

APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR O PREJUÍZO NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

THE APPLICATION OF THE DUTY TO MITIGATE THE LOSS IN THE BRAZILIAN CONTRACT LAW

Cintia Antunes de Almeida da SILVA¹
Diego Lemes de Melo BRUM²

Sumário: Introdução. 1. Evolução do direito contratual e o princípio da boa-fé objetiva; 2. Princípio da boa-fé objetiva e o dever anexo de lealdade e cooperação; 3. Dever de mitigar o prejuízo e sua recepção pelo direito pátrio; 4. Aplicação do dever de mitigar o prejuízo pela jurisprudência; Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicação do dever de mitigar o prejuízo (*duty to mitigate the loss*) como dever anexo da boa-fé objetiva nas relações contratuais. Um dos deveres que o princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes é o dever de lealdade e cooperação, compreendendo o dever de tomar todas as providências necessárias para que as perdas decorrentes do inadimplemento contratual não sejam tão grandes a ponto de dificultar seu ressarcimento ou capazes de ocasionar o enriquecimento ilícito do credor. Uma vez que o dever de mitigar o prejuízo já é consagrado pela jurisprudência, necessário faz-se analisar sua aplicação no direito contratual pátrio.

Abstract: The main objective of this article is to analyze the application of the duty to mitigate loss as attachment duty of objective good faith in contractual relations. One of the duties that the principle of objective good faith imposes on contractors is the duty of loyalty and cooperation, including the duty to take all necessary measures so that the losses arising from breach of contract are not so great as to hinder reimbursement or able to lead to the unjust enrichment of the creditor. Since the duty to mitigate the loss is already established in the jurisprudence, it is necessary to analyze its application in the Brazilian contract law.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Direito contratual. Dever de mitigar o prejuízo.

Keywords: Objective good faith. Contract law. Duty to mitigate the loss.

Introdução

O direito contratual evoluiu da fase individualista e da autonomia de vontade absoluta para fase da função social do contrato, que se ocupa dos efeitos que o contrato produz na sociedade, impedindo que prejudiquem à coletividade.

Com o surgimento da função social do contrato emergiu o princípio da boa-fé contratual. Sendo o contrato apto a produzir efeitos no meio social como um instrumento de conteúdo de cunho econômico, as partes devem agir com probidade e boa-fé em todas as fases contratuais, inclusive na fase pré e pós contratual.

¹ Advogada. Procuradora Jurídica do Município de Santo Antônio da Platina, Estado do Paraná. Pós-graduanda em Direito Civil/ Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO)/Projuris Estudos Jurídicos.

² Advogado. Procurador Jurídico do Município de Santo Antônio da Platina, Estado do Paraná. Pós-graduando em Direito Civil/ Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO)/Projuris Estudos Jurídicos.

O artigo 422 do Código Civil consagrou expressamente o princípio da boa-fé objetiva ao estabelecer que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Esse princípio impõe aos contratantes condutas de fundo ético, destacando-se o dever de agir com lealdade e cooperação em todas as fases do contrato, a fim de garantir segurança nos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contratante que espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas.

O dever de lealdade e cooperação significa que as partes devem ostentar conduta leal, levando-se em consideração o comportamento comum ao homem médio, impondo às partes o dever de mitigar o prejuízo, ou seja, o titular de um direito deve atuar de forma a minimizar o âmbito de extensão do dano no caso de inadimplemento contratual, evitando que a situação se agrave.

O dever de mitigar o prejuízo é um instituto do *common law*, que foi recepcionado pelo direito brasileiro quando o Brasil aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, por meio do Decreto nº 8.327/2014, sendo, portanto, validamente aplicado.

No mesmo sentido, o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil fez previsão do desse dever ao estabelecer que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Dessa forma, considerando que esse dever foi recepcionado pelo direito brasileiro e é aceito pela jurisprudência em diversos casos envolvendo demandas contratuais, imprescindível analisar sua aplicação no direito contratual brasileiro.

1. A evolução do direito contratual e o princípio da boa-fé objetiva

A consagração princípio da boa-fé objetiva como um princípio geral do direito contratual está intimamente ligada à evolução do direito contratual, que abandonou a fase individualista em favor da ideia da função social do contrato.

Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 22):

O contrato tem uma *função social*, sendo veículo de circulação da riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista. O Código Civil de 2002 tornou explícito que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade (arts. 421 e 422).

Nesse contexto, cabe destacar a importância do contrato como fonte das obrigações, não somente em relação àqueles que estão estabelecendo relação contratual, mas também seus efeitos perante a sociedade, o que fez com que o direito contratual passasse da fase individualista em que pouco importava o conteúdo do contrato e seus efeitos, para fase da função social do contrato, em que as partes não podem tudo, pois deve prevalecer o princípio da função social do contrato, em virtude do contrato ser um fenômeno que produz efeitos na sociedade por conta do seu conteúdo de cunho econômico, produzindo efeitos nas relações sociais.

Sobre o tema, leciona ainda Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 22):

O Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da *socialidade* por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.

A função social do contrato significa analisar a finalidade coletiva que o pacto conduz, havendo, portanto, uma relativização ou mitigação da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), pois não se pode mais interpretar o contrato somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, devendo levar em consideração a realidade social que o circunda (TARTUCE, 2014, P. 435).

Ademais, a função social do contrato trouxe em seu bojo o princípio da boa-fé objetiva, vez que sendo o contrato um fenômeno social e havendo a preocupação de que tenha uma função social, nada mais justo do que se exigir das partes deveres éticos a serem respeitados em todas as fases do contrato, surgindo assim o princípio da boa-fé objetiva no direito contratual.

No direito brasileiro, o Código anterior de 1916 não fazia previsão desse princípio geral do direito contratual, sendo que com a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva foi consagrada como um dos princípios fundamentais das relações de consumo, conforme art. 4º, inciso III, e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas, nos termos do art. 51, inciso IV.

Dessa forma, a partir de 1990 com o Código de Defesa do Consumidor o princípio da boa-fé objetiva foi expressamente positivado no direito privado brasileiro, podendo ser aplicado a todos os demais setores, com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução do Direito Brasileiro.

Já o Código Civil de 2002 trouxe expressamente esse princípio geral contratual ao estabelecer, em seu artigo 422, a obrigação dos contratantes agirem com probidade e boa-fé em todas as fases da relação jurídica contratual.

Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 23):

A maior crítica que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era a de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa-fé como cláusula geral, falha imperdoável diante da consagração do princípio nos Códigos a ele anteriores, como o francês (art. 1.134) e o alemão (par. 242).

O Código de 2002 preencheu essa lacuna e dispôs no seu art. 422 que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na fórmula do art. 422 os períodos pré e pós-contratual, dentro dos quais o princípio da boa-fé tem importância fundamental para a criação de deveres jurídicos para as partes, diante da inexistência nessas fases de prestação a ser cumprida. Essa omissão não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedentes e posterior ao contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito.

Cabe destacar ainda que o princípio da boa-fé atualmente também foi consagrado no novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, em três dispositivos distintos (art. 5º - como dever de qualquer sujeito no processo; art. 322, § 2º - como princípio norteador da interpretação do pedido formulado; art. 489, § 3º - como princípio norteador da interpretação das decisões judiciais).

2. Princípio da boa-fé objetiva e o dever anexo de lealdade e cooperação

A boa-fé objetiva difere-se da boa-fé subjetiva. Esta é um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina, como no caso do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula a posse. Nesse caso, está-se diante da boa-fé subjetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 64-65).

Já a boa-fé objetiva significa o dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais (VENOSA, 2011, p. 554).

Ademais, a boa-fé objetiva impõe a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção. São chamados de deveres anexos, pois o dever principal é o da prestação de dar, fazer e não fazer, e os deveres anexos são os decorrentes da boa-fé objetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 67).

São considerados deveres anexos entre outros (TARTUCE, 2014, p. 442):

- Dever de cuidado em relação à outra parte negocial;
- Dever de respeito;
- Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio;
- Dever de agir conforme a confiança depositada;
- Dever de lealdade e probidade;
- Dever de colaboração ou cooperação;
- Dever de agir com honestidade;
- Dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

Esses deveres são impostos ao sujeito ativo e ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, vez que se referem à exata satisfação dos interesses envolvidos na obrigação assumida, por força boa-fé contratual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 67).

Leciona Maria Helena Diniz (2014, p. 418):

(...) a boa-fé objetiva, prevista no artigo *sub examine*, é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente. “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil” (Enunciado n. 362 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil). Ressalta-se que, em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do atual Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa.

No caso de descumprimento dos deveres anexos ensina Flávio Tartuce (2014, p. 442):

(...) a quebra desses deveres anexos gera a *violação positiva do contrato*, com responsabilização objetiva daquele que desrespeita a boa-fé objetiva (Enunciado n. 24 CFJ/STJ). Essa responsabilização independentemente de culpa está amparada pelo teor do Enunciado n. 363 CFJ/STJ, da IV Jornada, segundo o qual: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

O dever de lealdade e cooperação impõe às partes o dever de guardar entre si a lealdade e o respeito que se espera do homem comum na condução dos seus negócios.

Em relação ao dever de lealdade e cooperação, são as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 175)

(...) os deveres de cooperação impõem às partes a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado, agir com deslealdade implica atingir a dignidade do outro contratante.

A cooperação é o próprio fundamento das relações obrigacionais, pois ela que indicará o caminho do adimplemento como finalidade (função) para qual é polarizado o negócio jurídico. Destarte, será lesiva ao dever de lealdade qualquer conduta que comprometa a utilidade procurada no contrato, o programa econômico que constitui a prestação. Na fase de execução da prestação, a colaboração do credor será necessária para que o próprio devedor tenha condições de levar a cabo a prestação de forma regular, de forma a dotá-la de maior efetividade, satisfazendo em maior medida o interesse a cuja satisfação o contrato se dirige.

É nesse sentido que um dos deveres ligados à boa-fé objetiva é o *duty do mitigate the loss*, ou seja, o dever do credor mitigar seu prejuízo decorrente do inadimplemento contratual, estando relacionado ao dever de lealdade e cooperação que as partes contratantes devem respeitar durante a execução do contrato.

3. Dever de mitigar o prejuízo e sua recepção pelo direito pátrio

O dever de mitigar próprio prejuízo surgiu no *common law* e está ligado a noção de lealdade e cooperação decorrente da boa-fé objetiva, exigindo que o devedor diante do inadimplemento do contrato atue para mitigar o prejuízo, a fim de que a prestação não se torne muito onerosa ao devedor e ocasione o enriquecimento indevido do credor.

Vale destacar os ensinamentos de Cristiane Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sobre o significado do dever de mitigar o prejuízo (2012, p. 197-198)

Isto significa que o contratante credor deve adotar as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado. Vale dizer, se o credor adotar comportamento desidioso por acreditar que a perda econômica do devedor lhe favorece, a sua inação 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. Basta cogitarmos de 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.

Esse dever foi recepcionado pelo direito brasileiro em virtude da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, por meio do Decreto nº 8.327/2014.

Ademais, o Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal estabelece, ao interpretar o art. 422 do Código Civil, que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Segundo Flávio Tartuce (2014, p. 452)

Anote-se que o Enunciado n. 169 CJF/STJ está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias, no sentido de que “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”.

Sobre o tema já se manifestou Vera Fradera (2004, p. 110 e 118 apud FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 197):

(...) inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro com situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda. Não cumprindo o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre em França. No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso a invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual.

Portanto, o dever de mitigar o prejuízo é aplicado no direito contratual brasileiro, sendo considerado um dever anexo da boa-fé objetiva.

4. Aplicação do dever de mitigar o prejuízo pela jurisprudência

O *duty to mitigate the loss*, como já explanado, foi recepcionado pelo direito brasileiro quando o Brasil aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, por meio do Decreto nº 8.327/2014, e não raras vezes tem sido aplicado pelos Tribunais Pátrios em inúmeros julgados.

Nesse diapasão, há diversas decisões judiciais que, analisando a situação concreta, vêm aplicando o dever de mitigar o prejuízo não só para afastar a responsabilidade, mas também para sua atenuação.

Em julgado de lavra do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, firmou-se o entendimento de que a comunicação tardia de furto de cartão de crédito, ocorrida 40 (quarenta) dias após o crime, no caso em que o consumidor alegava não ter realizado as compras, acarreta a culpa concorrente, tendo em vista que o consumidor deve atuar de forma a minimizar o próprio prejuízo, mitigando as próprias perdas.

Referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

Apelação cível. Ação indenizatória. Furto do cartão de crédito. Comunicação tardia. Culpa concorrente. Mitigação da responsabilidade da instituição financeira. Dever de mitigar as próprias perdas. Redução da indenização. 1. Do consumidor que contesta a procedência de compras realizadas com seu cartão não se pode exigir a prova diabólica de que não foi ele quem o realizou. É à instituição financeira que incumbe, nessa hipótese, demonstrar a lisura do lançamento (fato positivo), diante do direito básico do consumidor à facilitação da sua defesa em juízo (CDC, art. 6º, VIII). 2. Por outro lado, é incontroverso - posto que não replicado pelo autor em audiência - que a comunicação do furto ocorreu após 40 (quarenta) dias o crime. Se isso não é suficiente para afastar a responsabilidade da ré, que não poderia ter autorizado a realização de transações por terceiros, por certo é capaz de atenuar sua responsabilidade, na medida em que o consumidor deve atuar de forma a minimizar o próprio prejuízo. Esse dever de colaboração - chamado pela doutrina *duty to mitigate the loss* - é conceito parcelar do princípio da boa-fé objetiva, que deve estar presente em todas as relações contratuais. 3. Redução da indenização para 50% do valor comumente fixado por este órgão fracionário em casos análogos de mesma natureza, acomodando-a em R\$5.000,00 (cinco mil reais). 4. Provimento parcial do recurso. (TJ-RJ - APL: 00019323420138190205 RJ 0001932-34.2013.8.19.0205, Relator: DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES, Data de Julgamento: 20/04/2015, VIGÉSIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 24/04/2015).

Verifica-se ao aplicar o *duty to mitigate the loss* o órgão julgado entendeu pela atenuação no valor da indenização em 50% do valor comumente aplicado em casos análogos.

Por outro lado, há situações em que esse dever afasta totalmente a responsabilidade, como no caso da seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

DIREITO DO CONSUMIDOR. DANO MATERIAL E MORAL. SAQUE INDEVIDO POR TERCEIRO NÃO AUTORIZADO. ÔNUS DA PROVA. RESTITUIÇÃO. OFERTA DE ACORDO NA VIA ADMINISTRATIVA PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. RECUSA INJUSTIFICADA PELO CORRENTISTA. DEVER DE MITIGAR A PERDA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Hipótese em que correntista alega ter sido vítima de saque indevido de R\$ 500,00 (quinhentos reais) de sua conta bancária, reclamando o ressarcimento da quantia e o pagamento de indenização por danos morais, pleitos que foram acolhidos em primeira instância. 2. A jurisprudência consolidou a orientação no sentido de que "se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência" (STJ, REsp 727.843/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 553). 3. Assim, como instituição financeira prestadora de serviço, assume a CAIXA a responsabilidade pelo risco do negócio, resguardando os seus clientes das falhas de segurança na prestação dos serviços contratados. Devido, portanto, o ressarcimento da quantia que o autor afirma ter sido sacada indevidamente de sua conta por terceiros. 4. Quanto aos danos morais, há nos autos prova de que a instituição financeira deflagrou celeremente providências administrativas com o fito de proceder ao ressarcimento e, sem nenhuma justificativa plausível, o autor

se recusou a aceitar tal acordo. 5. O princípio da boa-fé objetiva impunha ao autor, nessa situação, tomar as providências necessárias para mitigar sua suposta perda (é o que a doutrina chama de "*duty to mitigate the loss*"). Não o fazendo, tem-se que sua inércia contribuiu decisivamente para o suposto constrangimento que afirma ter sofrido. 6. Ao que parece, preferiu o autor abrir mão da imediata e voluntária devolução da quantia sacada para arriscar a sorte em uma ação de indenização por danos morais. Esse tipo de postura, a revelar uma espécie de litigiosidade fabricada, não deve ser incentivada pelo Judiciário, sob pena de servir de desestímulo à instituição financeira que adota políticas adequadas de solução administrativa e consensual de seus conflitos. 7. Apelação parcialmente provida, no sentido de julgar improcedente o pedido de indenização por dano moral, mantida a condenação no que se refere ao ressarcimento da quantia indevidamente sacada. Sucumbência recíproca. (TRF-5 - AC: 358434 PE 0022344-23.2003.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Substituto), Data de Julgamento: 03/09/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário Eletrônico Judicial - Data: 18/09/2009 - Página: 526 - Ano: 2009)

Nessa esteira fica nítido que o *duty to mitigate the loss* é alusivo a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes no cumprimento das obrigações.

Outro acórdão semelhante, no sentido de que a inércia diante do dano infringe os deveres de lealdade e cooperação, aplicando o *duty to mitigate the loss*, foi proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no seguinte sentido:

Responsabilidade Civil. Alienação fiduciária Liberação de documentos para desembaraço do sinistro. *Duty to mitigate the loss*. Dano moral. 1. Não há cerceamento de defesa quando o julgamento da lide independe de dilação probatória. 2. As partes devem atuar, no curso da relação obrigacional, de modo a preservar seus direitos, auxiliando-se mutuamente sob pena de ferir a boa-fé e os preceitos éticos constantes do ordenamento jurídico. 3. Caberá ao credor agir em conformidade com o brocado "*duty to mitigate the loss*", mitigando seus prejuízos por meio da adoção de medidas necessárias e possíveis para que eles não sejam agravados. A inércia diante do dano infringe os deveres de lealdade e cooperação, imputando à parte os ônus daí decorrentes. 4. De forma objetiva, é lícita a inscrição de dívida nos cadastros de inadimplentes pela instituição financeira, quando demonstradas a regularidade da origem do débito e a inadimplência de seu cliente. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP – AC 01068964420128260100/SP - 0106896-44.2012.8.26.0100, Relator: Itamar Gaino, Data de Julgamento: 19/05/2014, 21ª Câmara de Direito Privado)

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela aplicação o dever de mitigar o próprio prejuízo no seguinte precedente (Recurso Especial nº 758.518/PR):

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O

PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

(REsp 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)

Dessa forma, considerando o princípio da boa-fé objetiva como um princípio geral do direito contratual, o contratante credor deve adotar medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado, quando puder fazê-lo, em obediência ao dever de mitigar o prejuízo.

Portanto, caso não haja respeito a esse dever da boa-fé objetiva, poderá ocorrer o afastamento ou atenuação da responsabilidade do devedor, conforme os tribunais vêm decidindo no caso concreto.

Considerações finais

Com a evolução do direito contratual, passando da fase individualista e da autonomia de vontade absoluta para fase da função social do contrato, há a preocupação com os efeitos que o contrato produz na sociedade, impedindo que prejudiquem à coletividade.

Nesse contexto, emergiu o princípio da boa-fé contratual, que impõe às partes o dever agir com probidade e boa-fé em todas as fases contratuais, inclusive na fase pré e pós contratual, nos termos no art. 422 do Código Civil.

O dever de lealdade e cooperação, como dever anexo da boa-fé objetiva, significa que as partes devem ostentar conduta leal, levando-se em consideração o comportamento comum ao homem médio, exigindo das partes o dever de mitigar o prejuízo, ou seja, o titular de um direito deve atuar de forma a minimizar o âmbito de extensão do dano no caso de inadimplemento contratual, evitando o agravamento do dano.

Ressalta-se, mais uma vez, que o referido dever foi recepcionado pelo direito brasileiro quando o Brasil aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e

Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, por meio do Decreto nº 8.327/2014.

No mesmo sentido, o Enunciado nº 169 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil fez previsão do desse dever ao estabelecer que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Dessa forma, *duty to mitigate the loss* não raras vezes vem sendo aplicado pela jurisprudência em diversos casos envolvendo demandas contratuais, conforme julgados acima colacionados, não só afastando a responsabilidade pelo dever de indenizar, mas também mitigando a indenização, quando o titular de um direito não atua de forma a minimizar o âmbito de extensão do dano causado pelo inadimplemento contratual.

Referências

- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 26-06-2015.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 09-07-2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em Recurso Especial nº. 758.518/PR*. Relator: GIUSTINA, Vasco Della. Publicado no DEJ de 28-06-2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22VASCO+DELLA+GIUSTINA+%28DESEMBARGADOR+CONVOCADO+DO+TJ%2FRS%29%22%29.min.&processo=758518&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1. Acesso em 19-06-2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Acórdão na Apelação Cível nº. 00019323420138190205*. Relator: TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Publicado no DJ de 24-04-2015. Disponível em <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185052970/apelacao-apl-19323420138190205-rj-0001932-3420138190205>. Acesso em 19-06-2015.
- BRASIL. Tribunal de Regional Federal da 5ª Região. *Acórdão na Apelação Cível nº. 358434/PE*. Relator: MARTINS, Leonardo Resende. Publicado no DEJ de 18-09-2009. Disponível em <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8339249/apelacao-civel-ac-358434-pe-0022344-2320034058300>. Acesso em 19-06-2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Acórdão na Apelação Cível nº. 01068964420128260100/SP*. Relator: GAINO, Itamar. Data de Julgamento: 19/05/2014. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120318894/apelacao-apl-1068964420128260100-sp-0106896-4420128260100/inteiro-teor-120319009>. Acesso em 19-06-2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado 17.ª ed.*, São Paulo: Saraiva, 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol. 4, Direito dos Contratos*. 2ª. ed., Salvador: Juspodivm, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, vol. 4, Contratos. Tomo I - Teoria geral*. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 3, Contratos e atos unilaterais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume III. Contratos*. 1ª ed. eletrônica. Rio de Janeiro: 2003.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Volume único*. 4ª ed., São Paulo: Método, 2014.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.