Duty to mitigate the loss, suas nuances e aplicação no direito brasileiro

Autor(res)

Felipe Rossi De Andrade
Igor Ferreira Silveira

Categoria do Trabalho

Trabalho Acadêmico

Instituição

UCB - UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA

Introdução

O Duty to Mitigate the Loss foi aplicado pela primeira vez no STJ em 2010 após a publicação do artigo de Véra Maria Jacob de Fradera intitulado "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?" este marco vem se expandindo na jurisprudência brasileira, sanando brechas deixadas no ordenamento civil no que concerne à mitigação de danos no patrimônio do credor relacionada com o princípio da boa-fé objetiva.
Entretanto, mesmo já sendo um tema consolidado em decisões das cortes superiores, parte da doutrina ainda se mostra insatisfeita em assumir que as brechas na lei sequer existam no mérito ora em estudo, formando um debate que, embora ainda pouco desenvolvido, consubstancia a importância de se explorar as nuances do dever de mitigar.

Objetivo

O objetivo do estudo será dar holofote a um instituto ainda recentemente aderido pelo direito brasileiro e discutir suas nuances.

Material e Métodos

A principal coleta de informações deste estudo veio das doutrinas do Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra "Direito Civil Brasileiro, volume 3", e do Flávio Tartuce "Manual de direito civil", além do artigo do Daniel Pires Novais Dias "O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio
dano" que forneceram a ideia central do tema e de suas críticas. Além das jurisprudências do STJ no REsp 758.518/PR e do TJSP na Ap. 0003643-11.2012.8.26.0627 e dentre outra que forneceram exemplos práticos do objeto do estudo.

Resultados e Discussão

Duty to mitigate the loss foi um instituto surgido da commom law como uma forma de impedir um credor, que por ação ou omissão, aumente seu próprio prejuízo deixando seu patrimônio aquém de um cuidado mínimo, esta máxima era inexistente no direito brasileiro, portanto, casos que seriam apreciados pelo dever de mitigar ficaram a cargo dos princípios gerais do direito privado, sobretudo o da boa-fé objetiva, o que chamou a atenção da doutrina brasileira, que por sua vez sugeriu uma regulação mais precisa nessa brecha.
Foi neste contexto que surgiu, em 2002, o enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil "O princípio da boa-fé

objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.", engendrando a decisão do STJ em 2010 no REsp 758.518/PR que acatou a doutrina do artigo da jurista Véra Maria Jacob de Fradera e criou a primeira jurisprudência de uma corte superior reconhecendo o duty to mitigate nas relações obrigacionais, gerando um efeito cascata na jurisprudência que desde então expande o instituto.

O dever de mitigar foi recepcionado como uma extensão analógica do princípio da boa-fé objetiva, incentivando condutas pautadas na probidade, cooperação e lealdade entre contraentes, impedindo que o credor deliberadamente fique inerte frente ao agravamento do próprio prejuízo, exigindo-se deste uma ação razoável para mitigar o dano.

Com isto posto, o instituto da mitigação do prejuízo vem sendo aplicado majoritariamente em casos de inadimplência de devedores em contratos bancários, onde a instituição deixa de tomar ações para reincidir o contrato e acaba por causar a majoração dos juros, aumentando o próprio prejuízo e se beneficiando da indenização. Verifica-se ainda o mérito do julgado pelo STJ na REsp 758.518/PR no contrato de compra e venda de um imóvel. Neste, o credor permaneceu inerte por sete anos frente a um devedor em mora, evidenciando uma falta de zelo mínimo, levando o STJ a decidir pela subtração da indenização requerida.

No entanto, importante se destacar que o mero retardo do ajuizamento da causa não suscitará automaticamente o dever de mitigar, e sim um atraso irrazoável unida com uma conduta que viole alguns deveres anexos ao contrato. Ainda assim, doutrinadores contestam a recepção do duty to mitigate, alertando que as brechas que o mencionado instituto se propõe a sanar não existem no Código Civil de 2002. Daniel Pires Novais Dias em seu artigo "O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano" argumenta que tanto o novo Código Civil quanto o passado já regulam a indenização artificialmente estimulada pelo credor. O autor cita o exemplo do art. 402 que prevê o limite dos lucros cessantes no que o credor "razoavelmente deixou de lucrar", assegurando que a indenização não se paute em valores exacerbados ou culposamente gerados. Portanto, essa redundância normativa induziu diversos julgadores a tomarem decisões que desrespeitam diretamente o estabelecido no código. Segundo o autor, este desrespeito se estende ao ônus da prova. Quando a parte autora de uma ação almeja uma indenização, esta deve provar apenas o "fato constitutivo de seu direito" (art. 373 CPC), apesar disso, várias decisões contrariam este dispositivo exigindo que o credor prove que mitigou o seu próprio prejuízo para ter o pedido deferido, o que caracterizaria uma distorção do próprio conceito do duty to mitigate e uma contrariedade ao que já está estabelecido em lei.

Por outro lado, esta análise subestima a importância do instituto ao assumir a suficiência da limitação objetiva do dano (prevista no art. 402 CC) e ignorar o papel do duty to mitigate no estabelecimento de uma obrigação ativa de ação do credor para mitigar o próprio prejuízo, o que não se aduz tão facilmente do dispositivo ora citado, sobretudo em contratos bancários e em relações análogas.

Conclusão

Por fim, há de se concluir que o duty to mitigate, apesar de ser um instituto ainda em amadurecimento nas dinâmicas do direito brasileiro, é uma adição positiva no reforço da paridade e da boa-fé nas relações contratuais o que anula os freios impostos pela natureza civil law do ordenamento e estimula uma evolução do que já está estabelecido.

Referências

DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar próprio dano. Revista Forense, v. 107, n. 413, p. 71-117, 2011.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 15. ed. Rio de Janeiro

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 758.518/PR. Julgamento em 17 de junho de 2010. 3ª Turma. Relator: Ministro Vasco Della Giustina.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 11.2012.8.26.0627. São Paulo, 2015.
GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. 3. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.
FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109–119, 2004.