

Duty to mitigate the loss: O dever de mitigar sua própria perda

Paulo Henrique Helene*

Eduardo Hoffmann**

SUMÁRIO: 1. Prelúdio obrigatório: *duty to mitigate the loss*; 2. Responsabilidade Civil; 3. Da construção de um sistema jurídico de repulsa a má-fé; 4. Do enquadramento do instituto na panaceia jurídica nacional; 5. Conclusão. Referências Bibliográficas

RESUMO: O presente artigo reconhece a existência de uma verdadeira crise dos desdobramentos da boa-fé entre as partes antagônicas de uma relação obrigacional ou contratual. A esse propósito, o *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar a perda) atua como importante ferramenta: o credor não pode violar a eticidade, agravando a situação de dano experimentada pelo devedor, ou seja, sendo possível, deverá atuar para minimizar o prejuízo. Salienta os fundamentos jurídicos utilizados para justificar a recepção do *duty to mitigate* no Brasil. Por fim, insere-se o instituto como um dever lateralou de conduta no panorama do CC/02 e do CPC/73.

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

ABSTRACT: This article acknowledges the existence of a genuine crisis unfolding of good faith between the parties antagonistic of a relationship obligational or contractual. In this regard, the duty to mitigate the loss acts as an important tool: a creditor can not violate the ethics, worsening the situation of damage experienced by the debtor, that is, if possible, should act to minimize the injury. Stresses the legal grounds used to justify the reception of the duty to mitigate in Brazil. Finally, it fits the institute as a side duty or conduct in the panorama of CC/02 and CPC/73.

KEYWORDS: Responsibility - Cooperation - Good Faith - Duty to mitigate the lender's own prejudice.

* Acadêmico do 5º ano de Direito da Faculdade Assis Gurgacz de Cascavel, Paraná.

** Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor das Faculdades Assis Gurgacz (FAG) e Sul Brasil (FASUL). Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Toledo e Advogado junto ao Escritório Canan e Poletto Advocacia em Toledo, Paraná.

1. Prelúdio obrigatório: *duty to mitigate the loss*

É de todo oportuno trazer à baila o entendimento do ínclito Emilio Betti¹ que já reconhecia a existência de uma verdadeira crise de cooperação na relação obrigacional entre credor e devedor, exigindo-se, nesse contexto, a atuação benéfica do direito para atenuar a natural tensão existente entre as partes antagônicas, em prol do princípio da boa-fé objetiva.

Nesse diapasão, o *duty to mitigate the own loss* sou dever de mitigar o próprio prejuízo, atua como importante ferramenta, na medida em que o credor não pode agravar sua situação danosa, pelo contrário, quando possível, deverá atuar para minimizar a sua perda.

Resta questionar se esta construção teórica tem aplicabilidade no direito brasileiro. Neste artigo, após perpassar pela responsabilidade civil, bem assim pela construção do sistema de repulsa à má-fé, trabalhar-se-á estes conceitos com a finalidade de demonstrar a completa permissão do sistema à sua utilização.

2. Responsabilidade Civil

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona², responsabilidade, para o direito, nada mais é, que uma obrigação derivada - um dever jurídico sucessivo - de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação de danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Dito isto, pode-se visualizar do instituto da reparação civil, basicamente, três funções: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e pedagógica, como função de desmotivação social da conduta lesiva.³

A responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, legal ou contratual, que resulta na imposição do dever de indenizar ao causador do dano. Desse modo, a depender da natureza jurídica da norma preexistente violada, a responsabilidade civil poderá ser contratual ou aquiliana (extracontratual).

A construção dogmática da responsabilidade civil moderna centra-se, para maioria da doutrina, na necessidade de demonstração de três condições imprescindíveis: conduta - culposa ou não, a depender da responsabilidade subjetiva ou objetiva -, nexo causal e dano.

¹ BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2005. Págs. 124-125.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2004. Pág. 09.

³ Há muito o STJ consagra que a indenização *não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta*. (REsp 318379/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2001, DJ 04/02/2002, p. 352). Bem assim, de que na *reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis*. (REsp 355392/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 17/06/2002, p. 258)

Em síntese, a conduta humana, positiva ou negativa, é o primeiro elemento da responsabilidade civil, e traduz um comportamento marcado pela voluntariedade. O nexo de causalidade representa o vínculo que une o agente ao resultado danoso. Já o dano manifesta a violação de um interesse jurídico material ou moral.

Segundo José de Aguiar Dias⁴, toda a manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade. A ideia é trabalhar a manifestação humana, no intuito de evitar o resultado danoso, devendo o homem viver honestamente em sociedade e não causar prejuízo a outrem. A precaução que tem como fundamento ético a prudência e a segurança jurídica deve fazer parte da responsabilidade civil. Assim, desponta uma responsabilidade preventiva, que atuará junto à responsabilidade reparadora.

Desse modo, a precaução e a prevenção constituem medidas antecipatórias que visam evitar danos ou que ofensas danosas ocorram, pois se projetam para o futuro, ao contrário da reparação, que apenas visualiza o passado depois do fato danoso.

No campo do direito privado se prevê a existência de um dever do credor de minimizar as suas perdas. Esse dever decorre do princípio da boa-fé, que setratando de uma cláusula porosa, impõe a observação obrigatória dos princípios da probidade e da boa-fé na manutenção ou na execução do contrato.

Nesse sentido, ressalta Rui Stocoque a *boa-fé referida na norma está compreendida em vários conceitos e tem variada aplicação no ordenamento jurídico. No entanto, deve ser tratada como padrão de comportamento ou como técnica que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em uso em uma dada sociedade. Reafirma que como cláusula geral que integra os pactos, serve como norma de interpretação e elemento limitador dos direitos subjetivos, como o objetivo de estabelecer os deveres de comportamento que as partes devem obedecer nas relações jurídicas. E, à vista disto, essa cláusula de exigência de conduta ética deverá estar subentendida em todas as relações.*⁵

Entrementes, é de se afirmar que ainda que não existisse a previsão inculpada no art. 422 do Código Civil, Vera Maria Jacob de Fradera⁶ e Judith Martins-Costa⁷ afirmam que seria possível sustentar a força normativa dos deveres laterais ou de conduta, cujo fundamento não emana estritamente da vontade das partes, mas da boa-fé objetiva, fruto do contrato social, imanente e implicitamente inserida no corpo jurídico da social contemporânea.

3. Da construção de um sistema jurídico de repulsa a má-fé

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Pág. 01.

⁵ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 144.

⁶ FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Pág. 49.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Pág. 394.

A boa-fé trata-se de uma regra matriz do ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, esta regra, em especial nos países latinos é mal compreendida, pois muitas vezes nas relações interpessoais, parte-se da premissa do ‘levar vantagem’. Toma-se por base o pressuposto que alguém esta prestes a ‘passar a perna noutro’; ao que tudo indica, para que uma relação negocial - para os latinos - tenha êxito, o outro terá que, obrigatoriamente, ter prejuízo. É mal concebida a possibilidade de que ambos possam realizar um bom negócio e, mesmo assim, ter o lucro ou retorno esperado. Portanto, há como pressuposto, nas relações negociais, a suspeita de que prepondera a má-fé.

Por outro lado, o legislador partiu da ideia de boa-fé, como regra matriz do comportamento. No atual Código de Processo Civil, isso está evidenciado no art. 14 ao fixar que *todos aqueles que de qualquer forma participam do processo devem proceder com lealdade e boa-fé*.

Para termos uma visão geral do tema, cabe alertar que a expressão boa-fé é gênero da qual podemos extrair as espécies: boa-fé *subjetiva* e boa-fé *objetiva*.

Sílvio de Salvo Venosa⁸ aponta que a diferença entre ambas reside no fato de que na boa-fé subjetiva, o manifestante da vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.

De outro lado, a boa-fé objetiva, tem compreensão diversa. O interprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já fixou posição de que a *boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal*.⁹

Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção, ou seja, exige o comportamento ético entre as partes. De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua jurisdição no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil (Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos)*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2006. Pág. 375.

⁹ REsp 981750/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 23/04/2010. Extraído de https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=961599&sReg=200702038714&sData=20100423&formato=PDF. Acessado em 15 ago. 2012, às 16h46.

Por isso, a boa-fé objetiva é fonte do direito privado (obrigações e contratos), uma vez que impõe comportamento aos contratantes, segundo regras de correção, na conformidade do agir do homem em seu meio social.

Já percebemos que a boa-fé é a imediata manifestação da confiança, verdadeira base da convivência social. Apresenta-se de modo multifuncional. Em primeiro, detém função interpretativa, ou seja, significa que toda e qualquer cláusula contratual deve ter seu sentido e alcance determinado conforme a ética, como assevera o art. 113 do Código Civil.¹⁰

Por segundo, há a função integrativa, da qual decorre que a boa-fé serve como fonte autônoma de obrigações para as partes, e estabelece deveres anexos. A esse propósito, o STJ já fixou:

*(...) O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; 'surrectio'; 'suppressio'). - O instituto da 'suppressio' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo. (...)*¹¹

Com grande senso de oportunidade, esclarece Judith Martins-Costa que a *boa-fé produz deveres instrumentais e 'avoluntaristas', neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de punctual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio, incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional.*¹²

Em direito contratual, os deveres anexos estarão presentes no contrato independentemente da vontade das partes, desde antes até depois (responsabilidade pré-contratual, contratual, pós-contratual e supracontratual, isto é, sendo concomitante a um contrato, mas indo além dele). Mesmo que a parte cumpra todos os seus deveres contratuais, descumprindo os deveres anexos, ela poderá incorrer em um novo tipo de inadimplemento. Nesse sentido, o STJ já reconheceu que a *boa fé objetiva, verdadeira regra de conduta, estabelecida no art. 422 do CC/02, reveste-se da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de cooperar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes, e, por conseguinte, integra o contrato naquilo em que for omissa, em decorrência de um imperativo de eticidade, no sentido de evitar o uso de subterfúgios ou intenções diversas daquelas expressas no instrumento formalizado. Ora, no caso em apreço, apretensão do advogado que postula honorários contratuais em valores superiores ao proveito econômico imediato auferido*

¹⁰ Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹¹ REsp 953389/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010. Extraído de http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=953389&b=ACOR#. Acessado em 15 ago. 2012 às 16h50m.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 199.

*pela parte que representou em Juízo, encontra limitação no princípio da boa fé objetiva, mostrando-se patente o rompimento da atuação ponderada e preocupada com a outra parte, marcada pela postura respeitosa e povoada de lealdade que deve nortear os contratantes. (...).*¹³

O fato de o credor não se empenhar para que não aumente o valor dos próprios prejuízos, incorreria em abuso de direito, afrontando o princípio da boa-fé.

Com o escopo de minimizar estes fatores danosos e delinear os comportamentos dos sujeitos exsurge a boa-fé objetiva como elemento criador de um elo direcionado a interesses cooperativos. A confiança e a colaboração são essenciais nas relações duradoras.

A tutela dos interesses do devedor, com enfoque na cooperação, também pode se justificar como sanção e meio de defesa contra uma conduta do credor que agrave injustificadamente a sua posição. Isso se constata no instituto do direito anglo-saxão denominado *duty to mitigate the loss* - dever do credor mitigar as próprias perdas - que impõe ao titular de um direito - credor - atenuar a extensão de um dano, minimizando, dessa forma, o potencial lesivo experimentado pelo devedor.

Significa que o contratante credor deve adotar as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado. Logo, se o credor adotar comportamento desidioso por acreditar que a perda econômica do devedor lhe favorece, a sua inércia culminará por lhe impor injustificado desfalque.

Esta negligência danosa é uma ofensa ao princípio da confiança, pois evidencia completo desprezo pelo dever anexo de cooperação.

A obrigação no sentido de processo exige como substrato a cooperação, seja credor, devedor ou terceiro. Impõe-se a prática de condutas voltadas à cooperação e ao auxílio especialmente para evitar que o devedor não permaneça aprisionado por longo período à relação obrigacional, em virtude da omissão no cumprimento de deveres laterais pelo credor.

Sabe-se que os interesses do credor representam o pilar do vínculo obrigacional. Por isso, não se pode descuidar daquilo que é mais sensível ao devedor: a sua liberdade.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁴ cogitam, como exemplo, as instituições financeiras que *cruzam os braços* diante do inadimplemento de seus clientes, pois preferem que o tempo passe silenciosamente e o montante do débito alcance valores elevados em função das taxas de juros incorporadas ao principal. Quando os valores devidos se tornam insuportáveis, o devedor termina por aquiescer com uma renegociação - ou novação - quase sempre desfavorável.

¹³REsp 830526/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 29/10/2009. Extraído de https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=879269&sReg=200600471438&sData=20091029&formato=PDF. Acessado em 15 ago. 2012 às 16h54m.

¹⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Vol. 4. 2ªEd. Salvador: Juspodvm, 2012. Pág. 198.

Fredie Didier Jr.¹⁵ entende que se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se, perfeitamente, admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro. Trata como exemplo, a questão da multa coercitiva - astreinte, prevista no §4º do art. 461 do CPC/73 -, ponderando se a parte, em cujo favor se destina a multa, tem o dever de impedir o aumento desnecessário do seu montante.

Nesse sentido, o STJ preconiza que: *1. A questão referente à possibilidade de redução da multa cominatória encontra respaldo no art. 461, § 6º, do CPC. In casu, o Tribunal a quo, por entender que o quantum fixado inicialmente atingiu valor demasiadamente exorbitante, mais de R\$ 1.400.000,00 (mais de um milhão e quatrocentos reais) reduziu a quantia para R\$ 50.000 (cinquenta mil reais). Segundo a jurisprudência do STJ, é possível reduzir as astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se enriquecimento sem causa (...).*¹⁶

Preceito semelhante ao *duty to mitigate* pode ser encontrado no art. 620 do CPC/73, que consagra o princípio da menor onerosidade ao devedor, concernentemente ao processo de execução. Com ele, havendo vários meios executivos aptos à tutela adequada e efetiva do direito de crédito, escolhe-se a via menos onerosa ao executado. Este princípio visa impedir a execução desnecessariamente onerosa ao executado; ou seja, a execução abusiva.

Ora, ao que parece a gênese de tal dispositivo, esta contida na própria Exposição de Motivos do CPC/73, a qual, em seu item 17 fixou que o processo civil é, de sua índole, eminentemente dialético, sendo *reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; afinal, tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.*

Sem dúvida, a boa-fé e a lealdade processuais são os alicerces do direito processual contemporâneo, podendo ser traduzidas em regras específicas ou servirem como cláusulas gerais, usadas para colmatar lacunas no sistema processual. Assim, acabam por influenciar o comportamento dos litigantes em relação, por exemplo, as provas, a defesa, aos recursos, aos atos processuais, a execução etc., de modo a respeitar os ditames da ética processual, seja em relação à parte contrária, seja quanto ao juiz ou quaisquer outras pessoas que venham a intervir ou a participar do processo judicial.¹⁷

A corroborar o exposto acima, Véra Maria Jacob de Fradera¹⁸, preleciona que a ideia do legislador da Convenção de Viena de 1980, aproxima-se do Código Civil brasileiro, pois impõe um comportamento a ambos contratantes, obrigando-os a guardar

¹⁵DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Execução*. Vol. 5. 3ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2011. Pág. 461.

¹⁶AgRg no REsp 1318332 /PB; Ministro Herman Benjamin; Segunda Turma; DJ 26/06/2012 Extraído de: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=22648097&sReg=201200716420&sData=20120801&sTipo=5&formato=PDF>. Acessado em 27 ago. 2012 às 23h58m.

¹⁷HOFFMANN, Eduardo e CAMBI, Eduardo. *Caráter probatório da conduta (processual) das partes*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 201, a. 36, nov. 2011. Pág. 78.

¹⁸FRADERA, Véra Maria Jacob. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* In: *Revista trimestral de direito civil*. RTCD, v.5, n.19, jul/set, 2004. Pág. 109-119.

os princípios de probidade e boa-fé, tanto na conclusão quanto na execução das suas obrigações.

Fradera defende ainda a recepção do *duty to mitigate* pelo direito privado nacional, especialmente em matéria contratual. O não cumprimento do *duty* implicaria em sanções ao credor, seja pela proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre na 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.

Nesse sentido, a referida autora enviou a proposta e teve aprovado o enunciado nº 169 na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual fixa que o *princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*. Deste modo, descumprir o dever de atenuar o próprio prejuízo é ato ilícito que viola a cláusula geral da boa-fé objetiva.

No Recurso Especial nº 758.518/PR, de Relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, o qual sem sombra de dúvida representa um *leading case* na matéria ao invocar o instituto do *duty to mitigate*, discutiu-se que o promitente comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em setembro de 2001. Contudo, o promitente vendedor só ajuizou a ação de reintegração de posse com pedido de indenização *pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não fruição* em 17 de outubro de 2002, ou seja, tardou quase sete anos a contar do inadimplemento, situação que evidencia o descaso com prejuízo sofrido.

Neste caso, entendeu o STJ por reduzir o valor da indenização, pois que, a *boa-fé objetiva* é um *standard ético-jurídico* de obrigatória *observância pelos contratantes em todas as fases*, pois são *condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade*. Ademais, nas relações obrigacionais, há a necessidade de *preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins*, sendo impossível a *violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico*. Deste modo, os *contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado e, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano*, pois o *agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor* é concebido como *umainfringência aos deveres de cooperação e lealdade*.¹⁹

4. Do enquadramento do instituto na panaceia jurídica nacional

Há forte divergência quanto à recepção do instituto em tela ao ordenamento jurídico brasileiro. Respondendo-se positivamente à questão anterior, surge outra indagação: qual o fundamento da recepção do *duty to mitigate the loss* no sistema jurídico nacional?

¹⁹REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010. Extraído de https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=983680&sReg=200500967754&sData=20100701&formato=PDF. Acessado em 02.09.2012 às 22h42.

A resposta está estruturada na figura de um tripé normativo. A primeira coluna representada pela proibição do *venire contra factum proprium*, a segunda incorpora o abuso de direito e, por fim, a terceira invoca a violação de um dever anexo ao princípio da boa-fé objetiva.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²⁰, a expressão *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Com efeito, cuida-se de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo. O fundamento jurídico-técnico do instituto se alicerça na proteção da confiança da contraparte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário à sua expectativa de benefício justamente gerada pela conduta inicial do parceiro contratual.

Em monografia dedicada ao tema, Anderson Schreiber apresenta os quatro pressupostos do *venire contra factum proprium*, a saber: (a) *um factum proprium, isto é, uma conduta inicial*; (b) *a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta*; (c) *um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e por isto mesmo violador da legítima confiança)*; e (d) *um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição*.²¹

Exemplificando, de forma didática, o STJ já decidiu que a mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva.²²

²⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Vol. 4. 2ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2012. Pág. 191.

²¹SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. São Paulo: Renovar, 2012. Pág. 271. Salienta o Autor à pág. 269 que: *O reconhecimento do caráter comunicativo do agir humano evidencia que cada comportamento individual desperta expectativas e esperanças, que um direito, livre do formalismo e do individualismo voluntarista, não pode deixar de tutelar. A consideração pelo outro impõe que se tutele o confiar, o ater-se ao que está fora de si, o aderir ao sentido objetivo dos comportamentos alheios*.

²²REsp 95.539/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/1996, DJ 14/10/1996. Sobre a proibição do *venire contra factum proprium*, confira outros julgados do STJ: (...) 1. *É incontroverso que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva*. 2. *Destarte, não pode a locadora alegar nulidade da avença (distrato), buscando manter o contrato rompido, e ainda obstar a devolução dos valores desembolsados pela locatária, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença*. (...) (REsp 1040606/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012). Ainda: (...) 2. *Como é cediço, a ação de prestação de contas tem duas fases, sendo que na primeira é verificado se assiste ao autor o direito de exigir a prestação de contas que, acaso existente, resulta na abertura da segunda fase do mesmo procedimento, no qual será apreciada as contas apresentadas e o eventual saldo existente. Como houve preclusão para discussão acerca da legitimidade ativa da recorrida - matéria decidida na primeira fase do procedimento-, e foram julgadas boas as contas prestadas pelo próprio recorrente, não há falarem decisão que extrapola os limites do pedido exordial, pois o princípio da boa-fé objetiva obsta à parte assumir comportamentos contraditórios no decorrer da relação processual, sendo, pois, vedado o *venire**

Por segundo, cumpre destacar que o legislador qualificou o abuso de direito como ato ilícito, ao consignar no art. 187 do CC/02 que 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.*

Nesta situação, alguém aparentemente atua no exercício regular de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento, ou seja, o abuso é um comportamento contrário a princípios.

Já os deveres de conduta também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela, são conduzidos pela boa-fé ao negócio jurídico, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação integra-se. Incidem tanto sobre o devedor como sobre o credor, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, via de facilitação do adimplemento, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo.

Véra Maria Jacob de Fradera²³, afirma que a jurisprudência francesa enquadra o dever de mitigar o próprio prejuízo como corolário da boa-fé, ou se vale da proibição do *venire contra factum proprium* como fundamento para punir o comportamento faltoso. Para tanto, cita o exemplo de um locador que permaneceu onze anos sem cobrar os aluguéis e, ao invocar a cláusula resolutória do contrato, acabou sendo privado de exercer esse direito, com fundamento na proibição do comportamento contraditório.

Por outro lado, Daniel Pires Novais Dias²⁴, profundo estudioso do tema, questiona a perspectiva apresentada por Fradera. Primeiramente, porque *não há lacuna no Código Civil para regular as situações em que o credor inadimplido, ou mesmo a vítima de dano extracontratual, não adota medidas para evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo.*

Em seguida, o autor questiona o surgimento do instituto, pois *sobrea origem inglesa do “dever” do credor evitar o agravamento do próprio prejuízo, é possível contrapor que o Código Civil alemão, que data de 1896, já previa a redução da indenização da parte lesada por negligência desta em afastar ou minorar o próprio dano (§ 254), ao passo que o duty to mitigate the loss foi formulado pela primeira vez em uma decisão judicial datada de 1912.* Em terceiro, afirma que *o duty to mitigate the loss não corresponde a um dever (do credor de mitigar a própria perda).* Aduz que *a expressão em inglês é equívoca porque induz à compreensão de que se trata de um dever sem que o seja, e a doutrina chama atenção para isso.* Apresenta que, no sistema

contra factum proprium. (...) (REsp 1005727/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 15/05/2012).

²³ FRADERA, Véra Maria Jacob, *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* In: Revista trimestral de direito civil. RTCD, v.5, n.19, jul/set, 2004. Pág. 109-119.

²⁴ DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano.* Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, a. 12, abr./jun. 2011. Pág. 93.

da *common law*, o *duty* corresponde a uma norma que, conjuntamente com outras, determinam o valor da indenização da vítima de um dano contratual ou extracontratual.²⁵

Por fim, desponta nas repercussões práticas um duplo equívoco, uma vez que o julgador, pensando que está aplicando um instituto estrangeiro, decide de maneira distinta ao que prevê a legislação brasileira; e que, por outro lado, a decisão, contrariamente ao que pensa o julgador, é também distinta à forma com que se dá a aplicação do instituto no direito estrangeiro. Ora, não é possível falar em efetiva recepção no direito civil brasileiro do *duty to mitigate the loss*, figura do sistema jurídico da *common Law*. Mais adequado é defender da desnecessidade da regulação estrangeira, já que os arts. 402²⁶, 403²⁷ e 945²⁸ do CC/2002 compõem a base legal para regular estas situações. Da análise desenvolvida dos referidos artigos, conclui que as situações em que o credor inadimplido, ou a vítima de dano extracontratual, permanece inerte em face da produção ou agravamento do próprio dano, encontram regulação no Código.²⁹

Assim, defende que o encargo de evitar o próprio dano deve ser reconhecido no direito civil brasileiro, porque ele é a figura dogmática mais adequada para suprir a lacuna apontada acima acerca da ausência de prescrição jurídica titularizada pela vítima em evitar a produção ou agravamento de danos a si. Como consequência, havendo o descumprimento deste encargo, a vítima perderá, total ou parcialmente, o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos minimizado.³⁰

Certo é que em todas as hipóteses há violação de dever de agir de acordo com a boa-fé objetiva que deriva na prática de um ato ilícito, considerando-se que o comportamento do titular é reprovável ao sentimento jurídico prevalente na coletividade.

A nosso ver, com a promulgação do Código Civil de 2002 e a positivação do princípio da boa-fé objetiva, o *duty to mitigate the loss*, consubstanciado no dever do credor de mitigar os próprios prejuízos ou suportar as consequências de natureza econômica de sua própria inércia, poderia ser identificado como um dever lateral extremamente próximo da cooperação.

²⁵ DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, a. 12, abr./jun. 2011. Pág. 94.

²⁶ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

²⁷ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

²⁸ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

²⁹ DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, a. 12, abr./jun. 2011. Pág. 101.

³⁰ DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, a. 12, abr./jun. 2011. Pág. 107.

Indiretamente, o *duty to mitigate* alberga a proteção de interesses também do devedor, na medida em que, ao impor a prática de certo comportamento ao credor, impede o crescimento dos danos.

Isto é nivelar os interesses do credor aos do devedor, mesmo sabendo, como já dito, que o interesse do credor é o pilar do vínculo obrigacional.

5. Conclusão

Quanto a nossa inicial indagação, se é possível à aplicação do dever de mitigar a perda ao direito civil brasileiro, a resposta chegada é pela positividade.

A boa-fé objetiva trata-se de um conceito aberto que possibilita o magistrado adequar à aplicação do direito e dos influxos de valores sociais, pois os limites dos fatos preconizados nas cláusulas gerais são móveis e passíveis de concretização variável.

É certo que a matriz ontológica do *duty to mitigate the loss* decorre da cláusula geral de boa-fé, contida no art. 422 do CC/02.

Como emanção do princípio da boa-fé objetiva, os deveres laterais detêm uma finalidade própria, independente e diversa daquela consistente no mero auxílio do cumprimento da prestação principal. Desempenham, à evidência, um papel designadamente funcional, voltado a obstaculizar as consequências indesejáveis e a criar condições para a satisfação com um todo dos interesses das partes.

Assim, o dever do credor de mitigar as próprias perdas - *duty to mitigate the loss* - se insere como um dever lateral ou de conduta no panorama do CC/02 e do CPC/73.

6. Bibliografia

BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2005.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, a. 12, abr./jun. 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Execução*. Vol. 5. 3ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Vol. 4. 2ªEd. Salvador: Juspodvm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Obrigações*. Vol. 2. 6ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2012.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRADERA, Véra Maria Jacob, *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* In: Revista trimestral de direito civil. RTCD, v.5, n.19, jul/set, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Duty to mitigate the loss*. Editorial n. 13. Disponível em: <<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>>. Acesso em: 15 maio. 2012.

HOFFMANN, Eduardo e CAMBI, Eduardo. *Caráter probatório da conduta (processual) das partes*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 201, a. 36, nov. 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. São Paulo: Renovar, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor*. Esboço do tema e primeira abordagem. Março de 2005. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 15 maio. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil (Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos)*. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2006.