

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

31 JAN > 18 JUL 2022

DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO (*DUTY TO MITIGATE THE LOSS*) SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UM ESTUDO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sandro Lucena Rosa¹

Resumo: O *duty to mitigate the loss* é um instituto jurídico gerado no *common law* que foi recepcionado pela doutrina no Brasil de forma tardia, o que criou uma expectativa quanto à sua utilização na resolução de casos concretos. O presente artigo busca caracterizar esse instituto, analisando-o frente à postura adotada pelos magistrados quando de sua aplicação, à luz do método interdisciplinar da Análise Econômica do Direito. Pretende-se demonstrar, mediante a análise de três precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que os magistrados adotaram uma postura pragmática (na acepção cunhada por Posner em *How Judges Think*), utilizando critérios de eficiência típicos da Economia, precisamente o de Kaldor-Hicks.

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), pós-graduado em Direito e Economia (Faculdade de Direito de Lisboa) e em Direito Previdenciário (DAMÁSIO). Mestrando em Direito, Justiça e Impactos na Economia (CEDES-SP). Professor de pós-graduação (IEPREV) e de Escolas Superiores da Advocacia (ESA/GO e ESA/DF). Assessor de Ministro no Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito. Pragmatismo. Duty to mitigate the loss. Kaldor-Hicks. Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: Duty to mitigate the loss is a legal institute created in the common law system, that was received by the Brazilian doctrine belatedly, creating an expectation about its use in the resolution of concrete cases. The present article seeks to characterize this institute, analyzing it against the posture adopted by the judges when applying it, in the light of the interdisciplinary method of Law and Economics. It is intended to demonstrate, through the analysis of three precedents from the Superior Court of Justice, that the judges adopted a pragmatic stance (in the sense coined by Posner in *How Judges Think*), using efficiency criteria typical of Economics, precisely Kaldor-Hicks.

Keywords: Law and Economics. Pragmatism. Duty to mitigate the loss. Kaldor-Hicks. Superior Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO



dever de mitigar o próprio dano (*duty do mitigate the loss*) é um instituto jurídico típico do *common law*, que surgiu de maneira sistemática na Inglaterra do século XVII. Como uma manifestação do princípio da boa-fé, exige-se um padrão de conduta do credor em relação ao devedor, em caso de inadimplemento: não pode agir de maneira inerte, de forma a agravar um dano evitável e buscar sua respectiva compensação posteriormente.

No Brasil sua chegada foi tardia e, conseqüentemente, seu enfrentamento pelos Tribunais. Alguns desafios foram levantados pela Academia sobre o “recebimento” do instituto estrangeiro em nosso ordenamento jurídico - natureza jurídica,

maneira de conformação e aplicação no caso concreto foram algumas legítimas preocupações.

Nesse contexto, indaga-se: como fizeram os juízes, concretamente, para recepcionar um instituto de sistema jurídico diferente, séculos depois de seu surgimento e sem previsão legal expressa? A nossa hipótese provisória é que os magistrados, no caso específico, adotaram uma postura pragmática e consideraram outros fatores que não somente jurídicos para resolver o problema. Especificamente, busca-se comprovar que critérios de eficiência nortearam essa conformação, fazendo-se presentes nas decisões que enfrentaram os casos envolvendo o *duty to mitigate the loss*.

Para tanto comprová-la, será feita uma introdução sobre a abordagem da Análise Econômica do Direito (AED) e seus critérios de eficiência. Ao depois, breve incursão, sem pretensão de esgotamento, sobre a postura pragmática associada a Richard Posner, especialmente o perfil do magistrado desenvolvido em sua obra *How Judges Think*.

O instituto sob comento será, por fim, caracterizado, para o adequado dimensionamento dos problemas de sua conformação. Em seguida, passar-se-á à análise de três precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que enfrentaram o assunto, atentando-se aos detalhes da solução encontrada pelos magistrados e a possibilidade de existir, em suas decisões, critérios de eficiência típicos da Economia (ainda que não invocados de maneira não expressa).

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) E SEUS CRITÉRIOS DE EFICIÊNCIA

Análise Econômica do Direito (AED) consiste em um movimento, iniciado no século passado, que tem como objetivo oferecer uma abordagem interdisciplinar entre Direito e Economia. Em inglês, identifica-se por *Law and Economics* ou

Economic Analysis of Law, talvez em referência à obra de Richard Posner, um de seus maiores expoentes.

Direito e Economia possuem problemas comuns, porém métodos distintos. Essa interdisciplinaridade ganhou relevância no final do século XX, quando passou a ser utilizada para auxiliar a compreensão de fenômenos jurídicos e sociais complexos, cuja abordagem exclusiva apenas por um ou outro campo do conhecimento se revelava insuficiente.

Dentre as possíveis formas que a interação entre as duas disciplinas pode se manifestar, ressalta-se a utilização de conceitos da Economia, como a eficiência, para fins de investigar problemas jurídicos concretos². Pode-se também, em um viés de predição, iluminar questões jurídicas para que seja possível compreender as consequências de determinadas regras e os respectivos efeitos das diferentes posturas legais³.

A Análise Econômica do Direito, portanto, auxilia a compreensão dos fenômenos jurídicos mediante o emprego de ferramentas tipicamente econômicas, sem que isso implique em submissão de uma disciplina pela outra. Consiste na compreensão do “*direito no mundo e o mundo no direito*”⁴.

Um exemplo auxilia a elucidar a questão: o critério de eficiência, utilizado corriqueiramente pela economia clássica. Além da costumeira análise de custo-benefício, dois outros critérios se destacam - o de Pareto e o de Kaldor-Hicks.

O critério de Pareto estipula que será eficiente uma ação quando uma melhoria não implicar em uma piora. Dentre as possibilidades, será considerada uma “*melhora de Pareto*” a escolha que melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar

² PORTO, Antonio José Maristrello. Princípio de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar. (Org.). *Direito e Economia: Diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 25.

³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008, p. 14.

⁴ GICO JR., Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, M.C.; KLEIN, V. (Org.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-26.

a situação de nenhum outro. Somente haverá eficiência quando um indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua⁵. O critério de Pareto, pois, é bastante restritivo, visto que comporta apenas mudanças que não pioram em nada a situação de outra pessoa – o que guia, quase sempre, à ideia de unanimidade.

Diferente é o caso do critério de Kaldor-Hicks, que busca superar essa ideia de restrição: podem existir ganhadores e perdedores. Para uma medida ser considerada eficiente, porém, é necessário que exista a possibilidade de os ganhadores compensarem os perdedores – ainda que não o façam concretamente.

Posner entendia, inicialmente, que a eficiência (no sentido de maximização de riqueza) seria apta a servir até mesmo de fundamento ético para o Direito⁶, porém passou a defender, anos depois, uma perspectiva pragmática⁷ que não abandona o critério da eficiência, mas que a coloca em um patamar menos relevante. Nessa perspectiva, serviria para auxiliar os operadores do Direito a sopesarem as possíveis consequências dentre as diversas soluções possíveis⁸.

O critério de eficiência de Pareto não é utilizado com tanta frequência, diante de sua nítida restrição. O próprio Posner aduz que *“quando economistas dizem que livre comércio ou competição ou controle da poluição ou outra política é eficiente, nove de dez vezes querem dizer que são eficientes em termos de Kaldor-Hicks”*⁹.

Essa breve digressão se justifica tendo em vista que o

⁵SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? Cadernos Direito FGV, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008, p. 23-24.

⁶ POSNER, Richard A. The Economics of Justice. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.

⁷ POSNER, Richard A. Problemas de Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? Cadernos Direito GV, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008, p. 34.

⁹ POSNER, Richard A. Economic analysis of law. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 32.

presente trabalho utilizará a abordagem da Análise Econômica do Direito para analisar decisões judiciais proferidas por magistrados. A hipótese que se busca comprovar, como adiantado, é a existência de um critério de eficiência nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – e aqui não há divergência quanto à observação acima, feita pelo magistrado norte-americano.

3. COMO PENSAM OS JUÍZES?

Antes de se passar à caracterização do instituto do *duty to mitigate the loss*, outra incursão deve ser feita, dessa vez quanto ao referencial teórico. Pretende-se esclarecer, neste tópico, a visão desenvolvida no livro de Richard Posner sobre o perfil de um magistrado pragmático e contextualizá-lo dentro do que o autor entende que isso signifique.

Richard Allen Posner é um jurista americano, professor da Universidade de Chicago e um dos nomes mais citados entre os trabalhos acadêmicos realizados no século passado. É um dos grandes expoentes da Análise Econômica do Direito (AED), ao lado de Ronald Coase, Guido Calabresi e Henry Manne. Dentre suas obras, destaca-se *Economics Analysis of Law* (1973), *The problem of Jurisprudence* (1993), *Law, Pragmatism and Democracy* (2004) e *How Judges Think* (2008).

É um dos entusiastas da Análise Econômica do Direito, expansão do método científico que busca uma abordagem interdisciplinar entre Direito e Economia. Essa ideia se alia a uma posição jurídica pragmática, frequentemente associada ao jurista, para quem o pragmatismo significa: “*olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana*”¹⁰.

Essa concepção carrega consigo a ideia de que o magistrado deve guardar consideração com as consequências práticas

¹⁰ Vide POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline. Harvard Law Review, v. 100.

de sua decisão¹¹, dando-se relevância aos aspectos concretos, realizáveis. Sob essa ótica, além da correta aplicação do direito, deve se atentar aos corolários da decisão judicial, o que ganha especial relevo em casos cuja solução não é clara (talvez inédita) e que reclama resolução mesmo diante de aparente imprecisão jurídica.

Defende-se, assim, que as fontes que embasam uma decisão não são exclusivamente jurídicas. O magistrado considera também outras fontes de informação. Utiliza-se, nesses casos, instrumentos de outras disciplinas que não somente o Direito para auxiliar a busca de respostas adequadas em um caso concreto – por exemplo, a Economia. Não que os conceitos das disciplinas sejam estritamente idênticos e que sirvam para fundamentar uma decisão judicial por si só, mas sim que podem auxiliar na compreensão e elucidação de um caso concreto.

Em sua obra *How Judges Think (2008)*, Posner explora esse campo de “permissão” dos juízes para decidir. A sua preocupação no livro consiste em saber o quanto é permitido aos juízes e como eles usam essa margem de liberdade em suas decisões. No decorrer da obra, o autor desenvolve diversos “perfis de juízes” - dentre eles, o que age de maneira pragmática.

No contexto do livro, pragmatismo significa “basear os julgamentos em consequências, em vez de deduções decorrentes de premissas e silogismos”¹², opondo-se à ideia de um estrito legalismo e da operação de uma resultante das palavras. Em sua visão, um juiz pragmático usa da experiência adquirida em outros casos e em outras fontes para completar o projeto do legislador, auxiliando-o a alcançar os seus fins¹³. Preocupa-se antes com os corolários da decisão judicial do que com os estritos e

¹¹ POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 358.

¹² POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

¹³ *Ibid*, p. 194.

precisos conceitos advindos do texto legal¹⁴.

Posner identifica um ponto de encontro entre o Economista e o Pragmático: ambos têm em comum o fato de estarem mais preocupados em investigar consequências práticas do que se engajar em análises lógicas ou semânticas de doutrinas jurídicas¹⁵. Relega-se a abstração pra se preocupar, em concreto, com os efeitos daquilo que acontece.

Interessante reflexão surge sobre a maneira como isso se manifesta. Se o juiz, assim como o economista, preocupa-se com as consequências, como fica a questão semântica e, consequentemente, os fundamentos de uma decisão? Poderia o juiz fundamentar-se em questões econômicas para decidir um caso específico? Posner entende que o magistrado pode estar decidindo de uma forma que considere questões econômicas mesmo que expressamente assim não se manifeste.

Isso acontece em decorrência da existência de convergência contextual em ambos os vocabulários (jurídico e econômico) e o fato de a semântica não se confundir com a substância. Palavras que fundamentem uma decisão, por exemplo, podem ser utilizadas pelo magistrado em um caso concreto, com a estrita precisão semântica jurídica; porém, isso não afasta o fato de que elas podem ter, também, um significado econômico.

Dessa forma, para Posner, um magistrado *pensa de maneira pragmática* quando decide baseando-se não apenas no texto legal e na perfeita operação lógica, mas sobretudo quando avalia as consequências de sua atividade no caso concreto. O que é pertinente observar aqui é que essa avaliação pode passar pela adoção de critérios de eficiência que auxiliem a resolução de casos complexos ou inéditos (*hard cases*), quando ainda não se tenha formado um consenso sobre o assunto.

4. DUTY TO MITIGATE THE LOSS: DO *COMMON*

¹⁴ Ibid, p. 238.

¹⁵ Ibid, p. 194.

LAW AO STJ

Em 1677, na Inglaterra, um homem fora contratado para transportar mercadorias para Ispwich, de forma que as deixasse em um lugar que seria indicado pelo comprador. Lá chegando, não foi comunicado de imediato, aguardando por seis horas a indicação do lugar. Enquanto isso, seus cavalos aguardaram sob o sol e, extenuados, morreram de cansaço. Diante do fenecimento dos animais, o vendedor buscou a respectiva indenização, sob o argumento de que a demora na comunicação, por parte do comprador, causou-lhe nítidos prejuízos.

No julgamento desse emblemático caso (*Vertue v. Bird*), o Tribunal inglês negou a indenização pleiteada, por entender que a conduta do vendedor era insensata frente às circunstâncias. Poderia, por exemplo, ter levado os cavalos para outro local que não os expusessem a tais condições ou, ainda, ter descarregado as mercadorias em outro lugar, para evitar a morte dos animais – poderia, pois, *mitigar* o dano que estava experimentando.

O referido caso, frequentemente citado como um marco do *duty to mitigate the loss*, exemplifica bem a questão essencial: pode o credor pleitear indenização por danos que, embora sofridos, poderiam ter sido por ele mesmo evitados? A indagação levanta pertinentes discussões e, para correta compreensão, necessário se esclarecer, ainda que brevemente, a origem, as características e a forma que o instituto foi recepcionado em nosso país.

As primeiras ideias de mitigação, que se assemelham ao *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar a perda), surgiram no Direito Romano, porém de forma não sistematizada. Não é possível estabelecer, com clareza, o desenvolvimento de uma doutrina, mas nota-se em diversas partes do *Corpus Iuris Civilis* uma consideração do comportamento do credor em casos que envolvem possível mitigação de danos¹⁶.

¹⁶ MARTINS, José Eduardo Figueiredo. *Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade

Sobre esse desenvolvimento, Vera Fradera observa que a recepção nos ordenamentos jurídicos “*deu-se de maneira desigual e assistemática, pois alguns ordenamentos o utilizam frequentemente, como é o caso do alemão e do suíço, outros, nem tanto, havendo ainda, aqueles que dele se servem, sem dar-lhe essa denominação, como é o caso da França*”¹⁷.

Apenas no século XVII é que se nota na Inglaterra o desenvolvimento e a sistematização do instituto, que se insere dentro da doutrina de consequências evitáveis (*doctrine of avoidable consequences*), segundo a qual o credor deve mitigar o dano que decorre de eventual inadimplemento através de razoáveis condutas de natureza positiva.

Essa doutrina, desenvolvida no seio da *common law*, possui dois aspectos: negativo, consistente na impossibilidade de o credor recuperar os prejuízos razoavelmente evitáveis; e positivo, consubstanciado na possibilidade de o credor recuperar as despesas que teve para mitigar o prejuízo sofrido. Destaca-se a presença da ideia de razoabilidade, pois mitigar o dano não se confunde com obrigar o credor a realizar atos que excedam suas próprias capacidades¹⁸.

Outro aspecto relevante consiste na previsibilidade do dano, ou seja, só é razoável exigir comportamento diverso quando o dano for previsível, uma vez que eventos imprevisíveis impedem que o credor aja de maneira diferente da que era naturalmente esperada.

O fato de o *duty to mitigate the loss* ter sido originado e desenvolvido em um sistema jurídico distinto (*common law*) não impediu seu desembarque no ordenamento jurídico brasileiro, embora com notável demora. O trabalho precursor foi elaborado

de São Paulo. São Paulo: 2014, p. 19.

¹⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: RTDC. V. 19 Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 109-119.

¹⁸ MARTINS, José Eduardo Figueiredo. A recepção do *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 41, p. 325-351, dez. 2019.

apenas em 2004¹⁹, pela professora Vera Maria Jacob de Fradera, que defendia a possibilidade de recepção mediante a aplicação do princípio da boa-fé. Ainda no mesmo ano, aprovou-se o enunciado nº 169 na III Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação: “*o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*”.

Nas razões que justificaram o enunciado, pertinente observação levantaria um debate pelos juristas, nos anos que seguiriam: a inexistência de disposição expressa sobre o tema no Código Civil de 2002. Há um problema de conformação do instituto, que gera uma preocupação de ordem prática: algum ali-cerce, no ordenamento jurídico, deveria embasar decisões judiciais que, eventualmente, viessem a enfrentar o assunto resolver crises jurídicas concretas.

Outra discussão que também surgiu nesse contexto diz respeito à natureza jurídica do *duty to mitigate the loss*. José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins defende que se trata de um ônus. Para ele, a distinção em relação aos outros institutos consiste na ausência de possibilidade de se exigir um cumprimento, pois não se trata de obrigação²⁰. No mesmo sentido, Bruna Lima de Mendonça e Camila Aguilera Coelho²¹.

Fernanda Sirotsky, por sua vez, defende que se trata de um dever de natureza acessória, “*advindo diretamente do dever de cooperação e lealdade que deve pautar a conduta das partes no contrato, o qual, por sua vez, advém diretamente da boa-fé objetiva*”²². No mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano, que

¹⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: RTDC. V. 19 Rio de Janeiro: Padma, 2004. p. 109-119.

²⁰ MARTINS, José Eduardo Figueiredo. Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 19, p. 73.

²¹ MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguilera. O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

²² SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. A Interpretação do Duty to Mitigate the Loss na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional

defende a natureza jurídica de dever jurídico anexo²³.

Apesar da divergência quanto à questão da natureza jurídica, hoje é assente na doutrina e na jurisprudência que o *duty to mitigate the loss* tem fundamento no princípio da boa-fé, este sim positivado expressamente no art. 422 do Código Civil.

Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Faria, a boa-fé consiste em um “*arquétipo ou modelo de comportamento social que nos aproxima de um conteúdo ético de proceder de forma correta*”²⁴. Apresenta-se como uma regra de conduta, ou seja, uma expectativa de consideração por parte dos envolvidos em uma relação que se comportem de acordo com as expectativas geradas legitimamente²⁵.

Relevante observar que a boa-fé foi encartada no art. 422 do Código Civil com *status* de cláusula geral. Isso a caracteriza com um considerável grau de abstração, de fluidez, o que dá espaço para que o magistrado verifique em cada caso concreto a solução que homenageia o comportamento ideal, razoável, leal. Autoriza-se, pois, que se dê concretude à sua aplicação, mediante a criação de normas jurídicas que considerem as circunstâncias particulares.

A recepção do instituto não de maneira codificada, mas como uma manifestação de uma cláusula geral trouxe uma expectativa em relação à sua aplicabilidade prática. Isso porque não é possível, em um caso concreto, que o juiz simplesmente invoque determinado artigo do Código Civil para obrigar alguém mitigar os danos de seu prejuízo; exige-se, que nas

de Mercadorias e a sua Recepção pelo Direito Civil Brasileiro. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 8, n. 2, dez. 2013, p. 16.

²³ MARTINS, José Eduardo Figueiredo. *Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2014, p. 73.

²⁴ FARIAS, Cristiano chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 146.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

particulares circunstâncias, justifique o que seria agir de acordo com o comportamento esperado, mediante a eleição de algum critério. Cumpra agora perquirir como isso se deu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

5. JURISPRUDÊNCIA DO STJ: COMO PENSARAM OS JUÍZES?

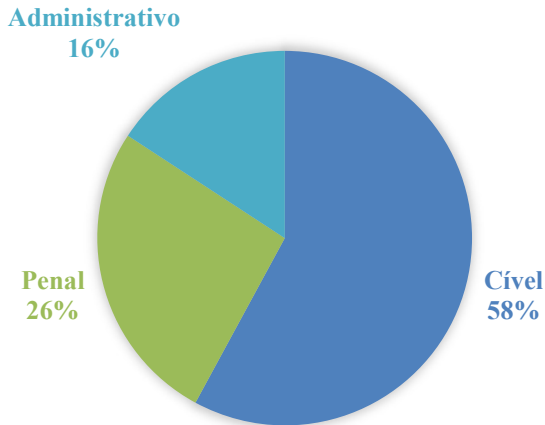
Antes de se passar à análise dos precedentes, apresentase brevemente os parâmetros metodológicos. A pesquisa foi realizada no sítio eletrônico de pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de acesso público²⁶. Utilizou-se os termos de busca “*duty to mitigate the loss*” que resultou em 19 acórdãos julgados e 390 decisões monocráticas proferidas.

Excluiu-se as decisões monocráticas da análise porque a grande maioria, embora cite o termo em seu corpo, não enfrenta o mérito da controvérsia. Por vezes há a transcrição da ementa do acórdão recorrido, em algum voto divergente, sem maiores incursões sobre o contorno da lide em si.

Da chegada do instituto na doutrina (2004) até seu enfrentamento pelo STJ, decorreram cerca de 6 anos: o acórdão mais antigo (*leading case*) teve seu julgamento proferido em 17/06/2010 e o mais recente em 31/03/2023. Nesse período, a maioria dos casos julgados enfrentam questões de natureza cível, mas é possível observar que a aplicação foi estendida a outras searas: dos 19 acórdãos encontrados, 11 se referem a matérias cíveis, porém apenas 7 enfrentam o mérito do recurso; 5 dizem respeito a processos de natureza penal; e, por fim, apenas 3 referem-se a questões cuja matéria é administrativa.

²⁶ <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

MATÉRIAS



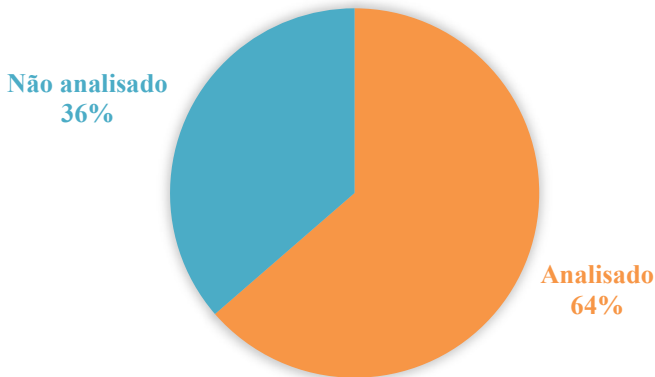
Todos processos guardam em comum a invocação do princípio da boa-fé objetiva. Mesmo nos julgados que não são de natureza cível, justifica-se a invocação do princípio ao argumento de que a *“boa-fé irradia por todo ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado”* (por exemplo, no HC 266426/SC). Esses precedentes foram excluídos da análise, pois demandariam outras incursões que superariam o escopo desta investigação.

Apesar da limitação, uma breve nota sobre os processos de natureza penal: observa-se que em geral os julgados carregam em si fundamentos que não premiam a demora deliberada de uma das partes no processo (por exemplo, HC 131830 / SP e HC 137549 / RJ); e que privilegiam quem se empenha em demonstrar estar agindo de boa-fé (HC 266426 / SC).

Foram excluídos da análise os mencionados acórdãos que, embora envolvam matéria cível na controvérsia, não enfrentam o mérito da questão. Conquanto exista discussão no acórdão recorrido, demonstram apenas o entendimento do STJ no tocante ao provimento ou não de Agravo Interno, por

exemplo, decorrente da aplicação da Súmula 7 do STJ (AgInt no AREsp 1657149/SP e AgInt no REsp 1831113/SP, por exemplo).

ANÁLISE DE MÉRITO MATÉRIA CÍVEL



Nos casos de natureza cível propriamente dita, em que houve enfrentamento do mérito, analisar-se-á três: o primeiro caso (Resp 758518-PR), um caso intermediário (Resp 1401233-RS) e um julgado mais recente (Resp 1.201.67-MS).

O *leading case* foi o Resp 758518-PR, julgado aos 17/06/2010 e relatado pelo então desembargador convocado Vasco Della Giustina. Em seu voto, acompanhado pelos Ministros Massami Uyeda, Sidnei Benetoi e Nancy Andrighi, componentes da Terceira Turma, é citado o trabalho precursor de Vera Maria Jacob de Fradera.

A lide consistia em uma reintegração de posse com pedido de indenização. Em um negócio jurídico cujo objeto era a venda de um imóvel, o comprador cessou os pagamentos em 1994 e o vendedor fez a última notificação referente ao inadimplemento em 1998. O imóvel foi abandonado em 2001 e a ação

foi ajuizada em 2002, pleiteando-se a reintegração da posse e a indenização pelo período em que não foi possível alugar o imóvel, diante da ocupação pelo então comprador.

O precedente invoca o *duty to mitigate the loss* no voto do relator e fundamenta o não provimento do Recurso Especial na violação ao princípio da boa-fé objetiva. Reconhece expressamente um dever de mitigar os próprios danos, mas invoca o fundamento na cláusula geral, aberta, para justificar o não acolhimento dos argumentos trazidos a seu conhecimento.

Os limites do caso concreto são interessantes. A ação foi proposta em 2002. A sentença julgou procedentes os pedidos, limitando as parcelas ao período de 1994 (inadimplemento) até 1999 (efetiva desocupação). O recurso interposto pelo vendedor buscou a indenização até o período de sua efetiva reintegração, utilizando-se por critério a data da sentença em 2003 – ou seja, queria receber de 1994 a 2003.

No acórdão do TJPR houve a redução do período para 2001 a 2003, vale dizer, não se excluiu a pretensão de reintegração (a compradora foi efetivamente reintegrada) e não se excluiu a pretensão de indenização (ela foi efetivamente indenizada) – o que aconteceu foi uma adequação da proporção do quanto fora pleiteado. Veja-se: o fundamento pode ser a cláusula geral de boa-fé, mas o *critério* utilizado parece ter sido outro que não *eminente*mente jurídico.

Semelhante raciocínio foi empregado no segundo precedente, o Resp 1.401.233-RS que foi julgado em 17/11/2015 também pela Terceira Turma. O recurso foi relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e acompanhado pelos Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha.

Enfrentou-se um imbróglio referente ao termo *a quo* da taxa de ocupação em demanda envolvendo mutuante (Caixa Econômica Federal) e mutuário. Na origem, tratou-se de reintegração de posse em que fora cobrado do mutuário também a taxa

de ocupação do imóvel, prevista na Lei n. 9.514/97. A sentença acolheu o pedido de reintegração, mas afastou o pagamento da taxa de ocupação do imóvel, sob o fundamento de que o mutuário já havia sido penalizado com a perda do imóvel.

A Caixa Econômica Federal interpôs o recurso de Apelação e o acórdão do Tribunal de origem reformou parcialmente a sentença, desde a *consolidação da propriedade*. Contra esse acórdão se insurgiu o mutuário, argumentando ser descabida a cobrança no período que antecede a arrematação do bem em leilão extrajudicial. O Recurso Especial teve parcial provimento e um fundamento se destaca, dentre as adotadas pelo Ministro relator.

Citando o art. 27 da Lei n. 9.514/97, que impõe celeridade à alienação extrajudicial (30 dias após a consolidação da propriedade), o relator, também invocando a boa-fé, vislumbrou uma manifestação do *duty to mitigate the loss* na redação do dispositivo, pois a lei demanda que o credor (mutuante) promova o leilão em prazo exíguo, ou seja, pretende que o banco não se beneficie da demora em comportamento que lhe compete.

Ressalta-se dois pontos: novamente a invocação da cláusula geral, para solucionar o caso concreto; e, mais uma vez, a solução intermediária do conflito entre as partes – a reintegração foi mantida e a taxa de ocupação foi considerada devida, porém, em um termo *a quo* posterior, o que diminuiu o valor da dívida. Adequou-se, uma vez mais, a proporção entre o quanto era pleiteado e o quanto fora concedido, em um nível intermediário entre a pretensão do mutuante e a insurgência do mutuário.

O último precedente que aqui se analisa, Resp nº 1.201.672-MS, foi relatado pelo desembargador convocado Lázaro Guimarães, acompanhado por Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi, tendo seu julgamento proferido pela Quarta Turma do STJ em 21/11/2017.

Nesse caso, houve interessante desfecho: afastou-se o

duty to mitigate the loss em vez de aplicá-lo. O imbróglio consistia em uma ação de cobrança entre um banco e um consumidor, cuja conta foi aberta em 1996 e que as parcelas do cartão de crédito passaram a ser inadimplidas a partir de 1999. O banco ajuizou a ação apenas em 2004, próximo ao vencimento do lapso prescricional - em razão disso, a dívida evoluiu de R\$ 19.196,26 para R\$ 50.151,76.

A sentença, invocando o dever de mitigação dos danos, julgou o pedido parcialmente procedente: condenou o consumidor ao pagamento da dívida, porém restringiu os respectivos encargos. Afastou a incidência de juros em um período (20/01/1997 – 20/08/1999) e afastou completamente a incidência de qualquer encargo, mesmo correção, em outro período (21/08/1999 – 11/11/2004). Aplicou-se o *duty to mitigate the loss*, assim, como uma “penalidade” pela inércia do banco em ajuizar, de pronto, a ação de cobrança.

O Tribunal de origem proferiu acórdão negando provimento à Apelação da instituição financeira. Manteve a sentença e referendou a aplicação do instituto como uma penalidade decorrente da inércia do banco, que ajuizou a ação perto do vencimento do prazo prescricional. Contra esse acórdão se insurgiu o banco, defendendo a inexistência de agravamento do prejuízo pela sua inércia, mas, em sentido contrário, o chancelamento de um benefício ao devedor (enriquecimento sem causa), uma vez que continuou realizando compras durante os períodos cobrados.

Após longa digressão sobre o instituto do *duty to mitigate the loss* e sua distinção com a figura da *supressio*, ancorando-se em apoio teórico da doutrina, o relator afastou a incidência do instituto. Em primeiro lugar, argumentou que o simples exercício tardio de ação não é suficiente para invocar sua aplicação. Ainda, que a causa que tornou o valor exorbitante foi uso consciente do consumidor, que inadimpliu o contrato reiteradas vezes.

Ademais, destacou que não houve qualquer elemento nos

autos que levasse a crer que o banco depositou legítima confiança no consumidor de que a dívida não seria cobrada (como tentativas de acordo). Conclui, afastando a aplicação do instituto, que também é necessária a verificação da violação a outros deveres do contrato, mediante condutas ou omissões que gerariam a expectativa de o consumidor não ser cobrado.

O Recurso Especial foi parcialmente provido: decidiu-se que não eram devidos os encargos alegados pelo banco, mas aplicou-se outros índices que, da mesma forma, remuneravam a instituição financeira (juros de mora de 0,5% ao mês, correção monetária, incidência da taxa SELIC), inclusive com incidência de juros remuneratórios, porém que deveriam ser fixados à taxa média de mercado.

Veja-se que no litígio que envolve uma relação contratual, adotou-se uma posição intermediária que por um lado não abandonou a pretensão da instituição financeira; e, por outro, não onerou o consumidor de forma demasiada. Mesmo quando há afastamento da aplicação do *duty to mitigate the loss*, portanto, a posição dos magistrados sinaliza a adoção de um mesmo critério para solucionar a lide.

Em relação aos julgados, dois pontos merecem destaque.

Os magistrados reconhecem a aplicação do *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico, justificando sua fundamentação na cláusula geral de boa-fé, que pelo grau de abstração permite a confecção de soluções particulares para casos concretos.

O comportamento dos magistrados aparenta se aproximar do perfil pragmático desenvolvido por Posner, pois quando provocados sobre a aplicabilidade do instituto originado de um sistema jurídico estrangeiro, conformaram-no dentro de uma cláusula geral, que por seu elevado grau de abstração, permite a resolução do caso concreto.

Destaca-se, ainda, que nos casos em que o mérito da relação contratual foi esmiuçado os magistrados não afastaram

completamente as pretensões conflitantes. Nos três casos analisados houve uma adequação proporcional ao que se pleiteava, mas não um afastamento concreto. Em outros termos, mesmo com as definições formais de procedência ou improcedência da demanda, consubstanciadas no provimento ou não do recurso, nenhuma das partes envolvidas perdeu completamente em suas pretensões.

Isso indica que os magistrados, ao analisarem casos concretos sob o prisma de um novo instituto (*duty to mitigate the loss*), sem a existência de grandes precedentes ou disposição legal expressa, lançaram mão de critérios de eficiência para entregar uma prestação jurisdicional considerada justa. Nos três casos analisados não se negou o bem da vida a nenhuma das partes, mas adequou-se as pretensões. Mesmo as partes que perderam, em um sentido maior, tiveram alguma melhora concedida (como a redução do período devido, por exemplo).

6. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou verificar a existência de critérios de eficiência nos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que enfrentaram casos referentes ao *duty to mitigate the loss*. Para se chegar à resposta, foi feita uma introdução sobre a abordagem interdisciplinar da Análise Econômica do Direito, em que foi visto que uma das maneiras que essa intersecção se manifesta é pelo emprego de critérios de eficiência típicos da Economia na solução de questões jurídicas.

Esses critérios vão além da simples ideia de “economizar despesas”, de custo-benefício. Dois são comumente usados (Pareto e Kaldor-Hicks) e viu-se que, na maioria das vezes, o termo *eficiência* diz respeito a uma melhoria sob a égide do critério de Kaldor-Hicks, que permite a existência de ganhadores e perdedores, desde que, num cenário geral, haja uma possibilidade de melhora.

No segundo capítulo, foi realizada incursão sobre o pensamento pragmático de Posner, especificamente no contexto de atuação do magistrado. Foi visto que essa perspectiva compreende uma atuação prática, que dê solução concreta aos casos e que considere informações e ferramentas além do texto frio da lei; ou seja, a produção da decisão vai além do resultado de um silogismo lógico apegado ao estrito termo semântico.

No terceiro capítulo, foi abordado o instituto do *duty to mitigate the loss*, que tem origem na tradição do *common law* inglês e que foi apresentado ao Brasil pelo artigo precursor de Vera Maria Jacob Fradera. Viu-se que o instituto está dentro de uma doutrina maior de mitigação de danos, mas que se insere dentro da cláusula geral de boa-fé.

No quarto capítulo, foram analisados três julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que o mérito da relação contratual foi efetivamente enfrentado e que permitem algumas conclusões, ainda que provisórias.

Os magistrados resolveram de forma prática controvérsias cuja solução não é simples (*hard cases*). A possibilidade de recepção do instituto pelo ordenamento jurídico pátrio foi discutida pela Academia desde 2004 e as conclusões não foram claras. Por vir de um sistema jurídico distinto, a própria natureza jurídica ainda hoje é controversa. Apesar disso, as lides foram resolvidas e o instituto continua sendo aplicado pela Corte Superior.

Em todos os acórdãos o fundamento foi a cláusula geral de boa-fé (art. 422 do Código Civil). Os juízes, nesse sentido, manusearam a vaguides semântica, típica desses institutos, para tornar viva a pretensão postulada em juízo e, efetivamente, enfrentar o mérito da demanda - o que se aproxima do perfil do magistrado pragmático desenvolvido por Posner.

Também é possível observar a utilização, ainda que tácita, de critérios de eficiência. Sob uma perspectiva consequencialista, os magistrados ponderaram minuciosamente os

interesses envolvidos, iluminados pelo *duty to mitigate the loss*. Há uma ideia geral de “economia de recursos”, no sentido de não ser desejável aumentar uma dívida desnecessariamente, o que se assemelha a um critério comum de eficiência. Contudo, mais especificamente, é possível visualizar a utilização (ainda que não expressa) do critério de eficiência de Kaldor-Hicks nos casos analisados.

Em todos os três julgados existiram ganhadores e perdedores do *processo*, ou seja, os recursos pleiteados em juízo tiveram *piora* para algumas pessoas. Contudo, em uma perspectiva geral, é nítido o esforço dos magistrados em amparar sua solução de forma a não anular as pretensões de forma categórica (perde-ganha), mas de reconhecer a necessidade de compensação, sem que isso implique em absoluta *piora* da outra parte.

No primeiro caso, manteve-se a reintegração de posse e o pagamento de indenização, mas por um *período menor* do que o pleiteado; no segundo, deferiu-se o pagamento da taxa de ocupação, contudo, por um *período menor* que o pretendido; no último, chancelou-se a cobrança da dívida, mas com *encargos mais brandos*.

Analisando-se as conclusões dos magistrados, é possível identificar a busca de uma decisão que resolvesse não somente imbróglio jurídico, mas que também fosse eficiente – o que, à luz do critério de Kaldor-Hicks, significa existir ganhadores e perdedores (procedência-improcedência), porém com uma melhora da situação (acolhimento parcial da pretensão). Veja-se que os magistrados poderiam negar a pretensão sob o argumento de inexistir, no ordenamento jurídico, previsão expressa do *duty to mitigate the loss* – porém não é isso o que se verifica das decisões analisadas.

Observa-se, assim, que o magistrado considera elementos outros que não somente o fundamento legal expresso da pretensão deduzida em juízo, como indica Posner em *How Judges Think*. Se é certo que não se pode concluir, de forma categórica,

que os critérios de eficiência embasaram a convicção dos magistrados, por demandar análise estritamente subjetiva, é possível ao menos vislumbrar que outras fontes, que não somente o Direito, auxiliaram na compreensão da lide e sua respectiva resolução, uma vez que os precedentes analisados têm em comum a adoção de critérios de eficiência semelhantes ao de Kaldor-Hicks, em que se admitiu piora de uma das partes, mediante correspondente compensação da outra.



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: RTDC. V. 19 Rio de Janeiro: Padma, 2004. p. 109-119.
- GICO JR., Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, M.C.; KLEIN, V. (Org.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS, José Eduardo Figueiredo. Duty to Mitigate the Loss no direito civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo.
- MARTINS, José Eduardo Figueiredo. A recepção do duty to mitigate the loss no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 41, p. 325-351, dez. 2019.

- MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguilera. O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- PORTO, Antonio José Maristrello. Princípio de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar. (Org.). Direito e Economia: Diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007.
- POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 358.
- POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.
- POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline. *Harvard Law Review*, v. 100, 1987.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008.
- SCALETCKY, Fernanda Sirotsky. A Interpretação do Duty to Mitigate the Loss na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e a sua Recepção pelo Direito Civil Brasileiro. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre*, v. 8, n. 2, dez. 2013.