

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.201.672 - MS (2010/0133286-6)

RELATOR : MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)

RECORRENTE : BANESTADO ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA

ADVOGADO : NILZA RAMOS E OUTRO(S) - MS001129

RECORRIDO : ANTONIO GENTIL RODRIGUES

ADVOGADO : ALMIR SILVA PAIXÃO - DEFENSOR PÚBLICO - MS003445

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO):

BANESTADO ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA ajuizou ação de cobrança contra ANTONIO GENTIL RODRIGUES alegando, em suma, que firmaram contrato de abertura de cartão de crédito e, em decorrência do não pagamento das faturas mensais, o réu lhe deve a importância de R\$ 50.151,76.

O Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, condenando o réu, nos seguintes termos:

*(...) no pagamento dos valores a serem apurados em liquidação de sentença, excluindo-se do quantum debeatur os percentuais alusivos às cláusulas escorchantes existentes no contrato de cartão de crédito celebrado entre as partes, assim consideradas as que fixam **juros superiores a 12% ao ano**, que permitem sua capitalização mensal, estabelecem a cobrança de comissão de permanência, de multa moratória superior a 2% e correção monetária por qualquer outro índice que não seja o do IGPM/FGV.*

Em razão disso, no período que compreende 20/01/1997 a 20/08/1999, há de incidir juros de 1% ao mês, correção monetária pelo IGPM/FGV e multa de mora de 2% (dois pontos percentuais). Ante a inércia da instituição financeira e em face a aplicação do princípio duty the mitigate the loss, no interregno temporal de 21/08/1999 a 11/11/2004 o quantum debeatur não deverá sofrer qualquer correção (seja no tocante a juros, correção monetária e/ou multa moratória). A partir da propositura da demanda, outrossim, ou seja, a partir de 12 de novembro de 2004 até a data do efetivo pagamento, deverão incidir, novamente, juros no percentual de 1% ao mês, correção monetária pelo IGPM/FGV e multa de 2% dois pontos percentuais.

Declaro, demais disso, com esteio nos artigos 47 e 51, inciso IV, da Lei 8.078/90, e, bem assim, por força do artigo 422 do Código Civil, a nulidade das cláusulas contratuais que estabeleceram a cobrança de encargos contratuais que diferem dos parâmetros fixados por esta sentença e por ela expressamente mencionados. (e-STJ, fls. 169-170)

Superior Tribunal de Justiça

Interposta apelação pela instituição financeira, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul negou provimento ao recurso, consoante ementa a seguir transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO "DUTY TO MITIGATE THE LOSS" - CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO - CONTRATO DE ADESÃO - APLICABILIDADE DO CDC - REVISÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS POSSIBILIDADE - JUROS REMUNERATÓRIOS. - CÓPIA DO CONTRATO - AUSÊNCIA - APLICAÇÃO DO ART. 333 DO CPC - MANUTENÇÃO DA LIMITAÇÃO DOS JUROS EM 12% AO ANO - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO DA SUA COBRANÇA CUMULADA COM OUTROS ENCARGOS - INEXISTÊNCIA DE CÓPIA DO CONTRATO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE AFASTOU A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - PRÁTICA ILEGAL - ANATOCISMO - SÚMULA 121 DO STF - USURA - MULTA - 2% - FALTA DE INTERESSE RECURSAL - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

Se a instituição financeira permanece inerte por longo período, aguardando que a dívida atinja montantes astronômicos, impõe-se-lhe a aplicação do princípio denominado duty to mitigate the loss, que impõe, nestes casos, por penalidade, a redução do crédito do mutuário deveria, nos termos do princípio da boa-fé objetiva, evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Nos termos da súmula 297 do STJ e precedentes do Supremo Tribunal Federal, O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

O contrato de cartão de crédito é considerado de adesão, eis que resulta da padronização e uniformização das cláusulas contratuais realizadas pela instituição financeira, as quais o consumidor é obrigado a aceitá-las em bloco, em seu prejuízo.

Na esteira do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, levando-se em consideração a situação jurídica específica do contrato, é de se admitir a revisão das cláusulas consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Se os juros remuneratórios contratados excedem a taxa média de mercado, fixada pelo Banco Central do Brasil, fica autorizada a revisão contratual, eis que caracterizada a abusividade, devendo os juros serem reduzidos ao valor da taxa média de mercado.

Outrossim, quando a instituição financeira não comprova os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, demonstrando que a taxa de juros por ele cobrada não é extorsiva, mantém-se a fixação dos juros em 12%, nos termos da sentença.

Mantém-se a sentença recorrida que afastou a possibilidade de cobrança da comissão de permanência se não houver nos autos cópia do contrato, permitindo aferir se a sua cobrança foi cumulada com

Superior Tribunal de Justiça

outros encargos.

A capitalização mensal de juros, denominada anatocismo, é prática vedada pelo nosso ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre com o art. 13 do Decreto nº 22.626/33, tanto que o STF editou a súmula 121, que estabelece ser vedada a capitalização de juros.

Se a sentença apenas afasta a possibilidade de cobrança da multa em percentual superior a 2%, nos termos contratado, carece o autor de interesse recursal.

(e-STJ, fls. 226-227)

Na razões de recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, BANESTADO ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA alega que o acórdão hostilizado incorreu em divergência jurisprudencial com arestos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como em ofensa:

(I) ao art. 422 do CC/2002, ao aplicar *"de forma indevida o princípio duty to mitigate the loss para afastar a cobrança de qualquer encargo no período entre 21.08.1999 e 11.11.2004, até mesmo a correção monetária"*. Salientou, no ponto, que não prevalece o argumento de que a recorrente feriu a boa-fé objetiva e a lealdade ao demorar para iniciar a cobrança inicial de seus créditos, mormente considerando que a ação foi ajuizada dentro do prazo prescricional de cinco anos contados do lançamento definitivo do débito. Afirmou, ainda, que *"não há, na hipótese, que se falar em agravamento do prejuízo pela inércia do credor, mas em verdadeiro benefício ao devedor que fez diversas compras com seu cartão de crédito (inclusive no Exterior) e não pagou pelas mesmas e ainda é beneficiado com o afastamento da cobrança de qualquer encargo no período entre 21.08.1999 e 11.11.2004. Privar o credor da incidência dos encargos contratados no período, além de premiar o Recorrido com o enriquecimento ilícito, desvirtua o instituto da prescrição. Com efeito, o exercício de um direito legítimo e dentro do prazo prescricional não pode sofrer restrição pela demora em seu exercício"* (e-STJ, fl. 250).

(II) ao art. 333, II, do CPC/1973, ao limitar *"os juros remuneratórios em 12% ao ano, ao equivocado argumento de não haver meio de se apurar a taxa de juros contratada, face à ausência de contrato nos autos, desconsiderando os documentos de fls. 12/47, por terem sido produzidos unilateralmente (...)". O Recorrente, a quem cabe a prova do fato constitutivo do seu direito, instruiu a inicial com a cópia do contrato (fls. 06110) e com a cópia das faturas do cartão do Recorrido (fls. 12/47), nas quais consta, além das compras por ele feitas, a taxa de juros incidente no período. Como se vê, totalmente equivocado o v. aresto ao afirmar que não há nos autos meio de se apurar a taxa*

Superior Tribunal de Justiça

contratada, uma vez que a taxa de juros cobrada em cada mês está indicada nas faturas de fls. 12/47 (...). O v. acórdão considerou que pelo fato de não haver nos autos nenhuma prova de que os juros estariam ou não sendo cobrados acima da taxa média de mercado, ônus de competia ao Recorrente, estaria presumida a cobrança de juros extorsivos, devendo ser limitados em 12% ao ano. Todavia, eventual prova da abusividade dos juros caberia ao Recorrido, pois, ao contrário do entendimento do aresto objurgado, compete ao réu o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor" (e-STJ, fls. 251-253).

Ao final, requereu o provimento do recurso especial "pela divergência jurisprudencial e para correção da violação ao art. 422 do Código Civil e ao art. 333, II, do CPC, para se manter os encargos contratados até o efetivo pagamento do débito, inclusive a correção monetária, ou que os juros remuneratórios incidam de acordo com a taxa média do mercado, sem a limitação de 12% ao ano".

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 269-273 (e-STJ).

Considerando o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça de recurso representativo da controvérsia acerca da limitação dos juros remuneratórios à taxa média de mercado (REsp 1.061.530/RS), o Vice-Presidente da Corte estadual determinou o retorno dos autos à Turma julgadora para nova apreciação das questões.

Em novo exame, a Terceira Turma Cível do TJ/MS manteve o acórdão prolatado às fls. 225-242 (e-STJ).

A seguir, o recurso especial foi ratificado (e-STJ, fl. 300).

Admitido tal recurso na origem, subiram os autos a esta Corte Superior.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.201.672 - MS (2010/0133286-6)

VOTO

**O SENHOR MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) - RELATOR:**

O primeiro ponto a ser dirimido no presente recurso especial é qual a dimensão de aplicação do princípio *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar as perdas).

Informa a doutrina que *duty to mitigate the loss* é instituto que se originou no direito anglo-saxão, de modo que o vocábulo *mitigate* tem raiz francesa e provém do verbo *mitiger*. No entanto, sua recepção ocorreu de maneira desigual e assistemática nos sistemas jurídicos continentais, ganhando conceitos diversos em cada ordenamento jurídico, como é o caso do alemão (*obliegenheit*) e do suíço (*incombance*). De outro lado, encontrou plena aplicação nos países que adotam o sistema da *Common Law* e, por vezes, alguma resistência em outros países, como é o caso da França, que, a despeito disso, acaba por aplicá-lo com supedâneo na boa-fé objetiva e na noção de abuso de direito.

A respeito das diversas naturezas jurídicas dadas ao instituto no âmbito internacional, percucientes são as informações trazidas pela professora **Véra Maria Jacob de Fradera** da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nas razões apresentadas na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, para fundamentar a formulação de enunciado no sentido da possibilidade de o credor ser instado a mitigar o próprio prejuízo, *in verbis*:

John Honnold, ao comentar o artigo 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre venda internacional de mercadorias, assevera ser o duty to mitigate the loss geralmente reconhecido, apesar de expresso das mais variadas formas e aplicado com distintos graus de ênfase.

Na verdade, o dever de o credor mitigar o dano tem maior amplitude e posituação no âmbito das Convenções Internacionais, por exemplo, a Convenção de Haia de 1º julho de 1964, a respeito da lei uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corporais, os Princípios Unidroit relativos aos contratos de comércio internacional, publicados na cidade de Roma, em 1994, o Código europeu de contratos. Os princípios, regras e standards da lex mercatoria incorporaram, igualmente, este dever.

Nossa primeira reflexão terá por objeto, precisamente, a natureza jurídica do dever, incumbência ou obrigação acessória, do credor, de mitigar o seu prejuízo.

A) A natureza jurídica do dever de o credor mitigar o prejuízo

Claude Witz, ao comentar o assunto, diz ser opinião largamente dominante a de o dever de mitigar o próprio prejuízo não constituir uma obrigação, no sentido exato do termo, porquanto não poderia,

caso descumprida, ser sancionada pela via da responsabilidade contratual, tendo como sujeito passivo o credor. Tampouco seria possível, como esclarece o artigo 28 da C.V.I.M., exigir a execução in natura.

Poder-se-ia argumentar tratar-se, então, de uma espécie de obrigação natural ou obrigação moral, mas estas classificações não se adaptam perfeitamente ao caso, sobretudo em razão das conseqüências do descumprimento do dever de mitigar.

Dois importantes sistemas jurídicos, o alemão e o suíço, encontraram uma outra qualificação para esse dever, o primeiro, atribuindo-lhe a condição de Obliegenheit e o segundo, a de incombance.

a) A noção de Obliegenheit tem sua fonte no direito alemão de seguros, tendo Reimer Schmidt buscado realizar a sua sistematização, a partir da construção de um sistema geral de obrigações, onde seriam incluídas todas as obrigações anexas, os ônus ou incumbências e os deveres para consigo mesmo. Segundo afirmou Clóvis do Couto e Silva, esta tentativa não teve maior êxito. Contudo, o mesmo autor esclarece permanecerem atuais os estudos de Reimer Schmidt relativamente a certos deveres anexos, v.g., a descoberta de deveres anexos de menor intensidade de coação ou deveres de grau menor.

b) Já os autores suíços cunharam a expressão incombance para designar este tipo de dever. O termo provém do verbo latino incumbere, cujo sentido é o de pesar, onerar. Sendo o Código suíço redigido em língua francesa, seu legislador adotou o substantivo **incombance**.

c) **Em França, apesar de o direito francês não utilizar esta terminologia, a jurisprudência vem aplicando esse conceito, com fulcro no princípio da boa fé objetiva e na noção de abuso de direito.**

B) As peculiaridades da recepção do duty to mitigate the loss, pelos Tribunais Franceses

A Doutrina francesa atual reconhece ser a falta de identificação desta obrigação a causa dessa diversidade de regimes. Béatrice Jaluzot, em seu importante estudo sobre a boa fé, reconhece nas situações ora analisadas a existência de uma culpa, muito próxima da culpa delitual, dando lugar a uma ação por perdas e danos por parte do devedor, conduzindo à compensação entre as somas devidas contratualmente e aquelas surgidas da responsabilidade. Segundo essa autora, esta solução seria mais clara do que passar pela boa fé ou pelo abuso de direito. **Isto revela a dificuldade que têm os juristas franceses com a utilização do princípio da boa fé objetiva, justamente devido a sua vagueza e imprecisão conceitual.**

Ainda sendo um país bastante reticente na recepção do conceito de boa fé objetiva, a jurisprudência francesa vem adotando o dever de mitigar o próprio prejuízo, com fulcro no princípio da boa fé.

O mais interessante de tudo isso, é que a jurisprudência francesa utiliza outro conceito, também derivado da boa fé, o da proibição de venire contra factum proprium, como justificativa para sancionar o comportamento do credor faltoso, em relação à l'obligation de

mitigation. A título de exemplo, vale referir o caso Baillieux c. Jarety, onde um locador permaneceu durante 11 anos sem cobrar os aluguéis, e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer o seu direito, com fundamento na proibição de venire contra factum proprium.

Outra maneira encontrada pelos juízes franceses, para solucionar a problemática do descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo, está na invocação da ocorrência de abuso de direito, conceito tão caro à doutrina daquele país.

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

Desta sorte, não é de se estranhar que a Convenção de Viena, por exemplo, em seu já citado artigo 77, estabeleça deva a outra parte "tomar medidas" para diminuir o prejuízo, decorrente da violação.

Uma parcela da doutrina, muito reduzida, conforme noticia Claude Witz, vislumbra nesse dever uma verdadeira obrigação.

*(FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?** In: Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC, Ano 5, Vol. 19, julho a setembro de 2004, pp. 109-119, grifou-se)*

A positivação deste *dever de mitigar as perdas* é mais encontrada no âmbito das convenções internacionais, dentre as quais se destaca a Convenção de Viena de 1980, acerca da venda internacional de mercadorias. Em seu capítulo V, que versa sobre as “disposições relativas às obrigações do vendedor e do comprador”, estabelece:

Art. 77. 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.

Menciona-se, outrossim, a previsão do *duty to mitigate the loss* na Convenção de Haia de 1º de julho de 1994, a qual versa sobre a venda internacional de objetos móveis corporais:

Art. 88. A parte que invoca a violação do contrato deve adotar todas as medidas razoáveis para mitigar a perda resultante dessa violação. Se ela deixar de adotar tais medidas, a parte em falta [que causou a violação] poderá pleitear uma redução nos danos.

Superior Tribunal de Justiça

Há, ainda, outras previsões expressas do instituto, tal como nos Princípios Unidroit, referentes a contratos de comércio internacional, publicados no ano de 1994 em Roma, e no Código Europeu de Contratos, em ambos com idêntico teor:

(1) A parte que descumpriu [o pactuado] não é responsável pelos danos sofridos pela parte ofendida na extensão dos danos que poderiam ter sido reduzidos pela última se esta tivesse tomado as medidas razoáveis.

(2) A parte ofendida possui o direito de recuperar qualquer despesa razoável que tenha incorrido nas tentativas de reduzir os danos.

Em estudo bem elaborado por **Caroline Menegon da Cruz**, a autora cita diversas situações em que o princípio *duty to mitigate the loss* foi, ou deixou de ser, aplicado em casos concretos no âmbito internacional. Eis trechos de relevantes julgamentos, transcritos no artigo por ela publicado, que servirão de base para melhor compreensão do instituto na prática jurídica:

3. A incidência do duty to mitigate the loss fora do Brasil – Um estudo de hipóteses pontuais no direito anglo-saxão e em tratados internacionais

*O primeiro caso a ser explorado ocorreu na Alemanha, no ano de 1999, sendo julgado pela **Corte Federal Alemã** – Bundesgerichtshof. Em síntese,*

um austríaco dono de uma vinícola (o comprador) possuía uma relação negocial de longa data com uma companhia alemã (a vendedora) para a compra de um tipo especial de cera, a qual era regularmente usada para prevenir a excessiva secagem das plantas e limitar o perigo de infestação. Como já ocorrido no passado, o comprador pediu ao vendedor que lhe enviasse uma proposta relativa a ‘5000kg de cera videira preta’. A cera não foi recebida e nem inspecionada pelo vendedor antes da entrega. Ela foi enviada para o comprador na embalagem original diretamente de uma terceira parte, a qual era fornecedora do vendedor e encarregada da produção. O comprador costumava utilizar parte da cera nos seus próprios vinhedos e a outra parte vendia para outras vinícolas. Após uma grande quantidade de plantas tratadas com a cera sofrerem sérios danos, o comprador queixou-se do mesmo para o vendedor, em seguida ajuizando uma ação de reparação de danos. O vendedor se opôs, aduzindo que as vinhas foram danificadas por uma causa que estava fora do seu controle. Enquanto que o juiz de primeira instância rejeitou a pretensão, julgando improcedente a ação, em sede recursal o julgamento foi revertido em favor do comprador. O vendedor apelou para a

Suprema Corte. A Suprema Corte confirmou a decisão da primeira instância referente à existência de falta de conformidade das mercadorias, consoante o art. 35 (a) da Convenção de Viena de 1980, desde que a cera não satisfizesse os padrões industriais que eram conhecidos e aplicados por ambas as partes. Como o vendedor alegou que o comprador tinha usado parte da cera com finalidade diversa daquela que era o objetivo, ou seja, para o tratamento de videiras jovens, a Corte remeteu o caso para a instância inferior com a ordem de que fossem verificados tais fatos. Se esse fosse realmente o caso, não haveria qualquer conexão causal entre a falta de conformidade e os danos e, por conseguinte, nenhuma responsabilidade do vendedor sobre os campos de vinhedos jovens. A Corte rejeitou o argumento do vendedor de que sua responsabilidade estaria excluída pelo fato de não ser ele o produtor da cera. [...] O vendedor não provou a alegação de que o impedimento dos danos estava fora de seu controle. [...] **Finalmente a Corte considerou que a instância inferior deveria ter julgado a questão referente à mitigação dos danos pelo comprador (Art. 77 da Convenção de Viena de 1980) [...] O Art. 77 da Convenção de Viena deve ser considerado de ofício e pode levar a uma exclusão completa da responsabilidade do vendedor. O caso, assim, foi remetido para decisão na corte de apelação sobre a alegada falha do comprador na mitigação dos danos por não parar de usar a cera logo que tomou conhecimento de seus efeitos prejudiciais. [tradução nossa]**

(...)

A segunda hipótese a ilustrar as reflexões sobre o duty to mitigate the loss envolvem as partes Bulkhaul Ltd v Rhodia Organique Fine Ltd e identificado sob o nº [2008] EWCA Civ 1452. Foi julgado no ano de 2008 pela **Corte de Apelação do Reino Unido – Inglaterra e País de Gales –**, divisão de direito civil, localizada na cidade de Londres. **Trata-se de um exemplo no qual ficou clara a falha do requerente – Bulkhaul – na mitigação de seus próprios prejuízos, advindos de um contrato de arrendamento de tanques para transporte de produtos químicos.**

Bulkhaul, o requerente, arrendou tanques para o transporte de materiais químicos corrosíveis. Rhodia, o requerido, é um fabricante desses materiais. Em 1999, Bulkhaul arrendou para Rhodia 18 tanques sob medida para o transporte de ácido fluorídrico. O acordo era para ser executado no decorrer de dez anos, com uma renda fixa por dia. Houve uma divergência entre as partes se no contrato estava fixado um prazo determinado ou se a resolução estaria permitida por aviso prévio. Em outubro de 2004, transcorrido cerca de metade do tempo até o termo final estipulado, Rhodia

pretendeu resolver o contrato, uma vez que decidiu cessar a produção de ácido fluorídrico. Bulkhaul intentou uma ação judicial buscando recuperar o aluguel não pago até o final do termo contratual [...]. Na avaliação dos danos, duas questões surgiram. A primeira dizia respeito a delimitar quais valores deveriam ser reduzidos para refletir as despesas que Bulkhaul incorreria caso o contrato seguisse seu curso natural, mas que não foram, de fato, dispendidas pela resolução antecipada. Essas despesas são deduzidas para garantir que o autor não seja compensado além do devido, pois o objeto da reparação de danos decorrentes de violação contratual é normalmente colocar o autor lesado na mesma posição financeira que estaria se o contrato fosse realizado. Despesas teriam sido realizadas se o contrato fosse concluído e isso, portanto, deve ser levado em conta. A segunda questão era se Bulkhaul teria tomado as medidas razoáveis para mitigar sua perda. Isso dependeria das tentativas de Bulkhaul em vender ou arrendar os tanques para terceiros a fim de reduzir a perda que tivesse sofrido. A questão para o juiz era saber se havia ou não um mercado disponível para a comercialização ou arrendamento de tanques desta natureza, depois de terem estado em uso por cinco anos. Corajosamente, Bulkhaul não aduziu qualquer fato ou prova pericial na questão. Em vez disso, simplesmente afirmou que os tanques poderiam ser usados apenas para o transporte de ácido fluorídrico e que a venda dos reservatórios seria, portanto, improvável, pois a fabricação desse produto química estava sendo progressivamente abandonada. No julgamento, Bulkhaul procurou atacar a qualidade das provas apresentadas por Rhodia, afirmando que não eram suficientes para demonstrar que havia um mercado para os tanques, e nem qual valor poderia ser atribuído a eles. A estratégia falhou. **A primeira instância de julgamento concluiu pela existência de mercado e pela possibilidade de aferição de valor aos tanques em razão de um número de fatos trazidos por Rhodia, no julgamento, inclusive o que segue: A testemunha de Rhodia trouxe como evidência o fato de que, enquanto que a produção de ácido fluorídrico estava declinando no hemisfério ocidental, ele ainda estava sendo produzido e transportado em outras partes do mundo; Antes de resolver o contrato, Rhodia identificou um terceiro que estava interessado em adquirir os tanques de Bulkhaul. Além disso, Rhodia tentou intermediar a venda dos tanques como forma de dar um fim consensual ao contrato, mas não houve concordância de Bulkhaul quanto ao preço por tanque. Discussões similares foram realizadas no decorrer da resolução. Finalmente, o potencial comprador adquiriu tanques alternativos de outra fonte, aparentemente porque o**

preço estipulado por Bulkhaul era muito elevado; **Durante o curso da demanda, Rhodia parece ter feito esforços para encontrar outro comprador potencial para os tanques e apresentou-o para Bulkhaul. Esses esforços não deram em nada, aparentemente porque Bulkhaul estava procurando por um preço muito elevado para os reservatórios; Os tanques foram produzidos com uma expectativa de vida de dez anos e haveria cinco ou seis anos de utilização remanescente no momento em que o contrato foi resolvido. Como não haveria um mercado abundante para as mercadorias, Bulkhaul tinha o dever de mitigar suas perdas, devendo vender os tanques pelo melhor preço que conseguisse obter no mercado (ou talvez arrendá-los para outro cliente). Bulkhaul reconheceu no julgamento que não tinha realizado nenhuma conduta na tentativa de vender os reservatórios.** Na verdade, parecia que tinha feito apenas tentativas letárgicas para seguir as ligações fornecidas por Rhodia. Nem, aparentemente, tinha Bulkhaul procurado arrendar os tanques a qualquer outro cliente. Como resultado, o juiz decidiu que Bulkhaul tinha falhado no dever de mitigar seus próprios prejuízos. A Corte de Apelação manteve a decisão de primeira instância [...]. Réus frequentemente afirmam que os requerentes falharam na mitigação de seus prejuízos como uma tentativa de reduzir o nível de perdas e danos. **Geralmente, os tribunais são simpáticos com os esforços feitos pelos requeridos em procurar lidar com a violação contratual.** A obrigação de tomar as ‘medidas razoáveis’ não é um standard elevado. No particular, as cortes geralmente irão rejeitar as críticas feitas a um requerente que procurou fazer o melhor na mitigação de seus próprios prejuízos quando deparado com uma quebra do contrato, particularmente quando as decisões são feitas – muitas vezes rapidamente – por um requerente com conhecimentos imperfeitos. É, afinal, o réu que colocou o requerente na posição de ter que lidar com a violação contratual. **No entanto, os tribunais irão penalizar o requerente em danos quando ele, comprovada e injustificadamente falhar em tomar qualquer medida para minorar suas perdas, ou quando as medidas que tiver tomado forem claramente inadequadas ou insuficientes.** Em circunstâncias nas quais o requerente poderia, por exemplo, mitigar potencialmente seus prejuízos vendendo a mercadoria no mercado, o tribunal vai normalmente esperar ver evidências significativas de tentativas do autor em fazê-lo. Isso não deve ser difícil nas tentativas que são genuínas. O autor que dá impressão de estar mais preocupado com a majoração de seu pedido do que com a mitigação de suas perdas deve esperar deduções na indenização a ele atribuída.

(...)

A **mesma Corte**, ao julgar o caso *Lombard North Central Plc v Automobile World (UK) Ltd*, no ano de 2010, processo este tombado sob o nº [2010] EWCA Civ 20, **decidiu pela não violação do duty to mitigate the loss**, na medida em que as condutas adotadas pela parte requerente foram razoáveis considerando-se as circunstâncias concretas apresentadas.

Em maio de 2004 Automobile adquiriu de Lombard um raro e caro automóvel para ser usado em um negócio de fornecimento de veículos a clientes no segmento de luxo do mercado. O carro era uma Mercedes-Benz S600 Pullman (o Pullman). O preço estabelecido no contrato pelo Pullman foi de £194,000, a ser pago em um depósito inicial de £24,000 e o restante em parcelas posteriores. Automobile pagou apenas algumas das parcelas iniciais antes de tornar-se inadimplente. Lombard primeiro emitiu um aviso de rescisão e, em seguida, recuperou a posse do Pullman em março de 2005. Em seguida, Lombard vendeu o Pullman em uma venda privada por £59,900, por meio de um “leilão por fax”. Em dezembro de 2006 um processo foi instaurado por Lombard para recuperar o saldo devedor do contrato e o julgamento foi concedido em seu favor. À Automobile foi concedida a permissão para apelar, a qual alegou dois argumentos, quais sejam, que Lombard tinha deturpado o carro como tendo sido fabricado em maio de 2004, quando na realidade ele tinha sido fabricado em fevereiro de 2000, e que Lombard tinha falhado no dever de mitigar seus prejuízos em razão da forma inadequada como vendeu o carro. O primeiro argumento foi indeferido e a Corte de Apelação passou a considerar o argumento referente à mitigação. Automobile arguiu que Lombard não agiu de forma adequada no seu dever de mitigação quando revendeu o Pullman. O principal argumento de Automobile era de que Lombard não conseguiu entender a natureza do Pullman e, em razão disso, acabou por desvalorizá-lo. Aquele era um carro raro, Automobile afirmou, o qual só poderia ser devidamente comercializado e vendido por meio de distribuidores especializados, demandando certo lapso de tempo para o comprador certo emergir. Em vez disso, Lombard tinha confundido o Pullman com um Mercedes-Benz S600 Limousine, a justificar suas modestas aspirações com relação ao valor de revenda do automóvel. Ele tinha oferecido o carro à venda por meio de um “leilão de fax” padrão e vendeu-o, ainda que eventualmente por venda privada, por uma fração de seu valor. A duração do tempo decorrido entre a data do anúncio e a data da venda foi de onze dias. Na visão de Automobile, a conduta de Lombard foi insuficiente para satisfazer o dever de atenuar suas próprias perdas. A Corte de Apelação

(Desembargadores Rix, Rimes e Patten), por unanimidade, indeferiu os argumentos de Automobile. A Corte concordou com a conclusão do juiz de primeira instância de que Lombard não tinha se enganado na identificação do Pullman, e tentou compará-lo no Autotrader [sítio na internet especializado em venda de veículos] com a aproximação do seu equivalente – o Mercedes-Benz Classe S600. A Corte também concordou com o juiz de primeira instância quando este afirmou que Lombard “teve o cuidado de obter o melhor preço possível para o veículo, pois estava tentando recuperar as suas perdas pelo que era, de efeito, uma venda forçada”. Sua conduta não poderia, portanto, ser objeto de qualquer crítica válida. Também foi significativa, na visão da Corte, que nenhuma prova pericial adequada foi produzida por qualquer uma das partes, especialmente por Automobile. O juiz de primeira instância tinha concedido permissão para essa prova e Automobile tinha procurado invocar uma carta do Sr. Loughran, a pessoa que tinha originalmente vendido o Pullman para Lombard. O Sr. Loughran afirmou que, na sua opinião, à luz das condições de mercado, £150,000 tinha sido um preço justo de revenda. Isso não foi aceito pelo juiz de primeira instância como prova pericial independente, e foi rejeitado por ser incorreto, de qualquer maneira. O Desembargador Rix salientou a importância em seu julgamento de prova pericial em casos como esse, e observou que a “falta de mitigação das perdas normalmente é estabelecida pelo parecer de um perito quanto à inadequação do preço obtido na venda de um ativo relevante”. O Desembargador Rix concluiu que o dever de mitigação não é passível de ser exigido e que “é a parte que violou o contrato que colocou a outra parte em uma situação difícil”. Isso traduz que esse dever impõe apenas fazer o razoável nas circunstâncias e é ônus da parte em falta demonstrar o fracasso da outra parte em agir razoavelmente. [tradução nossa]

(...)

Ainda sobre essa questão da razoabilidade, a Suprema Corte de British Columbia, no Canadá, decidiu, em 1993, o caso 5000 Kingsway Ltd. v. Baros Holdings Inc. (c.o.b. Physician’s Weight Loss Clinic), nº 1196, referente a contrato de locação. Em suas alegações, o locatário aduziu que o locador não tinha tomado as medidas pertinentes para minorar seus prejuízos, pelas razões a seguir expostas.

Em 5000 Kingsway Ltd. v. Baros Holdings Inc. (c.o.b. Physician’s Weight Loss Clinic) Baros Holdings alugou instalações para serem usadas como uma clínica médica para perda de peso. Em setembro de 1990, o locatário tornou-se inadimplente no pagamento dos aluguéis e desocupou as

instalações no mês seguinte. As partes concordaram com o montante dos aluguéis em atraso e juros, devidos até 1º de outubro de 1992. No entanto, o locatário afirmou que o locador falhou na mitigação de seus prejuízos ao não ter buscado outros locatários em sua substituição, uma vez que houve uma predefinição na locação [prazo determinado]. **A Corte constatou que o proprietário contratou um agente imobiliário que tomou as medidas necessárias para encontrar um novo locatário. Também foi razoável para o locador restringir o mercado para que as instalações fossem ocupadas por profissionais médicos, pois no outro andar o espaço era ocupado por outros médicos, tornando as instalações mais atraentes para a comunidade médica. O locatário alegou que o requerido falhou na atenuação de suas perdas ao preferir locar outro espaço vazio no prédio no lugar das instalações em causa. A Corte constatou que o locador havia disponibilizado essas instalações aos novos locatários, e como resultado, o locador não poderia ser acusado pela decisão feita pelos locatários, que optaram pelo outro espaço. Além disso, foi alegado que, embora o locador tenha reduzido o valor do aluguel abaixo daquele acordado no contrato de locação realizado entre as partes litigantes, o valor não estava baixo o suficiente para atrair novos locatários. A Corte considerou que este foi um esforço razoável para mitigar os prejuízos e esse dever não exige que sejam realizados atos inadequados comercialmente. [tradução nossa]**

Verifica-se, assim, que todos os argumentos trazidos pelo locatário foram afastados pela Corte, que entendeu razoáveis as medidas adotadas pelo locador para diminuir seus prejuízos. No aspecto, **não se pode esperar que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda, não sendo razoável esperar que ele pratique atos que vão de encontro à atividade comercial.**

A Corte de *Queen's Bench*, localizada na província de Alberta, no Canadá, ao julgar, em 1989, o caso *Valley Shopping Centre Ltd. v. Sniderman Radio Sales and Services Ltd.*, nº 305,

também constatou que não era razoável esperar que o locador aceitasse um contrato de locação em substituição ao inadimplido a um aluguel mensal inferior ao estipulado no mercado. Nesse caso, as instalações alugadas eram ocupadas por um franqueado do réu. O franqueado abandonou as instalações [...] as instalações permaneceram vagas durante um período de tempo no qual o réu poderia ter as locado para *Bon Marche* no valor de US\$10,00 por metro quadrado em uma base mensal. A Corte aceitou a prova produzida pelo locador de que o aluguel de mercado à época era de US\$15,00 por metro quadrado. Houve também preocupação com a locação estar estipulada de forma mensal. Sobre essa

questão, a Desembargadora McBain escreveu: “Penso que foi bastante desrazoável esperar que o centro comercial aceitasse um contrato de locação mensal a US\$10,00 o metro quadrado por mês. Certamente que era melhor deixar o local desocupado e continuar as tentativas de locá-lo em um contrato com prazo de duração razoável que, se obtido, naturalmente diminuiria a responsabilidade do Sniderman [o réu]”. [tradução nossa]

(CRUZ, Caroline Menegon da. **A (im)possibilidade de recurso ao duty to mitigate the loss no direito brasileiro.** In: Revista Fórum de Direito Civil: RFDC, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, p. 31-64, jan./abr. 2015, pp. 39-49)

Feitas essas considerações, é importante agora delinear como o instituto *duty to mitigate the loss* vem sendo aplicado no Brasil.

No Direito Civil pátrio, a doutrina tem recepcionado a possibilidade de utilização nos negócios jurídicos do referido princípio *duty to mitigate the loss* como corolário das diretrizes de lealdade, respeito, probidade, confiança e cooperação recíproca entre as partes, bem como por conduzir à observância do princípio da boa-fé objetiva e do próprio conceito de *venire contra factum proprium*, além de contemplar a teoria do abuso do direito.

A respeito do tema, leciona **Véra Maria Jacob de Fradera**:

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, o duty to mitigate the loss poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação.

No referente à incumbência a que está sujeito o credor, de mitigar o seu próprio prejuízo, já vimos ser sua natureza jurídica de difícil definição, podendo estar tanto na categoria dos deveres (se existe regra positiva a respeito, como na CISG), como incumbência, como querem os suíços, ou ainda, como uma obrigação de pequeno porte, de acordo com a doutrina alemã.

De vez que o direito brasileiro vem sendo, há longos anos, bastante influenciado pela doutrina e jurisprudência alemãs, a consequência lógica, ainda mais em sendo o Código Civil muito recente, seria a de ter incorporado o comportamento em análise.

Outro aspecto a ser destacado é o da positivação do princípio da boa fé objetiva, no novo diploma civil, abrindo, então, inúmeras possibilidades ao alargamento das obrigações e ou incumbências das partes, no caso, as do credor.

Como se isso não fora suficiente fundamento para adoção desse dever, restam ainda, sob o influxo da jurisprudência francesa, duas

Superior Tribunal de Justiça

possibilidades de justificar a recepção: o conceito de venire contra factum proprium e o de abuso de direito, cuja previsão representa, segundo uma doutrina minoritária, um avanço do novo Código Civil, em relação ao anterior, omissa nesta parte.

Deve ainda ser salientado o fato de direito brasileiro, neste ponto relativo à concepção do abuso de direito qualificado como espécie de ato ilícito, previsto no artigo 187 do CC 2002, afastou-se da sistemática alemã, onde o abuso de direito é reputado como uma violação ao princípio da boa fé objetiva.

A professora **Véra Maria Jacob de Fradera**, inclusive, encaminhou proposta de enunciado a ser analisado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, tendo sido aprovado o Enunciado nº 169, segundo o qual: *"O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo."*

Daniel Pires Novais Dias, em artigo intitulado *"o duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano"*, traz exemplos de normas contidas no Código Civil de 2002 e de diversos julgados de Tribunais nacionais que aplicam o *duty to mitigate the loss*, in verbis:

A doutrina ultrapassa os limites do estudo de Fradera ao apontar os arts. 769 e 771 do Código Civil de 2002 como expressões presentes no sistema brasileiro do duty to mitigate the loss e ao propor a sua aplicação à responsabilidade aquiliana e ao processo civil, isto é, para além do campo do direito contratual, onde a recepção foi originariamente concebida.

Os contratos bancários são a principal fonte da doutrina para criar exemplos de aplicação do duty to mitigate. Afirma-se, em geral, que as instituições financeiras, mormente "diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, não podem permanecer inertes em face do inadimplemento contratual, devendo adotar medidas para minimizar o próprio prejuízo, como notificar o cliente que não encerrou sua conta e é cobrado por sua manutenção para providenciar o seu encerramento ou mesmo negar crédito a cliente já endividado, para evitar o superendividamento.

4. Em âmbito jurisprudencial, o *duty to mitigate the loss* tem sido também cada vez mais utilizado pelos tribunais brasileiros para fundamentar as suas decisões: além do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, incluem-se neste rol os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul.

Relaciona-se a seguir o sumo das decisões dos tribunais brasileiros referentes a casos representativos de aplicação do duty to mitigate. Para evitar repetições desnecessárias de expressões, os casos serão relatados da seguinte forma: primeiramente a situação básica, depois,

Superior Tribunal de Justiça

destacado em itálico, a conduta que se entendeu contrária ou coerente com o duty to mitigate, e, por fim, a consequência jurídica que se extraiu desta violação ou cumprimento:

a) empresa comprou máquina industrial que se revelou defeituosa; em ação indenizatória contra o vendedor não provou a adoção de medidas para evitar as perdas havidas durante o tempo de inatividade da máquina, como, por exemplo, a aquisição de outra máquina, ou contratação de terceiro para realizar o serviço; os danos que poderiam ter sido evitados foram excluídos da indenização;

b) prestadora de serviços procede ajustes em instalação elétrica de contratante a fim de que este obtivesse abatimento em suas contas de luz, mas não informou a concessionária fornecedora de energia a realização destes ajustes e o contratante continuou pagando durante seis meses contas com valores indevidamente acrescidos; em ação indenizatória, contestou a prestadora alegando que durante os seis meses o autor não a informou da cobrança indevida; apenas metade dos valores pagos indevidamente foram reembolsados;

c) contrato para construção de uma piscina foi cumprido tardia e insatisfatoriamente; os credores inadimplidos impediram o devedor de prosseguir nas investigações para identificação da causa do vazamento da piscina; não foram indenizados por danos morais;

d) vítima de saque indevido de dinheiro da sua conta não aceitou proposta de acordo do banco (réu) de devolução do valor sacado; não foi indenizada por danos morais;

e) correntista depositava valores em conta corrente para quitar financiamento, mas estes eram utilizados pelo banco para cobrir saldo negativo do depositante, cujo valor, o banco deixou que superasse o limite de crédito concedido; correntista ajuizou ação de consignação em pagamento para quitar parcelas do financiamento; o pedido foi julgado procedente;

f) empresa aérea (ré) ofereceu "passeios, shows e refeições" para os passageiros com voos atrasados; a indenização por danos morais foi reduzida;

g) vítimas de uma colisão de automóveis, no hospital, sem necessidade, mudaram do ambulatório, cujos custos eram cobertos pelo plano de saúde, para apartamento, e, posteriormente, repararam o veículo acidentado a um valor superior ao de aquisição de um similar em bom estado; não foram reembolsados pelo excedente de ambas as despesas;

h) vítimas de cobrança ou negativação indevidas não procuraram informar os supostos credores dos equívocos; as indenizações por danos morais foram reduzidas;

i) vítima de roubo não informou o ocorrido "o mais breve possível" à autoridade policial e aos sistemas de proteção ao crédito; falsários contraíram dívidas com seus documentos e a vítima acabou com seu nome negativado; em ação indenizatória contra a empresa responsável pela cobrança, entendeu-se que a vítima contribuiu culposamente para o evento danoso e a indenização foi reduzida;

j) promitente-vendedor demorou, desde o inadimplemento, quase

sete anos para ajuizar ação pedindo resolução do contrato, reintegração de posse e indenização "pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não fruição"; o valor da indenização foi reduzido;

l) posto de gasolina e distribuidora celebram contrato de compra e venda de combustível com previsão de quota mínima e exclusividade; o posto de gasolina adquire gasolina de outro fornecedor e/ou em quantidade inferior ao mínimo estabelecido; a distribuidora, após anos cumprindo o contrato nestes termos, ajuíza ação pedindo resolução do contrato e pagamento da multa prevista contratualmente, que já somava elevado montante; a multa tem sido reduzida ou mesmo excluída.

m) administradora de cartões demorou quase cinco anos para cobrar judicialmente o pagamento de faturas, período em que a dívida do cliente inadimplente mais que dobrou; do débito foram excluídos juros de mora, correção monetária e multa moratória, desde a data do inadimplemento da primeira prestação até a data do ajuizamento da ação de cobrança.

n) concessionária fornecedora de água demorou dez anos para interromper o fornecimento por falta de pagamento e cobrar judicialmente o débito; a proprietária do imóvel alugado (ré) foi considerada irresponsável pelo débito, decorrente de consumo de inquilino, e a concessionária impedida de interromper o fornecimento de água;

o) o banco não creditou a correção monetária ou os juros remuneratórios devidos sobre os valores depositados em conta-poupança; os correntistas demoraram alguns anos para ajuizar ação de cobrança; não se tem entendido que houve violação ao duty to mitigate the loss.

Estas decisões serão pontualmente analisadas ao longo do artigo e também servirão para ilustrar assertivas teóricas durante todo o trabalho. Agora, em perspectiva global, importa destacar a detecção de três diferentes grupos de casos em que o duty to mitigate tem sido aplicado pelos tribunais: um primeiro em que credor, diante de inadimplemento contratual, não adota medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo - problemática presente nos casos a) a j); um outro em que vítima de dano extracontratual não adota medidas para evitar o agravamento do próprio dano - casos g), h) e i); e um último composto por situações que envolvem exercício considerado tardio de direito e aumento vultoso de débito - casos j) a o).

Tendo em conta o exercício tardio do direito, **Daniel Pires Novais Dias** faz ainda importantes ponderações:

1. Conforme anteriormente delineado, tratar-se-á, agora, em apartado, do grupo de casos que envolvem o exercício tardio do

Superior Tribunal de Justiça

direito por parte do credor e o aumento substancial do valor da obrigação respectiva. A este grupo correspondem os casos j), l), m), n) e o) apresentados acima, com destaque para o fato de que a decisão do Superior Tribunal de Justiça nele se inclui - caso j).

Em essência, a situação é a seguinte: **o devedor culposamente não cumpre a obrigação devida e o credor não exerce a sua pretensão durante determinado período de tempo inferior ao prazo prescricional. Neste interregno os débitos aumentam, seja pela incidência de juros de mora e correção monetária, ou pelo inadimplemento sucessivo das prestações, nos casos de contratos de execução continuada. Quando o credor vem exercer o seu direito, ou mais concretamente, cobrar judicialmente os devedores, os tribunais têm sancionado os credores com a restrição do crédito, em valores relativos ao montante acrescido durante o período de inércia, sob o fundamento de que a cobrança, após a sua demora excessiva, viola o duty to mitigate the loss.**

A popularidade desta teste jurídica deve-se à menção feita por Fradera, em seu artigo que introduziu o tema do duty to mitigate no Brasil, ao caso francês Bailleux c. Jarety, referido acima, em que, conforme relata a autora, um locador passou 11 anos sem cobrar aluguéis e quando veio pedir a resolução do contrato por inadimplemento teve o exercício do seu direito impedido em sanção pelo descumprimento da "obligation de mitigation". A menção a este caso causou forte impressão na doutrina e jurisprudência brasileiras: a situação que lhe está subjacente, de perda parcial ou integral do direito

pelo seu exercício tardio, tornou-se fonte dos principais exemplos criados pela doutrina para ilustrar a aplicação do duty, como os referidos casos de demora dos bancos em cobrar débitos de seus clientes inadimplentes, e também a principal situação de base em que os tribunais tem aplicado o duty to mitigate. Neste grupo encontra-se também a hipótese, proposta por Freddie Didier Jr., de aplicação do duty to mitigate ao processo civil, referente à situação da parte, em juízo, a quem se destina multa cominatória (art. 461, § 4º, CPC), que permanece inerte face do aumento do seu montante.

2. A análise em apartado destas situações de exercício tardio de direito e aumento substancial da prestação respectiva se dá pelo fato de que neste grupo de casos não é cabível o encargo de evitar o próprio dano, figura esta cuja presença deve ser reconhecida em todos os demais casos trabalhados no presente estudo.

Por seguirem linhas dogmáticas distintas, o grupo de casos de exercício tardio de direito deve ser dividido em dois grupos menores: o primeiro em que a obrigação é onerada pela incidência de juros de mora e o segundo em que, embora haja também incidência de juros de mora, o agravamento da obrigação se deve essencialmente ao inadimplemento reiterado das prestações pelo devedor.

(...)

No caso de exercício retardado do direito e correspondente

aumento de débito por inadimplemento reiterado do devedor, a situação do credor inadimplido é exatamente inversa a do comprador lesado no exemplo de Pothier: o credor inadimplido não está em uma situação privilegiada para, e nem muito menos é a única pessoa apta a, evitar este aumento do débito. Pelo contrário: a única pessoa que pode evitar este agravamento é o próprio devedor, cumprindo com a sua obrigação. Apesar de a conduta do credor em exigir o cumprimento da obrigação ou de pedir resolução do contrato pôr termo à relação e, por via reflexa, ao crescimento indeterminado do débito, não é possível chegar a afirmar que o crescimento do débito se deve à inércia do credor em cobrar, pois a situação é exatamente a inversa: o débito aumenta porque o devedor não cumpre a sua obrigação e não porque o credor não exige o cumprimento!

A perspectiva invertida desta situação, de que a inércia do credor causa o agravamento do débito, encontra-se presente em doutrina e decisões que tem invocado o duty to mitigate para resolver estas situações. Acontece que esta distorção se deve exatamente à tentativa de adequar a situação ao instrumento que está sendo invocado: como já analisado, o duty to mitigate foi inserido no Direito civil brasileiro para solucionar um problema de imputação de danos agravados que poderiam ter sido evitados pelo credor inadimplido. Com a posterior ampliação dos casos de aplicação do duty, foi transportada a mesma noção de dever de evitar o agravamento do próprio prejuízo às situações de exercício retardado de direito, sem a percepção de que o problema nestas situações é outro. Quer-se, portanto, resolver através de instrumental da responsabilidade civil situações que não desafiam um problema de imputação de danos.

A própria orientação, fruto de concepção distorcida, de que o credor inadimplido tem o dever de "prontamente" adotar medidas na defesa dos seus direitos violados é obsoleta e equivocada: obsoleta porque a questão não é se o credor cobrou prontamente a dívida ou não, mas se o exercício retardado se mostra desproporcionalmente ruinoso para o devedor ou não. O credor poderia simplesmente não mais exercer a sua

pretensão e deixá-la prescrever; terá havido aqui ilicitude pelo descumprimento do dever de uma defesa célere dos próprios interesses? Não, mesmo porque o real problema de desproporcional oneração para o devedor aqui nem terá se verificado. E equivocada porque a concepção de que o credor deve exercer sua pretensão em determinado período de tempo inferior ao prazo prescricional contende com a própria noção de direito e com as normas de prescrição: o credor tem a permissão de exercer ou não seu direito e o poder de exigir seu cumprimento durante um prazo previamente fixado em lei. Afirmar que ele deve fazê-lo está errado. O credor não tem de cobrar dívida, tanto que ele pode perdôá-la se quiser fazê-lo (art. 385).

Assim, percebe-se a inadequação a estes casos de defesa de um encargo, ou mesmo um dever, do credor evitar o aumento do débito do

devedor, como por exemplo, o dever de cobrar uma dívida prontamente quando do seu inadimplemento.

Por outro lado, a situação de exercício retardado de direito de maneira ruínosa para o devedor não fica sem resposta jurídica satisfatória, bastando que se reconheça o instrumental necessário. Estas situações desafiam o problema da admissibilidade ou não pelo sistema jurídico do exercício do direito nestas condições, isto é, de abuso de direito, ou mais especificamente na sua figura típica da supressio.

6.1. Supressio

1. A situação de extinção do direito pelo seu exercício tardio ser considerado contrário a boa-fé corresponde à supressio.

Neste sentido, inclusive, boa parte das decisões judiciais brasileiras que aplicaram o duty no grupo de casos em análise fizeram referência à supressio, aplicando-a de maneira mais ou menos enfática, havendo acórdão que decidiu aplicando a supressio e depois mencionou o duty to mitigate como um fundamento a mais.

Acontece que a problemática a ser enfrentada aqui é análoga à mencionada acima em relação ao venire contra factum proprium: a supressio pressupõe a verificação da confiança (legítima) do devedor que está sendo cobrado tardiamente de que a posição em causa não seria mais exercida. Conforme assinala Menezes Cordeiro, "a supressio é, no fundo, uma forma de tutela da confiança do beneficiário, perante a inação do titular do direito".

Para nortear a aplicação da supressio Menezes Cordeiro compôs um modelo de decisão voltado a apontar as circunstâncias colaterais que melhor alicerçam a confiança do beneficiário no caso concreto. É composto pelas seguintes proposições: (i) um não exercício prolongado; (ii) uma situação de confiança; (iii) uma justificação para essa confiança; (iv) um investimento de confiança; e (v) a imputação da confiança ao não exercente.

Segundo Menezes Cordeiro, "o não exercício prolongado estará na base quer da situação de confiança, quer da justificação para ela. Ele deverá, para ser relevante, reunir elementos circundantes que permitam a uma pessoa normal, colocada na posição do beneficiário concreto, desenvolver a crença legítima de que a posição em causa não mais será exercida. O investimento de confiança traduzirá o facto de, mercê da confiança criada, o beneficiário não dever ser desamparado, sob pena de sofrer danos dificilmente reparáveis ou compensáveis. Finalmente: tudo isso será imputável ao não exercente, no sentido de ser social e eticamente explicável pela sua inação. Não se exige culpa: apenas uma imputação razoavelmente objectiva".

No grupo de casos em análise, jogam contrariamente à confiança do devedor inadimplente dois dados dificilmente superáveis: ele está de má-fé (subjctiva), isto é, ele sabe estar violando direito alheio e também o prazo prescricional de pretensão de cobrança de dívida líquida, no Código Civil atual, é de cinco anos (art. 206, § 5º, inc. I).

Este último elemento joga contrariamente de duas formas: primeiro, trata-se de prazo não tão alargado, o que reduz o espectro de considerações referentes a um não exercício prolongado e, segundo, conforme indica Anderson Schreiber, "ao menos em uma primeira análise, não pode ser considerada inteiramente legítima a confiança despertada em outrem com relação ao não exercício do direito sujeito a prazo fixo em lei. Isto porque, conhecendo ou devendo conhecer o prazo legal para o exercício, o terceiro não poderia sustentar, com pleno amparo no direito, ruptura de uma expectativa legítima fundada no não exercício por período inferior a este prazo"¹²⁸.

Deste modo, a legitimidade da confiança só poderia entender-se configurada nas situações excepcionais em que ao lado do não exercício do direito pelo seu titular estivessem presentes outras condutas deste ou circunstâncias de fato que efetivamente apontassem para que o direito não mais seria exercido. Assim, conforme sintetiza Schreiber, "nas hipóteses de (i) omissão somada a comportamento comissivo inspirador de confiança; ou de (ii) omissão qualificada por circunstâncias que, na ausência de qualquer comportamento do titular, sejam capazes de gerar a confiança de terceiros".

2. Para ilustrar toda esta orientação dogmática, analisar-se-á, dentre as decisões em que o duty to mitigate foi aplicado à situação de exercício retardado de direito, duas situações, uma em que se entende ter havido correta aplicação da supressão, isto é, em que supressão do direito do credor foi devida e outra em que se entende que a supressão foi indevida.

1) Trata-se a primeira decisão de ação rescisória julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo contra sentença proferida em ação de rescisão contratual e condenatória de multa (inserido no caso 1) mencionado acima)¹³⁰. Contexto fático: em fevereiro de 1991, posto de gasolina e distribuidora firmaram contrato de compra e venda mercantil de combustível, com previsão de exclusividade, cota mínima para aquisição de combustível e cláusula penal pelo descumprimento do contrato. A partir de maio de 1993 o posto de gasolina passou a descumprir o contrato, adquirindo combustível em quantidades inferiores à cota mínima e a adquirir produtos com outras distribuidoras. Não obstante a consciência dessas infrações, a distribuidora não manifestou qualquer contrariedade e continuou contratando com o posto até 2004, quando o notificou para que retomasse o pleno cumprimento do contrato. Sem êxito, em junho de 2005 ajuizou ação de rescisão contratual por inadimplemento cumulada com pagamento da multa que, em outubro de 2007, já totalizava valor de quase cinco milhões de reais. No julgamento da ação, o Tribunal ponderou que, embora indiscutível o inadimplemento do posto e conseqüente procedência do pedido de resolução do contrato, a demora de mais de doze anos da distribuidora para postular sua resolução foi determinante para que a multa chegasse a valor tão vultoso. E mais: ainda que em quantidades menores, a distribuidora obteve proveito econômico durante todo estes anos de inadimplemento parcial do contrato, de modo que a sua omissão

Superior Tribunal de Justiça

evidencia "concordância tácita com os pedidos menores feitos pelo autoposto". Diante deste comportamento da distribuidora, entre outras questões implicadas, entendeu o Tribunal aplicável a figura da supressio, caracterizada pela situação "em que a tolerância, a longo prazo, contrária ao que restou pactuado entre as partes é lenitivo hábil a impedir que a parte que tolera venha a exigir da outra o cumprimento e até mesmo eventuais penalidades por conta da forma adversa que sempre foi a prática aceita". Na seqüência, não obstante tratar-se de menção desnecessária e mesmo inadequada, o Tribunal mencionou ao duty to mitigate the loss como um fundamento a mais por meio do qual dever-se-ia reconhecer a inexigibilidade da cláusula penal, o que acabou se concretizando como decisão do Tribunal.

A aplicação da supressio pelo Tribunal foi acertada. Seguindo o modelo de decisão proposto por Menezes Cordeiro, estão presentes: (i) o não exercício prolongado de um direito: pouco mais de doze anos; (ii) e (iii) a situação de confiança justificada: além do não exercício por doze anos, o fato de a distribuidora ter contratado normalmente por todos esses anos é apto a despertar crença legítima de que ela havia aquiescido com o adimplemento parcial e não iria mais pleitear a execução da multa; (iv) investimento de confiança: a cristalização desta situação por doze anos leva a que aplicação literal da cláusula penal implicaria em uma oneração desproporcional para o posto de gasolina; e (v) a imputação da confiança ao não exercente: toda esta situação é imputável à distribuidora porque, como bem asseverou o Tribunal, "embora com controle da execução do contrato, demorou 12 anos para postular sua rescisão.

2) a segunda decisão foi a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca de uma ação de resolução contratual, com pedidos de reintegração de posse e indenização (caso j) relatado acima). Contexto fático: contrato de promessa de compra e venda; em 1994, o promissário-comprador, que se encontrava na posse do imóvel, passa a não pagar as prestações e em setembro de 2001 abandona o imóvel. Em outubro de 2002 o promitente-vendedor ajuíza ação pedindo a reintegração de posse e a indenização pelo tempo que o imóvel ficou em estado de não fruição, isto é, desde o inadimplemento até o cumprimento da medida de reintegração de posse. Com base na aplicação do duty to mitigate the loss, o STJ entendeu que o promitente-vendedor "descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que esta cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), 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". E assim, concluiu que "a conduta da ora recorrente, inegavelmente, viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstâncias que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade" de exclusão da indenização referente a um ano sem a fruição do imóvel - desde o abandono do imóvel pelo promissário-comprador até o

Superior Tribunal de Justiça

ajuizamento da ação.

As razões por que se deve entender inadequada a aplicação da noção de um dever de mitigar o próprio prejuízo já foram apresentadas acima. Cabe aqui analisar, com base na figura da supressio, se a supressão do direito de crédito do recorrente foi acertada. A resposta negativa se impõe, porque, neste caso, não se constata confiança legítima da parte inadimplente em que o credor não mais iria exercer o seu direito: o comportamento do titular não exercente restringiu-se a mera demora em efetuar a cobrança, o que, de acordo com a base dogmática apresentada, dificulta o amparo a uma crença legítima de que o direito não mais seria exercido. Além disso, o fato de o devedor ter abandonado o imóvel acentua a sua má-fé e a sua completa ausência de confiança de que o credor não mais cobraria as prestações inadimplidas. Assim, conclui-se que o direito de crédito do promitente-vendedor foi restringido indevidamente.

O julgado citado neste artigo de procedência do Superior Tribunal de Justiça é o REsp 758.518/PR, proferido no âmbito da Terceira Turma, o qual está assim ementado:

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*

Superior Tribunal de Justiça

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 de 28/06/2010)

Com base nessas extensas considerações, concluiu-se, em apertada síntese, que o princípio *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspecto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando a confiança, agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade.

Nesse contexto, como o credor possui pleno direito, garantido em lei, de ajuizar a ação de cobrança contra o devedor em certo lapso temporal, não se pode entender que o exercício tardio do direito de ação, mas dentro do prazo prescricional, por si só, configure causa de aplicação do *duty mitigate the loss*. Até mesmo porque o débito tornou-se exorbitante não em razão da exclusiva demora do credor de ajuizar a ação de cobrança, ainda que dentro do prazo prescricional, mas, principalmente, em decorrência do inadimplemento contínuo e consciente do devedor ao longo do mesmo lapso temporal, o que fez incidir os encargos contratuais e legais.

Entende-se que, em tais casos, a interpretação mais adequada é aquela que somente autoriza a aplicação do *duty mitigate the loss* quando, além do exercício tardio do direito de cobrança pelo credor, houver violação de uma legítima confiança anteriormente estabelecida na relação jurídica em que o credor, por outras condutas ou circunstâncias de fato, fez crer ao devedor que a dívida não mais seria cobrada, ou quando houver a violação de algum dever anexo ao contrato (lealdade, confiança, cooperação etc.), devidamente comprovado nos autos.

Penso, assim, que as ponderações feitas por Daniel Pires Novais Dias, acima mencionadas, são salutares e merecem ser consideradas no caso em exame, devendo ser acrescentado apenas que a adoção do *duty to mitigate the loss* resulta na mitigação das perdas pelo credor, e não na exclusão da obrigação em favor do devedor, como ocorre na *supressio*.

Passando à análise do caso concreto, transcrevo o que ficou consignado na r.

Superior Tribunal de Justiça

sentença:

De mais a mais, no interregno temporal de 21/08/1999 a 11/11/2004 o quantum debeatur não deverá sofrer qualquer qualquer correção. A partir de 12 de novembro de 2004 até a data do efetivo pagamento deverão incidir, novamente, juros no percentual de 1% ao mês, correção monetária pelo IGPM/FGV e multa de 2% dois pontos percentuais.

(...)

Outrossim, em atenção à cláusula geral contida no artigo 422 da Lei Substantiva que impõe ao magistrado o dever de interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, tenho que, na hipótese, deve ser observado o princípio acessório duty to mitigate the loss ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor.

Significa dizer que, diante do descumprimento contratual perpetrado pelo réu ante o não pagamento das faturas do cartão de crédito, a instituição financeira não pode ficar inerte por um longo período, como ocorreu in casu, aguardando que diante da alta taxa de juros prevista no contrato a dívida alcance valores exorbitantes. Diante da negligência da instituição financeira para limitar a perda, tenho que o crédito a que faz jus deve ser reduzido, proporcionalmente.

Desse modo, ante o descumprimento do dever anexo mencionado, tenho que no interregno temporal de 21/08/1999 a 11 /11/ 2004, período da fixidez do caso bancária, o quantum debeatur não deverá sofrer qualquer qualquer correção e/ou atualização. Apenas a partir de 12 de novembro de 2004, quando tomadas as medidas para recebimento do crédito, até a data do efetivo pagamento, deverão incidir, novamente, juros no percentual de 1% ao mês, correção monetária pelo IGPM/FGV e multa de 2% dois pontos percentuais.

Por sua vez, o Tribunal estadual arrematou:

Aplicação do princípio "duty to mitigate the loss"

Inicialmente, irresigna-se o apelante contra a aplicação do princípio denominado "duty to mitigate the loss" (mitigação do prejuízo pelo próprio credor), que culminou no afastamento da cobrança de qualquer encargo, tais como juros, correção monetária ou multa moratória, no período de 21/08/1999 a 11 /11/2004, período em que o apelado incidiu em mora e a interposição da presente ação.

Antes de adentrar na análise propriamente dessa matéria, passo a tecer alguns comentários a respeito do princípio denominado "duty to mitigate the loss" (mitigação do prejuízo pelo próprio credor).

Segundo os ensinamentos do mestre Flávio Tartuce, citando Vera Maria Jacob Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, esta é uma das construções inovadoras do Novo Código Civil e esta diretamente relacionada com o princípio da boa-fé objetiva, "uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um

dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes." (Direito Civil, Ed. Método, pág. 111) Aliás, a respeito da tese em questão já foi aprovado o Enunciado 169 na III Jornada de Direito Civil, verbis:

"O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo."

Como esclareceu com muita propriedade o mestre Flávio Tartuce,

*"..
(...) não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos." (Direito Civil, Ed. Método, pág. 112) Exatamente esta a situação dos autos, eis que o Contrato de Emissão e Utilização dos Cartões de Crédito Banestado Visa, n. 491415208964600, firmado em 17.12.1996, segundo alegações do próprio apelante, não teve as suas faturas pagas desde o dia 20/8/1999 (f. 11).*

Contudo, o apelante aguardou até 12/11/2004 para tomar alguma atitude quanto ao recebimento do seu crédito, o que ocorreu com a interposição desta ação, o que implicou na evolução do saldo devedor de R\$ 19.196,26 para R\$ 50.151,76 (cálculo efetuado em 07/10/2004).

Como dito acima, em nome do princípio da boa-fé objetiva, que deve prevalecer entre as partes contratantes, deveria o apelante ter efetuado a cobrança do encargo tão logo o apelado deixou de efetuar os pagamentos, evitando com isso a elevação da dívida a montantes astronômicos, como é o caso dos autos.

Nesses casos, menciona o mestre Flávio Tartuce, em citação à professora Vera Jacob Fradera, que em casos tais envolvendo o duty to mitigate the loss, a e professora propõe que o "não atendimento a tal dever traria como consequência sanções ao credor, principalmente a imputação de culpa próxima à culpa delitual, com o pagamento de eventuais perdas e danos, ou a redução do seu próprio crédito." (Direito Civil, Ed. Método, pág. 113).

Assim considerando, mostra-se razoável a redução do crédito do apelante no período compreendido de 20/01/1997 a 20/08/1999, não havendo se falar em enriquecimento ilícito neste caso, porquanto a penalidade decorre da própria inércia do apelante, que não obedeceu ao princípio da boa-fé que deve prevalecer nas relações contratuais, tendo se valido das vantagens decorrentes da demora na interposição da presente ação.

Nota-se, pois, que a razão utilizada pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso o postulado do *duty to mitigate the loss* está fundada tão somente na inércia da instituição financeira, a qual deixou para ajuizar a ação de cobrança quando já estava próximo de vencer o prazo prescricional e, com isso, acabou obtendo crédito mais vantajoso diante da acumulação dos

Superior Tribunal de Justiça

encargos ao longo do tempo.

Contudo, entende-se que a demora no ajuizamento da ação pela instituição financeira não foi a única causa do aumento do valor da dívida relativa ao cartão de crédito, mas também a própria inércia do devedor de adimplir a tempo e modo sua obrigação ou, ainda que tardiamente, cumpri-la antes o possível para evitar a acumulação dos encargos.

Ademais, não há nas decisões proferidas pelas instâncias *a quo*, ou mesmo nos argumentos trazidos pelas partes, nenhum elemento que demonstre haver a instituição financeira, no caso em exame, criado no devedor expectativa de que não cobraria a dívida ou que a cobraria a menor, ou mesmo de haver violado seu dever de informação. Por exemplo, sinalizando a pretensão de transacionar por diversas vezes com o devedor, mas nunca concretizando a transação e, no último momento, próximo ao implemento da prescrição, ajuíza ação furtivamente. Claro que tudo isso devidamente comprovado nos autos.

Não há, outrossim, elemento nos autos no qual se possa identificar qualquer conduta do devedor no sentido de negociar sua dívida, ou de ter sido impedido de fazê-lo pela ora recorrente, ou ainda qualquer outra circunstância que pudesse levar à conclusão de quebra da confiança ou dos deveres anexos aos negócios jurídicos por qualquer uma das partes contratantes, tais como a lealdade, a cooperação, a probidade, entre outros.

Destarte, conclui-se que a demora no ajuizamento da ação de cobrança, mas dentro do prazo prescricional, não pode ser considerada, por si só, como fundamento para a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Para tanto, é necessário que, além do exercício tardio do direito de ação, o credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor.

Assim, não tendo sido demonstrado no âmbito das instâncias ordinárias nenhuma causa que autorize a aplicação, na hipótese, do *duty to mitigate the loss*, há de ser afastada a "*supressão da cobrança de qualquer encargo no período entre 21.08.1999 e 11.11.2004*", determinada pela r. sentença e pelo v. acórdão recorrido. Com isso, aplica-se de forma adequada a regra do art. 422 do Código Civil de 2002.

Por fim, a respeito dos juros remuneratórios, o Superior Tribunal de Justiça decidiu o seguinte em sede de recurso especial repetitivo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS

REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO.

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

PRELIMINAR O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 1.963-17/00, reeditada sob o n.º 2.170-36/01.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

(...)

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.

(REsp 1.061.530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe de 10/03/2009, grifou-se)

BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE

Superior Tribunal de Justiça

CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO - JUROS REMUNERATÓRIOS

1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.

II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO

- Consignada, no acórdão recorrido, a abusividade na cobrança da taxa de juros, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento.

- Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.

(REsp 1.112.879/PR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 19/5/2010)

A Corte de origem acolheu tal precedente, mas, por fundamento diverso, limitou a taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano. Eis o teor do voto condutor do acórdão:

Assim, com reserva do meu entendimento pessoal, passo a analisar a questão referente aos juros remuneratórios, segundo o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Consoante se extrai do Resp. 1061 530/RS que examinou a matéria em questão, a revisão da taxa de juros deve ser admitida em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridade do julgamento em concreto.

A situação fática exposta nos autos caracteriza-se como relação de consumo e, portanto, está sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor, cabendo assim, a análise da abusividade da taxa contratada, a autorizar a revisão do contrato, a teor do que prevê expressamente o referido codex.

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, consideram-se abusivas as taxas contratadas que excedam à taxa

Superior Tribunal de Justiça

média de mercado.

(...)

Logo, se a taxa de juros prevista no contrato estiver acima da taxa média de mercado resta caracteriza a abusividade, sendo, portanto, possível a revisão do contrato e a consequente redução da taxa dos juros ao limite imposto pela taxa média de mercado.

(...)

No caso vertente, não existindo meios de se apurar o valor da taxa contratada, ante a ausência de contrato nos autos, que deveria ter sido juntado pelo apelante, levando-se em conta a hipossuficiência do apelado, tenho que deve prevalecer os termos da sentença recorrida, ou seja, os juros remuneratórios devem permanecer limitados em 12% ao ano, pelas razões que passo a explicar.

A priori, cumpre esclarecer que esta posição não afronta o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, sufragado no recurso representativo da controvérsia n. 1.061.5301RS, tratando-se, na verdade, de caso atípico, que deve ser analisado sob a ética processual civil.

Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil:

"Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

No caso presente, a alegação do apelado, na contestação e nas contrarrazões recursais é no sentido de que o apelante efetuou a cobrança de juros extorsivos, dos quais não há comprovação nos autos, em razão da ausência do contrato firmado entre as partes.

Considerando o disposto no inc. II do art. 333 do CPC, competia ao apelante comprovar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do apelado, ou seja, deveria ter demonstrado, através da juntada do contrato entabulado entre as partes, que não procedeu nele a cobrança de juros extorsivos.

Cumpra esclarecer que os extratos de f. 12/47 não se prestam a esse fim, eis que se trata de documento produzido unilateralmente, sem qualquer participação do apelado.

Assim não procedendo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo apelado, ou seja, que houve a cobrança de juros extorsivos, razão pela qual deve ser mantido o percentual de juros fixados na sentença recorrida, qual seja, de 12% ao ano.

O Tribunal estadual concluiu que, em razão da hipossuficiência do contratante, o ônus da prova incumbia à instituição financeira, a qual deveria demonstrar, por meio da juntada aos autos do contrato ou de outra prova suficiente, qual a taxa de juros contratada. Diante da ausência de prova, confirmou a r. sentença que limitou os juros remuneratórios a 12% ao ano (fls. 225-242 e 290-296, e-STJ).

Superior Tribunal de Justiça

Tal conclusão não destoa da jurisprudência desta Corte de Justiça, segundo a qual, embora, em regra, o ônus da prova incumba a quem alega a existência do direito ou do fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito, há casos em que o julgador, interpretando sistematicamente a legislação processual, verifica que o referido ônus deve recair sobre aquele que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando, com isso, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Foi o que ocorreu no caso dos autos, em que a relação jurídica era estabelecida entre o consumidor que contratou cartão de crédito e a instituição financeira, de maneira que o primeiro, inevitavelmente, encontrava-se em situação de hipossuficiência e o segundo, autor da ação de cobrança, possuía maiores condições de trazer o contrato aos autos, até mesmo para embasar a cobrança da taxa de juros remuneratórios contratada.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02).

(...)

6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

(...)

(REsp 1.286.704/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe de 28/10/2013)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CLÁUSULA DO EDITAL DO CONCURSO. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. EXIGÊNCIA DE PROVA DE FATO NEGATIVO. FORMALISMO EXCESSIVO. PROVA DIABÓLICA. APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. I. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, via de regra, a apreciação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por Mandado de Segurança, não tem sido admitida em Recurso Especial, pois exige reexame de matéria

Superior Tribunal de Justiça

fático-probatória, o que é vedado ao STJ nos termos da Súmula 7.2. Ainda que assim não fosse, vale destacar que o Tribunal a quo entendeu, a partir da análise dos fatos constantes dos autos, pela presença de direito líquido e certo apto a ser tutelado em sede de mandado de segurança.3. Isso porque, em se tratando de fato negativo (ou seja, circunstância que ainda não tinha ocorrido) a exigência da produção probatória consistiria, no caso em concreto, num formalismo excessivo e levaria à produção do que a doutrina e a jurisprudência denominam de "prova diabólica", exigência que não é tolerada na ordem jurídica brasileira. Precedente: AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010.4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 262.594/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe de 05/02/2013)

A única alteração que merece ser feita no ponto é que, diante da ausência de prova do montante dos juros remuneratórios contratados, deveria o Tribunal de origem tê-los fixado, na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com base na taxa média de mercado própria para a espécie contratual de cartão de crédito.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TARIFAS BANCÁRIAS. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO INSTRUMENTO CONTRATUAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a cobrança de taxas e tarifas bancárias deve ter expressa previsão contratual.

2. Não juntados aos autos os contratos, deve o agravante suportar o ônus da prova, afastando-se as tarifas contratadas e limitando os juros remuneratórios à taxa média de mercado.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.578.048/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe de 26/08/2016)

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial, para:

(I) afastando a aplicação do princípio *duty to mitigate the loss* na hipótese, determinar a incidência de juros de mora de 0,5% ao mês, mais correção monetária com base na tabela do Tribunal de origem, desde a data da citação até a data da entrada em vigor do novo Código Civil e, daí em diante, com base na taxa SELIC;

(II) determinar a incidência de juros remuneratórios limitados à taxa média de

mercado.

Dada a sucumbência recíproca, custas e honorários devem ser rateados, aplicado o Código de Processo Civil de 1973.

É como voto.

