliás, pretendia-se o ressarcimento de prejuízos decorrentes do inadimplemento de parcelas contratuais pelo promissário-comprador. Nas suas razões de apelo o recorrente, afirmou desconhecer o momento exato da desocupação, mas que o recorrido teria de necessariamente colocar o imóvel à sua disposição e que como isso não ocorreu, os prejuízos teriam se estendido até a data da sentença que extinguiu o contrato de compromisso de compra e venda e ordenou a reintegração de posse. O Tribunal reconheceu a obrigação de ressarcimento, porém quanto à responsabilidade

⁴ Conforme: (HC 266.426/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013); (HC 171.753/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013); (HC 131.830/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013); (HC 255.744/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 07/08/2013).

indenizatória, apreciou o comportamento que o credor de uma obrigação deveria assumir, especialmente não agravando de seu prejuízo.

Percebe-se, a preocupação do julgador com relação à conduta do credor. Por fim, o Tribunal negou a indenização correspondente ao período de tempo correspondente à inércia do credor.

Conclui-se, portanto, que uma forma de recepcionar o instituto do *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro foi sua associação ao princípio da boa-fé objetiva. Esta, contudo, não é a única forma de se compreender o tema.

b) Como consequência do abuso de Direito. Este fundamento de recepção do *duty to mitigate the loss* é principalmente defendido por Farias e Rosenvald (2013), uma vez que o alocam ao lado de regulações típicas de abuso de direito, como *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio* e *tu quoque*. Dentro desta linha argumentativa, o *duty to mitigate the loss* seria outra categoria de exercícios abusivos de direito. Sustenta este raciocínio que quando o credor que viola um dever de agir de acordo com a boa-fé objetiva estaria, na verdade praticando um ato ilícito.

Parte da doutrina, contudo, vem se manifestando contraria a esta possibilidade, pois “a existência de um dever (acessório) de mitigar o próprio prejuízo é, em alguma medida, contraditória com a noção de abuso do direito.” (PIRES, 2011, p. 714).

Outros críticos apontam que:

O fundamento da mitigação dos danos não pode ser encontrado na concepção subjetiva do abuso do direito, salvo em situações excepcionais. Com efeito, na maioria dos casos, o credor não pretende exercer seu direito à indenização com a finalidade exclusiva ou preponderante de causar prejuízo ao devedor. O objetivo do credor, ao exercer seu direito, é obter a reparação por danos que efetivamente sofreu em seu patrimônio. Ora, o devedor inadimpliu e tal fato realmente causou prejuízos ao credor. Portanto, a finalidade deste é restaurar o seu patrimônio (LOPES, 2011, p. 155).

Em princípio não haveria como relacionar a violação dos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito (art. 187 do Código Civil) ao dever de mitigação do credor, uma vez que o credor poderia exercer seu direito à indenização por um dano

que efetivamente ocorreu e que foi causado pelo inadimplemento do devedor. Neste sentido, o direito à indenização estaria de acordo com o próprio fim econômico e social do direito, que é a promoção da restauração do patrimônio do credor.

Mas é a “boa fé” mencionado pelo art. 187 do Código Civil? Neste aspecto, a doutrina brasileira é quase unânime quanto à possibilidade de servir de fundamento ao abuso de direito. Mesmo assim, contudo, há resistência em se recorrer a este fundamento, quando é possível justificá-lo diretamente do princípio da boa-fé objetiva.

Os Tribunais estaduais também refletem esta divisão em fundamentação, como, por exemplo, a apelação n. 20120110557429 julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que se decidiu, com fundamento no *duty to mitigate the loss*, que “na cobrança de dívidas, o credor deve obrar com boa-fé objetiva e evitar que a dívida se torne impagável em razão dos juros e dos encargos cobrados”. O Tribunal considerou, neste caso, que a Instituição Financeira abusou de seu direito como credor, ao ajuizar a execução tardiamente e oprimir o devedor com cobrança excessiva.

Do mesmo Tribunal deve-se destacar outro caso (apelação n. 78895020118070001) em que se discutia a ilicitude de descontos em aplicação financeira e se entendeu haver abuso de direito do credor, quando o credor não adotou medidas necessárias para minorar os seus próprios prejuízos, causando danos, por via reflexa, ao devedor.

Destacadas as formas de recepcionar o *duty to mitigate the loss*, passaremos no próximo item a se analisar como a jurisprudência nacional o tem aplicado.

2. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência, como se poderá observar neste item, vem adotando paulatinamente alguns destes parâmetros quando da fundamentação de suas decisões. Para o presente trabalho, a pesquisa jurisprudencial considerou as decisões

do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Paraná e Rio de Janeiro, além do, Superior Tribunal de Justiça, no período de 2010 à 2013⁵.

Na presente pesquisa jurisprudencial, levou-se, ainda, em consideração os verbetes: “*Duty to mitigate the loss*”, “*Duty to mitigate the own loss*” e “dever de mitigação”, no sentido de deixar mais precisa a pesquisa sobre o instituto da mitigação de danos.

a) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem utilizando a teoria do *duty to mitigate the loss* para restringir a indenização requerida pelos credores de uma relação jurídica. Foram localizados em torno de dezessete acórdãos que mencionavam os referidos termos: “*Duty to mitigate the loss*”, “*Duty to mitigate the own loss*” e “dever de mitigação”.

A título de exemplo, cita-se a decisão no recurso de apelação nº 70055653323. O caso versava sobre a equivocada inserção dos nomes dos autores no cadastro de inadimplentes, e, com consequência, a impossibilidade de os autores realizarem financiamento. O relator, em seu voto, afirmou que, uma vez que os autores já tinham conhecimento da inscrição e que várias medidas podiam ter sido tomadas, de modo a resguardar seus direitos, como depósito judicial, medida liminar e o requerimento de expedição de ofício ao órgão cadastral. Com este raciocínio foi afastada a obrigação de indenizar, pois

(...)os autores assumiram a posição de vítimas, o que, neste caso, afasta a obrigação de indenizar. Ou seja, quando iniciaram as tratativas para a compra do imóvel, já sabiam que o autor estava com o nome cadastrado. E o que é comum, poderia haver empecilho ao financiamento. A situação revela a necessidade de aplicação da teoria “*Duty to Mitigate the Loss*”. No artigo doutrinário, A aplicação do princípio da boa-fé nas relações contratuais.⁶

Claramente percebe-se, até mesmo em outras decisões⁷ do Tribunal do Rio Grande do Sul, que o seu entendimento é no sentido de que a parte credora possui o

⁵ A pesquisa foi realizada em outubro de 2013.

⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70055653323, Décima Câmara Cível. Relator Marcelo Cezar Muller, Julgado em 29 de agosto de 2013.

⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70054835921, Décima Sétima Câmara Cível. Relator Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 04/07/2013; BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70054519368, Décima Câmara Cível. Relator Marcelo Cezar Muller, Julgado em 13/05/2013; BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70053435400, Décima Sétima Câmara Cível. Relator Liege Puricelli Pires. Julgado em 08/05/2013;

dever de mitigar o prejuízo que possa resultar de uma situação. Não pode praticar ato ou permanecer omissa, a fim de, em momento posterior, ingressar com ação indenizatória, por se tratar de uma ofensa ao princípio da boa-fé objetiva.

b) Tribunal de Justiça do Paraná. O Tribunal Paranaense tem se utilizado da figura do *duty to mitigate the loss* para fundamentar suas decisões, no sentido de não admitir que determinada parte suporte um prejuízo sem procurar minorá-lo. Foram localizadas em torno de dez decisões que mencionavam os referidos termos: “*Duty to mitigate the loss*”, “*Duty to mitigate the own loss*” e “dever de mitigação”.

Neste sentido, tem-se a decisão em Apelação Cível nº 755934-0, em que se discutia a revisão de contrato bancário. No caso, a parte autora pretendia, entre outras coisas, que fosse declarada ilegal a cobrança de tarifas relativas a serviços bancários. O Tribunal entendeu, por fim, que o correntista (demandante) tomou os serviços prestados durante anos, sem sequer discutir os valores por estes cobrados, pela evidente razão de que com eles anuiu, ainda que tacitamente. Nas palavras do relator⁸:

Em outras palavras, não se pode admitir que a parte “suporte um prejuízo” por longos anos, sem procurar sequer minorá-lo e depois venha a juízo procurar obter a restituição pelo suposto prejuízo, o qual não foi sequer informado à parte contrária. Trata-se, portanto de uma aplicação do princípio da boa-fé objetiva, sob a vertente do *duty to mitigate the loss*, ou seja, o dever da parte de minorar o seu prejuízo.

O caso acima mencionado serve apenas a título de exemplo, porém outras decisões seguindo essa vertente podem ser encontradas no Tribunal de Justiça do Paraná⁹.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70053383097, Décima Câmara Cível. Relator Marcelo Cezar Muller. Julgado em 21/03/2013; BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70048590236, Décima Câmara Cível. Relator Marcelo Cezar Muller. Julgado em 29/11/2012.

⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 755934-0. Décima Quinta Câmara Cível. Relator Jucimar Novochadlo. Julgado em 23 de março de 2011.

⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Decisão Monocrática n. 1134179-8. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Lauri Caetano da Silva. Julgado em 23 de setembro de 2013 e BRASIL, Tribunal de

d) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, desde o ano de 2009 vem se apropriando da teoria do *duty to mitigate the loss* para embasar suas decisões, como exemplo cita-se a decisão no recurso de Apelação Cível nº 0010623-64.2009.8.19.0209. Foram localizadas em torno de cinquenta decisões que mencionavam os referidos termos: “*Duty to mitigate the loss*”, “*Duty to mitigate the own loss*” e “dever de mitigação”.

Neste caso, o Tribunal decidiu por substituir os juros contratuais pelos legais, ante a demora da instituição financeira (credor) em cobrar a dívida, sendo que essa conduta permitiu que a dívida atingisse montantes astronômicos. Novamente o *duty to mitigate* fundamenta a decisão¹⁰:

Inegavelmente, as instituições financeiras colaboram com o endividamento exacerbado dos consumidores, infringindo o dever anexo de cooperação, relacionado diretamente com o princípio da boa-fé objetiva. Nesse contexto, pertinente in specie a construção *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor que encontra amparo no Enunciado nº 169 na III Jornada de Direito Civil (...)

Observa-se que, assim como nos demais Tribunais analisado, uma intensa utilização da teoria do *duty to mitigate the loss*, no sentido de alertar ao credor que, assim como o devedor, deve atuar nos limites da boa-fé objetiva, não podendo ficar inerte a possíveis prejuízos decorrentes da relação jurídica pactuada.

e) Superior Tribunal de Justiça. No Superior Tribunal de Justiça o *leading case*¹¹ a respeito da teoria do *duty to mitigate the loss* foi o recurso em que se discutia a possibilidade de o promitente comprador deixar de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda e o credor deixar de exercer seu direito de reintegração por largo espaço de tempo. O Tribunal entendeu esta conduta como

Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 994384-2. Sétima Câmara Cível. Relator Victor Martim Batschke. Julgado em 04 de junho de 2013.

¹⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0010623-64.2009.8.19.0209. Nona Câmara. Cível. Des. Roberto de Abreu e Silva. Julgamento em 07 de junho de 2011.

¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 758.518. Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Terceira Turma. Julgado em 17 de junho de 2010.

descaso com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois deixar o devedor na posse do imóvel por quase sete anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual.

(...) evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. Ademais, não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, pois, como já exposto, o não exercício do direito de modo ágil, fere o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais.

No Superior Tribunal de Justiça, ao total, foram localizados em torno de seis acórdãos e onze decisões monocráticas que mencionavam os referidos termos: “*Duty to mitigate the loss*”, “*Duty to mitigate the own loss*” e “dever de mitigação”.

Em resumo, pode-se dizer que os tribunais analisados têm aplicado a teoria do *Duty to mitigate the loss* nos casos concretos. Um questionamento, contudo, permaneceu em aberto: como responsabilizar civilmente o credor pela não observância do dever de mitigar o próprio prejuízo. Eis o que se passa a analisar.

3. RESPONSABILIZAÇÃO DO CREDOR

Como se sabe, o contrato gera uma relação obrigacional complexa, que é composta pelos deveres principais e pelos deveres anexos, comportamentais (tais como os deveres de cooperação). É Neste contexto que se insere o *duty to mitigate the loss*, já que impõe ao credor a abstenção de qualquer conduta possível de desvirtuar o objetivo do negócio.

Uma vez que a noção de relação obrigacional é complexa, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva produz deveres anexos de conduta que determinarão as responsabilidades pré e pós contratuais, visto que tais deveres não estão limitados apenas ao período de execução do contrato¹².

¹² SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 113.

(...) os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência.

Na fase de execução do contrato, a colaboração do credor será primordial para que o próprio devedor tenha as condições de concluir a prestação de forma legítima, com maior efetividade, satisfazendo o contrato da melhor forma possível.

No entendimento esboçado por meio do Enunciado CJF nº 24, da I Jornada de Direito Civil, a quebra dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva gera a violação do contrato, hipótese de inadimplemento negocial que independe de culpa, gerando responsabilidade contratual objetiva.

Reforçando este entendimento, Tartuce¹³ afirma que a consequência jurídica, caso o credor não mitigue o seu próprio prejuízo, violando, portanto, o dever de cooperação, seria a responsabilidade objetiva, justamente pela quebra dos deveres anexos de conduta. Este entendimento, contudo, não é unânime, pois há quem defenda a responsabilidade subjetiva (delitual) com eventuais pagamentos de perdas e danos, ou a redução do seu próprio crédito.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro apreciou caso (Apelação nº 0011244-64.2009.8.19.0208) no qual entendeu que a falha de certa instituição financeira em cumprir os deveres anexos de informação e de cooperação importaria a responsabilização objetiva do fornecedor pelo defeito na prestação de serviço¹⁴. Também aqui o Tribunal fundamenta sua decisão no *duty to mitigate the loss*.

Vale, ainda, destacar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹⁵ na Apelação Cível nº 2010.022856-8, onde por conta do dever de mitigar os seus prejuízos, o credor teve sua indenização limitada. Destaque-se que a utilização pelo Tribunal catarinense deste fundamento é bastante limitada: apenas

¹³TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2013, p. 113.

¹⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0011244-64.2009.8.19.0208. Nona Câmara Cível. Relator Roberto de Abreu e Silva. Julgamento em 12 de junho de 2012.

¹⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.022856-8. Relator Ronei Danielli. Julgado em 18 de fevereiro de 2012.

uma decisão, no período da pesquisa, foi encontrada no presente Tribunal, onde efetivamente há a aplicação da teoria da mitigação.

Para melhor ilustrar, transcrevemos parte do voto:

(...) percebe-se incontestemente o dever do requerido em indenizar os autores pelos prejuízos acarretados pela construção da cortina de contenção. Porém, diante da postura encabeçada pelos autores, **a indenização limitar-se-á estritamente aos danos decorrentes da má execução da obra edificada, afastadas quaisquer outras reparações que não tenham ligação direta com este fato. Isso porque, como decorrência do princípio da boa-fé objetiva, era dever dos requerentes mitigar os danos advindos da obra, permitindo o ingresso da parte adversa em sua propriedade para eventual adequação ou qualquer outra medida que se fizesse necessária a atenuar o prejuízo suportado.** Possivelmente, se esse tivesse sido o seu comportamento, sequer teria o conflito alcançado o judiciário ou se prolongado de tal forma a atingir três lides diversas. Trata-se de aplicação pura do "*duty to mitigate the loss*" (dever de mitigar), desenvolvido pelo direito norte-americano e já incorporado pela doutrina e jurisprudência pátria, o qual consiste no dever do lesado em não agravar o dano suportado, deixando assim de prejudicar o cumprimento da obrigação que lhe é devida. (Grifo nosso)

Independentemente da discussão sobre a caracterização (objetiva ou subjetiva) deste tipo de responsabilização do credor, pode-se perceber que a conduta da vítima é elemento essencial para a fixação do *quantum* indenizatório. Isso porque caso ela não contribua para a mitigação do prejuízo, deverá ter sua indenização limitada à extensão do dano para a qual não contribuiu.

Conclui-se, portanto, que o dever de reparar existe, seja ele decorrente de responsabilização objetiva ou subjetiva do credor, e que o correspondente quantum indenizatório é fixado conforme as contribuições de causalidade, principalmente se considerados os riscos assumidos pelos contratantes na responsabilidade objetiva.

Ressalta-se que o presente trabalho não teve o objetivo de esgotar todas as possíveis consequências jurídicas que ao credor poderia ser impostas pelo seu descumprimento do dever de colaboração, apenas apresentar as possibilidades que a jurisprudência tem apresentado para a temática.

NOTAS CONCLUSIVAS

Pode-se dizer que o *duty to mitigate the loss*, figura importada da cultura jurídica anglo-saxã, trata-se de uma construção inovadora que se encaixa perfeitamente no ordenamento jurídico brasileiro, pois se relaciona diretamente com o princípio da boa-fé objetiva, mais especificadamente com o dever anexo de cooperação.

Assim, mesmo que não prevista expressamente no ordenamento nacional, a figura do *duty to mitigate the loss* demonstra possuir uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, já que a mitigação do próprio prejuízo constitui um dever acessório, derivado da conduta correta que deve existir pelos contratantes.

Nesta perspectiva, o descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo por parte do credor é ato ilícito que ofende a cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva, e, por conta disso, resta responsabilizado o credor não cooperativo.

Como visto, a jurisprudência brasileira tem cada mais utilizado o *duty to mitigate the loss* para fundamentar as suas decisões: além do Superior Tribunal de Justiça, foi analisado os Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e Rio de Janeiro.

Os mencionados Tribunais vêm limitando o *quantum* indenizatório devido ao credor, por conta pelo descumprimento deste do dever de não agravar o seu prejuízo. Isto significa que o contratante credor deve adotar as medidas possíveis e adequadas para não agravar o seu dano, sendo inadmitido, que este se favorece da perda econômica do devedor.

Há uma violação do dever de agir conforme a boa-fé objetiva que resulta um ato ilícito, considerando-se que o comportamento do titular é reprovável à coletividade, já que esta deve ser pautada pela boa-fé contratual.

Sem dúvida alguma, o *duty to mitigate the loss* tem uma enorme importância nas relações contratuais, uma vez que se passa a cobrar do credor assim, como do devedor, uma atuação previsível e confiável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL, Superior Tribunal De Justiça – STJ: Acesso em 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF: Acesso em 2013. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Maranhão – TJMA: Acesso em 2013. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/>>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR: Acesso em 2013. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br/>>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ: Acesso em 2013. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS: Acesso em 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: **enunciados aprovados** /coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 432.

DIAS, Daniel Pires Novais. **O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano.** São Paulo, v. 3 (2011), 683 – 738, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**, 3 ed. Rio de Janeiro. Juspodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERNANDES, Wanderley. **Contratos empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais.** 1. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso de direito nas relações obrigacionais.** – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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 (julho/setembro), 2004

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos.** 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: código Comentado e jurisprudência.** 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 26. ed. – Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual.** 2011. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutorado), 2011

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001

NALIN, Paulo. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do Duty to Mitigate the loss. In: Revista trimestral de direito civil. – v. 49 (janeiro/março 2012). – Rio de Janeiro: Padma, 2000.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. **Responsabilidade extracontratual - Algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização**. in: Revista da Emerj, v.11, n.44, 2008

RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.