



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MILTON RODRIGO GONÇALVES

**RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO BANCÁRIO E A NORMA DE
MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS**

Londrina
2019

MILTON RODRIGO GONÇALVES

**RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO BANCÁRIO E A NORMA DE
MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina-UEL como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi.

Londrina
2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

G635r Gonçalves, Milton Rodrigo.
A recuperação do crédito bancário e a norma de mitigação dos prejuízos / Milton Rodrigo Gonçalves. - Londrina, 2019.
141 f. : il.

Orientador: Roberto Wagner Marquesi.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2019.
Inclui bibliografia.

1. Direito negocial - Tese. 2. Crédito bancário - Tese. 3. Direito bancário - Tese. 4. Recuperação de crédito - Tese. I. Marquesi, Roberto Wagner. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

MILTON RODRIGO GONÇALVES

**RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO BANCÁRIO E A NORMA DE
MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina-UEL como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Profa. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do
Amaral
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Zulmar Antônio Fachin
Universidade Cesumar - UNICESUMAR

Londrina, 18 de dezembro de 2019

A Deus e à minha família

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser tão maravilhoso, por se fazer tão presente em minha vida e pelo sentimento inexplicável de proteção e guarda que me tocou com tanta delicadeza nestes dois últimos anos; nos grandes momentos, nos pequenos detalhes, nas conquistas e nos períodos de cansaço e fraqueza.

A minha esposa, Mariana Camillo Gonçalves, por estar sempre junto de mim, auxiliando-me quando necessário.

Aos meus pais, João e Tânia, por tudo. Pelo incentivo, pelo amor incondicional, pela preocupação, pela inspiração, pelos sacrifícios, pelos conselhos, pelo cuidado, pela educação, por me motivarem a ser melhor a cada dia e por não me deixarem desistir.

À minha irmã e cunhado, Nayele e Thiago, pela doce certeza de que para o resto da vida terei-os ao meu lado.

Ao meu sócio, Evandro, por compreender minha ausência quase frequente no último ano de trabalho.

Ao Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi, pela orientação e por cada uma das valiosas lições sobre Direito Civil. Agradeço, especialmente, por suas ponderações sempre sensatas a respeito da pesquisa, e pelo seu incentivo e auxílio frequente, mesmo nas horas que mais me despertaram angústia. Suas aulas, ainda quando ocupava eu a cadeira de aluno especial, me incentivaram a perquirir esse caminho.

À Profa. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, por compor a banca examinadora, pela leitura dedicada da pesquisa e por apontamentos sempre pertinentes que me fizeram perceber o quanto preciso melhorar. Seus ensinamentos sobre teoria geral do negócio jurídico, inclusive, acompanhar-me-ão sempre de perto.

Ao Prof. Dr. Zulmar Antônio Fachin, por ter aceitado o convite para compor a minha banca nesta oportunidade.

Ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, na pessoa do secretário, Francisco Carlos Navarro, e de todos os professores que tanto acrescentaram e tanto contribuíram para a minha vida acadêmica. De um modo muito especial, agradeço à Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, ao Prof. Dr. Elve Miguel Cenci, ao Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares e ao Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes. Suas aulas, definitivamente, me

inspiraram de maneira ímpar.

Ao Prof. Dr. José Miguel Garcia Medina e ao Prof. Dr. Rafael de Oliveira Guimarães, que, à época em que tive a oportunidade singular de junto deles trabalhar, motivaram-me, sempre, à persecução da vida acadêmica.

À querida amiga Nida Saleh Hatoum. Sem você eu, sinceramente, não teria conseguido. Obrigado por, sempre que necessário, emprestar-me seus ouvidos, ajudar-me, acalmar-me e motivar-me.

Aos queridos colegas do mestrado. Agradeço com todo o meu coração por me lembrarem, constantemente, de que cada um de nós fez seus próprios sacrifícios e enfrentou seus próprios desafios para alcançar o mesmíssimo objetivo.

Aos verdadeiros amigos, que sabem quem são e sabem, sobretudo, da influência maravilhosa que exercem na minha vida.

A todos que de alguma forma participaram ou contribuíram para que o mestrado fosse esta experiência única e incrível, a minha eterna gratidão.

*Não julgue o Senhor com débil entendimento,
mas confie nele para sua graça. Por trás de uma
providência carrancuda, ele oculta uma face
sorridente. O botão pode ter um gosto amargo,
mas a flor será doce.*

William Cowper

GONÇALVES, Milton Rodrigo. **A recuperação do crédito bancário e a norma de mitigação dos prejuízos**. 2019. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

RESUMO

O Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, editado em 2004, aliado ao julgamento do REsp 758.518/PR, julgado em 2010, contribuíram para que a expressão “duty to mitigate the loss” ganhasse notoriedade, nacionalmente. Não demorou muito para que passassem a pulular, nos tribunais pátrios, decisões que a chamavam a lume. Com o presente trabalho, pretende-se trespassar a norma de mitigação, perpassando sua origem, suas nuances em países de tradição common, civil law e, enfim, no Brasil. O principal objetivo do trabalho, no entanto, não é definir à exaustão os seus contornos e natureza jurídica, mas analisar uma das consequências de sua aplicação em solo pátrio: a aplicação do duty to mitigate a casos de persecução judicial tardia de uma pretensão. O objetivo ganha corpo quando referidos casos têm, como pano de fundo, a recuperação de crédito bancário. A evolução legislativa e jurisprudencial a seu respeito – em especial quanto aos encargos bancários a ele atrelados – permite perceber quais prejuízos defluem do inadimplemento de operações bancárias e, por isso, deve as impulsionar à célere persecução judicial tão logo inadimplida a obrigação. O método empregado consiste no dedutivo, realizando-se pesquisas bibliográficas predominantemente no campo do Direito Civil, Direito Bancário e Matemática Financeira, análises legislativas e inclusive, jurisprudenciais, tanto do regramento pátrio como do alienígena. O estudo demonstra, em última análise, que a norma de mitigação impõe à instituição financeira que, constatado o inadimplemento, obre tão logo lhe seja possível, exercitando o direito de ação destinado à satisfação judicial de seu crédito. Do contrário – ou seja, se se mantiver inerte e se demorar a promover a persecução de sua pretensão – contribuirá irremediavelmente para que seus prejuízos sejam agravados, permitindo, nesse caso, o decote do ressarcimento.

Palavras-chave: Duty to mitigate the loss. Direito Bancário. Recuperação de crédito.

GONÇALVES, Milton Rodrigo. **Bank credit recovery and duty to mitigate the loss.** 2019. 141 p. Dissertation (Master of Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

ABSTRACT

The Statement 169 of the Third Day of Civil Law organized by the Federal Justice Council in 2004, together with the judgment of REsp 758.518 / PR, in 2010, contributed to give prominence to the expression “duty to mitigate the loss”, nationally. It was not long after that that it began to swarm, among the national courts, decisions that, for the resolution of the most diverse cases, used it. With the present work, therefore, it is intended to pierce the mitigation norm, bypassing its origin, its nuances in countries of common and civil law tradition and, finally, in Brazil; the main objective of the work, however, is not to define its contours and legal nature exhaustively, but to analyze one of the consequences of its application in homeland, namely, in cases of late judicial pursuit of a claim. The objective becomes particularly important when the cases of late judicial prosecution whose analysis is intended to be carried out have as a background the recovery of bank credit. Legislative and jurisprudential developments in this regard - in particular with regard to charges linked to banking operations - allow us to understand which losses stem from the default of banking operations and, therefore, should drive them to speedy judicial prosecution. The method used consists of deductive, conducting bibliographical research predominantly in the field of Civil Law, Banking Law and Financial Mathematics, legislative analyzes and even jurisprudential, not only national, but also alien. Ultimately, the study demonstrates that the mitigation rule requires the financial institution to exercise its right of action for the judicial satisfaction of its credit as soon as possible. Otherwise - that is, if it remains inert and is slow to promote the pursuit of its claim - it will hopelessly contribute to its losses, allowing, in this case, the cleavage of compensation.

Key words: Duty to mitigate the loss. Banking Law. Credit recovery.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS	15
1.1 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO ROMANO	15
1.2 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NA <i>COMMON LAW</i>	18
1.3 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NA CIVIL LAW.....	28
1.4 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO BRASIL.....	32
1.4.1 O Aporte em Solo Brasileiro	32
1.4.2 Duty to Mitigate: os Fundamentos no Brasil	38
2 DIREITO BANCÁRIO	49
2.1 FORMAÇÃO, ASCENSÃO E DECLÍNIO DO ESTADO SOCIAL: O ADVENTO DO NEOLIBERALISMO E O MICROSSISTEMA BANCÁRIO	49
2.2 OPERAÇÕES BANCÁRIAS	55
2.3 OS ENCARGOS DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS.....	58
2.3.1 Tarifas Bancárias.....	58
2.3.2 Juros.....	63
2.3.3 Cláusula Penal: a Multa Moratória.....	81
2.3.4 Comissão de Permanência.....	83
2.3.5 Encargos de Normalidade X Encargos de Inadimplemento	90
3 A NORMA DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO E A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO BANCÁRIO	92
3.1 OPERAÇÕES BANCÁRIAS DE EMPRÉSTIMO	92
3.2 A FORMAÇÃO DO CRÉDITO PRÉ E PÓS-INADIMPLÊNCIA	97
3.3 A RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO BANCÁRIO E A NORMA DE MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS	105
3.3.1 Exemplos e Definição do Problema.....	105
3.3.2 A Recuperação do Crédito Bancário e a Norma de Mitigação dos Prejuízos.....	110
CONCLUSÕES	121

REFERÊNCIAS	125
--------------------------	-----

INTRODUÇÃO

Em 2004, aprovou-se o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal, que, em síntese, ancorava ao artigo 422 do Código Civil de 2002 o dever imposto ao credor de mitigar os próprios prejuízos. As justificativas do referido enunciado traziam, junto de si, o que parecia ser a importação de um novo instituto ao direito brasileiro, o *duty to mitigate the loss*, ou no português literal, o dever de mitigar os prejuízos.

Atribuindo-lhe origem bretã, não demorou muito a que doutrina a sobre ele começasse a dissertar, elevando-o ora a princípio, ora à regra, ora a dever, ora a ônus. Tampouco demorou a que os Tribunais com base nele passassem a decidir, ocasionando inúmeras decisões que, diante da aplicação do *duty to mitigate*, atribuíam a casos as mais diversas consequências. Uma delas foi, então, destacada para que, nela encimados, pudesse-se desenvolver o presente trabalho, qual seja: aplica-se, ou não, o *duty to mitigate* a casos de persecução tardia de pretensões jurisdicionais. Mais, possível e necessário é que se o aplique, sobremaneira, nos casos de recuperação de crédito bancário?

Explica-se melhor. A recuperação de crédito bancário tem inúmeras minúcias, ver-se-á adiante. Aqui, no entanto, cuidar-se-á de pontuar algumas poucas.

Às casas bancárias não são, por exemplo, aplicáveis as limitações legais aplicáveis às operações civis, em específico, quanto aos juros remuneratórios. Os bancos podem, pois, pactuar livremente os juros remuneratórios, seja afixando-os a 1% ao mês, como limita o Código Civil, seja taxando-os a 1000% ao ano, como, sim, ocorre nacionalmente.

Não é só. Nas operações bancárias é possível que, durante o inadimplemento, cobre-se não apenas os encargos moratórios previstos legalmente (ou seja, juros de mora de 1% ao mês e correção monetária); permite-se às casas bancárias, na verdade, que, durante o período de inadimplência, exijam, também, os encargos previstos para o período de normalidade contratual, acrescido de juros de mora e multa de mora.

Fácil é, então, que, inadimplida a prestação de uma operação de mútuo de crédito pessoal, sejam cobrados, por exemplo, juros remuneratórios de 10% ao mês, mais juros de mora de 1% ao mês, mais, enfim, multa de mora de 2% sobre o valor

total inadimplido. Multiplique-se os encargos por um largo período de tempo à incidência de juros compostos e ter-se-á, enfim, o cerne do trabalho.

Propõe-se, aqui, então, a desenvolver e solucionar o seguinte problema: na recuperação de crédito bancário, pode-se lançar mão do *duty to mitigate* para a solução de casos em que o agravamento dos danos seja provocado pela instituição financeira que, embora lesada pelo inadimplemento, tarda desarrazoadamente em promover a persecução judicial de sua pretensão, provocando, pois, a incidência desarrazoada dos encargos de inadimplência?

E, para tanto, a presente iter será percorrida.

No primeiro capítulo, percorrer-se-á o que, pelo menos até onde se pôde descobrir, foram as primícias do *duty to mitigate the loss*, começando pelo Digesto, de Justiniano. Rumar-se-á, então, em direção às origens do *duty to mitigate* em solo anglo-saxão, para, na sequência, se o abordar em outros países vinculados à tradição *Common Law*, como os Estados Unidos da América e a Austrália.

Conquanto a *mitigation doctrine* tenha melhor se desenvolvido quando arraigada à *Common Law*, nem por isso, contudo, deixou de, com o tempo, dela se desgarrar e galgar seu espaço ao sol, também, em países vinculados à *Civil Law*. Por isso é que será o instituto abordado, também (embora menos incisivamente), em países como, por exemplo, Alemanha, Itália, Grécia, Suíça, Portugal e França. A análise, neste ponto, é muito mais exploratória e detida à abordagem de artigos de lei do que exaustiva, e a proposta de fazê-lo leva em conta, tão somente, destacar qual é, aparentemente, o fundamento do *duty to mitigate* nestes países.

Finalmente, pisar-se-á em solo brasileiro e, aqui, serão abordados, primeiramente, indícios de que o *duty to mitigate* desenvolvia-se, sim, no Brasil, muito antes, inclusive, das lições de Vera Maria Jacob Fradera ou, então, do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal. Na sequência, tratar-se-á dos posicionamentos doutrinários quanto à natureza jurídica que melhor vista o *duty to mitigate*, abrindo as portas, então, para o segundo capítulo da dissertação.

Nele, adentrar-se-á o ambiente bancário.

É nele, por exemplo, que se esbarrará em aspectos da formação, ascensão e declínio do estado social, bem como do advento do estado neoliberal, desembocando, então, nos reflexos do neoliberalismo no Brasil, em especial, a desregulamentação financeira e a criação de um microssistema bancário.

Também é nele, ademais, que serão detalhados, um a um, os encargos que, de modo geral, oneram as operações bancárias (tarifas, juros remuneratórios, juros pré-fixados e pós-fixados, juros compostos e simples, juros moratórios, correção monetária, multa de mora e, enfim, comissão de permanência. O capítulo é construído, sobremaneira, para que se tenha às mãos os tijolos necessários a adiante, construir e compreender o processo de formação do crédito bancário, seja durante a normalidade seja durante a inadimplência.

O terceiro capítulo é aquele que põe fim à dissertação.

Nele, serão aboradas, primeiro, as operações bancárias de empréstimo (mútuo e abertura de crédito) que, na ponta final, consubstanciarão a base sob a qual será o problema erigido. Alinhavados os conceitos e peculiaridades de cada uma das operações, caminhar-se-á rumo à formação do crédito bancário, no período de normalidade e inadimplência. A ideia, ali, é, de posse do conteúdo bancário apreendido no capítulo anterior e aliado aos sistemas de cômputo de juros e amortização de capital (o sistema francês, o sistema de amortização continuada e o método hamburguês), compreender quais são as rubricas que, na normalidade e no inadimplemento, formam o crédito bancário.

Seguir-se-á, então, em direção à construção do problema proposto há pouco e, a erigi-lo, tomar-se-ão contratos reais, subsumindo-os a casos hipotéticos de inércia da casa bancária em promover a persecução de seu crédito. Longe de, com isso, querer demonstrar que todas as operações bancárias seguirão a mesma iter ou, então, que todos os contratos seguirão as mesmas cláusulas quadro, a ideia de construir o problema a partir da subsunção de contratos reais a casos hipotéticos é, a bem da verdade, meramente didática; pretende-se com ela, tão somente, demonstrar quais os possíveis efeitos da demora no ajuizamento de ações que envolvam o crédito bancário, portanto. O trabalho, a partir daí, segue ao desfecho.

Sendo assim, com a ressalva de que o estudo a respeito do *duty to mitigate the loss* é relativamente novo em solo pátrio e que, por isso, seja na doutrina, seja na jurisprudência, não há, ainda, posição assente sobre os fundamentos que lhe amparam e as consequências de sua aplicação, é que se dá início ao estudo.

1 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS

1.1 O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO DIREITO ROMANO

Conquanto não se possa, com firmeza absoluta, apontar o gérmen do *duty to mitigate the loss*, não há dúvidas quanto a ser possível identificá-lo (de maneira assaz incipiente, é verdade) no direito romano.

Longe, porém, de se propor a, neste item, estudar com profundidade o direito romano, a ideia, a bem da verdade, é, aqui, destacar trechos do ordenamento jurídico latino que, de alguma forma, remontem a ideia de que, já àquela época, previra-se a norma de que o credor, sim, devesse mitigar seus próprios prejuízos.

Mandado organizar por Justiniano o Digesto, ou *Corpus Juris Civilis*, é compendio legal onde se encontram aglutinadas inúmeras normas do direito romano (PINTO JUNIOR, 1888, p. 27). E dele é que, adiante, destacar-se-ão dispositivos aptos a assentar o que, há pouco, se propôs.

Pince-se, por exemplo, o disposto no livro 19, título 2, item 60, § 3º:

El lavandero perdió tu ropa: tienes à quien pedirla, y no la quieres repetir; esto no obstante puedes pedir al lavandero por la accion de locacion; pero ha de estimar el Juez, si mas bien puedes pedir al ladron, u recuperar de él lar opa à costa del lavandero; pero si le pareciese que no lo puedes hacer, en este caso condenará al lavandero a que te pague, y te precisará a que le cedas tus acciones. (FONSECA, 1872, p. 687)

O caso é simples: levadas as roupas à lavanderia, teriam elas, de alguma forma, sido roubadas, sabendo, o cidadão, quem as roubou.

Permitia-se, nesse caso, que o cidadão demandasse diretamente a lavanderia, dela exigindo valor referente à locação das vestimentas pelo período de indisponibilidade.

Caso o fizesse o cidadão, o julgador romano analisaria, primeiramente, se seria possível e razoável exigir do cidadão que demandasse a devolução da roupa e respectiva indenização diretamente do ladrão, às custas, no entanto, da própria lavanderia, e sendo-o, improcederia o pedido que contra ela fora manejado.

Se, no entanto, julgasse irrazoável a exigência, daria procedência ao pedido para condenar a lavanderia a pagar o ressarcimento, fazendo-a sub-rogar em seus direitos perante o ladrão. Em suma, a regra permitia ao cidadão a exigência de alugueres pela indisponibilidade da vestimenta diretamente da lavanderia, mas,

verificando o juiz *in concreto* a existência de medida que implicasse menor prejuízo ao cidadão (a demanda direta frente ao gatuno, por exemplo), improcederia o pedido manejado contra o lavandeiro.

Pode-se, também, destacar o dispositivo do livro 19, título 1, item 21, § 3º, mencionado pelo português BRANDÃO PROENÇA (2015, p. 127):

Consistiendo en el vendedor el que no se entregue la cosa; toda la utilidad del comprador se comprende en la estimacion; la qual consiste solamente respecto la misma cosa; porque si pudo negociar con vino y adquirir interes, esto se ha de estimar del mismo modo que si se comprasse trigo, y por no haberse entregado padeciese necesidad la familia; porque no conseguirá el precio de los siervos que murieron de hambre, sino el del trigo; y no es mayor la obligacion por la morosidade en pedir, aunque se aumente si el vino tiene mas precio en el dia; y con razon, porque ya sea que se hubiese entregado, ó no, seria del comprador; pues á lo menos se ha de entregar en el dia lo que ya se debia haber entregado (FONSECA, 1872, p. 663)

O caso, aqui, é outro: o dispositivo trata dos danos devidos ao comprador que adquiriu mercadoria não entregue pelo vendedor.

Diz-se, nele, que, caso o vendedor não entregue a mercadoria comprada, o ressarcimento será devido, tão somente, sobre a mercadoria em específico; se se compra vinho e não é ele entregue, não se poderá exigir juros; se se compra trigo, mas não é ele entregue, não se poderá demandar, por exemplo, pela fome da família ou pela morte dos escravos que padeceram pela falta do alimento.

Sobre o caso, diz a colombiana Lilian C. San Martin Neira (2012, p. 127), que:

El pasaje refiere el caso de un vendedor que incurre en mora de entregar el trigo y el vino vendidos, lo cual acarrea al comprador dos daños: la muerte de los esclavos a causa de la falta de trigo para alimentarlos y la perdida de la ganancia por la no comercialización del vino.

Impossível é não perceber a noção de que o comprador, diante do inadimplemento do vendedor, devesse agir, justamente, para impedir o agravamento de seus danos. Implicitamente, nele consta que, na falta de trigo, deveria mover-se o comprador para adquirir o produto de outro vendedor e, com ele, alimentar sua família e seus escravos; e isso, porque, sabidamente, as consequências de sua inércia não seriam obrigatoriamente ressarcidas pelo comprador.

Por fim, cabe anotar o dispositivo do livro 22, item 1, § 32º, mencionado por José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins (2018, p. 23).

Aunque es lícito al vendedor el derramar el vino si hubiese señalado un término para que se midiese y no se hizo dentro del mismo, no obstante no podrá hacerlo inmediatamente sin advertir al comprador mediante testigos que se lleve el vino o sepa que se va a verter. Pero si pudiendo verterlo no lo hizo, es más digno de alabanza, puede exigir una merced por las tinajas, pero únicamente en la medida en que tuvo interés en que estuviesen vacías las vasijas que contenían el vino; por ejemplo, si hubiese de arrendarlas o si tuvo la necesidad de tomar otras en arriendo. Pero es más conveniente tomar las vasijas en arriendo y que el vino no sea entregado hasta que se reintegre por el comprador el precio del arriendo, o bien vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor, que se haga con el mínimo detrimento por el comprador¹.

Também de simples compreensão, refere-se a hipótese ao pedido de fabricação de vinho com data de entrega pré-determinada.

Nele é disposto que, se, no dia em que se combinou a entrega do vinho, não fosse o comprador buscá-lo, poderia o vendedor descartar a bebida produzida, desde que notificasse o comprador previamente e, aliás, desde que derramasse o vinho na presença de testemunhas.

Nele também se fez constar, no entanto, que muito mais louvável seria que o fabricante, ao invés de tornar fora o vinho: (a) mantivesse-o armazenado nos barris e exigisse do comprador, para tanto, compensação destinada a remunerar a inutilidade dos tonéis utilizados para armazenamento da bebida; e/ou (b) vendesse sua produção de boa-fé a outrem, de forma que menos fosse o comprador prejudicado.

O dispositivo, até mais do que os anteriores, retrata a necessidade de que o credor, mesmo diante do inadimplemento, atue incisivamente para impedir que seus prejuízos sejam agravados, por exemplo, evitando custos e perdas, primeiro, por meio do desestímulo ao descarte do produto e, segundo, por meio do incentivo à adoção de operações substitutivas.

Os exemplos são suficientes a demonstrar que, já à época do direito romano, exigia-se do credor que, ante o não cumprimento da avença, se portasse ativamente de forma a reduzir seus prejuízos; desestimulava-se por completo, pois, sua indiferença e passividade frente ao inadimplemento. Daí concluir que, sem dúvidas, malgrado não se tenha com substância reconhecido o *duty to mitigate* no direito romano, lá é que, certamente, foram as suas bases, a princípio, assentadas.

Enfrentando o tema, Maximiliano Rodrigues Fernandez (2008, p. 115) anota:

¹ No livro, o autor narra o exemplo em latim e, por isso, aqui, trouxe-o em espanhol, extraído, justamente, da tradução de Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca (1872, pp. 287-288)

[...] *si bien el derecho romano no reconoció plenamente el deber de mitigar el daño, fue allí en donde se sentaron las bases de ese deber. Como se observa, el anterior pasaje del Digesto refleja un modelo de comportamiento digno de aquel que no recibe de su contraparte lo prometido. Como se desprende del texto, la reacción de la parte víctima del incumplimiento no se puede traducir en una actitud pasiva, laxa o de indiferencia absoluta frente al detrimento de sus propios intereses y los de su contraparte. La víctima del incumplimiento debe, en la medida de lo posible, buscar minimizar el detrimento patrimonial para sí mismo, ya que su inactividad o pasividad frente al incumplimiento puede generarle un cúmulo de pérdidas que no le serán resarcidas.*

O tema é intrigante, deveras, e, extreme de dúvidas, pode se desenrolar por páginas e mais páginas. Crê-se, contudo, que o introito, ainda que escorçado, serve, aqui, ao desiderato que, a princípio, se lhe ancorou, ou seja, demonstrar que, antes mesmo de germinar em solo bretão, o *duty to mitigate*, já em Roma, deu as caras.

Cumpre, então, prosseguir com o trabalho, analisando-o, adiante, em ordenamentos jurídicos outros até que, enfim, chegue-se ao Brasil.

1.2 O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NA *COMMON LAW*

A despeito de timidamente abrolhar no direito romano, o *duty to mitigate the loss*, habitualmente, é tido por concebido, na verdade, em berço anglo saxão.

Os países vinculados à tradição *common law*, narra Christian Sahb Batista Lopes (2013, p. 15), vislumbram o inadimplemento e os resultados dele advindos de forma singular; lá, diz o autor, prefere-se, ante o descumprimento da avença, o ressarcimento dos danos à execução específica da obrigação. O ressarcimento, continua (LOPES, 2013, p. 15-16), é aferido a três medidas: de expectativa (quantia apta a realocar o credor à posição em que estaria, caso cumprida fosse a obrigação), de confiança (valor hábil a realocar o credor à posição em que estaria se a negociata sequer tivesse início) e de restituição (monta equivalente àquilo que, indevidamente, foi transferido da vítima ao lesante).

Doutra banda, finaliza (LOPES, 2013, p. 17-18), o ressarcimento é limitado, igualmente, a três medidas: a imprevisibilidade (danos que não podem ser previstos não devem ser ressarcidos), a incerteza (danos que não podem ser determinados por provas com razoável certeza, igualmente, não devem ser ressarcidos) e o que denomina o autor de evitabilidade, neologismo creditado à tradução própria do termo

avoidability (danos que foram efetivamente evitados ou, então, que poderiam ter sido evitados pelo credor com esforços razoáveis não devem, também, ser ressarcidos).

O primeiro caso de efetiva aplicação da *avoidable consequences doctrine*² teria ocorrido, segundo Edward Allan Farnsworth (2004, pp. 778-779 apud COMINO, 2015, p. 18), no ano de 1677, em solo inglês.

Nele, narra-se que, à época, foi negociada a compra e venda de mercadorias, que deveriam ser entregues na cidade de Ipswich. Junto das mercadorias, o vendedor dirigiu-se à pequena cidade inglesa e, lá estando, permaneceu aguardando que o comprador viesse a, como combinado, lhe indicar local apto a descarregá-las; aguardou, contudo, por seis longas horas; aguardou, ademais, sem que providenciasse aos cavalos qualquer arrego, tampouco abrigo.

Os cavalos, cansados, morreram, e o vendedor, por isso, demandou judicialmente o comprador, dele exigindo ressarcimento pela morte dos animais; decidiu-se, contudo, fora insensatez do vendedor ter mantido presos os cavalos à mercadoria quando poderia tê-los desvencilhado da carruagem ou, então, as descarregado em qualquer outro local de Ipswich, hipótese em que, sabidamente, seus prejuízos seriam reduzidos.

Conquanto consolidada e, hoje, já de inquestionável aplicação ao direito inglês, o *duty to mitigate* teria sido, na verdade, paulatinamente soerguido pelos tribunais. A princípio, ter-se-ia reconhecido o direito do credor de, prejudicado pelo inadimplemento, substituir o devedor por algum terceiro que, de alguma forma, pudesse suprir os efeitos do não cumprimento da avença, buscando do devedor a indenização correspondente; daí em diante, ter-se-ia passado a exigir que, do ressarcimento pleiteado, fossem decotados os prejuízos que o credor, diligente e efetivamente, tivesse evitado. De faculdade à exigência, passou-se, adiante, a limitar a indenização, inclusive, quando, podendo evitar o agravamento de seus danos, mantivesse-se inerte o credor (LOPES, 2013, pp. 20-21).

Têm-se, pois, duas facetas do *duty to mitigate*: (a) a positiva: todos os danos que, diante do inadimplemento, o credor foi capaz de evitar com medidas razoáveis, devem ser decotados da indenização, e todos os custos tomados para tanto, aliás, devem ser a ela acrescidos; (b) a negativa: os danos que, em agindo razoavelmente

² Doutrina das consequências evitáveis (tradução livre).

o credor, pudessem ter sido por ele evitados (mas não foram, pois optou ele por não agir) devem ser destacados da indenização (DIAS, 2012, p. 52).

Pertinente a exemplificá-los, traz-se, aqui, o caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. versus Underground Electric Railways Co. of London Ltd*, narrado por Andrew Dyson (2012, pp. 412-425)³.

Diz-se que, em 1884, Charles Parsons fundou, em Newcastle, uma companhia para manufaturar turbinas à carvão, licenciando seu design à firma norte americana de George Westinghouse, assaz rival de Thomas Edison. Westinghouse teria expandido suas operações a solo bretão à frente da Edison's General Electric e, em 1899, fundou a British Westinghouse, em Manchester.

Já em 1903, a London Underground (ou seja, o próprio metrô londrino), teria encomendado à British Westinghouse oito turbinas à carvão, que serviriam a suprir energia ao que, hoje, são as linhas Circle e District de Londres.

À época, especificou-se que as turbinas deveriam produzir 5.500 kilowatts, ao consumo de 17,7 libras de carvão por kilowatt hora. As turbinas foram fabricadas e, na sequência, entregues ao metrô londrino. À medida que utilizadas, no entanto, foi constatado que as turbinas, na verdade, consumiam cerca de 25% a mais de carvão do que, à época, fora garantido ao comprador.

Em 1908, então, a London Underground encomendou à C. A. Parsons & Co (a companhia de Charles Parson) novas turbinas, trocando-as, pois, pelas turbinas outrora adquiridas de Westinghouse (as quais, por sua vez, foram destinadas a outras linhas de metrô da cidade), e, contra ela, ajuizando ação para ressarcimento dos danos advindos da ineficiência das turbinas antigas.

Durante o julgamento, porém, constatou-se que as turbinas adquiridas, por serem melhores e mais econômicas, geraram ao metrô londrino economia significativa e, a partir dos cálculos então perpetrados, aferiu-se que, na ponta final, o prejuízo da London Underground seria zero, nada, nichts. Noutras palavras, se o agir do credor foi, à época, suficiente a reduzir a zero seus prejuízos, nada se poderia exigir do devedor, sendo caso de aplicação do aspecto positivo do *duty to mitigate*.

³ O exemplo é mencionado, também, em outras obras (LOPES, 2013, p. 26; DIAS, 2012, p. 10; FERNANDEZ, 2008, p. 116; BRANDÃO PROENÇA, 2015, p. 127; COMINO, 2015, p. 29; MORAES, 2019, p. 7).

Também pertinente à questão traz-se à lume, agora, o caso Rockingham County versus Luten Bridge Co (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1929)⁴.

Diz-se que, em 7 de janeiro de 1924, o quadro de comissários de Rockingham deliberou por contratar a empreiteira Luten Bridge Co. para a construção de uma ponte. A reunião inicial, onde autorizada a contratação, foi seguida de vinte e cinco outros encontros e, em um deles, fez-se, anonimamente, a denúncia de que o contrato celebrado entre condado e empreiteira era inválido, tendo-o, portanto, cancelado e determinado a imediata paralização das obras.

Uma cópia certificada da ata da reunião foi encaminhada à construtora que, mesmo a recebendo, optou por continuar a construção a que fora, no princípio, contratada a erigir. Terminadas as obras, a empreiteira ajuizou ação contra o condado, buscando o pagamento pela construção da ponte.

Decidiu-se, no entanto, que o empreiteiro, diante da notificação recebida, deveria ter agido para evitar custos desnecessários e que, não o fazendo, teria agravado indevidamente seus próprios prejuízos; receber remuneração pelos custos da obra, a partir da notificação, seria, pois, indevido, tendo-se, aqui, então, aplicação do aspecto negativo do *duty to mitigate*.

Positivo ou negativo, Christian Sahb Batista Lopes (2013, pp. 27-35) divide os danos evitáveis em custos evitáveis e perdas evitáveis.

Evitar um custo significa, nas palavras do autor, que “o credor deve imediatamente interromper sua prestação se sabe ou tem razões para saber que a contraprestação não será cumprida” (LOPES, 2013, pp. 27). As perdas evitáveis, por sua vez, dividem-se em duas formas: evitar danos ao próprio valor da prestação ou, então, evitar danos a ela exteriores.

As perdas, aliás, podem ser evitadas “*by entering into substitute transactions which are available as a result of our free enterprise economy, and by terminating useless work upon hearing of the breach*”⁵ (DOBBS, 1973, p. 127 apud HILLMAN, 1976, p. 558).

Nas palavras de Christian Sahb Batista Lopes (2013, pp. 21-22):

⁴ O caso é mencionado, igualmente, em outras obras (LOPES, 2013, p. 28; BRANDÃO PROENÇA, 2015, p. 135; COMINO, 2015, p. 40). Fez-se a opção, aqui, no entanto, de analisá-lo na origem, cujo acesso pode ser obtido no link aposto nas referências bibliográficas; daí, portanto, se o ter citado como se extraído do próprio tribunal.

⁵ “Celebrando transações substitutivas que estão disponíveis como resultado de nossa economia de livre mercado, e encerrando atos inúteis ao ser cientificado a respeito da violação” (tradução livre)

O dever de realizar uma operação substitutiva pressupõe a existência de um mercado para aquele bem ou serviço. Assim, se o vendedor descumprir seu contrato e não entrega a mercadoria ao comprador, este pode realizar uma operação substitutiva e adquirir o bem junto a um terceiro. Dessa forma, são evitados todos os danos decorrentes do inadimplemento, excetuadas as despesas extras incorridas para a realização da operação substitutiva e da mora. Caso o inadimplemento seja do comprador, poderá também o vendedor realizar a operação substitutiva e colocar seus produtos no mercado. Por isso, em regra, as perdas e danos pelo descumprimento de um contrato de compra e venda de mercadorias são fixadas tendo por base a diferença entre o valor fixado contratualmente e o valor de mercado na data e local de entrega. Se a parte agiu diligentemente e realizou a operação substitutiva no mercado, aplica-se a mitigação de fato. Caso contrário, poderia ter evitado danos maiores realizando esforços razoáveis (isto é, a operação substitutiva), sendo de aplicar a limitação de evitabilidade na apuração da indenização devida.

A faculdade à tomada de operações substitutivas em caso de inadimplemento pode, por exemplo, ser verificada, no direito norte americano, a partir dos §§ 2.703, 2.704, 2.706 e 2.708 do *Uniform Commercial Code*⁶, no capítulo destinado aos *remedies*.

O § 2.704, por exemplo, permite ao vendedor que, caso a avença (compra e venda de mercadorias) seja desfeita no intermédio da manufatura dos bens, poderá o vendedor, segundo seu próprio julgamento comercial razoável, com o propósito de evitar perdas, ou completar a fabricação dos produtos (e, quando findos, identificá-los ao comprador), ou, então, paralisá-la de imediato, vendendo-os ao preço de sucata ou preço residual (UNIFORM LAW COMMISSION, 1951).

Segundo consta, ademais, do § 2.706, no caso do § 2.703 (caso em que o comprador negou-se a aceitar os bens e/ou serviços encomendados), o vendedor poderá revender os bens enjeitados pelo comprador e, fazendo-o de boa-fé, poderá dele reaver a diferença, se houver, entre o preço avençado e o preço de revenda (UNIFORM LAW COMMISSION, 1951).

O § 2.708 (1), logo adiante, anuncia que as perdas e danos, no caso da § 2.703 (ou seja de recusa de bens e serviços pelo comprador), será “*the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price together with any incidental damages, but less expenses saved*”⁷, ou seja, se impossível ao lesado a venda das mercadorias a outrem, far-se-á a afixação das

⁶ Código Comercial Unificado dos Estados Unidos da América

⁷ “A diferença entre o preço de mercado, no momento e local do orçamento, e o preço do contrato não pago, juntamente com quaisquer danos incidentais, mas menos despesas economizadas” (tradução livre)

perdas e danos pela diferença do valor médio de mercado e o preço de contrato UNIFORM LAW COMMISSION, 1951).

Anuncia, logo adiante, na § 2.708 (2), que, caso a medida anterior seja insuficiente para aferição dos danos, “*then the measure of damages is the profit (including reasonable overhead) which the seller would have made from full performance by the buyer*”⁸, vale dizer, nesse caso não se estará diante de medida substitutiva, mas, na verdade, de perda do volume de vendas. O mesmo (operações substitutivas) se aplicará ao comprador, caso, contratada a entrega de bens ou serviços, falhe o vendedor/prestador de serviços, como se pode constatar dos §§ 2.712 e 2.713 (UNIFORM LAW COMMISSION, 1951).

As operações substitutivas podem, também, ser verificadas no *Sales of Goods Act*, o Código Comercial Inglês, dos itens 49 a 52, que tratam da quebra de contratos.

No caso em que tenha sido entregue a mercadoria e não pago o valor a ela correspondente ou, então, no caso em que tenha sido finalizado o bem, mas negue-se indevidamente o credor a aceita-lo, os itens 49 e 50 permitem ao vendedor que demande o comprador por perdas e danos, ocasião em que, existindo demanda do mercado pelos bens em questão, as perdas e danos consubstanciarão “*the difference between the contract price and the market or current price at the time or times when the goods ought to have been accepted*”⁹ (INGLATERRA, 1979).

Caso, ademais, a quebra de contato parta do vendedor, poderá o comprador, igualmente, demanda-lo por perdas e danos, ocasião em que, segundo os itens 51 (2), “*the measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller's breach of contract*”¹⁰ ou, caso haja disponibilidade do produto no mercado, “*the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered*”¹¹ (INGLATERRA, 1979).

⁸ “Então, a medida de danos é o lucro (incluindo despesas gerais razoáveis) que o vendedor teria obtido com o integral cumprimento da avença pelo comprador” (tradução livre).

⁹ “A diferença entre o preço do contrato e o mercado ou o preço atual no momento ou momentos em que os bens deveriam ter sido aceitos” (tradução livre).

¹⁰ “A medida dos danos é a perda estimada resultante direta e naturalmente, no curso normal dos eventos, da quebra de contrato do vendedor” (tradução livre).

¹¹ “A medida de indenização é, prima facie, verificada pela diferença entre o preço do contrato e o mercado ou o preço atual das mercadorias no momento ou tempo em que deveriam ter sido entregues” (tradução livre)

O mesmo pode ser observado, aliás, em solo Australiano. Dos itens 48 ao 53, narra-se, igualmente, os efeitos da quebra de contratos em operações de compra e venda e prestação de serviços (AUSTRALIA, 1985).

Para além de operações substitutivas, a tomada de medidas mitigadoras é, na verdade, aferida, caso a caso.

Pode-se, por exemplo, tomar o caso Pratt v. Dunlap (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1912)¹².

Nele, um empreiteiro foi contratado à construção de duas varandas em uma edificação; a forma como foram instaladas as telhas das varandas, porém, direcionava a água para dentro da residência; o réu, contratante, teria alegado prejuízos e, portanto, não pagou o contrato ao autor da demanda (o empreiteiro); em reconvenção, aliás, alegou prejuízos em razão das paredes de gesso danificadas pela água da chuva (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1912).

À época, contudo, entendeu o júri, em primeira instância, que: *“he would not be entitled to recover for any damage thus caused which by the use of reasonable diligence and means he might have prevented”*¹³ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1912), ou seja, deveria o réu, proprietário da residência, ter tomado medidas razoáveis para evitar o dano da água às suas paredes.

Pode-se apontar, também o caso Saxony Mills versus Huck, narrado no The Yale Law Journal ao título *“‘duty’ to mitigate”* (1919, pp. 130-131).

Nele, um fornecedor de farinha teria demandado o comprador para ressarcimento do custo do produto, à época, não pago; o comprador, na ocasião, apontou que a farinha fornecida era de péssima qualidade, o que provocara a queda íngreme de suas vendas, pleiteando, pois, abatimento dos valores devidos. Entendeu-se à época, contudo, que *“when the defendant discovered that the flour was bad he was under a duty not to so use it as to increase his damages and, therefore, he could not recover on his counterclaim”*¹⁴ (THE YALE LAW JOURNAL, 1919, pp. 130-131).

¹² O caso é mencionado por Christian Sahb Batista Lopes (2013, p. 88. Fez-se a opção, aqui, porém, de analisá-lo na origem, cujo acesso pode se ter no link apostado nas referências bibliográficas; daí, portanto, se o ter citado como se extraído do próprio tribunal.

¹³ “Ele [o contratante] não teria o direito de recuperar-se de qualquer dano causado [pela má construção das varandas] que, pelo uso de diligência razoável, ele poderia ter evitado” (tradução livre).

¹⁴ “Quando o demandado descobriu que a farinha era ruim, ele tinha o dever de não a usar, a fim de não agravar seus danos, e, portanto, ele não pôde se recuperar com a reconvenção” (tradução livre).

Ou, então, o caso *Hickman versus Johnson* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1918)¹⁵. Narra-se, nele, que foi vendido ao comprador uma propriedade rural com a promessa de que, nela, houvesse vala hábil à irrigação. O comprador, depois de adquirir a propriedade, constatou que, na verdade, a irrigação prometida nela não constava, tampouco poderia ser fornecida pelo então vendedor. Mesmo assim, no entanto, optou por seguir com o plantio, perdendo, por óbvio, toda a safra.

Entenderam os julgadores, no entanto, que:

[...] *the defendant cannot by cross-complaint obtain special damages for loss of crop due to alleged failure of plaintiff to furnish defendant with necessary water ditches, where, according to the allegations of the cross-complaint, the defendant, before planting the crop, had complete knowledge that plaintiff did not own the ditch*¹⁶ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1918).

Noutras palavras, entendeu-se que, como o comprador tivera, antes do plantio, conhecimento a respeito da inexistência de irrigação e, mesmo assim, optou por semear a terra, não poderia ser ressarcido pelos danos daí advindos.

Destaque-se, por fim, o caso *Shiffer v. Board of Education of Gibraltar School District* (ESTADOS UNIDOS, 1974)¹⁷.

À época, um professor fora dispensado do quadro docente da Gibraltar School District, por decisão do corpo disciplinar da escola. O professor recorreu à justiça local para ser reintegrado no seu cargo, e, só depois de decisão judicial, é que a escola o readmitiu. Discutiu-se, na ocasião, se se deveria pagar ao docente toda a remuneração não paga desde seu desligamento até sua reintegração ou, então, se se deveria aplicar, na ocasião, a *mitigation doctrine*, justamente, para decotar do ressarcimento que lhe seria devido os salários que o professor teria, no interregno entre sua demissão e reintegração, auferido trabalhando na área da indústria privada (ESTADOS UNIDOS, 1974).

¹⁵ O caso é mencionado, outrossim, por Christian Sahb Batista Lopes (2013, p. 38. Fez-se a opção, aqui, porém, de analisá-lo na origem, cujo acesso pode se ter no link apostado nas referências bibliográficas; daí, portanto, se o ter citado como se extraído do próprio tribunal.

¹⁶ “O réu não pode, por meio de reconvenção, obter danos por perda de safra devido à suposta falha do demandante em fornecer-lhe irrigação, sendo que, de acordo com as alegações da reconvenção, o réu, antes de plantar a lavoura, havia obtido claro conhecimento de que o autor não era o dono dos meios de irrigação” (tradução livre).

¹⁷ O caso também é mencionado por Tomas Barros Martins Comino (2015, p. 20). Fez-se a opção, aqui, porém, de analisá-lo na origem, cujo acesso pode ser obtido no link apostado nas referências bibliográficas; daí, portanto, se o ter citado como se extraído do próprio tribunal.

Alinhavou-se, à época, que a escola deveria, sim, pagar ao professor a remuneração não paga desde seu desligamento até sua reintegração, determinando-se, porém, que, do ressarcimento, fosse destacado:

*(i) [...] the "salary" Shiffer would have earned all wages he actually earned that he would not have earned if he were employed as a teacher, and (ii) to consider any evidence the school district offers that Shiffer, through exertion of proper efforts, could have earned more*¹⁸ (ESTADOS UNIDOS, 1974)

Doutrinariamente, não há, como salienta Christian Sahb Batista Lopes (2013, pp. 21-22), um consenso quanto ao fundamento da evitabilidade, no países filiados à *common law*. No julgado exposto há pouco, por exemplo, a evitabilidade é içada como *"the principle of mitigation [that] is a thread permeating the entire jurisprudence*¹⁹. *It is not solely a 'breach of contract' or 'commercial' doctrine; it is part of the much broader principle of 'avoidable consequences'"* (ESTADOS UNIDOS, 1974).

Do mesmo modo, José Carlos Brandão Proença (2015, p. 8) anota que a mitigação dos prejuízos pelo credor é um princípio tradicional. Com ele concorda, aliás, a espanhola Maria Luíza Palazón Garrido, para quem (2019, p. 11):

La mitigación del daño constituye un principio fundamental en el Derecho de cuño anglosajón, y aunque no se recoge expresamente en los códigos civiles caribeños de tradición romano-germánica, puede fundamentarse en la buena fe contractual. El deber de mitigar supone que la parte perjudicada no tiene derecho a ser resarcida por aquellos daños que podría (y debería) haber evitado o reducido adoptando las medidas razonables adecuadas a las circunstancias.

Igualmente, enfim, salienta Christian Sahb Batista Lopes (2013, pp. 21-22), que "o mais provável é que seja considerad[o] como um princípio autônomo". Não sem ressalvas importantes, porém, anota que há, sim, quem defenda o *duty to mitigate* vinculado à causalidade, à culpa concorrente, à culpa da vítima, à violação a deveres anexos da boa-fé, ao abuso de direito e ao *venire contra factum proprium*.

Dois coisas, porém, são certas:

Primeiro, malgrado inexista ajuste teórico certo quanto ao seu fundamento "a doutrina inglesa e norte-americana [...] está de acordo em afirmar que não se pode referir ao instituto como 'dever de mitigar'" (LOPES, 2013, p. 22). A asserção pode ser

¹⁸ "O 'salário' que Shiffer teria ganho, bem como todos os salários que não teria ganho se fosse empregado como professor e (ii) considerar qualquer evidência que o distrito escolar ofereça que Shiffer, através de todos os esforços, poderia ter ganho a mais" (tradução livre).

¹⁹ "O princípio da mitigação é um fio que permeia toda a jurisprudência" (tradução livre)

ratificada, inclusive, com trecho do julgado narrado pelo The Yale Law Journal (1919, pp. 130-131). Depois de anunciar a aplicação do *duty to mitigate* ao caso do fornecimento de farinha de baixa qualidade, defendeu-se que:

[...] it is believed that the court misnamed the legal relation [...] [as] termed it a duty to mitigate damages. If there were such a duty, the defendant would not only fail in his counterclaim but would himself be liable to an action for damages". The failure of the counterclaim rests rather upon the legal disability of the defendant to charge the plaintiff with damages which he himself have prevented²⁰.

E, em segundo momento:

Para os juristas da common law [...] a busca pelo fundamento da limitação de evitabilidade não faz sentido. O importante é o fato de ela ter sido bem estabelecida pela jurisprudência, sendo mais produtivo discutir suas consequências e formas de aplicação, bem como a sua adequação em termos de política, isto é, se visa a promover o bem-estar social ao tornar o direito contratual mais eficiente (LOPES, 2013, p. 22).

De fato, a aplicação do *duty to mitigate*, nesses países, é levada a cabo não por preciosismo técnico ou teórico, mas, sobretudo, para proteção de um bem maior: a sociedade como um todo. No julgado exposto há pouco (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1974), fizeram os julgadores constar:

The rights protected by the mitigation doctrine are not just those of contracting parties, commercial litigants, tort victims or tortfeasors but, rather, the rights of all society: Legal rules and doctrines are designed not only to prevent and repair individual loss and injustice, but to protect and conserve the economic welfare and prosperity of the whole community. Mitigation of damages is, thus, the machinery by which the law seeks to encourage the avoidance of loss²¹.

Igualmente, Robert A. Hillman (1976, p. 558), narra importante exemplo, a elucidar o motivo de aplicação do *duty to mitigate*. O exemplo destacado pelo autor é de um trabalhador que é dispensado irregularmente, e, ao invés de procurar por

²⁰ “Acredita-se que o tribunal tenha nomeado incorretamente a relação jurídica [...] [como] o dever de atenuar os danos. Se houvesse esse dever, o réu não apenas falharia em seu pedido reconvenicional, como também seria responsável por uma ação por danos. O fracasso do pedido reconvenicional recai antes sobre a incapacidade legal do réu de cobrar ao demandante os danos que ele próprio impediu.” (tradução livre)

²¹ “Os direitos protegidos pela doutrina de mitigação não são apenas os das partes contratantes, litigantes comerciais, vítimas de delito ou agressores, mas sim os direitos de toda a sociedade: as regras e doutrinas legais são projetadas não apenas para prevenir e reparar a perda e a injustiça individuais, mas proteger e conservar o bem-estar econômico e a prosperidade de toda a comunidade. A mitigação de danos é, portanto, o mecanismo pelo qual a lei procura incentivar a prevenção de perdas.” (tradução livre).

serviço imediatamente, opta por manter-se inerte descansando-se junto à expectativa de que será ressarcido pela dispensa indevida. Manter-se inerte, porém, seria o mesmo que retirar do mercado um recurso (no caso, a força de trabalho do empregado) que, se nele presente, seria, talvez, demandado por outrem. O propósito de aplicação do *duty to mitigate* seria, portanto:

[...] *to avoid economic waste which would result the injured party suffering damages from the breach which could have been avoided by reasonable efforts. For example, by refusing to stop work and collect damages upon repudiation, the aggrieved party attempts to force the product on the repudiator who does not want it, and removes the product from the market, where if it has value, it is demanded by others. Similarly, a wrongfully discharged employee who chooses to live off of his anticipated damages award instead of finding substitute employment contributes to the misallocation of resources. Under the avoidable consequences doctrine the conduct would be unreasonable*²² (HILLMAN, 1976, p. 558).

Nooutras palavras, o motor que impulsiona a aplicação do *duty to mitigate* é, na verdade, impedir que se desperdicem recursos econômicos que, se realocados ao mercado, seriam disponibilizados à sociedade.

Estabelecida, então, a moldura dentro da qual, em solo inglês, desenvolveu-se o *duty to mitigate*, passa-se, adiante, a checar sua presença em países de tradição romano-germânica, para que, adiante, enfrente-se seu desenvolvimento, no Brasil.

1.3 O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NA CIVIL LAW

Já se disse que o inadimplemento provoca, em países de diferentes tradições legais, opções por desfechos divergentes; naqueles que se vinculam à *common law*, com o descumprimento, preferem-se as perdas e danos; nos adeptos à *civil law*, com o inadimplemento, de modo geral, prefere-se execução *in natura*.

Ainda assim, o *duty* é, nesses últimos, também vislumbrado. Diferenças existem, porém. Enquanto nos países vinculados à tradição da *Common Law* o *duty*,

²² “Evitar desperdícios econômicos que causariam danos à parte lesada pela violação que poderia ter sido evitada por esforços razoáveis. Por exemplo, ao se recusar a interromper o trabalho e demandar por perdas e danos, a parte prejudicada tenta forçar o produto ao devedor, que não o deseja, e remove o produto do mercado, onde, se tiver valor, será exigido por outrem. Da mesma forma, um funcionário demitido indevidamente que optar por viver de seu prêmio de indenização antecipado, em vez de encontrar um emprego substitutivo, contribui para a alocação incorreta de recursos. Sob a doutrina de consequências evitáveis, a conduta seria irracional” (tradução livre).

geralmente, é elevado a princípio de aplicação geral, nos países de tradição romano-germânica:

[...] o credor que não mitiga os danos é culpado por eles, aplicando-se, assim, a doutrina da culpa concorrente – para que o valor total dos danos seja repartido entre credor e devedor de acordo com o grau de culpa – ou da culpa exclusiva da vítima – quando se exclui da indenização aquele montante de perdas que poderiam ter sido evitadas. Ademais, diz-se que aqueles danos não foram causados pelo inadimplemento do devedor, mas pela falta do credor em evitá-los. Seria um dano não indenizável por ser indireto, que não decorre diretamente do inadimplemento (LOPES, 2013, pp. 56-57).

Há países em que o *duty to mitigate* é plenamente aplicável, encontrando-se, inclusive, expressamente positivado. Pegue-se, por exemplo, a seção 254 do Código Civil Alemão, transcrito logo adiante, mencionado por Lilian C. San Martín Neira (2012, pp. 213-224):

Section 254:

Contributory negligence

(1) Where fault on the part of the injured person contributes to the occurrence of the damage, liability in damages as well as the extent of compensation to be paid depend on the circumstances, in particular to what extent the damage is caused mainly by one or the other party.

(2) This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither was nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage. The provision of section 278 applies with the necessary modifications.²³ (ALEMANHA, 2012)

Nele, apontam-se, as seguintes hipóteses: a primeira delas, prevista no (1) refere-se à culpa da vítima quanto à ocorrência do dano em si; a segunda, prevista no (2), refere-se à falha do próprio devedor em alertar o credor quanto à possibilidade de, por algum motivo, os danos serem agravados; a terceira, presente na última parte do (2), trata, justamente, do *duty to mitigate the loss*.

Note-se, agora, o artigo 300 do Código Civil Grego, trazido à lume por Daniel Pires Novais Dias (2012, pp. 19-20)

Art. 300. Se aquele que sofreu o dano, contribuiu culposamente para a sua produção ou para sua extensão, o tribunal pode não conceder a indenização

²³ “Seção 254: Culpa Concorrente: (1) Quando a falha da pessoa lesionada contribui para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos, bem como a extensão da indenização a ser paga, dependem das circunstâncias, em especial em que medida o dano é causado principalmente por uma pessoa. ou a outra parte. (2) O mesmo se aplica se a culpa da pessoa lesada se limitar a não chamar a atenção do devedor para o perigo de danos invulgarmente extensos, onde o devedor não estava nem deveria estar ciente do perigo ou falhar para evitar ou reduzir os danos. O disposto na seção 278 se aplica às modificações necessárias.” (tradução livre)

ou diminuí-la. O mesmo acontece quando quem sofreu o dano omitiu-se em impedi-lo ou em limitar a sua extensão, ou se não tiver chamado a atenção do devedor sobre o perigo de um dano extraordinariamente elevado que o devedor não conhecia nem deveria conhecer. [...].

Nele, fez-se constar expressamente que o julgador poderá não conceder ou reduzir a indenização não só no caso em que o credor contribuiu para a produção do dano, mas, também, nos casos em que tiver ele – o credor – contribuído para a extensão dos prejuízos. Anota, na sequência, a necessidade de que o credor atue para impedir o agravamento do dano, estendendo, àqueles que descumprem o comando, o mesmo desfecho anterior, ou seja, a redução ou até mesmo exclusão do ressarcimento.

O mesmo pode ser observado no artigo 1.227 do Código Civil italiano, mencionado por Christian Sahb Batista Lopes (2013, p. 64):

Art. 1.227. Concurso de fato culposo do credor.

Se o fato culposo do credor tiver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é reduzido de acordo com a gravidade da culpa e o tamanho das consequências daí derivadas. O ressarcimento não será devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando ordinária diligência (ITÁLIA, 1942)

O último trecho do artigo 1227 é bastante claro ao apontar que o ressarcimento não será devido pelos danos que o credor pudesse evitar com ordinária diligência; clara aplicação, pois, da *mitigation doctrine*.

O artigo 570 do Código Civil Português, mencionado por Daniel Pires de Novaes Dias (2012, p. 25), também pode ser ressaltado:

Artigo 570º (Culpa do lesado)

1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída (PORTUGAL, 1966)

Destaque-se, por fim, o artigo 44 do *Code of Obligation*, mencionado, também, por Daniel Pires Novaes Dias (2012, p. 26):

Art. 44

[1] Where the injured party consented to the action which caused the loss or damage or circumstances attributable to him helped give rise to or compound the loss or damage or otherwise exacerbated the position of the party liable for it, the court may reduce the compensation due or even dispense with it entirely.

[2] The court may also reduce the compensation award in cases in which the loss or damage was caused neither wilfully nor by gross negligence and where payment of such compensation would leave the liable party in financial hardship (SUÍÇA, 1991).

Há, também, países em que o *duty to mitigate* não consta expressamente positivado. No direito francês, por exemplo, conquanto não expressamente previsto, pode-se percebê-lo de forma tangencial.

Em exemplo tratado por Robert Joseph Pothier (1764, pp. 190-193)²⁴, é narrado que um negociante vendera uma vaca sabendo, porém, sofrer ela de doença contagiosa, maquiando a mazela, aliás, quando da avença. O comprador adquire a vaca, que, por sua vez, contagia as demais, ocasionando a morte de todo o rebanho. Sem os seus animais, o comprador deixa de cultivar a terra, dela nada extraindo e, por não ter dinheiro, mas sim dívidas, todos os seus bens são expropriados a preço vil. Aponta o autor, então, que, sim, seria devido ao comprador o ressarcimento pela morte de todo o rebanho, mas não pelos prejuízos advindos do não plantio de suas terras, uma vez que seria seu dever agir para, neste caso, minimizar seus prejuízos, por exemplo, cultivando o solo.

Anota José Carlos Brandão Proença (2015, p. 129) que, em França:

[...] desde 2003, a jurisprudência, com o argumento de que o lesado não tem de limitar o seu prejuízo no interesse do responsável, tem-se mostrado contrária à admissão de uma “obligation de minimiser le dommage”, conquanto em decisões mais recentes pareça notar-se alguma abertura

Como retrata Christian Sahb Batista Lopes (2013, pp. 72-75), embora inexistente lei positivada a respeito da evitabilidade em solo francês e a despeito da resistência à sua adoção, os tribunais, em alguns poucos casos, teriam dele lançado mão para solução de litígios, a saber:

Em matéria contratual, a Corte da Cassação se manifestou em 1985 sobre o caso de um viticultor que comprou tanino com um odor incomum. Apesar disso, o viticultor empregou o produto na fabricação de seus vinhos e os revendeu, vindo em seguida a requerer em juízo indenização pelos prejuízos com os quais teve que arcar perante seus consumidores. O Tribunal de Apelação concedeu a indenização integral, mas a decisão foi reformada pela Corte de Cassação que considerou que os danos suportados junto aos

²⁴ O exemplo da vaca pestilenta, de Robert Joseph Pothier (1764, pp. 190-193), é mencionado por inúmeros autores, ora para se referir à análise do nexo de causalidade, ora para se referir, justamente, ao *duty to mitigate the loss*, v.g., VELAZQUEZ, 2015, p. 6; BRANDÃO PROENÇA, 2015, p. 127; VALERA, 2014, pp. 883-884; DIAS, 2012, p. 31; LOPES, 2013, p. 34; MARTINS, 2015, p. 125; ALVIM, 1980, p. 362; CARVALHO SANTOS, 1986, pp. 257-267; DIAS, 1983, pp. 880-881.

consumidores foram consequência da culpa do próprio viticultor. Como um profissional do ramo, que havia descoberto o defeito no tanino, não poderia tê-lo empregado e revendido o vinho com ele produzido. Percebe-se que, embora o fundamento utilizado tenha sido a culpa do credor, a solução é a mesma que a *common law* prescreve, utilizando-se da mitigação, para as situações de uso de produtos defeituosos pelo adquirente que sabe ou deveria saber do defeito.

[...]

Um último exemplo colhido da jurisprudência teve por fundamento o descumprimento do dever de boa-fé. Em um contrato de trato sucessivo com duração de quatro anos, o devedor já estava há mais de três anos inadimplente e o credor havia interrompido a prestação de serviços em que consistia sua contraprestação. No entanto, deixou que o contrato fosse renovado por prazo indeterminado e, posteriormente, requereu indenização pelo descumprimento em todo esse período. O Tribunal de Apelação de Paris considerou que constituía violação à boa-fé deixar o contrato se prorrogar naquela situação e que o credor não poderia se beneficiar do que poderia ter evitado

À exceção da França (em que o *duty to mitigate* é visto, também, como vinculado à boa-fé objetiva), importante é notar, então, que, em todos os dispositivos trazidos à baila, o *duty to mitigate* (ao menos como positivado), vinculou-se ou à culpa ou, então, à noção de causalidade. Ligado a um ou a outro, fato é que, sim, a *mitigation doctrine* encontra-se presente em países de tradição romano-germânica.

Importa, agora, seja analisada sua chegada ao Brasil.

1.4 O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO BRASIL

Pôde-se constatar, nos itens que este antecede, o desenvolvimento do *duty to mitigate the loss* no império romano, nos países associados à tradição *common law*, nos países vinculados à *civil law* e, inclusive, na Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias. Será ele, agora, analisado em solo brasileiro; não sem, contudo, se utilizar, por vezes, de noções do direito alienígena.

A intenção, porém, não é, neste item, criar ou solucionar o problema proposto preliminarmente, esse, verdadeiramente, o cerne do trabalho. Quer-se, aqui, a bem da verdade, construir o panorama atual de recepção e aplicação do *duty to mitigate*, no Brasil, para que, nos itens seguintes, analisando uma das consequências de sua incidência, cultive-se e resolva-se o problema que, até lá, estará, já, substancialmente delineado. A iter traçada para tanto será, pois, tratar o desembarque do *duty* no Brasil, bem como perpassar qual é, segundo a doutrina, o fundamento, vale dizer, a natureza jurídica que melhor se lhe amolda.

1.4.1 O aporte em solo brasileiro

Não é incomum atribuir a Vera Maria Jacob Fradera e ao Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil organizada em 2004 pelo Conselho da Justiça Federal (que nada mais é que fruto de proposição sua, vinculada ao artigo 422 do Código Civil de 2002) o aporte do *duty to mitigate the loss* em solo brasileiro (2004, pp. 168-178).

Afinal, foi depois da edição e aprovação do referido enunciado que, no Brasil, começaram a pulular, ainda que timidamente, decisões e, inclusive, estudos sobre a *mitigation doctrine* (COMINO, 2015, p. 79).

Fato é, porém, que, antes mesmo da III Jornada de Direito Civil – à época em que vigia, ainda, o Código Civil de 1916 – o tema, embora não assim cognominado, fora já tratado, inclusive, por nomes de peso nacional: Agostinho Alvim (1980, p. 362) e João Manuel de Carvalho Santos (1986, pp. 257-267), por exemplo, tocam a questão, já na década de 80.

Rememoremos aqui, a demonstrá-lo, o caso da vaca pestilenta, narrado por Robert Joseph Pothier (1764, pp. 190-193). Nele, vendeu-se vaca acometida de mazela perniciosa (anunciando-a, porém, como se saudável fosse). A vaca, então, contaminou os animais do comprador e levou à morte todo o seu rebanho. O comprador, sem suas criações, teria deixado de cultivar a terra e, por isso, sem dinheiro, teve os seus bens expropriados a preço vil. Robert Joseph Pothier (1764, pp. 190-193), àquela época, anotou, já se disse, que os prejuízos advindos da inatividade do credor não poderiam ser agregados à sua indenização.

Ao tratar do exemplo Agostinho Alvim (1980, p. 362), por exemplo, dispara:

O dano, a que se alude no exemplo, não é consequência necessária da inexecução; pelo contrário, a inatividade do credor é que se deve considerar como a verdadeira causa deste dano que se seguiu à inexecução. Aquele que não adquiriu, nem tomou de aluguel, outros boi para poder arar as suas terras, não praticou ato ilícito, porque nenhuma obrigação tinha de fazê-lo. Mas houve na cadeia de causas, um fato, imputável a ele, e isso basta.

João Manuel de Carvalho Santos (1986, pp. 257-267) ratifica:

Com certas reservas, deve ser acolhido o ensinamento de Pothier, na parte em que distingue a indenização no caso do dano resultar do dolo, em face do disposto no art. 1.060, que, de forma clara e precisa, determina só se deverem incluir os prejuízos efetivos e os lucros cessantes, por efeito da inexecução, direto e imediato.

Ao tratar da liquidação da indenização quanto aos lucros cessantes, ademais, José de Aguiar Dias (1983, pp. 880-881) anotava, também nos idos de 1980, ser inviável que prejuízos criados pelo próprio credor fossem acoplados à monta a lhe ser ressarcida judicialmente. Não seria razoável, como expõe (1983, pp. 880-881), que, por sua própria inatividade, fosse agravada a indenização; melhor: não seria lícito “por sua inércia ou demora em mandar reparar o objeto ou bem danificado, agravar a situação do responsável, aumentando a indenização dos lucros cessantes”.

Yussef Sahid Cahali (1980, p. 144), no mesmo período, já afirmava que, segundo posição jurisprudencial pátria, “o responsável por um dano não pode ser prejudicado com a inércia da vítima, que não adotou, ela mesma, as providências necessárias para diminuir o dano”.

Veja-se, então, que, antes mesmo do enunciado 169, as primícias da *mitigation doctrine*, mesmo que não sob essa rubrica, vinham, já havia algum tempo, sendo discutidas pela doutrina brasileira.

No ano de 1991, o então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, publicou a primeira edição de seu livro “Extinção dos contratos por incumprimento do devedor”. A segunda edição do livro foi impressa só mais tarde, em 2003, “com alterações apenas em alguns pontos” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 3). Já nela, enquanto analisava especificamente o incumprimento da obrigação por perda do interesse do credor, o ministro abordou, timidamente, o que chamou de “*doctrine of mitigation*”, com as seguintes palavras:

Ainda nesse tema, deve ser lembrada a doutrina da mitigação (“*doctrine of mitigation*”), pela qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do incumprimento: o lesado deve tomar todas as providências razoáveis para mitigar o dano, e não pode pretender o ressarcimento de perda que teria podido evitar, mas que não evitou, por injustificada ação ou omissão. Essa doutrina dirigida para a avaliação do ressarcimento cabível atua, também, na avaliação do prejuízo ao contrato resultante do incumprimento, tendo em vista a sua definição como sendo um incumprimento grave para o fim de resolução. Se a gravidade desse incumprimento decorreu da ação ou da omissão concorrente do credor, tal acréscimo não deve ser levado em consideração (AGUIAR JUNIOR, 2003, p. 136)

Foi só um ano mais tarde da segunda edição do livro de Ruy Rosado Aguiar Júnior (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 2), aos 2004, portanto, que Vera Maria Jacob Fradera (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2004, pp. 175-176) abordou o *duty to mitigate*, sugerindo fosse o instituto introjetado em solo pátrio, sobremaneira, porque,

ao seus olhos, não teria o Código Civil de 2002 sobre ele versado. Depois de perpassar pela origem do *duty* (afixando-a ao direito inglês), de tatear sua natureza jurídica, e de trespassar sua presença em ordenamentos internacionais, a autora sugere, já ao final, que, no Brasil, o *duty to mitigate the loss* fosse recepcionado junto à boa-fé objetiva (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2004, pp. 175-176).

A proposta foi alinhavada como justificativa de enunciado vinculado ao artigo 422 do Código Civil de 2002, na III Jornada de Direito Civil Organizada pelo Conselho Nacional da Justiça Federal, e, uma vez aceita, passou a consubstanciar o Enunciado 169 do evento ocorrido em 2004, segundo o qual “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2004, p. 5).

Judicialmente, a *mitigation doctrine*, já em 2004, passou a ser suscitada como fundamento decisório, embora, ainda nesse momento nem o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Privado, nem mesmo Vera Maria Jacob Fradera tivessem sido devidamente mencionados.

Pegue-se, por exemplo, a Apelação Cível 158909-7, de relatoria do Juiz convocado Albino Jacomel Guérios, julgada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça paranaense (PARANÁ, 2004, pp. 1-5).

Quanto aos fatos, o caso esboça demanda ajuizada por uma empreiteira e incorporadora que construía imóvel (o Edifício Lynx) e, ao que parece, no início dos anos 90, vendera uma de suas unidades ao réu da demanda. Em síntese, o réu passou a, desde 1994, inadimplir não só as prestações do imóvel, como também condomínio e tributos a ele vinculados, tendo sido notificado em 1998 e desocupado o imóvel, tão somente, no fim do ano de 1999 (PARANÁ, 2004, pp. 1-5).

Em primeira instância, julgou-se procedente o pedido para condenar o réu a pagar à autora indenização por fruição do imóvel relativa a 67 meses, com a posterior concessão da reintegração de posse à autora (PARANÁ, 2004, pp. 1-5).

A ré recorreu. No julgamento do mencionado recurso, reconheceu-se que “a *doctrine of mitigation* recomenda que o lesado (credor, autor da ação de resolução) deve comportar-se de modo a mitigar os danos, mantendo-se nos limites imediatamente decorrentes da existência do ato ilícito” (PARANÁ, 2004, pp. 1-5). A sustentar sua aplicação ao caso, lançou-se mão de doutrinadores italianos, como

Adriano de Cupis e Emilio Betti²⁵, e ancorou-se a *mitigation doctrine* à boa-fé (PARANÁ, 2004, pp. 1-5).

Também a título de exemplo, destaque-se a Apelação Cível 330.628.4/2-00, de relatoria do desembargador Francisco Loureiro, julgada pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2006, p. 4).

Igualmente, o caso é sintetizado pela compra e venda de imóvel, cujas prestações não foram pagas pelo comprador, réu da demanda. A vendedora da edificação ajuizou, contra ela, portanto, ação para que fosse declarada a rescisão contratual e, na contestação, o réu compareceu aos autos e purgou a mora, depositando o valor em juízo.

Em primeira instância, julgou-se improcedente o pedido de rescisão do contrato, ao argumento de que, conquanto extemporaneamente, teria a ré purgado a mora. A decisão de primeiro grau foi objeto de recurso dirigido ao tribunal paulista e, lá, a decisão do juízo de piso foi mantida, uma vez mais, à luz da *mitigation doctrine*.

Disse-se, por exemplo, que “a própria recorrente [...] admitiu que manteve contatos e recebeu propostas de parcelamento [...] sem retornar à promitente compradora porque não tinha poderes especiais para dar transação” (SÃO PAULO,

²⁵ No acórdão referido, não consta a fonte da citação de Adriano de Cupis ou mesmo de Emilio Betti. A citação constante no julgado, no entanto, é transcrita adiante, direcionando-a, justamente, ao acórdão de onde foi ela devidamente extraída: Afirma De Cupis: ‘Puede suceder que el perjudicado, exclusivamente con su comportamiento, agrave y complique la serie de daños. Por ejemplo: Ticio atropella con su auto a Caio, produciéndole una herida y, por tanto, un dano a su integridad física. Caio no se cura la herida causada y se origina una grave infección que puede en peligro su vida. Este dano posterior más grave encuentra su causa directa unicamente en el abandono de Caio, si bien indirectamente se deriva Del hecho de Ticio... Nuestros tribunales se han referido em numerosos casos al comportamiento de la víctima tento de un acto ilícito como de un incumplimiento obligacional que agrava el dano o bien, siguiendo la terminología de De Cupis, que causa un daño posterior. Em um caso, se trataba de secuestro ilegal de uma máquina y se demandaba su restitución y lods daños nascidos de la privación del uso; el tribunal resolvió que los actores no pueden pretender el beneficio que hubiera producido la cosa hasta su restitución durante el lapso de privación , ‘ pues no es admisible que permanezcan pasivos, sin procurar remedio a ese hecho, com agravación del daño por inacción o negligencia’. A juicio del tribunal, a una altura del juicio periodo de prueba los accionantes tuvieron a su disposición elementos como para decidir qué hacer frente la privación de la máquina y, de este modo, detener la producción de danos... Empero, no es el único fundamento; la doctrina moderna encuentra una base importante em la buena fe. Leemos em Betti: ‘... la buena fe entra en juego em la fase patológica del incumplimiento...; el acreedor aún cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede considerarse, em cierto modo, como em estado de guerra con el deudor y comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose em las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce em la esfera de los intereses de la otra parte. Hay aquí una exigencia de corrección que lê impone, incluso em esta fase, buscar el modo de limitar los daños derivados del incumplimiento. Esto no es solo una onerosidade, sino también um deber de corrección hacia la otra parte...’ Y concluye: ‘Debe de calificarse de culposa, indudablemente, em orden a la sanción del art. 1227, la conducta del acreedor insatisfecho, después de comprobarse el hecho del incumplimiento, cuando no se cuida de limitar, em cuanto sea posible, los daños que se deriven de esse incumplimiento’. (PARANÁ, 2004, pp. 1-5)

2006, p. 3), e que, por isso, “colaborou a credora, por seu representante judicial, para o agravamento do inadimplemento” (SÃO PAULO, 2006, p. 4), sendo o caso, então, de aplicar “a teoria da mitigação (*doctrine of mitigation*) segundo a qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave o resultado danoso” (SÃO PAULO, 2006, p. 4). A aplicação do *duty to mitigate*, ao caso, foi alicerçada nos ensinamentos de Agostinho Alvim e, inclusive, do ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior²⁶ (SÃO PAULO, 2006, p. 1-4).

Pode-se concluir, aqui, que, ainda que em poucas ocasiões, os tribunais estaduais brasileiros, desde 2004, enfrentavam casos em que o agravamento do prejuízo fora acarretado pelo próprio credor usando-se, para tanto, da *mitigation doctrine*, ainda que, àquela época, deixassem de lado o fatídico Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil de 2004.

Foi em 2010, no entanto, que o *duty to mitigate* ganhou expressão a nível nacional. O REsp 758.518/PR, da lavra do desembargador convidado Vasco Della Giustina (BRASIL, 2010, pp. 1-13), julgado em meados de 2010, nada mais foi que o julgamento do recurso especial manejado contra a decisão do tribunal paranaense mencionada há pouco.

Rememore-se, que, na origem, o caso referia-se à compra e venda de um imóvel em que o comprador deixou de adimplir as prestações mensais. A empreiteira tardou cerca de 7 anos a ajuizar a demanda de ressarcimento e reintegração de posse. O tribunal, enfim, optou por decotar do ressarcimento devido à autora o período que, à época, entendeu poderia ter ela agido para recuperar o imóvel e dele extrair renda, por exemplo, vendendo-o ou locando-o a outrem (BRASIL, 2010, pp. 1-13).

Anunciando expressamente o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil de 2004 e lançando mão de nomes como Nelson Rosenvald, Frédie Didier Júnior, Flávio Tartuce, Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto e, finalmente, Vera Jacob Maria Fradera²⁷, o Superior Tribunal de Justiça, sob a batuta de Vasco Della Giustina: (a)

²⁶ O relator menciona a obra “Do inadimplemento das obrigações e suas consequências”, de Agostinho Alvim, de 1949, Saraiva, na página 47, bem como a obra “Extinção dos contratos por incumprimento do devedor”, 2ª edição atualizada AIDE, de Ruy Rosado de Aguiar Junior, na página 135.

²⁷ As obras mencionadas no acórdão são: ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito das obrigações. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 61 e 62; FRADERA, Vera Maria Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? in: Revista trimestral de direito civil. RTDC, v. 5, n.19, jul/set, 2004, pág. 110 e 118; TARTUCE, Flávio. Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, pág. 209 a 211; e PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual - Algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. in: Revista da Emerj, v.11, n.44, 2008, p. 135 e 136

negou provimento ao apelo nobre e manteve hígida a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná; (b) cunhou definitivamente a expressão *duty to mitigate the loss* nacionalmente; e (c) atribuiu sua recepção, em solo pátrio, à boa-fé objetiva (BRASIL, 2010, pp. 1-13).

Daí em diante, ao que alerta Tomas Barros Martins Comino (2015, pp. 79-80) em interessante pesquisa jurisprudencial, passaram a pulular, dentre os tribunais de segunda instância, decisões que chamavam à lume o *duty to mitigate the loss* para a resolução dos mais diversos casos.

Não sem razão, portanto, é que se estudará, adiante, qual é a posição doutrinária com relação a quais são, em si, os fundamentos que amparam sua recepção nacionalmente.

1.4.2 *Duty to mitigate*: os fundamentos no Brasil

Viu-se, nos itens antecedentes, que, a depender do substrato em que germine, o *duty to mitigate the loss* adquire diferentes feições.

Em solo bretão, americano e australiano, por exemplo, é, de modo geral, assimilado a um princípio autônomo: “*a thread permeating the entire jurisprudence [...] part of the much broader principle*”²⁸ (ESTADOS UNIDOS, 1974).

Na Alemanha e Itália, o legislador positivou-o juntamente ao dispositivo que trata da culpa concorrente, lá na seção 254, cá no artigo 1.227, dos respectivos Códigos Civis. Em Portugal e na Grécia, o ordenamento jurídico aborda o agravamento do prejuízo pelo próprio credor vinculando-o a dispositivo legal que regula, justamente, a culpa do lesado, aqui o artigo 300, acolá, o artigo 570, dos respectivos Códigos Civis.

Na Suíça, é atrelada a dispositivo legal que cuida da responsabilidade civil, especificamente, vinculado ao campo “*grounds for reducing compensation*”²⁹, no artigo 44 do *Code of Obligation* (LOPES, 2013, p. 65). Em França, por fim, o *duty*, conquanto não positivado expressamente, foi já assentado como fundamento

²⁸ “Um fio permeando toda a jurisprudência [...] parte de um princípio muito mais amplo” (tradução livre)

²⁹ “Bases para redução do ressarcimento” (tradução livre)

decisório. Em parte dos países mencionados, ademais, há quem o destaque da boa-fé objetiva (LOPES, 2013, p. 21; BRANDÃO PROENÇA, 2015, p. 129).

O escorço é aqui necessário, justamente, para demonstrar que, não, não há qualquer posicionamento pacífico, doutrinário ou jurisprudencial, acerca de qual é, a bem da verdade, a natureza jurídica do *duty to mitigate*. E se, lá fora, a matéria não foi unificada, que dirá internamente, onde, se comparadas àqueles países, sobre ela as discussões apenas engatinham.

Analisar-se-á, pois, o que se fala sobre o *duty*, enfatizando, sim, o direito brasileiro, mas lançando mão, também, de autores estrangeiros.

Foi visto, há pouco, existirem países em que o *duty to mitigate* é atrelado, sim, à análise de culpa e nexos causal, como de forma indissociável. Até mesmo por isso é que, aqui, trava-se a discussão, já por primeiro.

Judith Martins-Costa (2018, p. 609), por exemplo, chama atenção ao fato de que, talvez, se poderia atrelar o *duty* à cocausalidade. André Luiz Arnt Ramos e João Pedro Kostin Felipe de Natividade (2017, pp. 9-10), referindo-se à mesma base, têm-na como “efetivamente capaz de fundamentar a incumbência de mitigar”.

Tomas Barros Martins Comino (2015, p. 86), por sua vez, anota que “a culpa concorrente é outra marca do *duty to mitigate the loss* brasileiro, presente desde o primeiríssimo passo do instituto em território nacional”. José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins (2018, p. 121), anota que “poder-se-ia cogitar que a incidência da norma de mitigação seria uma consequência a verificação de, havendo um nexo de causalidade entre conduta e resultado, os danos são de natureza indireta e mediata”.

Seria equivocado, no entanto, seguir a iter proposta e tornar o *duty to mitigate* parte indissociável da análise de culpa e nexos causal.

A sustentar a asserção, há aqueles que, por exemplo, erigem a insegurança jurídica quanto à adoção de uma ou outra teoria da causalidade.

A responsabilidade civil, no seu modelo tradicional, presume três elementos, a culpa, o nexo causal e o dano. Referidos elementos ou pressupostos são alcunhados por Anderson Schreiber (2019, p.3) de filtros da responsabilidade civil. Filtros porque, em suma, servem de base à seleção das demandas envolvendo responsabilidade civil cujo pedido ressarcitório merece procedência.

Aponta-se, porém, para a erosão de indigitados filtros, passando-se da erosão da culpa para a do nexo causal. O que Anderson Schreiber (2019, p. 3-12) observa, neste caso, é que, com o tempo, os magistrados passaram a, simplesmente, optar

pelo resultado do pedido e, só daí, elencar qual teoria da causalidade melhor se adaptaria à sua decisão. Passou-se a fazer, pois, um caminho inverso. O resultado é seguido de perto, inclusive, por Gustavo Tepedino (2002, p.11), ao afirmar:

[...] sob a influência de todas as três correntes antes mencionadas, os Tribunais fixam o nexos de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexos causal e da *conditio sine qua non*, sempre na busca de um liame de necessidade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo.

Para se entender, portanto, o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, torna-se indispensável ter em linha de conta não as designações das teorias, não raro tratadas de modo eclético ou atécnico pelas Cortes, senão a motivação que inspira as decisões, permeadas predominantemente pela teoria da causalidade necessária.

Daí, portanto, há quem, quanto a este ponto, diga que a causalidade “não se constitui como expediente técnico correto para servir de fundamento à evitabilidade” (LOPES, 2013, p. 175) ; e isso, mais adiante explica o autor, porque “traz a dificuldade inicial de se determinar qual das abordagens usadas pela doutrina e pela jurisprudência será utilizada” (LOPES, 2013, p. 176).

Há, também, quem diga que “fundamentar a incumbência de mitigar na causalidade deixá-la-ia sujeita às mesmas incertezas que rondam a própria investigação causal” (RAMOS; NATIVIDADE, 2017, p. 12). Há, aliás, quem afirme que vincular o *duty to mitigate* à causalidade seria o mesmo que vinculá-lo a técnicas de vias indiretas ou até mesmo incertas (BRANDÃO PROENÇA, 2015, p. 140).

Não é esse, porém, o caso.

De fato, culpa e causalidade guardam íntima correlação com a *mitigation doctrine*; com ela, no entanto, definitivamente não se confundem. A doutrina que os baralha num só bojo, diz Daniel Pires Novais Dias (2012, p. 25), parte de premissa equivocada. É que, para aferir se a (in)ação do credor, que agravou seu próprio prejuízo, tocou, ou não, o nexos causal a ponto de revertê-lo contra si, necessário é que, antes, exista norma que lhe imponha tal conduta. Avaliar a culpa do credor, aliás, para verificar se sua (in)ação, culposa ou dolosa, ocasionou o agravamento dos prejuízos, pressupõe, igualmente, a existência de norma que lhe impinja obrar ou aquietar-se para impedir o agravamento dos danos (MORAES, 2019, p. 69-74).

Anota Christian Sahb Batista Lopes (2013, p. 176), neste ponto, que:

A análise desses casos revela, com clareza, o desacerto em se dizer que a causalidade é fundamento da mitigação, pois essa é logicamente anterior

àquela. Para se afirmar que certo dano foi causado pela omissão do credor, que não fez nada para evitá-lo, deve-se antes reconhecer a existência de um dever ou ônus que imponha que o credor aja de tal forma. Se o devedor praticou um ilícito ao descumprir uma obrigação, essa ação terá por efeito uma série de danos ao credor que se desenvolverão em uma cadeia natural de causalidade, cuja extensão dependerá da teoria que se adote. De qualquer forma, essa cadeia de causalidade somente poderá ser rompida por uma omissão do credor se essa for imputável a ele. Do contrário, as coisas se passarão de acordo com seu fluxo fático natural e, conseqüentemente, o devedor deverá indenizar o credor por todos os prejuízos decorrentes.

Daniel Pires Novais Dias (2012, pp. 24-25), por sua vez, anuncia que:

Esta premissa resulta em ausência de fundamento jurídico para a atividade de contenção ou mitigação do próprio dano pela vítima e tem implicações em dois níveis: em um primeiro nível, uma implicação causal: como a causalidade por omissão pressupõe a inobservância de um mandamento jurídico de ação, a ausência de um mandamento de evitar o próprio dano implica na impossibilidade de se reconhecer na conduta de inércia da vítima em relação ao agravamento do próprio prejuízo uma causa deste dano, de maneira que o dano deveria ser integralmente imputado ao agente causador do evento danoso, por não haver outra causa para a sua configuração; em outro nível, uma implicação sobre a culpa: como a culpa corresponde a um juízo de censura relativamente à conduta ilícita do agente, a ausência de uma prescrição jurídica de evitar danos a si implica que a conduta da vítima que concorre para o próprio prejuízo ou seu agravamento não pode ser considerada culposa.

A questão, portanto, não é saber se *o duty to mitigate* associa-se, ou não, à aferição da causalidade ou culpa.

Não, a questão é saber, na verdade, se há, no Brasil, norma que imponha ao credor que, diante do incumprimento da obrigação, aja ou aquiete-se razoavelmente de forma a que não agrave os próprios prejuízos. Se (e somente se) possível for, aqui no Brasil, destacá-la ou, então, se possível for que a importemos de ordenamentos alienígenas, a análise *in concreto* da culpa e do nexos causal serão, nada mais nada menos, que ferramentas hábeis para a consolidar.

Vera Maria Jacob Fradera (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2004, pp. 177-178), por exemplo, afirma que, quanto ao *duty to mitigate*, “o nosso Código de 2002 silenciou a respeito, o que é de lamentar”. Cristiano de Souza Zanetti (2012, p. 31), aliás, afirma que “o Direito brasileiro [...] a despeito da lacuna legal, tem se valido do chamado “dever de mitigar o dano” para definir a extensão do prejuízo ressarcível”.

E não é só.

Em 2007 o grupo espanhol Albengoa adquiriu indústria sucroalcooleira brasileira, pertencente ao grupo Ometto. Sob direção espanhola, a indústria passou a enfrentar sérias dificuldades, acumulando dívidas, nacional e internacionalmente, até

que, em 2015, ajuizou, na Espanha, pedido de recuperação judicial (MARTINS-COSTA, 2018, p. 608).

Os espanhóis, então, levaram os brasileiros, Ometto, a tribunais arbitrais americanos, ao argumento de que, quando do trespasse, teriam nossos conterrâneos alterado os balancetes contábeis, bem como forjado produtividade que não refletia a realidade. Nos tribunais arbitrais, a decisão foi pela procedência do pedido, condenando o grupo Ometto ao pagamento de ressarcimento que beirava R\$ 150 milhões, decisão que foi levada a julgamento, à frente, pela District Court de Nova York, ocasião em que o grupo Ometto teria arguido não só a suspeição de um dos árbitros (NEW YORK, 2013, pp. 1-13).

Os advogados de Ometto teriam, inclusive, afirmado que:

[the] Brazilian law imposes a duty to mitigate arising from civil Code Articles 187 and 422. [...] Ometto argues that it made the tribunal aware of the purported duty to mitigate in its briefing before it. [...] Ometto thus complains that because the Award did not directly address the duty to mitigate, it likely did not take account of it in computing damages³⁰ (NEW YORK, 2013, pp. 13)

Em linhas gerais, Ometto teria, portanto, afirmado a existência expressa do *duty to mitigate* nos artigos 187 e 422 do Código Civil de 2002, que é, justamente, o substrato sob o qual o posicionou Vera Maria Jacob Fradera (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2004, pp. 177-178).

Em resposta, contudo, entendeu a corte nova-iorquina:

[...] there is no such duty to be found in the plain language of the cited provisions of the Brazilian Civil Code. 4 Because, therefore, Ometto did not adequately present its legal theory to the arbitrators, Ometto's proposition that the arbitrators "disregarded" that law without merit³¹. (NEW YORK, 2013, pp. 13-14)

Em assim sendo (e se verdadeiras as proposições), ter-se-ia, talvez, de importar um instituto inteiro de outros países, enxertando-o em meio ao ordenamento jurídico pátrio, da mesma forma como um certo professor, na estória de Mary Shelley, teria criado o icônico Frankenstein.

³⁰ “[A] lei brasileira impõe o dever de mitigar, surgindo dos artigos 187 e 422 do Código civil. [...]. Ometto argumenta que cientificou o tribunal sobre o suposto dever de mitigar. [...]. Ometto, portanto, reclama que, porque a decisão não abordou diretamente o dever de mitigação, provavelmente não o levou em consideração na computação dos danos” (tradução livre).

³¹ “Não existe um dever [de mitigação], na linguagem clara dos artigos mencionados no Código Civil Brasileiro. Como, portanto, Ometto não mostrou sua teoria jurídica aos árbitros, a alegação de Ometto, de que os árbitros “desconsideraram” essa lei, não merece mérito.” (tradução livre)

Crê-se, porém, junto de Christian Sahb Batista Lopes (2013, pp. 137-186), Judith Martins-Costa (2018, p. 609), Flávio Tartuce (2005, p. pp. 1-15), Daniel Pires Novais Dias (2012, pp. 51-53), Tomas Barros Martins Comino (2015, pp. 101-102), André Luiz Arnt Ramos, João Pedro Kostin Felipe de Natividade (2017, pp. 16) e Ruy Rosado Aguiar Júnior (2003, p. 136), Bruno Terra de Moraes (2019, pp. 43-101) e José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins (2015, pp. 157-189), que, não, não é necessário seja importado um instituto acompanhado de todos os seus predicados.

O direito brasileiro, crê-se, já o contém, em seu seio, seja destacando-o da boa-fé objetiva, seja pinçando-o de quaisquer outras normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio. Não fosse isso, João Manuel de Carvalho Santos (1986, pp. 257-267), José de Aguiar Dias (1983, pp. 880-881), Agostinho Alvim (1980, p. 362) e Yussef Sahid Cahali (1980, p. 144) não teriam, já na década de 1980, alinhavado as primícias de algo (seja lá qual fosse, à época, sua natureza jurídica) que impunha ao credor que, diante do inadimplemento, agisse ou se omitisse de forma que minimizasse seus próprios prejuízos, sob pena de não ser por eles devidamente ressarcido.

Que (malgrado não com este nome) exista, em meio ao ordenamento jurídico pátrio algo que se assemelhe ao *duty to mitigate*, não há, portanto, dúvidas. Importa anotar, então, qual o entendimento da doutrina pátria, quando a sua natureza jurídica.

Flávio Tartuce (2005, p. 15), por exemplo, assunta que situar o “dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos”. Vera Maria Jacob Fradera (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2004, p. 178) anota a necessidade de que, doutrina e jurisprudência nacionais, “mediante o auxílio do Direito comparado e com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, reconheçam a existência de um dever, imposto ao credor, de mitigar o seu próprio prejuízo”. Bruno Terra de Moraes (2019, pp. 75-82), por sua vez, afirma que, sim, o *duty to mitigate* é um “autêntico dever”.

Assimilá-lo a um dever, porém, é geralmente enjeitado doutrinariamente. Seja geral, seja anexo à boa-fé objetiva, a figura do dever é, sem sombra de dúvidas, malvista para traçar os contornos da natureza do *duty to mitigate*³².

³² Confira-se, para tanto: DIAS, 2012, pp. 25-30; MARTINS-COSTA, 2018, p. 600-610; RAMOS; NATIVIDADE, 2017, p. 16; THE YALE LAW JOURNAL, 2012, pp. 28-36; LOPES, 2013, pp. 137-186; VELÁSQUEZ, 2015, pp. 20-22; COMINO, 2015, p. 78.

Os ordenamentos jurídicos, de modo geral, erigem direitos objetivos: complexos de normas impostas àqueles que a eles se submetem, e que os autoriza a fazer ou não fazer, ter ou não ter (DINIZ, 2018, p. 251). Ladeia-os, o direito subjetivo que, justamente, é a permissão que têm os sujeitos, respaldada pelo direito objetivo, de fazer valer os seus direitos individuais (ROSEVALD, 2014, p. 32). Podem estes – os direitos subjetivos – ser sinteticamente expressados pela fórmula ‘poder-dever’: ao mesmo tempo que o titular do direito subjetivo tem o poder de exigí-los de outrem, este tem o dever jurídico de a eles se submeter.

Trata-se, pois, da relação jurídica, que consubstancia “o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos” (AMARAL, 2014, p. 207).

Como assenta Emílio Betti (1969, p. 26):

A relação jurídica, no campo do direito privado, pode caracterizar-se, precisamente, como uma relação que o direito objetivo estabelece entre uma pessoa e outra, na medida em que confere a uma um poder e impõe a outra um vínculo correspondente. Ao mesmo tempo que se diferencia numa grande variedade de tipos, ela constitui a espécie saliente, e mais completamente desenvolvida, do gênero “situação jurídica”, entendida esta expressão no seu significado mais lato, e exprime, com a bilateralidade que lhe é própria, a correlação necessária que ocorre entre poder e vínculo entre posição activa e posição passiva.

Por isso é que, segundo parte da doutrina³³, assimilar o *duty to mitigate* à figura jurídica do dever seria garantir ao devedor, noutra ponta, um poder de exigir do credor que, ante o incumprimento da obrigação, aja ou omita-se para agravar seus próprios prejuízos.

Noutras palavras, “a norma de mitigação não impõe um verdadeiro dever, pois o devedor não dispõe de mecanismo para impor que o credor adote mecanismos razoáveis para evitar os prejuízos” (LOPES, 2013, p. 194), ou, então, “*por lo que respecta a su naturaleza, no se trata de una obligación jurídicamente exigible*” (VELAZQUEZ, 2015, pp. 20-21).

Como dever (vinculado a uma obrigação), nem mesmo da boa-fé se lhe poderia pinçar, como sustenta Judith Martins-Costa (2018, p. 608):

³³ Confira-se nota de rodapé acima.

Não se trata de uma obrigação nem de um dever anexo. A noção jurídica de dever implica a de correlação a direito. A todo direito corresponde um dever e a todo dever corresponde um direito. No polo correspectivo do dever haverá um sujeito ativo (titular do direito) determinado (por exemplo, o credor) ou indeterminado (a sociedade, dita por Pontes de Miranda «sujeito ativo total»). A consequência da qualificação como dever jurídico implicaria, logicamente, em admitir a existência de um correlato direito subjetivo e, portanto, de uma pretensão. Pode-se discutir se é pertinente a sua qualificação como dever de proteção, porém, de modo algum qualifica-se como «obrigação», em sentido técnico. Isso porque não há dever de prestação aí embutido, de modo que a violação do dever de mitigar, tão somente em si considerada, jamais importaria em inadimplemento. Se importasse, carrearía aos conseqüências da violação das obrigações (Código Civil, art. 389 e seguintes). É de se convir que a consideração da violação ao dever de mitigar como inadimplemento contratual, poderia levar ao absurdo de se concluir que a vítima do dano deva responder por perdas e danos, enquanto, na verdade, a consequência jurídica atribuída pelo descumprimento do dever é apenas a diminuição do quantum indenizatório que lhe será devido. No próprio texto da CISG (fonte de 'inspiração' à recepção da figura no Direito brasileiro), o dever de mitigar está estrutural e literalmente discernido do inadimplemento dos contratos («fundamental breach»). Enquanto o dever de mitigar está expressamente previsto no art. 77, o inadimplemento – modo geral – é retratado pelo art. 25.

Rejeitado o dever, há, então, quem busque outras figuras a garantir sustentáculo ao *duty to mitigate*.

Ancorando-se no doutrinador português Mário Júlio de Almeida Costa³⁴, Christian Sahb Batista Lopes (2013, p. 196) anota que “a norma de mitigação representa para o credor um ônus”; É aquele a que se refere, por exemplo, Clóvis do Couto e Silva (1998, p. 98):

Somente podem ser considerados ônus, algo que não pertence ao mundo jurídico, mas ao mundo dos fatos. Esses ônus, por não se constituírem em deveres no sentido jurídico, exatamente porque dever é sempre dever para com alguém, podem, entretanto, constituir direito formativo. A possibilidade que tem o segurado de aumentar o âmbito da apólice, em razão de situação de perigo nela não previsto, repercute no mundo jurídico como exercício de direito formativo modificativo, como no exemplo a que anteriormente aludimos.

Afirma Juan Pablo Pérez Velazquez, neste mesmo sentido (2015, p. 21):

Por lo que respecta a su naturaleza, no se trata de una obligación jurídicamente exigible, sino de una carga [...] que tiene el acreedor de una indemnización de daños y perjuicios. [...] Considero que se trata de una carga del acreedor de la indemnización, porque si la incumple no se le impone coactivamente; técnicamente no existe una sanción, simplemente tiene como consecuencia que no recuperará todos los daños sufridos, sino sólo los que no podían ser evitados ni aminorados

³⁴ A obra mencionada pelo autor, para se referir ao ônus: COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 9. ed. rev. aum. Coimbra: Almedina, 2006, p. 56

E, igualmente, anuncia Lilian C. San Martin Neira (2012, p. 354)

Si bien hemos hablado de deber, es necessário dejar en claro que el empleo de esta palabra se ha hecho en el sentido lato de ella, pues, en estricto rigor, la naturaliza jurídica del comportamiento exigido a cada conciudadano es la de una “carga”. No cabe hablar de deber, toda vez que no existe la posibilidad de forzar su cumplimiento. Se trata de una carga de diligencia consigo mismo. Es decir, el ordenamento jurídico impone a todos los ciudadanos un comportamiento.

Junto dele, Daniel Pires Novais Dias (2012, pp. 33-37) baseia-se no mesmo sedimento – o não cabimento de vincular o *duty to mitigate* a figura do dever – alcinhando o *duty*, porém, de encargo:

Propõe-se o reconhecimento do encargo de evitar o próprio dano. Trata-se da figura dogmaticamente mais adequada para suprir o necessário reconhecimento de uma prescrição jurídica da parte prejudicada evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo

André Luiz Arnt Ramos e João Pedro Kostin Felipe de Natividade (2017, p. 6), por sua vez, assumem que “há, pois, não uma obrigação, um ônus ou um dever, mas uma incumbência de mitigar o (próprio) prejuízo”. Para eles, a figura do ônus não seria suficiente a amparar a norma de mitigação, uma vez que:

Esta orientação é consistente e fiel ao sentido atribuído à figura do ônus, mas, para além de incorrer nas dificuldades inerentes a sua plurivocidade no Direito Processual, olhe a alteridade ínsita aos processos obrigacionais, timbrados pela colaboração intersubjetiva¹⁶ (inclusive aos deflagrados pelo infligir de dano reparável)¹⁷. É que estes não se dinamizam segundo o rigoroso regramento formal do Processo, tampouco contam com a presidência de um terceiro incumbido de decidir acerca do não desempenho deste ou daquele ônus por qualquer das partes, segundo o procedimento previamente estabelecido e conhecido. Assim, a não mitigação do prejuízo evitável (ou a não adoção de medidas razoáveis e aptas a esta finalidade), mormente à vista de seu fundamento normativo e axiológico, implica consequências não só à parte onerada, mas também àquela(s) com que se relaciona. Mais: o elemento valorativo-vinculativo em análise se funcionaliza à realização do interesse de todos os partícipes do processo obrigacional e tem, como norte, o adimplemento satisfatório. Trata-se, portanto, de algo a mais que um ônus. (RAMOS; NATIVIDADE, 2017, p. 5)

Comunga do mesmo posicionamento, por exemplo, Judith Martins-Costa (2018, pp. 607-609). Saliencia a autora que, de fato, o ônus não seria suficiente a amparar o *duty to mitigate*, porque “sua qualificação como ônus ou encargo material resultaria da circunstância de essa figura não contracenar com nenhuma posição que

lhe surja simétrica”. A autora sugere, então, que o *duty to mitigate* esteja situado entre a figura do ônus e o dever de proteção. Em suas palavras:

[...] o dever de mitigar resta, efetivamente, a meio caminho entre as categorias do ônus jurídico (no sentido tradicional) e a do dever de proteção, razão pela qual ou se deveria admitir a categoria do encargo de direito material ou expressar a particularidade pela díade ônus/dever de proteção. Trata-se de figura cuja aplicação está a merecer extremada prudência, sendo necessário ter em mente os seus limites e os seus pressupostos, para o que cabe averiguar sua origem, já que o ambiente em que nascida tem valor explicativo de sua razão de ser. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 610)

Não é só, porém.

Autores há, também, que equiparam o *duty to mitigate* a algo como um princípio (nos mesmo moldes dos países vinculados à *Common Law*). O português José Carlos Brandão Proença (2015, p. 140) narra, por exemplo, que:

[...] a formulação expressa de um concreto princípio mitigador tem uma vantagem inegável e que é a de permitir ao julgador continental deixar de estar preso a vias indiretas, mais incertas, como a boa fé (funda mas não é a solução), a proibição de venire contra factum proprium, a culpa do lesado ou as teorias causais (interrupção, causa imediata versus causa mediata), vendo, com outros olhos, os negócios de substituição realizados pelos credores ou que estes deveriam ter realizado.

Maria Luisa Palazón Garrido (2019, p. 11), igualmente, indica que:

La mitigación del daño constituye un principio fundamental en el Derecho de cuño anglosajón, y aunque no se recoge expresamente en los códigos civiles caribeños de tradición romano-germánica, puede fundamentarse en la buena fe contractual..

Vale dizer, não há um consenso quanto à natureza jurídica em que *duty to mitigate* melhor se amolde.

E, em assim sendo: (a) se não é objetivo precípua deste trabalho aferir, com profundidade e exatidão, qual é a natureza jurídica do *duty to mitigate*, no direito brasileiro; (b) se não há um consenso, nem mesmo entre doutrina e jurisprudência, sobre qual é sua natureza jurídica verdadeira; (c) mas, enfim, se há (e muitos) quem defenda sua existência, um só pode ser, aqui, o desfecho: parece-nos muito mais seguro e sincero (ao menos enquanto doutrina e jurisprudência perscrutam mais a fundo a realidade do instituto) que o situemos – o *duty* – simplesmente como norma.

Sim, a norma, em linhas gerais, engloba tanto regras, como princípios (AVILA, 2005, pp. 22-26) e, neste meio, com absoluta certeza, poder-se-á, com o tempo, pinçar qual é, exatamente, a natureza jurídica da norma de mitigação.

A solução é pertinente não só porque, talvez, escape a solo seguro frente à miríade de soluções apresentadas, mas, principalmente, porque garante substrato suficiente para aparelhar a análise de culpa e nexos causal, quando infrinja o credor a norma de mitigação.

Por mais, então, que, até agora, tenha-se ganhado intimidade bastante a, vez ou outra, chamá-lo carinhosamente apenas pelo primeiro nome (*duty*), tratar-se-á de, daqui em diante, a ele se referir travestido (até mesmo pela mudança repentina de gênero) de roupagem que, ao menos provisoriamente, melhor se lhe amolda, ou seja, norma de mitigação.

Um ponto, enfim, deve ser ressaltado: seja ônus, seja encargo, seja incumbência, seja dever, seja princípio, seja, portanto, qual roupagem lhe queira cunhar, a norma de mitigação é, sim, vinculada à boa-fé objetiva³⁵. Nesse sentido, anuncia Bruno Terra de Moraes (2019, p. 79):

[...] se, após o inadimplemento contratual, o credor não age para mitigar seus danos, mas mesmo assim vem cobrar indenização por eles, essa atitude, indubitavelmente, violará a boa-fé objetiva. Para que fique mais claro: ainda que se entenda que a não mitigação, por si só, não atinge a esfera jurídica alheia [...] em caso de posterior cobrança pelos danos não cobrados, estar-se-á infringindo a boa-fé objetiva.

Sedimentados, então, os fundamentos da norma de mitigação, passar-se-á ao próximo capítulo, tratando, agora, do direito bancário.

³⁵ Com posicionamento semelhante, pode-se ainda apontar: SILVA, 2014, pp. 77-102; LIMA; MARQUESI, 2018, pp. 67-83; VELÁSQUEZ, 2015, p. 22; MARTINS, 2015, p. 49-84; SAN MARTIN NEIRA, 2012, p. 360-370; PALAZÓN GARRIDO, 2019, p. 11; LOPES, 2013, p. 137-186; RAMOS; NATIVIDADE, 2017, p. 16; MARTINS-COSTA, 2018, p. 608; TARTUCE, 2005, p. 5. Em sentido contrário: DIAS, 2012, pp. 51-52.

2 DIREITO BANCÁRIO

2.1 FORMAÇÃO, ASCENSÃO E DECLÍNIO DO ESTADO SOCIAL: O ADVENTO DO NEOLIBERALISMO E DO MICROSSISTEMA BANCÁRIO

Na história mundial, o século XX é, sem dúvida alguma, marcado por violações à dignidade humana: até a primeira metade do século, o mundo deparou-se com dois confrontos bélicos diretos de escala global, os quais, sabe-se bem, fizeram milhões de mortos não apenas nos campos de batalha, mas também nos de concentração; na segunda metade do século, a experimentação do socialismo na União Soviética, ao confrontar o poder bélico norte-americano, fez, a duras penas, aumentar o número de vítimas atiradas na vala do século XX.

Posto que muitos tenham sido os terrores do século XX, Jurgen Habermas (2001, p. 62) chama atenção para o fato de que, ainda assim, é possível que se enxergue o algo de positivo no indigitado período. O progresso cultural que se desenrolou entrementes içou mastro acima, servindo de pano de fundo para que, segundo o autor, fosse erigido o Estado social na Europa e em outras partes do mundo.

A “era” do Estado social tem começo, meio e fim, como salienta José Eduardo Faria (2004, p. 112): inicia-se nos anos 30, com o *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt; alastra-se em meados dos anos 40, com o Plano Marshall e com os esforços conjuntos para reconstrução, recuperação e crescimento do Pacífico e da Europa Ocidental; alcança o topo da parábola nas décadas de 50 e 60, a altos níveis de produção, de consumo, e de bons salários, criando, então, um ambiente altamente favorável tanto ao crescimento do setor produtivo como à adoção de programas sociais; e começa a descer ladeira a baixo a partir da década de 1980, quando o crescimento do setor produtivo passa a não mais suportar o peso da junção entre os programas sociais já à época absorvidos e aqueles que estariam por vir.

A decadência do Estado social, neste último período, deve-se a um encadeamento de fatores, sendo que, dentre muitos, um, nas palavras de Jurgen Habermas (2001, p. 62-69), é determinante: a modificação completa das estruturas do sistema econômico mundial, vale dizer, a globalização.

Em uma economia globalizada, que se caracteriza pelo completo ocaso das distâncias, derribada virtual das fronteiras físicas entre países e moldada pelo

surgimento e pelo fortalecimento de organizações produtivas transnacionais e de instituições financeiras globais, o Estado social viu sucumbir o alcance de sua atuação e, sobretudo, da regulação. Isso se acentuou em razão do aumento populacional decorrente do avanço médico-científico, que, aliado ao intenso desenvolvimento tecnológico, fez aumentar o número de desempregados (HABERMAS, 2001, pp. 62-69).

Uma abordagem mais institucional pode ser, também, delineada. A título de exemplo, pode-se abordar o *iter* percorrido pelos Estados Unidos da América. No início do pós-guerra, as demandas por justiça social foram, como já se disse, apaziguadas, dados os arranjos institucionais capazes de garantir a pacificação do conflito 'trabalho x produção' e, via de consequência, a criação de ambiente propício ao crescimento econômico. O Estado, por aproximadamente duas décadas, vislumbrou a não tão belicosa convivência das duas referidas forças - não que, entre elas, inexistiam conflitos; havia, na verdade, meios e governabilidade bastante para, mais facilmente, conduzi-las a uma solução que agradasse ambas as pontas do cabo de guerra. Com as democracias capitalistas fadadas à queda de crescimento, os Estados se valeram da emissão de moeda sem lastro, como forma de antecipar investimentos e propulsionar o consumo (FARIA, 2004, p. 115-116).

Como anota Wolfgang Streeck (2011, p. 41), a medida tomada pelos Estados foi, sim, eficiente, mas apenas em um primeiro momento. É que a emissão de moeda sem lastro conduziu à inflação; a inflação, à desconfiança do mercado produtivo; a desconfiança, por fim, ao desemprego. É dizer: a política econômica acomodatória que, a princípio, garantiu aos trabalhadores estabilidade salarial e a manutenção dos muitos empregos voltou e, como um *boomerang*, atingiu-os em cheio.

A resposta dada pelo presidente dos Estados Unidos da América, Jimmy Carter, com a política econômica de Paul Volcker em 1979, foi a drástica elevação dos juros, o que foi reforçado com a ascensão da Primeira-Ministra do Reino Unido, Margareth Thatcher, e, posteriormente, com o também presidente dos Estados Unidos, Ronald Reagan. O aumento das taxas de juros reduziu, de fato, a inflação e, somado à pressão do Estado e das organizações produtivas, fez cair, e muito, a organização sindical a ponto de quase que extirpar movimentos de greve. A queda e a estabilização da inflação, contudo, acarretou o aumento do desemprego, que, por sua vez, fez majorar a dívida pública (STREECK, 2011, pp. 42-45).

O crescente endividamento estatal culminou em dois déficits: o do governo federal e o do país como um todo em termos de comércio exterior. Bill Clinton elegeu-se, então, presidente dos Estados Unidos da América e prometeu oferecer resposta a esse impasse. Promoveu ele um programa de austeridade com incisivos cortes de despesas públicas, em especial ligadas a programas sociais. Mais ainda, aprofundou a desregulamentação do setor financeiro, como forma de balancear o reduzido número de empregos e o corte de programas sociais. Em suma, o governo americano trocou a dívida pública pela privada, é dizer, ao invés de ele, Estado, custear os anseios sociais por emprego, por educação e por saúde, permitiu que instituições financeiras bancassem tanto as necessidades prementes como as frivolidades da população; foi o denominado keynesianismo privado, segundo Wolfgang Streck (2011, p. 45). O endividamento pessoal propiciado pela política econômica vigente compensou, portanto, a era de austeridade pública.

Vê-se, então, que a saída para socorrer o modelo capitalista em crise foi a própria desconstrução do Estado social que se soergueu nos idos do século XX, substituindo-o por modelo econômico cujo sustentáculo fora estatuído sobre políticas econômicas voltadas à desregulamentação dos mercados financeiros, à redução de benefícios sociais, à adoção de medidas anti-inflacionárias e à privatização de empresas estatais: o modelo neoliberal.

Importante também é observar como, depois de ganhar holofotes nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, o movimento neoliberal alastrou-se pela América Latina e, especialmente, pelo Brasil.

O hemisfério Sul consubstanciou, pode-se dizer, o laboratório neoliberal, já que, sob a ditadura de Pinochet, no Chile, e sob a batuta de acadêmicos chilenos doutorados pela universidade de Chicago (mais tarde conhecidos como *the Chicago boys*), os ideais neoliberais absorvidos das lições de Milton Friedman foram, ainda na década de 1970, testados (SCHILLING, 1994, pp. 53-55).

Depois do aparente sucesso das políticas econômicas adotadas por Thatcher, na Inglaterra, e por Reagan, nos Estados Unidos, o hemisfério Norte passou a preocupar-se com os trilhos percorridos pelos países latino-americanos, assolados por períodos de inflação e de crescimento da dívida pública. Em razão disso, organizou-se o consenso de Washington, em 1989, embebido academicamente dos valores e dos ideais neoliberais e direcionado a encarrilar o trem desgovernado que, àquela época, se tornara boa parte América Latina (BRANDÃO, 2013, pp. 54 e 328).

Cognominado por John Williamson, o consenso de Washington descansou sobre 10 pilares, ou seja, 10 reformas, que foram, também por ele mesmo, sugeridas àquela época:

[...] disciplina fiscal; uma mudança nas prioridades para despesas públicas; reforma tributária; liberalização do sistema financeiro; uma taxa de câmbio competitiva; liberalização comercial; liberalização da entrada do investimento direto; privatização das empresas estatais; desregulamentação; direitos da propriedade assegurados (WILLIAMSON, 2003, p.1).

No Brasil, as reformas propostas no consenso de Washington passam a ser (ou, ao menos, tentar ser) implantadas a partir do governo de Fernando Collor e são, de fato, ajustadas com a ascensão de Fernando Henrique Cardoso ao poder. O controle da inflação, por exemplo, é intensificado com os Planos Collor I e II, alcançando resultados positivos, no entanto, apenas com o Plano Real, iniciado durante o governo de Itamar Franco. A abertura econômica ao capital estrangeiro se inicia, também, com Collor, tomando largas proporções na Era FHC, o que ocorreu de um modo similar com as privatizações. Com o peessedebista empossado, aliás, iniciam-se as demais reformas, como, por exemplo, a quebra de monopólios públicos, a abertura econômica e as mal afamadas privatizações (SCHILLING, pp. 62-63).

Também a desnacionalização e a desregulamentação financeiras tomaram corpo no governo encabeçado por FHC. A participação de bancos estrangeiros estabelecidos no Brasil passou de 9,6%, em 1988, para 7,2%, em 1994, alcançando 33,1%, em 2000 (CARVALHO; VIDOTTO, 2007, p. 398).

O aumento da participação do capital estrangeiro deveu-se, justamente, à abertura econômico-financeira brasileira. O Decreto-Lei 2.627/1940, por exemplo, fazia clara distinção entre empresas com capital nacional e estrangeiro, vinculando o funcionamento dessas à autorização prévia do governo federal (ATHAYDE, 1982, pp. 167-168). Outrossim, regramentos como a Lei 4.131/1962, a Lei 4.595/1964 e a própria Constituição Federal de 1988, conquanto permitissem, na sua época, a instalação de instituições financeiras estrangeiras no país, vincularam-na, porém, a requisitos preestabelecidos, como, por exemplo, a necessidade de anuência presidencial constante no texto constitucional primevo da Carta Magna de 1988 (BRANDÃO, 2003, pp. 171-175).

Diante da truncada barreira ao capital externo, a desregulamentação e a desnacionalização financeira só ganharam força em 1995, com a Exposição de Motivo

311, formulada pelo então ministro da Fazenda, Pedro Malan e encaminhada à Presidência da República. Nela, com sustentáculo na prerrogativa conferida pelo artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi destacada a prudencial abertura do mercado financeiro (CARVALHO; STUDART; ALVES JR., 2002, pp. 32-33).

Daí em diante, entre os governos de Fernando Henrique Cardoso e de Luís Inácio Lula da Silva, resoluções do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, propostas de emenda à Constituição Federal, Leis e muitos outros dispositivos foram substanciais para, de um lado, desregulamentar o setor financeiro e, de outro, propiciar a criação de um microssistema legal aplicado, única e exclusivamente, às instituições financeiras.

Pode-se destacar, a título de exemplo, a criação legal de benesses. Pegue-se, aqui, a criação de títulos de crédito próprios às casas bancárias.

Os bancos, por muito tempo, sofreram com a iliquidez quando da recuperação de crédito oriundo da utilização desenfreada do limite disponibilizado em conta corrente às pessoas físicas ou às jurídicas: o grande problema, à época, era conferir, judicialmente, liquidez aos contratos de conta corrente, já que os únicos documentos que serviam para amparar a evolução do débito do mutuário frente à instituição financeira eram os extratos da própria conta (NORDI, 1999, pp. 3-16).

A exemplo do EREsp 108.259, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999, pp. 1-40), entendia-se que o instrumento de contrato de conta corrente, ainda que acompanhado de extratos, não detinha liquidez, fechando-se para os bancos; por isso, as portas da ação de execução, meio processual mais célere e eficaz, se comparado às ações de cobrança ou à monitória. Basta, aliás, avaliar o Enunciado Sumular 233 do Superior Tribunal de Justiça, do final de 1999, e a Súmula 247 também da Corte Superior. A saída às casas bancárias foi alcançada, tão somente, com a Lei 10.931/2004, durante o governo Lula, que propiciou a criação da Cédula de Crédito Bancário, cujo *caput* do art. 28 conceituou como “título executivo extrajudicial [qu]e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível [...] pela soma nela indicada [...] pelo saldo devedor demonstrado [...] nos extratos da conta corrente”.

Veja-se, também, a criação de garantias reais extremamente benéficas às casas bancárias, melhor explicitadas adiante.

Como dispõe o artigo 108 do Código Civil, atos de transferência que visem à constituição, à transferência, à modificação ou à renúncia de direitos reais sobre

imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo dependem de forma prescrita em lei, qual seja, a formalização mediante escritura pública.

A Lei 9.514/1997 (editada durante o governo de FHC), porém, flexibilizou a forma estatuída no diploma civil, permitindo que, nos casos em que uma das partes do pacto participe do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), a alienação fiduciária seja formalmente válida, ainda que perfectibilizada mediante instrumento particular, conforme artigo 38. Deu-se a referido instrumento (o particular de alienação fiduciária de bens imóveis no qual um dos contratantes participa do Sistema Financeiro Imobiliário) a alcinha de instrumento particular com efeitos de escritura pública, conforme disposição expressa do artigo 38 da Lei 9.514/1997, vale dizer, os bancos – e somente eles – podem atuar à revelia do Código Civil, porque embasados em lei federal que o contradiz expressamente, especialmente com relação ao procedimento privilegiado (RIZZARDO, 2012, pp. 221-224 e 417-419).

É, em suma, o típico desfecho advindo da inflação legislativa a que se refere José Eduardo Farias (2004, pp. 121-122), característica marcante da queda e da derrocada do Estado social.

Quanto à desregulamentação financeira no Brasil, outros pontos podem ser, também, alinhavados. Pode-se destacar, exemplificativamente, as Resoluções 2.212, 2.344 e 2.345 do Conselho Monetário Nacional, que, respectivamente, eliminaram a exigência previamente estabelecida de que o capital mínimo requerido para que um banco estrangeiro operasse no Brasil representasse o dobro do exigido das instituições nacionais. Ademais, permitiram que ações não preferenciais de bancos nacionais pudessem compor a carteira de investimentos de capital estrangeiro e a aplicação em ações sem direito a voto de instituições financeiras com sede no Brasil (BRANDÃO, 2013, pp. 179-180).

Pode-se verificá-la, também, quanto aos encargos remuneratórios que podem ser exigidos pelas instituições financeiras.

Como se verá adiante, fruto do liberalismo que se alastrou e arrebanhou boa parte do Ocidente, o Código Civil de 1916 permitia, claramente, a exigência de juros acima do, hoje, limite legal, inclusive, capitalizados, sem qualquer tipo de limitação legal. Problemas econômicos internos afetos claramente à seara rural fizeram, porém, fosse editado o Decreto 22.626/1933, que caracterizou como crime a cobrança de juros acima de 6% ao ano. Dali em diante, nasceram a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Código Tributário Nacional, todos ratificando o Decreto

22.626/1933 e, quando não, limitando as taxas de juros a, no máximo, 12% ao ano; claro, pois, o óbice ao livre pacto dos juros (SCAVONE JÚNIOR, 2014, p. 38).

Ver-se-á, no item 2.3, que, com esforços conjugados entre Legislativo, Executivo e Judiciário, a partir de 2003, foi tomada uma série de medidas casadas que, na ponta final, permitiu, por exemplo: (a) completa liberdade para que os bancos estipulem as taxas de juros que entendam pertinentes, existindo instituições, por exemplo, que cobram aproximadamente 1.000% ao ano a título de juros remuneratórios³⁶; e (b) a liberação para capitalização de juros anual, mensal e, até mesmo, diária, impulsionando, em progressão geométrica, a elevação do custo efetivo total de operações bancárias.

Quer-se dizer, portanto, que, desde 2003, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar, com mais veemência, posições que ofereciam suporte ao movimento de desregulamentação financeira característico do período que sucedeu ao colapso do *Welfare State*, percebendo-se, pois, a construção paulatina de um microsistema bancário, nos moldes daqueles anunciados por José Eduardo Faria (2004, p. 137).

Muitos outros exemplos poderiam ser, aqui, destacados. Bastam, porém, os já apontados. Servem eles, por certo, a demonstrar a construção do microsistema bancário, em solo pátrio. Em razão disso, é importante que se mantenha os olhos fitos no desenvolvimento do substrato que, ao final deste capítulo, permitirá que o problema seja erigido.

2.2 OPERAÇÕES BANCÁRIAS

No item anterior, foram constatados os rumos tomados nacionalmente que, como desfecho, permitiram a elaboração de um sistema próprio às instituições financeiras. Ao adentrá-lo, então, é pertinente que seja analisado, por primeiro, aquilo

³⁶ A tabela de taxas de juros exigidos pelas instituições financeiras, para operações de crédito pessoal não consignado ofertado a pessoas físicas, do período de 22/11/2019 a 28/11/2019, trás taxas de juros, por exemplo, de 952,97% ao ano (CREFISA S.A. CFI), 1.105,86% ao ano (FACTA S.A. CFI) e 1.431% ao ano (JBCRED S.A. SCFI). Disponível em:

<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cr%C3%A9dito%20pessoal%20n%C3%A3o%20consignado¶metros=tipopessoa:1;modalidade:221;en cargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false> Acesso aos 12/12/2019

que possibilita às casas bancárias desenvolver suas atividades, as operações bancárias.

A série de atos realizados pela instituição financeira para a concreção de sua finalidade econômica é uma operação (COVELLO, 1999, p. 35). N'outras palavras, os negócios jurídicos realizados por bancos, no exercício de sua atividade e dotados de função creditícia, são cognominados operações bancárias (GOMES, 2019, p. 328).

Fran Martins (2019, p. 344) divide-as em passivas (coleta de capital junto a poupadores) e ativas (distribuição de capital). Giuseppe Ferri (2006, p. 680) anota sua dúplice categoria: as essenciais à função própria dos bancos, isto é, o exercício de crédito – que, de um lado, albergam a coleta de capitais, as operações passivas, e, d'outro, consubstanciam a distribuição dos capitais, as operações ativas – e as operações de serviços bancários, que, a despeito de sua relevância, têm papel acessório e complementar à perspectiva econômica e, inclusive, jurídica.

Mais singela, mas, concomitantemente, completa, porém, é a classificação adotada por Nelson Abrão (2011, p. 84). Para ele, as operações bancárias dividem-se em essenciais e em acessórias. Acessórias seriam as operações realizadas quando o banco não oferta crédito, v.g., a custódia de valores, os serviços de cofres de segurança ou a cobrança de títulos. Essenciais, por sua vez, ocorrem quando o banco exercita sua negociação de crédito, englobando, aqui, tanto as operações passivas (coleta de capital junto a poupadores, v.g., o depósito, o redesconto e a conta corrente) e as ativas (distribuição de capital, v.g., o empréstimo, o desconto de títulos).

Ativas ou passivas, muitas, sabe-se bem, são as espécies de operações bancárias. Destaque-se, a sustentar a assertiva, a operação essencial ativa de empréstimo; dela, depreendem-se: (a) a antecipação bancária; (b) a abertura de crédito e (c) o mútuo.

Cada uma delas dá origem a uma infinidade de outras operações de crédito bancário. A operação de antecipação bancária, por exemplo, pode ser utilizada tanto para o financiamento de um veículo popular como para o financiamento de maquinários agrícolas. A operação de abertura de crédito, ademais, pode ser utilizada tanto para a concessão de crédito em conta corrente ao consumidor pessoa física como para a concessão de crédito rotativo a título de capital de giro a uma indústria de grande porte. A operação bancária de mútuo, por fim, pode amparar a entrega direta de dinheiro pela casa bancária tanto ao idoso titular de benefício previdenciário

como àquela sociedade empresária que pretende exportar sua produção e, para fabricá-la, dele necessita.

Cada uma das operações delineadas, aliás, pode ser operacionalizada por diferentes contratos e/ou títulos de crédito.

O consumidor que quer adquirir seu primeiro veículo zero quilômetro, por exemplo, poderá fazê-lo mediante simples contrato de financiamento junto da instituição financeira, enquanto o agricultor que depende do maquinário agrícola o adquirirá por meio da emissão de uma cédula de crédito rural (GUIMARÃES; GONÇALVES, 2015, pp. 41-45). O consumidor pessoa física fará a opção de requerer ou de alterar o limite que lhe foi concedido em conta corrente no próprio terminal de autoatendimento, enquanto o grande industriário, a seu turno, emitirá à casa bancária uma cédula de crédito industrial. O idoso aposentado ter-lhe-á entregue o dinheiro do mútuo depois de emitir ao banco uma cédula de crédito bancário aliada à autorização irrevogável que sirva a aparelhar o débito mensal da prestação junto ao seu benefício previdenciário, enquanto a sociedade empresária emitirá à casa bancária uma cédula de crédito à exportação para que, com isso, apta esteja a produzir os produtos que intenta enviar ao mercado internacional.

Incontáveis é, portanto, vocábulo adequado para, hoje, referir-se à variedade de espécies de operações de crédito disponíveis no *card* de produtos e serviços das instituições financeiras.

Bem por isso é que, adiante, se destacará e se esmiuçarà, tão somente, as operações bancárias essenciais ativas de empréstimo, em especial as operações de mútuo e de abertura de crédito. Ao menos quanto ao que, aqui, se pretende abordar, são elas a base e o cerne das espécies de operações bancárias, operacionalizadas pelos mais variados contratos e/ou títulos de crédito bancário. Longe de, no caso, buscar primariamente diferenciá-los um do outro, o objetivo da exposição é, muito mais, demonstrar que, pelo sim ou pelo não, entre as próprias operações de crédito, há, na ponta final, semelhanças, sobretudo quando da composição do crédito advindo do inadimplemento.

Repita-se, portanto, que o presente trabalho trilhará seu percurso levando em conta não uma ou outra espécie de operações de crédito, de contratos e/ou de títulos de crédito bancário; o sustentáculo do problema ganha musculatura, na verdade, quando, uma vez inadimplida a operação bancária, se analisa a forma de composição do crédito a ser recuperado pela instituição financeira.

2.3 OS ENCARGOS DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

Elemento comum à grande maioria de operações bancárias, passivas ou ativas, é, sem sombra de dúvidas, o pacto quanto aos seus encargos.

Por encargos, aqui, diga-se, já de antemão, remetemo-nos ao conjunto de avenças que, de modo geral, remuneram o serviço da instituição financeira, influenciam no custo do crédito tomado e/ou indicam as consequências pecuniárias de seu inadimplemento, ou seja, por encargos, leia-se tarifas, juros, capitalização, multa e comissão de permanência³⁷. Afinal, o termo encargo é, aqui, utilizado, sobretudo, por ser usualmente adotado pelos tribunais de superposição³⁸.

Feita a rápida digressão, passar-se-á, então, a detalhar, adiante, os encargos que, usualmente, oneram as operações bancárias.

Começar-se-á pelas tarifas bancárias e pelos juros de modo geral, caminhando rumo aos juros remuneratórios, passando, então, pelos juros simples e compostos, pelos juros de mora, pela correção monetária e pela multa, para, só por fim, enfrentar-se-á a comissão de permanência.

2.3.1 Tarifas bancárias

Como já dito, tratar-se-á, primeiro, das tarifas.

A cobrança de tarifas, por parte da instituição financeira, decorre, necessariamente, da prestação de serviços e encontra escora normativa nas resoluções do Banco Central do Brasil, por força do que enunciam os artigos 3º, V, 4º, VI, VIII e IX e 9º, da Lei 4.595/1964³⁹.

³⁷ O termo encargo, neste sentido, é utilizado, por exemplo, por Ivo Waisberg e Gilberto Gornati (2012, pp. 77-97), bem como por Celso Marcelo de Oliveira (2002, p. 198).

³⁸ O termo encargo é também utilizado para se referir às rubricas que oneram os contratos bancários em julgados de importância para o direito bancário, por exemplo: (1) no REsp 1.061.530/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos (BRASIL, 2008, p. 1); (2) no REsp 973.827/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos (BRASIL, 2012, p. 1); (3) no REsp 1.058.114/RS, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (BRASIL, 2009, p. 1); e (4) no RE 81.693/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1975, p. 1).

³⁹ A afirmação é realizada com base em entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, a saber: (1) REsp 1.578.553/SP, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (BRASIL, 2018, pp. 1-41); (2) REsp 1.251.331/RS, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (BRASIL, 2013, pp. 1-43); e (3) REsp 1.255.573/RS, também julgado sob o rito dos recursos repetitivos (BRASIL, 2013, pp. 1-39)

Poucos anos após publicada a Lei 4.595/1964, o Banco Central do Brasil editou o seu primeiro ato tratando expressamente a respeito da cobrança de tarifas como remuneração pela prestação de serviços por casas bancárias. Por meio da Resolução CMN 73/1967 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1967, p. 1), decidiu-se tornar uniforme a cobrança de serviços prestados pelas instituições financeiras, em conformidade com normas que, adiante, seriam baixadas pelo próprio Conselho Monetário Nacional, determinando, sobretudo, que as tarifas, dali em diante, fossem fixadas, única e exclusivamente, com base nos custos de cada serviço.

A Resolução CMN 114/1969 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1969, pp. 1-3) serviu a ratificar a Resolução 73/1967 e, por sua vez, estabeleceu que os serviços prestados pelos estabelecimentos bancários seriam, sim, passíveis de remuneração, observada, porém, a tarifa máxima constante da tabela que lhe foi anexa. Com ela, portanto, o Banco Central do Brasil passou a, ainda que rudimentarmente, estipular limitações quanto a quais tarifas poderiam ser cobradas e, sobretudo, quais os valores que se lhes poderiam atribuir.

No mesmo ano, porque sancionada a Lei 5.474/1968 (a Lei das Duplicatas), a Resolução CMN 128/1969 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1969, p. 1) permitiu aos estabelecimentos bancários a cobrança de, por período determinado, tarifa correspondente a até o dobro na execução de serviços relacionados com duplicatas não padronizadas.

Pela Resolução CMN 225/1972 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1972, pp. 1-3), foram definidas tarifas únicas para remuneração obrigatória dos serviços prestados pelos estabelecimentos bancários, consoante tabela que se fez a ela anexar. As Resoluções CMN 312/1974 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1974, pp. 1-4), CMN 575/1979 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1979, pp. 1-4) e CMN 628/1980 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1980, pp. 1-4), cada uma à sua época, fixaram novas bases de remuneração obrigatória dos serviços prestados pelos estabelecimentos bancários, cada qual de acordo com as tabelas que afixaram, respectivamente: de um lado, a inclusão de novos serviços e, conseqüentemente, novas tarifas no *card* das instituições financeiras; e, doutro, manifestando de isenções/vedações de cobranças por serviços bancários. Em todas elas, porém, estabeleceram-se claros limites quanto aos valores e quanto às tarifas exigíveis pela casa bancária.

Três anos mais tarde, no entanto, a Resolução CMN 874/1983 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1983, p. 1) revogou a Resolução 628/1980, que estabelecia

bases de remuneração obrigatória dos serviços prestados pelos estabelecimentos bancários. Essa foi, pois, a primeira vez em que a precificação de tarifas bancárias passou de suas mãos às mãos de cada instituição financeira; claro, pois, o movimento anexo à desregulamentação.

Com a Resolução CMN 1.129/1986 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1986, p. 1), fruto do período de hiperinflação brasileiro, novamente, o controle a respeito dos valores das tarifas voltou às mãos do Banco Central, que estabeleceu o congelamento das tarifas então existentes, em obediência ao prescrito pelo artigo 35, § 2º do Decreto Lei 2.284/1986; estabeleceu, ainda, que a cobrança por serviços bancários não poderia ser maior do que estabelecido na tabela a ela anexa; vinculou a cobrança de novas tarifas à aprovação prévia pelo Banco Central do Brasil; informou forma, condições e bases de cobrança de tarifas deveriam ser comunicadas ao usuário pela instituição prestadora dos serviços; vedou a cobrança de determinadas tarifas por determinados serviços; permitiu a Tarifa relativa à Abertura de Crédito (TAC), que, mais adiante, seria objeto de intensa deliberação jurisdicional.

A Resolução CMN 1.275/1987 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1987, p. 1) previu vedações à cobrança de tarifas por determinados atos e, dois anos adiante, a Resolução 1.568/1989 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1989, pp. 1-2), além de novas vedações, previu o congelamento dos valores de tarifas, conforme disposto no artigo 8º da Medida Provisória 32/1989.

A Resolução CMN 2.303/1996 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1996, pp.1-5), mais adiante, disciplinou, ainda que de forma incipiente, a cobrança de taxas e tarifas por instituições financeiras. Segundo se fez constar do artigo 2º, §1º da Resolução CMN 2.303/1996, a exigência de tarifas seria plenamente possível, desde que o encargo constasse no quadro dos serviços tarifados afixado dentro das dependências das instituições financeiras (ou seja, desde que existisse quadro de informação nele constando as tarifas e seus valores, a exigência do contratante independia, à época, de prévia autorização expressa, cabendo à cada casa bancária estipular suas próprias tarifas, de acordo com o que bem entendesse). Novamente retirou-se, portanto, do Banco Central brasileiro a regulamentação e a precificação tarifária.

Foi somente a partir de 6 de dezembro de 2007, com a edição da Resolução CMN 3.518/2007 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2007, pp.1-7), que a cobrança de tarifas passou a, em tese, não mais dispensar o prévio consentimento (o qual, desde a Resolução CMN 2.303/1996, era presumido em razão da existência dos quadros de

aviso no interior das casas bancárias), devendo, toda e qualquer tarifa, constar expressamente da avença. Foi, ademais, na Resolução CMN 3.518/2007 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2007, pp.1-7), que a remuneração pelo serviço de abertura de crédito (TAC) deixou de existir expressamente, dando lugar, porém, à remuneração pelo serviço de cadastro.

Importante passo aliado à Resolução CMN 3.518/2007 foi dado, aliás, pela edição da Circular 3.371/2007 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2007, pp. 1-7), que definiu a padronização de um quadro, dos nomes e, inclusive, das abreviaturas das tarifas bancárias, e que, adiante, foi alterada, em partes, pela Circular 3.466/2009 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2009, pp. 1-5), a qual previu a vedação à cobrança de tarifa para renovação de cadastros. Em outras palavras, a resolução 3.518/2007 aliada às Circulares 3.371/2007 e 3.466/2009 passaram a, pela primeira vez de modo mais organizado, padronizar nomes e abreviaturas de tarifas, inclusive, sistematizando-as em uma tabela que deveria ser afixada nas agências bancárias à mostra do público.

Mais à frente, Resolução CMN 3.919/2010 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2010, pp. 1-20) revogou a Resolução CMN 3.518/2007, alterando e consolidando as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras. A ela mesma anexa, fez-se a tabela padronizada, bem como nomes e abreviaturas das tarifas, tornando-a, por isso, independentemente de qualquer circular, como ocorreu com sua antecessora.

Bem por isso, editou-se, ainda em 2010, a Circular 3.512/2010 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2010, pp. 1-2), que, tratando de questões atinentes ao cartão de crédito, revogou as Circulares 3.371/2007 e 3.466/2009. A Resolução CMN 4.021/2011 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, pp. 1-6) retificou sensivelmente a Resolução 3.919/2010.

Inúmeros, portanto, são os fatos geradores de tarifas bancárias, e a muitas operações bancárias se podem vincular.

Há, por exemplo, tarifas recorrentes nas operações de contas correntes e de abertura de crédito em conta corrente: há as tarifas para abertura e manutenção da conta, para emissão e impressão de extratos, para transferência de valores (TED e DOC), para emissão, compensação, sustação e devolução de cheques vinculados à conta, de anuidade de cartões de crédito vinculados à conta, entre muitas outras, cujos valores e fato gerador constarão de tabelas padronizadas alocadas no sítio eletrônico

de cada instituição financeira e, inclusive, afixadas no interior das próprias agências (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, p. 5).

Bom é, aqui, ressaltar, sobretudo, a tarifa de adiantamento a depositante, exigida à paga do serviço de levantamento de informações e à avaliação de viabilidade e de riscos para a concessão de crédito em caráter emergencial para cobertura de saldo devedor em conta de depósitos à vista e de excesso sobre o limite previamente pactuado de cheque especial (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, p. 5). Em suma, é ela exigida sempre que o contratante deixa sua conta com saldo negativo, inclusive, para além do crédito que lhe disponibilizou a instituição financeira mediante a operação de abertura de crédito em corrente.

Mais controvertidas, podemos destacar, por exemplo: (a) a Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC); (b) a tarifa de ressarcimento serviços de terceiros, a tarifa de comissão do correspondente bancário, as tarifas de avaliação do bem dado em garantia e as tarifas que preveem a despesa com o registro de contrato. Eram indigitadas tarifas, na época, apontadas como ilícitas, por um único motivo: o fato gerador em que se ancoravam, dizia-se, era atividade inerente ao objeto social da própria instituição financeira.

Extensiva foi a discussão a seu respeito, mas, enfim, foi a questão pacificada.

Quanto à TAC e à TEC, o Superior Tribunal de Justiça, em 2013, julgou, sob o rito dos recursos especiais representativos de controvérsia, o REsp 1.255.573/RS e o REsp 1.251.331/RS, ambos de relatoria da ministra Maria Isabel Galotti. Neles foi definido que a TAC e a TEC eram, sim, previstas em resoluções do Banco Central. Porque não previstas a partir da tabela anexa à Circular 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, não seria válido o seu pacto em operações posteriores a 30/04/2008 (data de publicação da circular em questão), sendo plenamente válidas, no entanto, nos contratos a ela anteriores (BRASIL, 2013, pp. 1-43).

Quanto às demais tarifas mencionadas, o Superior Tribunal de Justiça, em 2018, julgou o REsp 1.578.553/SP, também pelo rito dos recursos repetitivos.

No caso, a Corte Especial definiu que: (a) a abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, tão somente, quando sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; (b) a abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, nos contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Resolução CMN 3.954/2011, sendo, portanto, válida a cláusula

no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; (c) a validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva, caso a caso (BRASIL, 2018, pp. 1-41).

Traçado o panorama geral relacionado às tarifas bancárias, passa-se, adiante, a destringer os juros.

2.3.2 Juros

Com o perdão do joguete, poder-se-ia dizer que o vocábulo “juro” é, nada mais nada menos, que a flexão do verbo jurar na primeira pessoa do presente do indicativo.

Não é esse, porém, o conceito que, aqui, será trabalhado.

Etimologicamente, juro é corruptela do termo que, em latim, se lê *juris*, noutras palavras, nada mais é que adaptação do vocábulo que denota direito; acrescente-lhe o “s” ao final, porém, e ter-se-á, como significado, “os interesses, ganhos ou lucros que o detentor do capital auferir pela inversão, ou seja, pelo uso por alguém que não possui o capital” (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 43).

Para Celso Marcelo de Oliveira (2003, p. 212), a palavra “juros” “serve para designar a remuneração pela disponibilidade de uma importância em dinheiro por determinado tempo”. Washington de Barros Monteiro (1999, p. 345) descreve-os como “o rendimento do capital, os frutos produzidos pelo dinheiro. Assim como o aluguel constitui o preço correspondente ao uso da coisa infungível no contrato de locação, representam os juros a renda de determinado capital”. Nas palavras do português João de Matos Antunes Varela (2014, p. 870), são “a compensação que o obrigado deve pela utilização temporária de certo capital, sendo o seu montante em regra previamente determinado como uma fracção do capital correspondente ao tempo de sua utilização.

Como leciona Paulo Lôbo (2011, p. 254), os juros são, no maior das vezes, calculados em uma fração ou percentual sobre dívida em dinheiro; nada impede, porém, sejam também computados sobre bens patrimoniais diversos. Daí, junto de

René A. Padilha (1996, pp. 499-50), anunciar que “la generosa dimensión del precepto permite la inclusión de cualquier obligación, no solo las dinerárias”.

É comum, por exemplo, que, em obrigações cujo pagamento tenha sido fixado em *commodities* (relações negociais recorrentes em regiões eminentemente agrícolas), se convencie que o inadimplemento obrigará o devedor ao pagamento suplementar de “x” sacas/mês de atraso. Seria, no entanto, inviável – ou, ao menos, muito incomum – avençar que o devedor obrigado a empreitar uma residência de, v.g., 250m², deva, em razão do inadimplemento, erigir “x” m² a mais/dia ou mês de atraso.

Isso, pois, como bem ressalta Roberto de Ruggiero (1999, p. 84), juros são “aquelas quantidades de coisas fungíveis, que o devedor deve ao credor em compensação do gozo de uma maior quantidade das mesmas coisas devidas ao mesmo credor”.

Impende, aqui, assimilar sua origem.

Pode-se constatar deliberação sobre sua exigência, no Código de Hamurabi, nos artigos “O” e “P”; pode-se os constatar, aliás, passando pelo Alcorão, nos Capítulos II, v. 276 e Capítulos XXX, v. 38; pela Bíblia, no livro de Deuteronômio, 23:20; pelo Código de Manú, nos artigos 138-139 e 150-151; pela Lei das XII Tábuas; e, inclusive, na sociedade romana mais avançada (TALAVERA, 2009, pp. 31-32). Em Roma, porém, a limitação não surtia qualquer efeito, uma vez que a realidade social e a experiência demonstravam claramente a burla dos limites legalmente estabelecidos, por meio de simulações (HERRERA BRAVO, 1997, p. 133).

Durante a Idade Média, estando a Europa influenciada pelo cristianismo romano, ancorava-se à bíblia a proibição expressa da cobrança de juros, fundando-se, para tanto, no amor espraiado por todo o novo testamento (FARIAS, 2011, pp. 20-21). Uma vez mais, contudo, a proibição muito pouco influenciou na realidade prática; muito pelo contrário, as expedições cruzadas permitiram corriqueira e massiva circulação de riqueza e, junto dela, o fomento da prática usurária: França e Itália medievais, por exemplo, demonstram a possibilidade de cobrança de juros de 10% a 30% anualmente (SCAVONE JUNIOR, 2014, p.37).

Possível é observar, então, que a história dos juros é seguida de proibições e limitações que, conquanto expressas e até positivadas, nenhum efeito prático surtiram. Tanto que, agora, se os analisará detidamente.

Passe-se, pois, à sua classificação.

Quanto à origem, podem os juros ser classificados em legais, se previstos expressamente pelo ordenamento jurídico; ou convencionais, se devidamente pactuados pelas partes (RUGGIERO, 1999, p. 85).

Quanto ao fundamento, podem ser remuneratórios, quando seu único e principal escopo é remunerar a utilização do capital mutuado, ou, então, moratórios, quando servirem a, de um lado, penalizar o devedor pela mora e, de outro, garantir que o credor seja indenizado pela indisponibilidade do capital provocada por erro de conduta do devedor (FIGUEIREDO, 2007, p. 46).

Quanto à capitalização, serão simples ou compostos: simples se incidirem apenas sobre o capital; e compostos se incidirem periodicamente sobre o capital acrescido dos juros do período anterior (OLIVEIRA, 2012, pp. 212-213).

Quanto à taxa, podem ser prefixados, se avençados em taxa imutável durante certo período de tempo, ou pós fixados (flutuantes), se fixados em taxa composta, dum lado, de juros e, doutro, de qualquer outro índice vinculado à variação da moeda nacional (NIEMEYER, 2004, p. 15).

Estabelecidas noções gerais a respeito dos juros, cuidar-se-á, adiante, daqueles que, especificamente, compõem as operações bancárias.

Começar-se-á, aqui, pelo conceito e pelas peculiaridades dos juros remuneratórios para, logo depois, trabalhar detidamente o panorama brasileiro, no que toca à proibição, à limitação e/ou à liberação de sua exigência, mirando-se, neste ponto, a cobrança perpetrada por instituições financeiras.

Os juros remuneratórios/compensatórios constituem, já se abordou sinteticamente, o pagamento pela utilização do capital mutuado. Longe de, como ocorre nos juros de mora, aferir a existência de culpa ou não do devedor (PEREIRA, 1999, p. 79), os juros compensatórios incidem, portanto, para remunerar aquele que capital dispôs em prol de outrem e, por tempo determinado, foi privado da utilização daquilo que abriu mão (FARIAS, 2011, p. 56).

Viu-se que, mundialmente, a história dos juros foi acompanhada, no maior das vezes, de tentativas de proibição e limitação que, conquanto expressas e até positivadas legalmente, nenhum efeito prático surtiram.

E, em território brasileiro, as coisas não foram diferentes.

Aqui, a cobrança de juros remuneratórios foi expressamente vedada pelas Ordenações Filipinas vigentes desde 1603, passou a ser liberada sob a forma de prêmio quando do Alvará de 5 de maio de 1810, ganhou corpo a partir da influência

de ideais liberais que desembocaram na lei editada aos 24 de outubro de 1832, e, enfim, sedimentou-se com os Códigos Comercial de 1850 e Civil de 1916 (FIGUEIREDO, 2007, pp. 21-25).

Crises econômicas internas – movimentadas, inclusive, pela crise de 1929 – fizeram, porém, com que fosse baixado, logo mais à frente, o Decreto 22.626/1933, que elenca como crime de usura real a cobrança de juros acima de 6% ao ano (SCAVONE JUNIOR, 2014, pp. 38-39).

Mais adiante, o Supremo Tribunal Federal, em 1976, lavrou a Súmula 596, anotando que o Decreto 22.626/33 não se aplicaria às taxas de juros cobrados nas operações realizadas por instituições financeiras (SILVA, 2007, p. 217)

Logo mais à frente, a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez mais, limitou os juros remuneratórios ao percentual de 12% ao ano, ratificando, inclusive, o crime de usura real, conforme artigo 192, §3º (ALVES, 1996, pp. 240-250). Ademais, os arts. 406 e 591 do Código Civil de 2002, quando aliados ao artigo 161, §1º do Código Tributário Nacional, fixavam os juros remuneratórios, igualmente, em 12% ao ano (MIRAGEM, 2017, pp. 548-553).

Estava içada, pois, a limitação dos juros remuneratórios, óbice diametralmente oposto ao ideário neoliberal que pairava sobre a nação, em especial quanto à desregulamentação financeira a que se refere Wolfgang Streek (2011, pp. 45-47).

Bem por isso, um esforço conjugado entre Legislativo e Executivo, mais à frente, culminou com a edição da Emenda Constitucional 40/2003, já no início do mandato de Lula. A alteração constitucional revogou o artigo 192 da Constituição Federal de 1988 por completo, dispondo, na nova redação, que o sistema financeiro, como um todo, seria regulado por leis complementares próprias (BRASIL, 2003, p. 1).

Aliada à alteração constitucional, operada pelo Legislativo e aquiescida pelo Executivo, a derribada da limitação dos juros à taxa de 12% ao ano, com relação às casas bancárias, foi respaldada, também, pelo Judiciário.

Pode-se observá-la, temporalmente, por exemplo, com o julgamento do REsp 507.882/RS, da lavra do Ministro Barros Monteiro (BRASIL, 2003, pp. 1-11), do AgRg no REsp 688.627/RS, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior (BRASIL, 2005, pp. 1-8), bem como o AgRg nos EDcl no REsp 681.411/RS, de responsabilidade do Ministro Ari Pargendler (BRASIL, 2005, pp. 1-7), todos eles permitindo às casas bancárias a exigência de juros remuneratórios acima do limitação legalmente estipulado de 12% ao ano.

O posicionamento jurisprudencial seguiu sedimentando-se até o julgamento do REsp 1.061.530/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2008, pp. 1-98), submetido, na época, ao rito dos recursos repetitivos.

Nele, cunhou-se solidamente a posição do Superior Tribunal de Justiça com relação ao tema. Quanto aos juros remuneratórios, foi ela sintetizada, especialmente, em três verbetes, a saber: (a) as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/1933), reiterando, aqui, a validade da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal; (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 artigo 591 cumulado com o artigo 406, ambos do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2008, pp. 1-3).

Mais adiante, foi, inclusive, editada a Súmula 382 do Superior Tribunal de Justiça. A Corte Superior, à época, pacificou a inaplicabilidade da limitação da taxa de juros de 12% ao ano; restringiu-a, porém, tão somente às instituições financeiras e às cooperativas de crédito, fundando o enunciado, sobremaneira, no argumento de que o limite estatuído nos Códigos de Processo Civil e Tributário, bem como no Decreto 22.626/1933 não se aplicaria às instituições financeiras (BRASIL, 2009, p. 1).

Ainda com relação à Súmula 382, que trata dos juros remuneratórios, sustentou a Corte Superior que o mercado financeiro navegaria por legislação por ela alcunhada especial, a saber, a Lei 4.595/1964, cujos artigos 4º, VI e IX e 9º, distribuem ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil a competência para fiscalizar e para limitar juros de operações financeiras (BRASIL, 2009, p. 12).

Desde 2008, há, pode-se concluir, segurança jurídica substancial bastante a possibilitar completa liberdade para que os bancos estipulem as taxas de juros que bem entendam pertinentes.

Uma única ressalva deve, quanto a isso, ser estacada: conquanto, de fato, inexista, hoje, qualquer proibição e limitação legal *in abstracto* quanto à exigência de juros remuneratórios por instituições financeiras, o judiciário foi suficientemente sensato ao manter aberta a análise de abusividade *in concreto* dos juros remuneratórios exigidos em operações bancárias. Daí a possibilidade de, à luz do sedimentado no próprio REsp 1.061.530/RS (BRASIL, 2008, pp. 1-89), pleitear-se a

revisão dos juros remuneratórios, caso comprovadamente extrapolem⁴⁰ a média dos juros exigidos pelo mercado financeiro para operações idênticas (média esta que é divulgada mensalmente pelo Banco Central, em seu próprio sítio eletrônico).

Traçadas as noções, passar-se-á, agora, à fixação dos juros. Podem ser eles, neste ponto, pré-fixados ou pós-fixados.

Serão, de um lado, pré-fixados se, quando estipulados, levarem junto de si percentual que corresponda à expectativa de inflação; a taxa é, pois, afixada antecipadamente, no momento da contratação, e manter-se-á, assim, fixa, até o seu termo (TALAVERA, 2009, p. 126). Serão pós-fixados, doutro lado, quando a estipulação da taxa de juros levar em consideração não a mera expectativa de inflação da moeda, mas a inflação representada, justamente, por algum índice concreto de correção monetária (NIEMEYER, 2004, p. 75).

Um exemplo de juros pré-fixados: diante da expectativa de que a moeda se desvalorizará aproximadamente 0,5% ao mês, acorda-se taxa de juros de 5% ao mês, dos quais 4,5% corresponde aos juros propriamente ditos e 0,5% corresponde à expectativa de corrosão mensal do dinheiro. Outro exemplo, agora, de juros pós-fixados: opta-se por estipular os juros à taxa fixa mensal de 4,5% somados à inflação mensal da moeda representada, no caso hipotético, pelo Índice de Preços ao Consumidor – IPCA.

Há, ainda, casos em que os juros poderão, sim, ser pré-fixados, mas, em decorrência da renovação automática da operação de abertura de crédito, flutuarão, ainda que a taxas estanques, segundo deliberação unilateral pela própria casa bancária, que o fará, como explica Aramy Dornelles da Luz (2005, p. 143), a cada período de renovação da operação bancária.

Os juros pactuados em taxas flutuantes foram expressamente permitidos com base na Resolução CMN 1.143/1986 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1986, p. 1), que autorizou as casas bancárias a realizar operações ativas e passivas a taxas flutuantes (variáveis), as quais poderiam, a princípio, ser reajustadas em períodos fixos, desde que tais operações tivessem prazo igual ou superior a 180 (cento e

⁴⁰ A análise de abusividade dos juros remuneratórios é realizada caso a caso, mas, de modo geral, há entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça entendendo-se pela abusividade de juros remuneratórios superiores uma vez e meia à taxa média divulgada pelo Banco Central, cf. AgRg no AREsp 469.333/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 04/08/2016, REPDJe 09/09/2016, DJe 16/08/2016.

oitenta) dias. O ato em questão permanece hígido até hoje, sendo, de tempos em tempos, modificado.

Foi modificado, por exemplo, pelas Circulares 1.047/1986 (BRASIL, 1986, p. 1) 1.493/1989 (BRASIL, 1989, pp. 1-2), 1.498/1989 (BRASIL, 1989, pp. 1-2), 1.978/1991 (BRASIL, 1991, pp. 1-3), 2.216/1992 (BRASIL, 1992, p. 1), 2.430/1994 (BRASIL, 1994, p. 1) e 2.436/1999 (BRASIL, 1999, pp. 1-3), as quais alteraram o prazo para reajuste das taxas de juros flutuantes.

A Resolução CMN 1.143/1986 foi modificada, ainda, pela Circular 2.167/1992 (BRASIL, 1992, p. 1), que facultou a utilização, como referencial, de indicador obtido com base nas taxas de juros praticadas no mercado interfinanceiro para depósitos, bem como pela Circular 2.905/1999 (BRASIL, 1999, pp. 1-3), que, no artigo 3º, liberou o prazo mínimo das operações ativas e passivas realizadas no âmbito do mercado financeiro com remuneração contratada com base em taxas flutuantes, a um mês.

Que é permitida a exigência de juros remuneratórios nas operações bancárias (inclusive em taxas flutuantes), portanto, já se sabe. Ver-se-á, adiante, então, a mal afamada capitalização de juros.

Disse Albert Einstein, certa feita: “the greatest invention of mankind is compound interest”⁴¹ (SHAPIRO, 2006, p. 231). Certamente, interessa aqui perscrutar o que são, pois, os juros compostos.

Não é difícil sejam confundidos com a capitalização de juros. Ao menos tecnicamente, porém, juros compostos e capitalização não se identificam; não são a mesma coisa, portanto. Capitalização de juros, na verdade, é gênero, do qual são espécies a capitalização simples (juros lineares) e a capitalização composta (juros compostos/exponenciais). A capitalização, portanto, é nada mais que o modo pelo qual os juros incidirão (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 188).

Computam-se os juros, tão somente, sobre o capital nominal mutuado, no caso de juros que incidam linearmente (OLIVEIRA, 2003, p. 212). Em suma, os juros “não se agregam ao valor inicial para fins de contagem de novos juros, ou seja, sobre os juros gerados a cada período não incidirão novos juros, sendo que estes continuarão a incidir somente sobre o valor original do capital” (LOPES; RIBEIRO, 2014, p. 21).

⁴¹ “A maior invenção da humanidade são os juros compostos” (tradução livre). A frase de Albert Einstein é atribuída ao jornal USA Today, de 2 de agosto de 1991, tendo aparecido, também, no New York Times de 27 de maio de 1983, da seguinte forma: “Asked once what the greatest invention of all times was, Albert Einstein is said to have replied, ‘compound interest.’”, ou seja, “perguntado certa feita sobre qual seria a maior invenção de todos os tempos, disse-se que Albert Einstein respondeu: os juros compostos” (SHAPIRO, 2006, p. 231).

Podem ser representados pela fórmula (FARIAS, 2011, p. 51):

$JS = P \times (1 + i \times n)$	Onde: JS = Valor futuro P = Capital i = Taxa de Juros n = prazo
----------------------------------	---

Um exemplo, adiante, de capitalização simples:

Mês	1	2	3	4	
Principal	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00,
Juros 10%	100,00	100,00	100,00	100,00	400,00
Valor total a ser pago					1400,00

Caso, no entanto, incidam juros exponenciais, seu cálculo de incidência é feito sobre o capital nominal acrescido dos “juros vencidos que se referem ao período de frutificação” (TALAVERA, 2009, pp. 118-119). “Em outras palavras, os juros de cada período são somados ao capital inicial para o cálculo dos juros nos períodos seguintes [...] em síntese, é cobrança de juros sobre juros” (LOPES; RIBEIRO, 2014, p. 22).

Sua fórmula é expressada da seguinte maneira (SILVA, 1980, p. 35):

$C_n = C_o \times (1 + i)^n$	Onde: C _n = Valor futuro C _o = Capital i = Taxa de juros n = prazo
------------------------------	--

Adiante, o mesmo exemplo, porém, submetido à capitalização composta:

Mês	1	2	3	4	
Principal	1000,0	1100,00	1210,00	1331,00	1462,10
Juros 10%	100,00	110,00	121,00	133,10	
Valor total a ser pago					1462,10

Feita a explanação, cabe, agora, abordar qual é o efeito da exigência de juros compostos. E, para tanto, remeter-se-á aos exemplos anteriores.

Confrontem-se os dois primeiros deles: (a) em ambos o capital de incidência dos juros foi de 1.000,00; (b) neles, aliás, os juros incidiram, mensalmente, à taxa de

10%; (c) no primeiro, porém, os juros incidiram linearmente, e, ao final, a soma de capital mais juros cobrados perfaz 1.400,00; (d) a seu turno, o segundo foi submetido à incidência de juros compostos, e, por fim, juros e capital somados inteiraram 1.462,10. Veja-se, pois, que, em casos base idênticos, a aplicação de juros compostos abraçou 62,10 de capital a mais do que no caso de incidência dos juros lineares, ou seja, com os juros compostos, abocanhou-se 4,5% a mais do que se auferiria se fizessem incidir juros lineares.

À primeira vista, poder-se-ia afirmar que a diferença dos valores obtidos com as duas formas de incidência dos juros não é gritante; entre a exigência de juros simples e compostos, rememore-se, a discrepância foi de apenas 4,5%.

Cabe apontar, porém, que a fórmula de cômputo dos juros compostos é, ao final, exponenciada pelo fator tempo. Quer isso dizer, portanto, que, caso curto seja o tempo de incidência dos juros, seu cômputo da forma composta não traduzirá diferença gritante, se, no desfecho, confrontados aos juros lineares; caso, no entanto, largo seja o lapso temporal de incidência, substancial será, deveras, o acréscimo dos juros ao capital (FIGUEIREDO, 2007, p. 49).

Pegue-se, a comprovar a asserção, o seguinte exemplo:

Mês	1	2	3	4	
Principal	1.000.000,00	1.050.000,00	1.102.500,00	1.157.625,00	1.215.506,00
Juros 5%	50.000,00	52.500,00	55.125,00	57.881,25	
Valor total a ser pago					1.215.506,00

No caso hipotético, tem-se que: (a) o capital de incidência dos juros é de 1.000.000,00; (b) os juros incidindo são de 5%, com periodicidade mensal; (c) há capitalização composta de juros. Incidindo por quatro meses, há, ao final, acréscimo de 215.506,00, a título de juros que, somados ao capital, inteiram 1.215.506,00.

Troque-se, porém, o prazo. Em vez de apenas quatro meses, faça-se incidir os juros por trinta e seis meses, ou seja, três anos.

Se, de um lado, seja o caso calculado a juros lineares, o montante final de juros perfará 1.801.700,00, que, somados ao capital inicial de 1.000.000,00, somará 2.801.700,00. Se, de outro lado, o mesmíssimo caso for calculado a juros compostos, a monta final, a título de juros, inteirará 4.800.299,85, que, somados ao capital inicial de, também, 1.000.000,00, perfará, enfim, 5.800.299,85.

Os números falam por si só. A incidência de juros compostos, no caso hipotético em questão, produz praticamente o dobro do que se lineares fossem.

O exemplo é, crê-se, suficiente para esclarecer a frase de Albert Einstein (SHAPIRO, 2006, p. 231) que encabeçou o presente item; é, ademais, bastante a justificar o porquê de, por muito tempo, a temática dos juros compostos (vulgarmente conhecidos como capitalização de juros) ter ocupado grande espaço em assembleias legislativas, nos gabinetes do Executivo e, inclusive, nas pautas de julgamento do Judiciário, como será visto logo adiante.

O Código Civil de 1916, no artigo 1.262, influenciado pelo ideário liberal, permitiu a capitalização dos juros sem estipular expressamente, inclusive, sua periodicidade, vale dizer, permitia-se, à época, a prática dos juros compostos em qualquer periodicidade (SCAVONE JUNIOR, 2014, pp. 20-21).

Mais adiante foi editado o Decreto 22.626/1933, onde se fez constar a proibição expressa de contar juros dos juros. Em 1963, aliás, foi confeccionada a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, cujo texto indicava vedação a qualquer tipo de capitalização de juros, ainda que devidamente convencionada pelas partes (CASADO, p. 46 e 249).

Observando a própria legislação e jurisprudência, pode-se perceber movimento para a contornar a proibição estatuída.

Com o Decreto Lei 167/1967, por exemplo, Humberto de Alencar Castelo Branco criou os títulos de crédito rural, neles permitindo a capitalização dos juros nos períodos de exigência do valor tomado à título de empréstimo (artigo 5º) (GUIMARÃES; GONÇALVES, 2015, pp. 1-5).

Com o Decreto Lei 413/1969, Artur da Costa e Silva, por sua vez, criou os títulos de crédito industrial, neles se permitindo, também, a capitalização dos juros (artigos 14, VI, 11, § 2º e 16, V). A Lei 6.313/1975, do governo de Ernesto Geisel, criou as cédulas e notas de crédito à exportação e, com elas, a permissão da capitalização (artigo 1º). A Lei 6.840/1980, editada durante o governo de João Figueiredo, enfim, criou as cédulas e notas de crédito comercial, também a elas se agregando a permissão da capitalização de juros (artigo 1º) (RIZZARDO, 2009, pp. 278-297)

Mais adiante, Fernando Henrique Cardoso e Pedro Malan, que, à época, geriam o Estado brasileiro, pressionados pela pauta neoliberal (SCHILLING, pp. 62-63), trabalharam, ao que parece, duas frentes.

A primeira delas pode ser percebida, por exemplo, no Código Civil de 2002, com a permissão expressa da capitalização anual de juros, desde que convencionada (FIGUEIREDO, 2007, pp. 56-57).

A segunda delas pode, por sua vez, ser notada com a edição da Medida Provisória 1.963-17/2000, no ano seguinte e reeditada sob o n. 2.170-36/2001. A nota introdutória da referida Medida Provisória trouxe o seu assunto, como de praxe em qualquer medida provisória: a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional. Dentre os poucos artigos nela constantes, porém, foi inserido dispositivo legal, quiçá, pouco pertinente ao tema: “nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano” (OLIVEIRA, 2003, pp. 255-256).

Logo mais adiante, na era Lula, foi editada a Lei 10.931/2004, que serviu de nascedouro para a cédula de crédito bancário e, no artigo 28, § 1º, I, permitiu expressamente a capitalização de juros, sem limitar sua periodicidade (ABRÃO, 2011 pp. 515-516).

Travou-se, então, acirrado debate acerca da constitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória 2.170-36/2001 e do artigo 28, §1º, I da Lei 10.931/2004⁴².

Em muitos tribunais, por exemplo, foram instaurados, pelos respectivos órgãos competentes, incidentes de inconstitucionalidade.

Destaque, aqui, para o julgamento da Apelação 264.940-7, pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que desembocou na instauração do Incidente de Constitucionalidade 264.940-7/01, por sua vez, julgado nos idos de 2005, pelo qual foi reconhecida a fragilidade do artigo 5º da Medida Provisória 2.170-36/200; portanto, declarada sua inconstitucionalidade e, via de consequência, declarada a ilegalidade da capitalização de juros em periodicidade inferior à anual (PARANÁ, 2005, pp. 1-13).

Destaque, também, para o Incidente de Inconstitucionalidade 758.142-4/01 submetido, igualmente, ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná que, por sua vez, se voltou a analisar a (in)constitucionalidade do artigo 28, § 1º, I da Lei

⁴² A afirmação é fundada, justamente, na prática forense do autor que, desde 2010, trabalha, justamente, na área de direito bancário, laborando, inclusive, em prol de grandes instituições financeiras instaladas no Brasil; bem por isso, desde então, tem o mestrando assimilado boa parte dos julgados que respaldavam e, ainda hoje, respaldam as teses bancárias, em especial com relação aos encargos que gravam e oneram as operações bancárias. E é por isso, enfim, que, os julgados que, na dissertação, sucedem esta nota de rodapé serão, no maior das vezes, referenciados, tão somente, com a remissão ao próprio tribunal de onde advieram.

10.931/2004, que permitia a capitalização de juros nas cédulas de crédito bancário (PARANÁ, 2012, pp. 1-15).

Destaque, enfim, para o RE 568.396/RS no qual foi reconhecida a repercussão geral do tema vinculado à capitalização de juros, para análise de higidez e preenchimento dos requisitos relevância e urgência da medida provisória nº 2.170-36/2001, em especial do artigo 5º nela inserido (BRASIL, 2008, pp. 1-3).

A queda de braço foi árdua e desgastante; sagraram-se vencedoras, ao final as casas bancárias, como pode ser constatado de análise jurisprudencial.

No dia 08/08/2012, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 973.827/RS, da lavra dos Ministros Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Galotti, sob o rito dos recursos especiais representativos de controvérsia. O julgado é, sem dúvidas, um divisor de águas para a seara bancária. Nele, entendeu a Corte Superior que, por força das Medidas Provisórias 1.963-17/2000 (vigente sob o número 2.170-36/2001), seria lícita a capitalização de juros em periodicidade inferior à anual, desde que expressamente pactuada (BRASIL, 2012, pp. 1-3).

O tribunal de superposição avançou sobre o tema, identificando, aliás, que, a previsão, no contrato bancário, de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal seria suficiente para demonstrar que a capitalização, no caso concreto, fora expressamente pactuada (BRASIL, 2012, pp. 1-3).

Consequência direta do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, os posicionamentos outrora firmados nos tribunais de segunda instância, quanto à inconstitucionalidade da Medida Provisória 2.170-36/2001, foram, pouco a pouco, revisitados e, conseqüentemente, modificados.

No exemplo destacado sobre a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória 2.170-36/2001 pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná, o posicionamento do tribunal paranaense foi modificado quando do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade 806.337-2/01, julgado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná aos 10/12/2012, que reconheceu, enfim, a constitucionalidade do dispositivo (PARANÁ, 2012, pp. 1-35).

Em 14/09/2012, o Incidente de Inconstitucionalidade 758.142-4/01, submetido, também, ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná – que tratava da (in)constitucionalidade do artigo 28, § 1º, I da Lei 10.931/2004, o qual permitia a capitalização de juros nas cédulas de crédito bancário – foi, também, julgado, reconhecendo-se, igualmente, a constitucionalidade (PARANÁ, 2012, pp. 1-15).

Em 2015, os dois pronunciamentos outrora manifestados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 973.827/RS (a possibilidade e a presunção de capitalização) transmudaram-se, respectivamente, nas Súmulas 539 e 541 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015, p. 1).

No mesmo ano, depois de o RE 568.396/RS (destacado, em 2008, como representante de repercussão geral a respeito da constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.170-36/2001) ter sua repercussão geral deslocada para o RE 592.377/RS, foi o recurso, enfim, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, com o reconhecimento de constitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória em questão (BRASIL, 2015, pp. 1-26).

O escorço – doutrinário, legal e jurisprudencial – permite afirmar, portanto, que, desde 2012, há segurança jurídica bastante para que as casas bancárias, em suas operações, perpetrem a exigência de juros compostos, nas periodicidades que bem entendam. Cabe aqui, contudo, a mesma ressalva feita quando os juros remuneratórios foram abordados: conquanto se permita, eventuais abusividades da capitalização de juros serão apuradas, certamente, *in concreto* pelo Judiciário.

Uma vez exposta a capitalização de juros, cabe, na sequência, abordar juros de mora e correção monetária, traçando, primeiro, noções a seu respeito e, só adiante, *o dies a quo* de sua incidência.

O ilícito contratual – que, na seara obrigacional, é melhor alcunhado ‘inadimplemento’ – consubstancia nada mais nada menos que o descumprimento ou aquilo que as partes expressamente pactuaram ou, então, os deveres laterais que, de modo geral, orbitam a avença. Noutras palavras, inadimple a obrigação tanto quem falta com a prestação devida, na forma, lugar e tempo convenionados, como quem viola deveres parcelares ínsitos à negociata (VARELA, 2014, pp. 518-519).

O inadimplemento, quando obrigacional, pode ser absoluto ou relativo: se a prestação que se avençou, diante do ilícito contratual, não possa mais ser cumprida ou, então, se seu cumprimento não mais interesse ao lesado, absoluto será; se a prestação convenionada não foi cumprida por qualquer das partes, mas poderá sê-la adiante, de inadimplemento relativo tratar-se-á (RUGGIERO, 1999, pp. 156-157).

Conquanto melhor se adapte à seara obrigacional, há quem alcunhe de inadimplemento, tanto um como outro ilícito: contratual ou aquiliano (LÔBO, 2011, p. 230). Há, também, quem diferencie inadimplemento (para relações com vínculo

obrigacional preexistente) de descumprimento de dever jurídico (quando não há vínculo obrigacional prévio) (SILVA, 2007, p. 32).

Seja qual for a posição adotada, certo é que, descumprido/inadimplido dever/obrigação, nasce, para o lesado, a pretensão de, judicialmente, exigir o devido ressarcimento (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 14)

Como assevera Paulo Lôbo (2011, p. 245-246), há, hoje, três tipos básicos de reparação: (a) a reparação natural ou *in natura*; (b) a reparação específica; (c) e a indenização/compensação: a primeira propicia o retorno do bem jurídico lesado ao *status quo ante* e corresponderia ao ideal máximo da responsabilidade civil; a segunda é o intento de reparar o dano por meios alternativos, que não pecuniários, como a retratação e o direito de resposta a quem sofreu ofensa pública; a terceira corresponde à reparação em pecúnia apta a soerguer o ofendido a posição equivalente àquela em que antes se encontrava ou, então, hábil a compensá-lo, nos casos de dano incomensurável.

Comum é - sabe-se bem - que a reparação se dê em forma de indenização e/ou compensação pecuniária: (i) seja porque o próprio dever jurídico violado se interliga, desde o princípio, a obrigação de dinheiro, (ii) seja porque, nos casos de dívida de valor, a partir do ilícito aquiliano, se tornou impossível o retorno *in natura* do bem jurídico lesado ao *status quo ante*, (iii) seja porque, também nos casos de dívida de valor, o inadimplemento obrigacional exigiu fosse transmutada a res debita em perdas e danos. Em quaisquer dessas hipóteses, a reparação pecuniária terá um só fim: reequilibrar a situação criada a partir do ato ilícito (PEREIRA, 2019, pp. 306-311).

Para que realmente efetiva seja a harmonização, no entanto, é insuficiente que se garanta ao ofendido, única e exclusivamente, o direito à persecução da reparação ínsita ao principal. Seria inviável, por exemplo, que, não pago o título de crédito, se abrisse para o credor a possibilidade de exigir do devedor, tão só, o valor de face esboçado na cártula. Inviável também seria, aliás, que, depois de muitos anos de trâmite processual, se mantivesse intangível o valor a que foi o ofensor condenado a título de danos morais.

É que, nas dívidas - de dinheiro ou de valor - a partir do inadimplemento, seja ele contratual, seja aquiliano, o ofendido experimenta danos que, no maior das vezes, trespagam a obrigação principal. Com o inadimplemento de contrato de compra e venda de determinado produto por parte do comprador, por exemplo, não deixa o vendedor, tão somente, de auferir a contraprestação pecuniária avençada pela

entrega do bem. Os prejuízos evidentemente suplantam a prestação principal - de pagar a monta pactuada. Sobretudo, porque, a partir do inadimplemento por parte do comprador (e enquanto durar a inexecução, a bem da verdade), o crédito do vendedor será, paulatina e lentamente, corroído pela inflação; o valor “x” que a princípio se pactuou, portanto, reduzir-se-á, depois de algum tempo de inexecução culposa, a “x (-) inflação”. Além disso, enquanto perdurar o inadimplemento, o vendedor privar-se-á de dispor de quantia que, certamente, seria utilizada para fomentar a produção de novos bens, que, se postos à venda, permitir-lhe-iam novos lucros.

Por isso é que o ordenamento jurídico pátrio indica que, violado dever/situação jurídica, responderá o ofensor pelas perdas e danos, mais juros e correção monetária, *ex vi* dos artigos 389 e 395 do Código Civil de 2002. E daí é que, adiante, serão analisados, justamente, nas operações bancárias. A opção de englobá-los em um único item é meramente didática; isso, pois, conquanto divergentes, partilham, por vezes, o termo inicial de incidência.

Via de regra, os juros moratórios associam-se à responsabilidade civil, uma vez que compõem a indenização devida pela privação do capital correspondente ao inadimplemento. De um lado, dentro do espectro da responsabilidade civil, servem a indenizar a vítima do descumprimento, privada, indevidamente, de capital que poderia dispor; doutro, sob a égide da vedação ao enriquecimento sem causa, assume, como premissa, que a disponibilidade do capital representa, de uma forma ou outra, lucro, de maneira que, se é alheio o capital e se é presumido o lucro daquele que o detém, tal lucro deve ser revertido àquele que legitimamente deveria tê-lo auferido (TEPEDINO; VIÉGAS, 2017, pp. 1-4).

Em suma, portanto, decorrem do inadimplemento de deveres e/ou situações jurídicas, sejam elas legais, sejam convencionais. No âmbito contratual, decorrem os juros de mora, mais frequentemente, do retardamento quanto à restituição do capital ou quanto ao pagamento em dinheiro. Não só o atraso no cumprimento da obrigação em si acarreta sua incidência, mas também o não cumprimento do lugar ou da forma convencionados pode ser motor para sua exigência. Decorrem, portanto, da mora, ou melhor, em se tratando da esfera convencional, da imperfeição no cumprimento da obrigação (TALAVERA, 2009, pp. 128-131).

A exigência de juros de mora independe da alegação, tampouco de comprovação de prejuízos advindos do inadimplemento, conforme expressa claramente o artigo 407 do Código Civil de 2002. É que, constatada a mora, o prejuízo,

como narra João Manoel de Carvalho Santos (1958, p. 285), “é pressuposto pela lei, como resultado necessariamente da demora culposa do devedor em cumprir sua obrigação, conservando em seu poder a prestação”.

Como ocorre nos juros remuneratórios, os juros de mora podem, também, ser legais ou convencionais. Legais quando do silêncio das partes a seu respeito; consensuais quando sobre eles houver deliberação expressa. Os juros de mora, ao revés dos juros remuneratórios, são limitados legalmente: legais ou convencionais, portanto, os juros de mora, a partir da conjugação dos artigos 406 do Código Civil de 2002 e 161, § 1º do Código Tributário Nacional, são limitados à taxa de 1% ao mês, vale dizer, 12% ao ano (SCAVONE JUNIOR, 2014, pp. 124-126).

A limitação dos juros de mora à taxa de 1% ao mês, também para as instituições financeiras, foi, inclusive, pacificada quando do já mencionado julgamento do REsp 1.061.530/RS, de relatoria, também já se abordou, da Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2008, pp. 1-3), ocasião em que, ratificando os entendimentos anteriores vigentes, por exemplo, desde 2003, se julgou que, nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderiam ser convencionados até o limite de 1% ao mês, e ponto.

Dissertado sobre os juros de mora, passa-se, agora, a alinhar as noções a respeito da correção monetária.

Originada na Inglaterra do século XVI, a correção monetária, na sua gênese, tinha como objeto pagar o acréscimo segundo o valor atualizado pela melhor cotação de commodities da época (CALDAS, 1996, p. 76).

No Brasil, tem origem com a Lei 4.357/1964, nos seus artigos 1º e 7º, ao mencionarem as variações dos poderes aquisitivos da moeda nacional e a criação de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Tomou ela corpo, no entanto, com a edição da Lei 6.423/1977, que permitiu a correção monetária vinculada às Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, para negócios jurídicos, e da Lei 6.899/1981, que permitiu a cobrança de correção monetária nos casos de débito resultante de decisão judicial, permitindo-a, inclusive, a partir do vencimento do título, no caso de execução de obrigações de títulos de dívida certa, líquida e exigível, bem como a partir do ajuizamento da ação, nos demais casos (SCAVONE JUNIOR, 2014, pp. 357-372).

Diferente do que ocorre em Portugal, as normas positivadas no Brasil - até mesmo em razão do turbilhão inflacionário pelo qual já passou o país - reduzem substancialmente o princípio do nominalismo monetário, segundo o qual a quantia

devida é a prevista ao ser contraída a dívida, independentemente de quaisquer considerações acerca de flutuações monetárias (VARELA, 1989, p. 860).

Aqui, a volátil oscilação da moeda exige sejam os valores nominais constantemente atualizados por índices de correção, oficiais ou convencionais, como forma de, por um lado, garantir ao credor a manutenção do poder aquisitivo da moeda e, por outro, garantir ao devedor que a atualização seja limitada ao índice pelo qual se optou; portanto é essa característica – de, única e exclusivamente, promover a conservação do valor da moeda – que, segundo Paulo Lôbo (2011, p. 231), impede seja a correção monetária, a rigor, denominada acréscimo ou acessório; seria ela, por assim dizer, encargo que se agrega ao valor nominal e, bem por isso, dele passa a fazer parte indissociável.

O Brasil é pródigo com relação a índices de correção monetária, cada qual utilizado nos mais diversos setores nacionais.

Há índices, por exemplo, direcionados à construção civil, como o CUB (Custo Básico da Construção Civil), que é calculado mensalmente pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil e serve a apresentar o custo global da obra em cumprimento à lei de incorporação de edificações habitacionais em condomínio, sendo considerados, para tanto, os custos dos materiais de construção, equipamentos, mão de obra e despesas administrativas⁴³. Ademais, há índices que denotam a variação de preços de um conjunto fixo de bens e serviços componentes de despesas habituais de famílias com renda entre 1 e 33 salários mínimos mensais, como o IPC (Índice de Preços ao Consumidor)⁴⁴. Há, ainda, índices direcionados a cálculos judiciais, como, por exemplo, o índice utilizado pelo próprio Tribunal de Justiça do Paraná, que observa a média do INPC e IGP⁴⁵

Nas operações bancárias, observados os casos de proibição legal (vinculação à moeda estrangeira), não há a proibição da utilização de um ou outro índice em específico, facultando às partes a sua escolha; o que ocorre, porém, é que, de modo geral, a afiação da própria taxa de juros remuneratórios presume, nela inserta, o fator de correção da moeda, ou seja, usualmente, a taxa de juros remuneratórios leva em

⁴³ Disponível em: <<https://sindusconpr.com.br/o-que-e-o-cub-como-e-calculado-394-p>>. Acesso em: 10 dez. 2019

⁴⁴ Disponível em: <<https://br.advfn.com/indicadores/ipc>> Acesso aos 10/12/2019

⁴⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1544.htm> Acesso em 10 dez. 2019.

consideração não só a remuneração do capital, mas também a recomposição da moeda (NIEMEYER, 2004, p. 75).

Tanto é que, como melhor se verá nos itens adiante, depois de muito se discutir a respeito de quais encargos podem ser exigidos a partir do momento em que inadimplida a operação bancária, deliberou-se por deixá-la de fora, conforme Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2012).

Traçadas as noções a respeito, também, da correção monetária, cuidar-se-á, então, de abordar o *dies a quo* de sua incidência. Na seara cível, o *dies a quo* de incidência dos juros de mora e da correção monetária variam, e muito.

Se, por exemplo, se tratar de violação a dever jurídico extracontratual - e, por assim dizer, de responsabilidade aquiliana - os juros de mora e, em regra, a correção monetária contar-se-ão desde a data do ato ilícito, consoante artigo 398 do Código Civil e da Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1992, p. 1).

Caso se esteja diante de violação a dever jurídico contratual o leque de incidência dos juros e correção monetária é ampliado.

A regra geral, no caso de responsabilidade civil contratual, é estatuída pelo artigo 405 do Código Civil, ou seja, contam-se os juros de mora e a correção monetária desde a citação inicial. A regra, porém, é tão somente supletiva, ou seja, existindo outro dispositivo específico aplicável à situação, se a deixa de lado e dele se deve lançar mão (TEPEDINO; VIEGAS, 2017, p. 65).

É o caso, por exemplo, das obrigações positivas, líquidas e a termo. O montante devido ao credor, nesses casos, deverá ser atualizado monetariamente desde o dia do vencimento da obrigação, a ele se acoplando, desde o mesmo dia, os juros de mora. Trata-se da mora *ex re*, do brocardo *dies interpellate pro homine* (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 193) e positivada no artigo 397, caput do Código Civil.

Se, porém, se estiver diante de obrigação positiva, líquida e, diferente do caso anterior, sem vencimento estipulado, os juros de mora e a correção monetária contar-se-ão a partir da interpelação do devedor, judicial ou extrajudicial. Trata-se, aqui, de mora *ex persona*, positivada no artigo 397, parágrafo único do Código Civil (VENOSA, 2003, p. 240).

Muitos, como se pode ver, são os termos iniciais de incidência dos juros de mora e da correção monetária. Evidentemente, os até agora expostos não servem a esgotar o cabedal de diferentes hipóteses de *dies a quo* para início de cômputo dos juros de mora e para a atualização monetária.

Poder-se-ia falar, ainda, à guisa de exemplo, da indenização por morte ou invalidez permanente vinculada ao seguro obrigatório DPVAT, cujo termo inicial para correção monetária consubstancia a data do evento danoso, correndo os juros de mora, no entanto, desde a citação, conforme Súmulas 426 (BRASIL, 2010, p.1) e 580 (BRASIL, 2016, p. 1) do Superior Tribunal de Justiça.

Poder-se-ia abordar, também, os juros de mora nos casos de repetição de indébito tributário, que, segundo inteligência da Súmula 188 da Corte Superior (BRASIL, 1997, p. 1), incidem, tão somente, a partir do trânsito em julgado da sentença. Seria possível destacar, ainda, os casos de danos morais, nos quais, segundo prescreve a Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2008, p. 1), os juros de mora são, sim, computados desde o evento danoso, incidindo a correção monetária desde o arbitramento.

O objetivo aqui, contudo, longe de exaurir a questão atinente ao *dies a quo* de incidência dos acréscimos advindos da mora, é, tão somente, esboçar o que a esse respeito é, em geral, estatuído pelo Código Civil nacional e, concomitantemente, o que é, quanto a este título, interpretado pelos tribunais pátrios.

Feito o recorte, passemos, adiante, à multa moratória.

2.3.3 Cláusula penal: a multa moratória

Pode-se definir a cláusula penal como pacto acessório vinculado a determinada obrigação principal, pela qual os contratantes, prévia, concomitante ou posteriormente à avença, estipulam multa, pecuniária ou não, imputável àquele que, culposa ou dolosamente, se escuse ao cumprimento do avençado.

O instituto, malgrado a existência de dispositivos semelhantes no Direito babilônico e grego, está igualmente presente no direito romano, recebendo, à época, o nome *stipulatio poenae* (BENACCHIO, 2008, pp. 373-375).

Foi a cláusula penal, inclusive positivada, nas Institutas de Justiniano, tendo sido implantada, porque, na época, a prova dos prejuízos advindos do descumprimento de determinada avença (sobretudo as imbuídas de um fazer ou não fazer) mostrava-se, senão impossível, custosa ao lesado. Em referido período, a cláusula penal servia como instrumento que tanto impingia as partes ao cumprimento

do entabulado quanto permitia a célere e efetiva liquidação de prejuízos provenientes do descumprimento contratual, culposo ou doloso (RODRIGUES, 2002, p. 265-266).

O instituto trespassou tempo e sociedades diversas e, hoje, encontra-se positivado, também, em modernos ordenamentos jurídicos. Vê-se, pois, que a doutrina pátria é, em geral, equânime não só ao conceituar a cláusula penal, mas também ao destringer suas especificidades e desdobramentos (CASTRO; GONÇALVES, 2017, p. 223).

Embora transcorrido considerável período, a cláusula penal, hoje, mantém ainda incólumes as funções que escoraram sua criação, a saber: as funções compulsória e indenizatória (DINIZ, 2018, p. 459-460).

A primeira funciona como meio de coerção, ou seja, serve a intimidar os contratantes, de modo que, em geral, prefiram eles o cumprimento da avença ao pagamento da penalidade convencionada; a segunda, paralelamente, funciona como fixação antecipada da indenização por perdas e danos, devida ao lesado em razão de eventual inexecução contratual (MONTEIRO, 2012, p. 392-393).

De acordo com a finalidade conferida pelas partes à cláusula penal, a doutrina atribuiu-lhe alcunhas. Subdividiram-na, pois, em espécies: caso, por exemplo, se esteja diante de avença que objetiva penalizar o descumprimento total do contrato, estar-se-á, no caso, diante de cláusula penal compensatória; se, doutro lado, se estampa, no contrato, pacto que objetiva penalizar convenção específica nele inserta ou, então, atraso no adimplemento da obrigação pactuada – vale dizer, mora – estar-se-á, evidentemente, diante de cláusula penal moratória (RODRIGUES, 2002, p. 269).

Pertinente é destacar que, de modo geral, as operações bancárias trazem consigo cláusula penal moratória, e não compensatória. Muito se fala, pois, da multa de mora; nada da compensatória. É que, à exceção de contratos bancários singulares: (a) se a finalidade da cláusula penal compensatória é, justamente, prefixar perdas e danos (ou seja, converter os danos advindos do inadimplemento de obrigações em pecúnia); e (b) se o objeto das operações bancária é, no maior das vezes, o próprio dinheiro, seria ela inócua, se aplicada às operações bancárias que presumem, justamente, a disponibilização de dinheiro à troca do dinheiro disponibilizado acrescido de juros (CASADO, 2000, p. 222).

Cabe, por fim, analisar, como nos demais casos, a possibilidade/proibição e limitação da multa de mora, à luz do aplicável às operações bancárias.

O Código Civil de 1916 não estipulava qualquer limite à cláusula penal moratória. Desde o Decreto Lei 167/1967, contudo, quando, sob a caneta de Humberto de Alencar Castelo Branco, foram criados os títulos de crédito rural, o regramento direcionado às instituições financeiras passou a ser acompanhado de limitação da cláusula penal moratória (GUIMARÃES; GONÇALVES, 2015, pp. 39-58).

Nele, por exemplo, fez-se constar, no artigo 71, que o não pagamento do valor constante em qualquer título de crédito rural, acarretaria a incidência de multa moratória de 10% sobre o valor principal e acessórios. Os demais regramentos ligados a casa bancárias seguiram o indigitado percentual, o Decreto Lei 413/1969, que criou os títulos de crédito industrial, no artigo 58; a Lei 6.313/1975, que criou as cédulas e notas de crédito à exportação, no artigo 1º; a Lei 6.840/1980, que criou as cédulas e notas de crédito comercial, também no artigo 1º (RIZZARDO, 2009, pp. 285, 293-298).

O percentual de 10% a título de multa de mora aplicável às operações financeiras foi, a princípio, mantido, quando da edição da Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (artigo 52, § 1º). Foi só quando da edição da Lei 9.298/1996, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, que o artigo 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor foi alterado para como, hoje, o conhecemos, limitando a multa de mora a 2% do valor da prestação (BRASIL, 1996, p. 1).

Conquanto não tenham o artigo 71 do Decreto Lei 167/1967, o artigo 58 do Decreto Lei 413/1969 e os artigos 1º das Leis 6.313/1975 e 6.840/1980 sido expressamente revogados, tornou-se pacífico, nos tribunais de superposição, o entendimento de que a multa de mora, mesmo nos indigitados títulos de crédito, regidos por lei especial, deveria ser não de 10%, mas de 2%, conforme disposição do artigo 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, o que pode ser percebido pela Súmula 285 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2004, p. 1).

Há tempos as casas bancárias podem, sim, exigir multa de mora sobre o valor inadimplido; desde 2004, porém, há segurança jurídica, tão somente, para que a multa moratória atinja o patamar máximo de 2%.

Explicitada a multa moratória, passemos, agora, à comissão de permanência.

2.3.4 Comissão de permanência

Um último encargo bancário deve ser analisado: a comissão de permanência.

“Definir a comissão de permanência talvez seja uma das tarefas mais árduas do Direito Bancário”; assim é que a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.061.530/RS do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2008, p. 44), encabeça sua exposição acerca da comissão de permanência.

E, sem quaisquer dúvidas, não lhe falta verdade.

A história do encargo bancário tem início em 1966. Como ressalta Spencer Almeida Ferreira (2013, p. 2), o encargo foi criado à época em que, legalmente, não se admitia a correção monetária nos débitos judiciais, e “tinha por objetivo facultar às instituições financeiras a proteção dos efeitos inflacionários, evitando que o devedor pagasse apenas os juros moratórios, enriquecendo-se ilicitamente”. Daí que, em 1966, foi publicada a Resolução CMN 15 do Banco Central do Brasil, autorizando às casas bancárias, no seu item XIV, que, após o vencimento do débito, cobrassem do devedor ‘comissão de permanência’, calculada sobre os dias de atraso e nas mesmas bases proporcionais de juros e comissões cobrados na operação primitiva (WAISBERG; GORNATI, 2012, p. 81)

O intuito do Banco Central ao editá-la – de permitir às instituições financeiras a recomposição do capital não pago oportunamente e, concomitantemente, vedar o enriquecimento sem causa do devedor – foi tão evidente que, no mesmo ano, foi publicada a Circular 27 do Banco Central do Brasil, de 25/03/1966, que vinculou a comissão de permanência disciplinada pelo item XIV da Resolução 15 do Banco Central do Brasil, à correção monetária, possibilitando sua cobrança máxima de 12% ao ano, devida somente no encerramento da operação. No ano seguinte, foi baixada a Circular 77 do Banco Central do Brasil, de 23/02/1967, que previu, no item V, acrescer ao item XIV da Resolução 15 do Banco Central do Brasil, de 1966, que a comissão de permanência não poderia exceder a 24% ao ano, quando não forem cobrados juros de mora (TARAVELA, 2009, pp. 20-21)

Um mês depois, aliás, foi editada a Circular 82 do Banco Central do Brasil de 15/03/1967, que, aludindo expressamente à Resolução 15 do Banco Central do Brasil, de 1966, visou a retificar o item V da Circular 77 do Banco Central do Brasil, de 23/02/1967, para estabelecer que, nos casos de atraso, seria facultado às instituições financeiras cobrar a comissão de permanência, a qual seria calculada *pro rata die*, nas mesmas bases proporcionais de juros, encargos e comissões cobrados na operação primitiva. Na mesma ocasião, indicou, aliás, que, cumulado à comissão de permanência, não seria permitida a cobrança, a título algum, de outras quantias

compensatórias do atraso do pagamento, à exceção de eventuais tributos devidos em razão do atraso (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 398)

O problema foi instaurado: (a) primeiro, quando da Lei 6.423/1977, que, na ponta final, possibilitou, no artigo 1º, a cobrança de correção monetária em negócios jurídicos, e, no artigo 1º, § 1º, “c”, garantiu às operações bancárias, aliás, clara abertura quanto ao índice a ser utilizado; e (b) segundo, à medida que vigente a Lei 6.899/1981, que, no artigo 1º, permitiu a cobrança de correção monetária nos casos de débito resultante de decisão judicial, permitindo-a, inclusive, a partir do vencimento do título, no caso de execução de obrigações de títulos de dívida certa, líquida e exigível, bem como a partir do ajuizamento da ação, nos demais casos. (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 357).

Problema, pois, tendo as instituições financeiras aporte administrativo para a exigência da comissão de permanência (item XIV da Resolução 5 do Banco Central do Brasil, de 1966) e sustento legal para a cobrança de correção monetária (artigo 1º, § 1º, “c” da Lei 6.423/1977 e artigo 1º da Lei 6.899/1981), passaram a exigí-las em cúmulo (ALVES, 1996, 241).

Passou-se, então, a discutir se, no caso da exigência cumulada de comissão de permanência e correção monetária, existir-se-ia *bis in idem*.

Um dos primeiros posicionamentos quanto à questão sobreveio em 1981, no Rio de Janeiro, quando do “V Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada”. Como narram os Ministros Athos Carneiro e Dias Trindade, quando do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do EREsp 4.909/MG, na ocasião, depois de acirrada discussão entre Cândido Rangel Dinamarco, Melíbio Machado, Furtado Fabrício, Humberto Theodoro e Wálter Veado, foi ementado, quanto ao tema, que a comissão de permanência só seria devida se prevista em contrato ou pacto adjeto, não podendo se podendo cumulá-la com a correção monetária (BRASIL, 1991, p. 2).

Longe de pacificada, poucos anos depois, foi a questão novamente enfrentada, agora, porém, judicialmente; e mais, pelo guardião da carta magna. Três anos depois do deliberado no Rio de Janeiro, por exemplo, o Ministro Rafael Mayer, no julgamento do RE 103.051/SP, anotou:

A comissão de permanência, cuja estipulação é facultada pela norma do Sistema Financeiro Nacional, em benefício das instituições financeiras, editada com apoio no artigo 4º e seus incisos e 9º da Lei nº. 4595, de 1964, tem em mira a remuneração dos serviços do estabelecimento creditício pela cobrança dos títulos descontados ou caucionados ou em cobrança simples, a partir de quanto se venceram. A mesma lei básica considera as comissões

no plano de “remuneração de operações e serviços bancários e financeiros” (artigo 4º, IX), atenta, aliás, ao sentido estrito da expressão que é a de “designar a remuneração ou a paga que se promete a pessoa, a quem se deu comissão ou encargo, de fazer alguma coisa por sua conta” [...].

Enquanto isso a correção monetária, instituída pela Lei 6.899, tem como campo de incidência qualquer débito resultante de decisão judicial, a calcular do ajuizamento da ação, ou do respectivo vencimento, quando se tratar de execução por título extrajudicial, e o seu inequívoco sentido é o da “atualização do valor da moeda, em face da perda de substância corroída pela inflação “ou o de “recolocar, pela medida adotada, o valor intrínseco da prestação pretendida” [...].

Assim, não há qualquer interferência na regulação das matérias versadas por ambas as normas, que são obviamente distintas, nem superposição de incidências, nada autorizando a ver nelas qualquer incompatibilidade. E se não há incompatibilidade, convivem ambas as normas [...].

Daí resulta que a recusa de aplicar-se a correção monetária ao débito ajuizado, ainda que este seja representado pela quantia resultante da comissão de permanência, sob a insubsistente razão de incompatibilidade ou inacumulabilidade, representa negativa de vigência do artigo 1º e § 1º, da Lei 6.899, que amplos e abrangentes, não propõem, nem explícita nem implicitamente, tal espécie de restrição. (BRASIL, 1984, pp. 4-5)

O posicionamento foi reiterado dois anos mais tarde, quando do julgamento do RE 108.398/SP, ocasião em que o Ministro Francisco Rezek reiterou, justamente, os fundamentos apresentados outrora, ocasionando, uma vez mais, a ideia de que comissão de permanência poderia, sim, ser cumulada com a correção monetária (BRASIL, 1986, p. 2).

No ano de 1988, como ressaltam os Ministros Athos Carneiro e Dias Trindade, no julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do EREsp 4.909/MG, a matéria foi, novamente, enfrentada no que, à época, se alcinhou “Simpósio de Curitiba: as condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública econômica”, ocasião em que se concordou não seriam exigíveis, cumulativamente, correção monetária e a comissão de permanência (BRASIL, 1991, p. 2).

A matéria só foi pacificada em 1991, quando, enfrentada reiteradas vezes, se deliberou, na Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça, serem inacumuláveis comissão de permanência e correção monetária (FIGUEIREDO, 2007, p. 52)

Não acabou por aí a celeuma envolvendo o encargo, contudo.

No dia 15/05/1986, publicou-se a Resolução 1.129 do Banco Central do Brasil (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 394). Com o referido ato, foi revogado o item XIV da Resolução 15 do Banco Central do Brasil, e, com isso, passou-se a facultar às casas bancárias que cobrassem, “por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, ‘comissão de

permanência', [...] calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado" (BRASIL, 1986, p. 1).

Pode-se perceber, portanto, que o Banco Central do Brasil, por meio da Resolução 1.129 do Banco Central do Brasil de 15/05/1986, rerratificou a Circular 82 do Banco Central do Brasil de 15/03/1967, vinculando a comissão de permanência ou aos juros remuneratórios exigidos no contrato ou (e aqui inovou) à taxa de juros remuneratórios exposta pelo mercado. Em suma, à época, passou-se a permitir que, quando do inadimplemento, para além dos juros de mora, um misto de correção monetária e juros remuneratórios (ou à taxa do contrato ou à taxa do mercado) fossem exigidos pelas instituições financeiras sob a alcunha de comissão de permanência

A exigência do encargo nesses termos fez com que se reascendesse a discussão a seu respeito: surgiram, daí, dois imbróglis: (a) a cumulação da comissão de permanência aos juros remuneratórios, vinculando-a, inclusive, à taxa média de juros; e (b) a cumulação da comissão de permanência aos juros de mora (CASADO, 2000, pp. 165-167; FIGUEIREDO, 2007, p. 52; SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 394).

Em meio à discussão, adveio, tempos depois, o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp 271.214/RS, de relatoria do Ministro Ari Pargendler. Nele, entendeu-se que a comissão de permanência nada mais seria que encargo inerente às operações bancárias cuja exigência seria permitida às instituições financeiras para lhes garantir, a uma, a recomposição monetária do valor não pago, e, a duas, a remuneração do capital mutuado durante o período em que persiste o inadimplemento (BRASIL, 2003, p. 5).

Pautou-se, pois, por definir que a comissão de permanência seria composta justamente de um *blend* de juros remuneratórios e correção monetária; por isso vedado, na ocasião, a cumulação daquela com estes dois. Foi ela, portanto, declarada lícita (mesmo que vinculada à taxa média de mercado), desde que, porém, a taxa média de juros espelhada pelo mercado não fosse superior à taxa de juros remuneratórios prevista em contrato (BRASIL, 2003, p. 5).

Mais tarde, o entendimento esposado no indigitado julgamento passou a compor o teor das Súmulas 294 e 296, ambas do Superior Tribunal de Justiça, segundo as quais: "não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato" (BRASIL, 2004, p. 1), e "os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de

inadimplência, à taxa média de mercado [...], limitada ao percentual contratado” (BRASIL, 2004, p. 1).

Melhor à solução da questão, porém, foi o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp 1.058.114/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, submetido ao rito dos recursos representativos de controvérsia. Nele, uma vez mais, narrou Nancy Andrighi: “definir a comissão de permanência talvez seja uma das tarefas mais árduas do Direito Bancário” (BRASIL, 2009, p. 8).

Disse-o, não sem razão.

Como elucida a relatora, no decorrer de seu voto, inúmeros ofícios foram encaminhados não só às mais diversas instituições financeiras, como também ao Banco Central do Brasil e à própria Federação Brasileira de Bancos; inúmeros ofícios foram encaminhados, uma só foi, contudo, a pergunta: do que seria composta a comissão de permanência exigida pelas instituições financeiras? O motivo da questão era muito simples, vale dizer, conhecer a gênese e composição do encargo para que, com isso, fosse possível ao tribunal de superposição analisar se sua cumulação a outros encargos seria, ou não, ilícita (BRASIL, 2009, p. 8).

Narra a relatora, contudo, que:

As enormes variações constatadas nas respostas ao mencionado ofício, demonstraram que cada banco trata da cláusula de comissão de permanência de maneira particular e diferenciada, o que impossibilita o conhecimento pelo consumidor daquilo que está pagando, além de inviabilizar a comparação dos custos da inadimplência face aos outros bancos. Vejam-se os seguintes dados colhidos e que constam na integralidade das razões de decidir daquele julgado: "(i) Um dos bancos cobrou, para abertura de crédito, em setembro de 2007, acima de 16% ao mês nos dois primeiros meses, e em torno de 5,50% após, em ambos os casos acrescido de 1% ao mês a título de juros de mora; (ii) Em outro banco, a tendência é que a comissão se aproxime muito das taxas de juros, encontrando-se ao redor de 0,5% ao dia; (iii) Outro banco comunicou serem vários os componentes formadores do encargo, como os custos com a captação de recursos, os impostos, o risco de inadimplência e o chamado custo de administração, que envolve gastos com pessoal, operacional, de instalações e equipamentos. Para este banco, a comissão foi de 12% ao mês para as diversas modalidades de operação de crédito; (iv) Outro banco informou que, nos últimos doze meses, a comissão de permanência variou entre, aproximadamente, 4,70% e 6,30% ao mês; (v) Na resposta mais esclarecedora, um banco afirmou que compõem a sua comissão de permanência, entre outros, os seguintes itens: “custas com despesas jurídicas pela ação de cobrança” e “custo operacional pela ativação da cobrança (...) Escritórios de Cobrança e Escritórios de Advocacia”. Aqui, a comissão variou entre 6,5% até quase 20% ao mês.” (BRASIL, 2009, pp. 19-20).

A própria Federação Brasileira dos Bancos, continua a relatora, teria, na ocasião, afirmado ser “impossível apontar critérios uniformes de cálculo da comissão de permanência para todas as instituições, dado que esse cálculo se baseia em diferentes peculiaridades” (BRASIL, 2009, pp. 19-20).

Por fim, entenderam os julgadores, à época: (a) ser possível a cobrança de comissão de permanência, inclusive, nas relações de consumo; (b) que a importância cobrada a título de comissão de permanência não poderia ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: (b.1) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; (b.2) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e (b.3) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação; e (c) que, se constatada fosse a abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deveria o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos (BRASIL, 2009, pp. 1-49).

Entendeu-se, nas palavras do ministro João de Otávio de Noronha, portanto, que a comissão de permanência “tem por finalidade não somente a recomposição monetária do capital mutuado como também a sua remuneração durante o período em que persiste o inadimplemento” (BRASIL, 2009, p. 28).

Judicialmente, a matéria foi sedimentada com a edição da Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: a cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - excluiria a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual (BRASIL, 2012, p. 1).

Só depois de cinco anos, contudo, a decisão judicial esprou seus efeitos administrativamente.

Por meio da Resolução CMN 4.558 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2017, p. 1), foi revogada a Resolução 1.129 do Banco Central do Brasil (aquela que, até então permitia a exigência da comissão de permanência cumulada à exigência de juros de mora). Definiu-se na ocasião, então, que as instituições financeiras podem cobrar de seus clientes, no caso de atraso no pagamento, exclusivamente, os seguintes encargos: (a) juros remuneratórios, por dia de atraso, sobre a parcela vencida; (b) multa, nos termos da legislação em vigor; e (c) juros de mora, nos termos da legislação

em vigor; (d) que a cobrança de quaisquer dos encargos por atraso de pagamento de obrigações deve constar dos contratos.

Veja-se, portanto, que, mormente a partir de 23/02/2017 (ao menos administrativamente), a comissão de permanência nada mais é que o defunto de um afamado: dela muito já se falou, sobre ela muito já se discutiu; hoje, porém, já mais nada é, senão reminiscência.

Desnecessário é, portanto, que, aqui, se discuta qual é, verdadeiramente, a sua natureza jurídica. Sabe-se, sim, que há aqueles que a defendem como juros remuneratórios, defendendo incisivamente, por isso, a possibilidade de sua cumulação com a correção monetária (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 395); sabe-se, também, há quem a defenda como se cláusula penal compensatória fosse (FERREIRA, 2013, p. 5); sabe-se, inclusive, daqueles que já a defenderam, tão somente, amparados por perscrutar e descrever sua finalidade (GUIMARÃES, 2000, pp. 79-78; BARBOSA, 2003, p. 89).

Repita-se, porém: desnecessário é que, hoje, discuta-se sobre sua natureza jurídica. Basta, sobretudo para o objetivo do trabalho, saiba-se que, inadimplida a operação bancária, será devido à casa bancária (independentemente da alcunha que se lhe confira): (a) juros remuneratórios não superiores à taxa pactuada, em contrato, para o período de adimplência; (b) juros de mora; (c) multa de mora.

2.3.5 Encargos de normalidade x encargos de inadimplemento

Nos itens anteriores, alinhavou-se os encargos que, em geral, oneram as operações bancárias. A despeito da distinção realizada caso a caso, importa, agora, traçar rápidas diretrizes a respeito de sua incidência.

O julgamento dos Recursos Especiais 1.061.530/RS (BRASIL, 2008, pp. 1-3) e 1.058.114/RS (BRASIL, 2009, pp. 1-3), são emblemáticos à questão. São-no, justamente, porque apreciados sob o rito dos recursos representativos de controvérsia (artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973), trilhando, pois, caminho que, dali em diante, deveria, sempre que possível, ser seguido pelos juízos de primeiro grau e Tribunais de segunda instância.

Dentre os muitos motivos que, outrora, já se alinhavou, os julgados em questão são, agora, destacados, sobretudo porque, neles, é que - com mais publicidade, em

razão de se tratar de julgamento de caso repetitivo - foi estabelecida a diferença entre encargos do período de normalidade contratual e os encargos do período de inadimplência contratual.

Aqueles se referem aos encargos que incidem antes de configurado o inadimplemento; de modo geral, são utilizados para o cômputo do valor do crédito, ou seja, os juros remuneratórios aliados às demais rubricas a eles agregadas que, de uma forma ou outra, comporão o preço da operação antes do inadimplemento (como, por exemplo, a variação de algum índice de correção monetária).

Estes, de sua banda, se referem aos encargos que incidirão sobre o valor devido à casa bancária quando não paga a dívida no valor, termo e/ou condições estipuladas, vale dizer, a comissão de permanência ou, como se viu no item antecedente, a somatória entre os juros de mora, os juros remuneratórios (que, muito provavelmente, levarão em consideração, quando de sua formação, a correção monetária) e da multa de mora.

A compreensão a respeito da terminologia empregada pelos tribunais superiores e, aqui, adotada (período de normalidade x período de inadimplência) é pertinente, para que, adiante, seja possível, num primeiro momento, explicitar a formação do crédito bancário pré-inadimplência e, adiante, traçar as diretrizes de como, de modo geral, é composto o crédito bancário pós-inadimplência. Com base nisso, analisar-se-á, enfim, hipóteses fictícias de recuperação de crédito bancário sustentadas em contratos reais.

Abram-se as portas, portanto, ao próximo capítulo.

3 A NORMA DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO E A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO BANCÁRIO

3.1 OPERAÇÕES BANCÁRIAS DE EMPRÉSTIMO

Expostas as cláusulas comuns à grande maioria de operações bancárias, trespassados os encargos que, geralmente, acompanham-nas e, por fim, separados quais deles incidem à formação do preço do crédito pré-inadimplemento e quais incidem quando do inadimplemento da operação bancária, passar-se-á, adiante, à exposição dos gêneros de operações bancárias.

O intento é, a princípio, tratar de cada um dos gêneros de operações bancárias que, outrora, propôs-se tratar, abordando, num primeiro momento, seu conceito e eventuais peculiaridades. Na sequência, abordar-se-á como, de modo geral, é composto o crédito pré-inadimplemento e, enfim, como, inadimplida a operação, ocorre a incidência dos encargos bancários para formação do crédito pós-inadimplemento, apto à persecução judicial.

Destaque-se, aqui, que os termos pré e pós-inadimplemento são termos próprios, e, longe de qualquer aspiração construtiva, têm fins apenas didáticos. Por crédito pré-inadimplemento, portanto, entenda-se a constituição exordial do crédito bancário ou, então, o crédito bancário até o momento da inadimplência. Por crédito pós-inadimplemento, de sua banda, entenda-se o valor devido à instituição financeira após o inadimplemento da operação.

Assim se fará justamente para que, ao final, seja possível a análise da formação do crédito hábil à persecução judicial levando-se em conta operações bancárias que, malgrado vinculadas a contratos/títulos de crédito reais, serão submetidas a casos hipotéticos para análise dos resultados da inércia da casa bancária em promover a recuperação de seu crédito.

O Código Civil de 2002 define o mútuo como o empréstimo de coisas fungíveis, pelo qual o mutuário vê-se obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu, em coisa do mesmo gênero qualidade e quantidade.

Noutras palavras, malgrado, hoje, induzidos a assim imaginar, nem sempre o mútuo consubstancia a entrega de dinheiro do mutuante para o mutuário. Pelo

contrário, “no mútuo o que se restitui não é o que se deu e sim o que corresponde ao que se deu” (RIZZARDO, 2009, p. 34).

Quanto ao tema, anuncia Pontes de Miranda (2005, p. 30), por exemplo:

As operações de crédito baseiam-se, quase sempre, em empréstimos, principalmente empréstimos de bens fungíveis. O empréstimo de dinheiro vem, hoje, no primeiro plano; porém, não foi sempre assim. Já o era na vida romana, tal como a conhecemos através do direito romano. Antes, mais havia empréstimo de produtos naturais, o que ressalta nos papiros que correspondem ao Egito do tempo dos reis Ptolomeus. A evolução foi para o empréstimo de dinheiro. Depois, para as múltiplas espécies de negócios jurídicos de crédito.

Da mesma forma, suscita Guillermo A. Borda (1997, p. 578):

Hemos dicho ya que lo que está em la medula del mutuo es un préstamo que como todo préstamo se entiende de uso; sólo que el uso de la cosas consumibles produce su perecimiento por lo que el prestatario no puede cumplir con su obligación de restitución sino devolviendo otras cosas de la misma especie y calidad. Por consiguiente la circunstancia de que la cosa sea consumible es lo que tipifica jurídicamente el mutuo.

O mútuo, portanto, é empréstimo de consumo, vale dizer, a coisa emprestada, sendo fungível ou consumível, não pode ser devolvida; a restituição, portanto, se faz pelo equivalente *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. É gratuito por natureza, de coisas fungíveis e a termo. Não será gratuito, porém, a uma, se o contrário constar da avença e, a duas, se sabidamente destinado ao que o próprio Código Civil de 2002, no artigo 591, denomina “fins econômicos”, ocasião em que será predicado pelos epônimos feneratício ou frugífero (GOMES, 1981, p. 370-376).

A despeito da possível gratuidade, Nelson Abrão (2011, pp. 115-116) indica que, em “havendo a lei específica reservado a negociação de crédito às instituições financeiras (artigo 17 da Lei n. 4.595/1964), praticamente o mútuo deixou de ser gratuito [...] para tornar-se oneroso”.

Conceituando, então: o mútuo, na seara bancária, se efetiva com o fornecimento de dinheiro ao interessado, com a especialidade de ser concedido por uma entidade creditícia (RIZZARDO, 2009, p. 34); é a operação “por qual um banco transfere a um cliente certa quantidade de dinheiro em espécie, e este se obriga a devolvê-la em um prazo determinado, acrescido dos juros convenionados” (VILLEGAS, 1985, p. 496, tradução livre).

É resultado da concreção de promessa; de fato existirá, portanto, tão somente com a efetiva tradição do dinheiro mutuado da instituição financeira mutuante ao mutuário (OLIVEIRA, 2002, pp. 241-242). Noutras palavras:

[...] o contrato só se aperfeiçoa pela entrega pelo mutuante da coisa emprestada ao mutuário. Sem tal entrega não há que se falar na existência de contrato de mútuo. Assim, o mero acordo de vontades entre as partes sobre o empréstimo não é suficiente para a formação de um contrato de mútuo. [...] Além de contrato real, o mútuo é também contrato unilateral, no sentido de não prever, ordinariamente, obrigação alguma ao mutuante. Frise-se que a entrega da coisa emprestada não é prestação contratual, isto é, cumprimento de obrigação do mutuante. Pelo contrário, a entrega da coisa faz parte da própria formação contratual (SALOMÃO NETO, 2014, p.198).

À semelhança do mútuo há a antecipação bancária.

Há quem, estudando-a, entenda-a contrato com características próprias e, muito mais, totalmente desvinculado da operação de mútuo. Confrontam, para tanto, a antecipação bancária e o mútuo ao qual se faça atrelar garantia pignoratícia; diferenciam-nos, porém, à medida em que, neste, a garantia pignoratícia é meramente acessória, enquanto naquele é condição *sine qua non* à concessão do crédito (COVELLO, 1999, pp. 193-194, OLIVEIRA, 2002, pp. 241-242; ABRÃO, 2011, p. 144; RIZZARDO, 2009, pp. 49-51).

Parece irrefutável, no entanto, a proximidade entre antecipação bancária e mútuo, justamente, porque “a prestação da garantia pode no máximo ser considerada como elemento integrante da causa do contrato, no sentido de motivo determinante para a sua realização” (SALOMÃO NETO, 2014, p. 199); é dizer, portanto: seja na antecipação bancária seja no mútuo, a prestação prévia de garantia quer representar, na verdade, exigência da casa bancária tendente ao resguardo de seu crédito.

Por isso é que, concordando com o autor, tratar-se-ão ambos, nos itens adiante, como mútuo.

Têm-se, nela, a operação pela qual o banco entrega ao cliente um adiantamento em dinheiro, mediante prévia constituição de uma garantia, seja em títulos, em mercadorias ou documentos representativos dessas; nela se congregam, portanto, dois elementos: (a) a oferta prévia de uma garantia real; (b) com vistas a um adiantamento pecuniário, ou seja, é “o contrato pelo qual o banco adianta uma importância pecuniária contra a garantia real de certos bens” (ABRÃO, 2011, p. 143).

Bom exemplo de contrato de antecipação bancária, a reforçar o explicitado, é o financiamento; é-o, justamente, porque, “por esse contrato, adianta o banco ao

cliente recursos necessários a certo empreendimento, reservando-se a faculdade de receber de devedores do financiado os créditos que este lhe cedeu, ou caucionou” (GOMES, 2019, p. 337).

Traçados conceito e peculiaridades a respeito do mútuo e da antecipação bancária, bom é, agora, que seja tratada a próxima operação bancária. Voltem-se os olhos, pois, às operações de abertura de crédito.

São elas, ao lado do mútuo e da antecipação bancária, ferramentas também amplamente utilizadas para concessão de crédito em solo pátrio.

Na operação de abertura de crédito, “o banco se obriga a pôr à disposição do cliente uma soma em dinheiro, por prazo determinado ou indeterminado, obrigando-se este a devolver a importância acrescida dos juros” (MARTINS, 2019, p. 348).

Como salienta Renato Nordi, aliás (1998, p. 1):

O contrato de abertura de crédito é um dos contratos mais utilizados nos dias de hoje, pois dele resultam benefícios mútuos e recíprocos para a Instituição Financeira e para o cliente creditado. Tal modalidade de contrato, tipicamente bancário, encerra a obrigação da Instituição Financeira em manter, durante interregno fixo ou indeterminado, uma importância à disposição do cliente ou creditado, concedendo, em contrapartida, a prerrogativa de este utilizá-la segundo suas necessidades e conveniências, desde que dentro do limite de crédito e prazo acordados.

Nas exatas palavras de Arnaldo Rizzardo (2009, pp. 49-50), a abertura de crédito é operação na qual:

[...] o banco ou creditante se obriga a colocar uma importância em dinheiro à disposição do creditado, ou a contrair por conta deste uma obrigação, para que ele mesmo faça uso do crédito concedido na forma, nos termos e condições em que foi convencionado, ficando obrigado o creditado a restituir ao creditante as somas das quais dispôs, ou a cobri-las oportunamente, de acordo com o montante das obrigações contraídas, incluindo os redimentos e outras decorrências.

A abertura de crédito é, em suma, operação pela qual o banco coloca “certa soma em dinheiro à disposição da outra parte, que poderá dela se utilizar, ou não, mediante certas contraprestações” (ABRÃO, 2011, p. 167).

Celso Marcelo de Oliveira (2002, pp. 140-141), quanto à operação em questão, traça a forma de sua conclusão:

...] o contrato no qual incorrem relações continuadas de débito e crédito entre o banco e o cliente. Obriga-se o banco a inscrever em partida de débito e crédito os valores monetários retirados ou remetidos pelo cliente. Na abertura de crédito, não significa que o valor referente ao crédito contratado

permaneça depositado em conta vinculada ao creditado, pois a disponibilidade não decorre da efetiva entrega do dinheiro. Por isso que o contrato de abertura de crédito considera-se perfeito. Uma vez que o banco se compromete a abrir o crédito (obrigação de fazer) e o cliente ou creditado a recebê-lo, o negócio jurídico está formalizado.

O contrato perfectibiliza-se, pois, a partir da utilização do crédito disponibilizado, “mediante saques na conta, que criam, para o creditado, novas obrigações, como a de pagamento de juros sobre o saldo devedor, e a de restituição das quantias utilizadas” (GOMES, 1981, p. 401).

Diferente, portanto, do que ocorre no mútuo (que são consubstanciados, justamente, quando da efetiva disponibilização do dinheiro ao mutuário), no contrato de abertura de crédito o que é efetivamente disponibilizado ao correntista é, na verdade, o crédito sendo-lhe facultado dele lançar mão, por exemplo, integralmente e em uma só oportunidade ou, então, de forma parcelada, à medida em que seus planos e orçamento assim exigirem. Vale dizer, a disponibilidade não decorre da entrega prévia do dinheiro; o valor do crédito não fica depositado na conta ou é entregue de imediato ao consumidor/correntista. Há, sim, o crédito, e o custo incide, se e somente se, o contratante dele se utilizar (COVELLO, 1999, p. 187).

Abre-se, pois, dois caminhos para encaixá-la dentro das operações bancárias: ou se a reconhece como operação autônoma, que nada tem a ver com o mútuo ou, então, se a reconhece como contrato preliminar, um pré-contrato de mútuo, por assim dizer. Há, sim, aqueles que a definem como operação ímpar, que com o mútuo deveras não se confunde (RIZZARDO, 2009, p. 50; ABRÃO, 2011, pp. 167-168); mais pertinente, porém, é a corrente doutrinária que a compreende como promessa de mútuo (SALOMÃO NETO, 2014, p. 234).

Bom é ressaltar, por fim, na abertura de crédito, constatam-se duas modalidades: a abertura de crédito simples e em conta corrente.

Na abertura de crédito simples o creditado tem o direito de utilizar o crédito sem a possibilidade de, depois de utilizá-lo parcial ou integralmente, recompor, com reembolsos, a disponibilidade inicial do crédito (GOMES, 1981, p. 401). Noutras palavras, a abertura de crédito simples “permite o saque do valor creditado sem a possibilidade de restauração de tal valor por via de pagamentos parciais” (SALOMÃO NETO, 2014, p. 232).

Um exemplo é o contrato em que a instituição financeira, por um mês, abre, ao contratante, um crédito de dez milhões de reais, e ele, o contratante, utiliza, apenas

metade dessa soma; resultado disso é, portanto, que, findo o prazo, aferir-se-á qual o valor utilizado, abrindo-se prazo para pagamento aos juros contratados.

Na abertura de crédito em conta corrente, o creditado tem o direito de efetuar reembolsos, utilizando novamente o crédito reintegrado (WAISBERG; GORNATI, 2012, p. 150), vale dizer, “pagamentos parciais restauram o valor do crédito aberto, e permitem saques adicionais” (SALOMÃO NETO, 2014, p. 232).

Bom exemplo é citado por Arnaldo Rizzardo (2009, p. 52), a explicitar o funcionamento da abertura de crédito em conta corrente: se, por exemplo, a casa bancária abre um crédito de um milhão de reais, vinculando-o à conta corrente, e o creditado utiliza metade dessa soma, mas, dias após, efetua depósito no montante da importância sacada, a disponibilidade volta a ser a que for a originalmente erigida.

Constatados conceito e condições gerais, também, das operações de abertura de crédito, daremos seguimento, agora, com noções a respeito da composição do crédito bancário.

3.2 A FORMAÇÃO DOS CRÉDITOS PRÉ E PÓS-INADIMPLÊNCIA

Como já foi visto, o mútuo consubstancia, de um lado, a disponibilização imediata e efetiva do valor mutuado ao mutuário e, de outro, a promessa, por parte do mutuário, de que o valor emprestado será pago ao mutuante acrescido dos encargos contratuais, na forma e tempo convencionados.

A abertura de crédito, também já foi visto, é modalidade de operação bancária em que o crédito é que é disponibilizado ao contratante, que dele poderá se utilizar, seja mediante um só saque, seja mediante saques reiterados, seja da integralidade do crédito disponibilizado, seja de apenas parte do crédito disponibilizado.

A formação do crédito pré-inadimplência é singular, em cada um deles.

Ver-se-á sua formação, primeiro, nas operações de mútuo.

A fazê-lo, necessário é, antes de mais nada, apurar qual o real valor do empréstimo. Para tanto, somam-se ao valor disponibilizado ao contratante eventuais tarifas da operação, despesas, tributos, chegando-se, com isso, ao valor efetivo disponibilizado ao contratante.

O total do mútuo será, então, submetido às metodologias de amortização e, nelas, levar-se-á em consideração a taxa de juros remuneratórios pactuada para a

operação. No Brasil, dois são os métodos geralmente utilizados para amortização de capital e juros: o francês (a famigerada tabela PRICE) ou, então, o método SAC, acrônimo para sistema de amortização constante.

O método francês é metodologia para amortização variável tanto do capital como dos juros, o que possibilita sejam estipuladas parcelas de valor fixo. Pode ser definido, nas palavras de Eduardo Salomão Neto (2014, p. 203), “como o sistema em que, a partir do conceito de juros compostos (juros sobre juros), elabora-se um plano de amortização do capital em parcelas periódicas, iguais e sucessivas, considerado o termo vencido”.

“O valor do empréstimo pode ser calculado a partir de qualquer taxa de juros e periodicidade, cujas prestações, nada obstante, serão iguais e periódicas” (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 203). A fórmula para cômputo do crédito, por meio da tabela PRICE, é a seguinte:

R =	$P \times \frac{(1+i)^n \times i}{(1+i)^n - 1}$	Onde: P = principal ou capital inicial; i = taxa de juros; n = prazo R = prestações (parcelas).
-----	---	---

Sim, o prazo exponenciado não é estranho. Por ele é possível lembrar, claramente, a fórmula utilizada para cômputo dos juros compostos, onde, também, o fator tempo é exponenciado. Por isso é que se considera que o cálculo do crédito bancário que leva em consideração o método de amortização francês sofre a incidência de juros compostos (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 214).

Veja-se, adiante, um exemplo de empréstimo submetido ao método de amortização francês, com as seguintes condições: (a) capital mutuado de 15.000,00; (b) juros de 5% ao mês; (c) prazo de pagamento em 6 meses.

Adiante, o fluxo de pagamento:

Número	Prestação	Juros	Capital	Saldo Devedor
0	0,00	0,00	0,00	15.000,00
1	2.955,26	750,00	2205,26	12.794,74
2	2.955,26	639,74	2315,53	10.479,21
3	2.955,26	523,96	2431,30	8.047,91
4	2.955,26	402,40	2552,87	5.495,05
5	2.955,26	274,75	2680,51	2.814,54
6	2.955,26	140,73	2814,54	0,00

TOTAL	17.731,57	2.731,57	15.000,00	0,00
-------	-----------	----------	-----------	------

O sistema de amortização constante difere, e muito, do francês. A maior discrepância entre ambos os métodos é devidamente ressaltada por José Dutra Vieira Sobrinho (1997, p. 230):

Este sistema é extremamente simples. Sua denominação deriva da sua principal característica, ou seja, as amortizações periódicas são todas iguais ou constantes (no Sistema Francês, as amortizações crescem exponencialmente à medida que o prazo aumenta). O SAC consiste em um plano de amortização de uma dívida em prestações periódicas, sucessivas e decrescentes em progressão aritmética, dentro do conceito de termos vencidos, em que o valor da prestação é composto por uma parcela de juros e outra parcela de capital.

Nele, portanto, há amortizações constantes do capital, culminando em prestações cuja monta variará mensalmente (FARIAS, 2011, p. 65). Quanto ao tema, ademais, anota Luiz Antonio Scavone Junior (2014, p. 241):

O SAC consiste no plano de amortização de uma dívida em prestações periódicas, sucessivas e decrescentes, em progressão aritmética, dentro do conceito de termos vencidos, em que o valor de cada prestação é composto por uma parcela de juros e outra parcela de capital (ou amortização).

Os valores das prestações são facilmente calculados. A parcela de capital é obtida dividindo-se o valor do empréstimo (ou financiamento) pelo número de prestações, enquanto o valor da parcela de juros é obtido pela multiplicação da taxa de juros pelo saldo devedor existente no período imediatamente anterior

“Os valores das prestações são facilmente calculados. A parcela de capital é obtida dividindo-se o valor do empréstimo (ou financiamento) pelo número de prestações, enquanto o valor da parcela de juros é obtido pela multiplicação da taxa de juros pelo saldo devedor existente no período imediatamente anterior”.

A composição do crédito bancário exordial, por meio do sistema de amortização constante, leva em consideração vários passos. Primeiro, calcula-se a amortização de capital, depois o valor dos juros e, por fim, a prestação. Segue-se a mesma *iter*, então, para o cálculo das demais prestações, sempre levando em consideração o abatimento fixo a título de capital. Isso fará, como já se disse, com que, no decorrer do tempo, o valor das prestações mensais seja reduzido (MATHIAS, 2004, pp. 313-316). As fórmulas, para tanto, são:

A	=	$\frac{SD\ 0}{N}$	Onde:
			A = Amortização do capital
			SD 0 = Saldo Devedor Inicial
			N = Número de prestações

J	$= SD_{n-1} \times i$	Onde: J = Juros SD n-1 = Saldo Devedor no período anterior i = Taxa de Juros
---	-----------------------	---

P	$= J + A$	Onde: P = Parcela J = Juros A = Amortização
---	-----------	--

Diferente do que ocorre com o método de amortização francês, o sistema de amortização constante, de modo geral, não levará, no seu cômputo, a incidência de juros compostos (VIEIRA SOBRINHO, 1997, p. 230).

Veja-se, adiante, o mesmo exemplo anterior, agora, porém, submetido ao sistema de amortização constante. Rememoremos as condições: (a) capital mutuado de 15.000,00; (b) juros de 5% ao mês; (c) prazo de pagamento em 6 meses. Adiante, o fluxo de pagamento:

Número	Prestação	Juros	Capital	Saldo Devedor
0	0,00	0,00	0,00	15.000,00
1	3.250,00	750,00	2.500,00	12.500,00
2	3.125,00	625,00	2.500,00	10.000,00
3	3.000,00	500,00	2.500,00	7.500,00
4	2.875,00	375,00	2.500,00	5.000,00
5	2.750,00	250,00	2.500,00	2.500,00
6	2.625,00	125,00	2.500,00	0,00
TOTAL	17.625,00	2.625,00	15.000,00	0,00

Abordada a formação do crédito bancário nas operações de mútuo, volta-se a atenção, agora, à abertura de crédito. Diferente do que ocorre nas operações de mútuo, aqui, o cômputo do crédito exordial da casa bancária leva em consideração, geralmente, o método hamburguês. Anota Alexandre Assaf Neto (2012, p. 80):

Esse tipo de conta [a abertura de crédito] é uma forma de crédito rotativo no qual é definido um limite máximo de recursos que poderá ser sacado. Representa, em outras palavras, uma conta de saldo devedor, em que o cliente saca a descoberto e os juros são calculados periodicamente sobre o saldo médio utilizado. A determinação dos encargos financeiros sobre os valores devedores é geralmente processada por capitalização simples por meio do denominado “método hamburguês” [...]. O cálculo dos juros pelo “método hamburguês” envolve o produto da taxa proporcional diária dos juros pelo também produto do saldo devedor e quantidade de dias em que esses valores tenham permanecido acumulados.

A fórmula representativa do cálculo mencionado pelo autor, referente ao método hamburguês, é representada da seguinte forma:

$J = i \times \sum SD \times D$ <p>Onde: J = Juros i = Taxa de juros proporcional diária $\sum SD$ = Saldo devedor D = Número de dias que o saldo permanece inalterado</p>

Como indica o mencionado autor (ASSAF NETO, 2012, p. 80), os juros, no método hamburguês, são, a princípio, calculados linearmente. O que pode ocorrer, porém, é que, vencidos e não pagos, serão eles computados como débito, passando, pois, a fazer parte da base de cálculos sobre a qual, no período seguinte, incidirão, novamente, juros, nesse caso, sim, compostos (LUZ, 2005, p. 143).

Veja-se, como feito anteriormente, um exemplo.

Diga-se: (a) que, no dia 01/10/2019, foi celebrada a abertura de crédito simples de 15.000,00 em prol do contratante; (b) que o crédito ficará aberto por um mês; (c) que os juros serão de 5% ao mês ou, decompondo-a, de 0,16% ao dia; (d) que, no dia 02/10/2019, o contratante utilizou 3.000,00; (e) que, no dia 10/10/2019, o contratante utilizou 5.000,00; (f) que, no dia 20/10/2019, o contratante utilizou 2.000,00; e (g) que, no dia 22/10/2019, o contratante utilizou 5.000,00.

Confira-se, adiante, o fluxo de pagamento:

Data	Saques	Créd. Util. (A)	Dias (B)	A x B	Juros (a.d.)
01/10/2019	0	0	2	0	0
02/10/2019	3.000,00	3.000,00	8	24.000,00	38,40
10/10/2019	5.000,00	8.000,00	10	80.000,00	128,00
20/10/2019	2.000,00	10.000,00	2	20.000,00	32,00
22/10/2019	5.000,00	15.000,00	8	120.000,00	192,00
Total 30/10/2019	0,00	Total: 15.000,00	0	0	Total: 390,40
01/11/2019	0,00	15.390,40	0	0	0

No caso exemplificado, depois da utilização do crédito e finda a periodicidade de sua disponibilização, constatou-se que, a título de juros, o contratante deveria pagar à casa bancária o montante de 390,40 que, somados ao capital, inteiraria 15.390,40.

Veja-se um exemplo, agora, de abertura de crédito conta corrente, utilizando, novamente, o método hamburguês de cômputo dos juros.

Diga-se: (a) que, no dia 01/10/2019, foi celebrada a abertura de crédito em conta corrente de 15.000,00 em prol do contratante; (b) que os juros serão de 5% ao mês ou, decompondo-a, de 0,16% ao dia, exigidos mensalmente; (c) que, no dia

01/10/2019, o contratante detinha saldo positivo de 3.000,00; (d) que, no dia 02/10/2019, o contratante sacou 5.000,00; (e) que, no dia 05/10/2019, o contratante depositou 10.000,00; (f) que, no dia 07/10/2019, o contratante sacou 15.000,00; (g) que, no dia 02/11/2019, o contratante sacou 5.000,00; (h) que, no dia 05/11/2019, o contratante sacou 2.000,00; (i) que, no dia 20/11/2019, o contratante depositou 8.000,00; (j) que, no dia 25/11/2019, o contratante sacou 5.000,00; (k) que, no dia 30/11/2019, o contratante depositou 15.000,00.

Adiante o fluxo de pagamentos e incidência dos juros:

Data	Déb. / Créd.	Saldo (A)	Dias (B)	A x B	Juros (a.d.)
01/10/2019	0	3.000,00 C	0	0	0
02/10/2019	5.000,00 D	2.000,00 D	3	6.000,00	9,6
05/10/2019	10.000,00 C	8.000,00 C	0	0	0
07/10/2019	15.000,00 D	7.000,00 D	24	168.000,00	268,80
Total 31/10/2019	0	Saldo: 7.000,00 D	0	0	Total: 278,40
01/11/2019	0	7.278,40 D	1	7.278,40	0
02/11/2019	5.000,00 D	12.278,40 D	3	36.835,20	11,65
05/11/2019	2.000,00 D	14.278,40 D	15	214.176,00	342,70
20/11/2019	8.000,00 C	6.278,40 D	5	33.642,00	53,80
25/11/2019	5.000,00 D	11.278,40 D	5	56.392,00	90,20
30/11/2019	15.000,00 C	3.722,00 C	0	0	0
Total 30/11/2019	0	Saldo: 3.223,65 C	0	0	Total: 498,35
01/12/2019	0	3.223,65 C	0	0	0

No caso hipotético, constatou-se a utilização do crédito concedido pela casa bancária em várias ocasiões, sendo que, no primeiro mês, a utilização do capital inteirou juros à monta de 278,40 e, no segundo mês, à quantia de 498,35.

Poder-se-ia até mesmo dizer que são os cálculos simples. Bom é ressaltar, porém, que as operações de abertura de crédito em conta corrente apresentam, sim, peculiaridades, que serão apontadas logo adiante.

A primeira delas: o crédito aberto em conta corrente é, por vezes, utilizado para remuneração da própria instituição financeira.

A operação de abertura de crédito em conta corrente consubstancia verdadeira simbiose entre duas operações que, na gênese, são manifestamente discrepantes, mas, lado a lado, deveras complementam-se: uma essencial passiva, a conta corrente, outra essencial ativa, a abertura de crédito (OLIVEIRA, 2002, p. 139).

Por estar vinculado à conta corrente, o crédito disponibilizado pode ser utilizado não apenas a partir de saques ou débitos em conta efetivados pelo próprio contratante, mas pode, também, ser consumido a partir de débitos perpetrados pelo

próprio banco, por exemplo, de tarifas bancárias devidas à remuneração de serviços prestados pela própria instituição financeira, ou, então, para pagamento de prestações referentes a outras operações de empréstimo celebradas com a própria casa bancária (COVELLO, 199, p. 112).

Ampla é, já se viu, a variedade de tarifas usualmente levadas a débito em contas correntes, cada qual com seu fato gerador em específico; pegue-se, por exemplo, as tarifas vinculadas às operações com pessoas jurídicas, em 11/2019.

De acordo com o Banco Central do Brasil⁴⁶: (a) para de abertura e manutenção de conta, cobra-se, em média, R\$ 162,52, por evento; (b) para transferências eletrônicas disponíveis, cobra-se, em média, R\$ 32,80; o microfilme de extratos custa na base de R\$ 16,00, por mês requerido; (c) o cheque devolvido custa à média de R\$ 18,93; (d) a anuidade do cartão custa, aliás, R\$ 80,00, em valores gerais; (e) o adiantamento a depositante, gira em torno de R\$ 183,63.

Some-se à exigência mensal de tarifas bancárias eventuais parcelas de empréstimos e, à falta de perícia administrativa, ter-se-á, provavelmente, o princípio de uma bola de neve

A segunda, e última: as operações bancárias de abertura de crédito em conta corrente desenrolam-se às vontades das casas bancárias.

Analisou-se que a operação de abertura de crédito em conta corrente tem, quando de sua subscrição, termo final que, alcançado, submete a avença à possibilidade, ou não, de renovação. Apreendeu-se, também, que quem determina, unilateralmente, os termos da nova avença são as casas bancárias, e, uma vez que os estipula, optará o correntista se a eles aderirá ou, então, se preferirá desvincular-se da linha de crédito, devendo, neste caso, pagar à casa bancária o capital utilizado, e não pago, somado aos acréscimos convencionados (SALOMÃO NETO, 2014, pp. 247-248).

Observou-se, enfim, que a renovação da operação de abertura de crédito bancário não é, em nada, formal, implementando-se, no maior das vezes, não com um novo instrumento de contrato, não com um aditivo contratual, tampouco com a emissão de novo título de crédito à casa bancária, mas, simplesmente, com, de um lado, a manutenção da linha de crédito, por parte da casa bancária, e, doutro, a

⁴⁶ Os valores das tarifas médias podem ser consultados no site do próprio Banco Central do Brasil, o qual pode ser acessado pelo link descrito adiante. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Ffis%2Ftarifas%2Fhtms%2Fhtarco01J.asp%3Fidpai%3DTARBANVALMED>> Acesso aos 08/08/2019

continuidade de utilização do crédito, por parte do correntista. Resultado de seu funcionamento peculiar, as taxas de juros remuneratórios, conquanto, a princípio, prefixadas, flutuarão a cada renovação da operação pela casa bancária (LUZ, 2005, p. 143).

Vejamos, adiante, um exemplo que as leve em consideração.

Diga-se, a construí-lo, que o: (a) foi aberto crédito de 15.000,00 vinculado à conta corrente; (b) os juros no primeiro, segundo e terceiros meses, os juros são de 5% ao mês, 9% ao mês e 12% ao mês, respectivamente; (c) que há inúmeros lançamentos da conta corrente, de tarifas, contas e empréstimos.

Confira-se, adiante, o cômputo dos juros.

Data	Referência	Déb. / Créd.	Saldo	Dias	Juros (a.d.)
Total 30/09/2019	Fechamento	0,00	1.000,00	0	0
01/10/2019	Depósito	2.000,00 C	3.000,00 C	0	0
02/10/2019	Tar. Manut.	100,00 D	2.900,00 C	0	0
05/10/2019	Anuid. Cart.	200,00 D	2.700,00 C	0	0
07/10/2019	Conta tim	200,00 D	2.500,00 C	0	0
08/10/2019	Saque	10.000,00 D	7.500,00 D	12	144,00
20/10/2019	Giropre	15.000,00 D	22.500,00 D	0	0
20/10/2019	Adiant. Dep.	600,00 D	23.100,00 D	9	332,64
29/10/2019	Depósito	13.100,00 C	10.000,00 D	2	32,00
Total 31/10/2019	Fechamento	0	10.000,00 D	0	508,64
01/11/2019	Saldo	0	10.508,64 D	4	0
05/11/2019	Tar. Manut.	100,00 D	10.608,64 D	15	126,10
20/10/2019	Giropre	15.000,00 D	25.608,64 D	0	477,40
20/10/2019	Adiant. Dep.	600,00 D	26.208,64 D	10	786,50
Total 30/11/2019	Fechamento	0	26.208,64 D		1.390,00
01/12/2019	Saldo	0	27.598,64 D	4	441,50
05/11/2019	Tar. Manut.	100,00 D	27.698,64 D	1	110,80
06/11/2019	Depósito	7.698,64 C	20.000,00 D	4	320,00
10/11/2019	Depósito	40.000,00 C	20.000,00 C	0	0
20/10/2019	Giropre	15.000,00 D	5.000,00 C	0	0
Total 31/12/2019	Fechamento	0	5.000,00 C	0	872,30
01/01/2019	Saldo	0	4.127,70 C	0	0

Os exemplos até o momento retratados presumem, sempre, o escorreito adimplemento dos juros e do capital e, por isso, demonstram, nada mais nada menos, que a formação do crédito bancário pré-inadimplemento.

Basta, por fim, analisar o que ocorre quando do inadimplemento.

No caso do mútuo, o inadimplemento de qualquer das prestações avençadas acarreta faculdade à casa bancária para que considere vencida antecipadamente todo

o contrato; o mesmo ocorre se implementada qualquer das outras condições avançadas para o vencimento antecipado da avença (RIZZARDO, 2009, p. 46).

Na abertura de crédito, não renovada a avença, vencer-se-á, no termo estipulado contratualmente para tanto, a obrigação de pagar à casa bancária o capital tomado e não restituído, acrescido dos encargos remuneratórios do período; também aqui, aliás, no caso de implemento de quaisquer condições estipuladas contratualmente, poderá o credor, se assim desejar, considerar vencida antecipadamente a avença (OLIVEIRA, 2002, p. 149).

Certo é, portanto, que, inadimplida a operação, tornar-se-ão exigíveis pela casa bancária capital e encargos; e, em assim sendo, passarão eles (capital e encargos) a formar a base de cálculos sobre a qual, durante todo o lapso que perdurar o inadimplemento, incidirão os encargos do período de inadimplência, a saber: (a) juros remuneratórios (à capitalização simples ou composta), incidentes na periodicidade avançada (diária, mensal ou anual), limitados à taxa de juros compensatórios pactuada (dentro do qual, rememore-se, encontra-se, geralmente, prevista a correção monetária); (b) juros de mora de, no máximo, 1% ao mês; (c) multa de mora de, no máximo, 2% sobre o valor inadimplido.

Detalhada a formação do crédito bancário, partir-se-á, adiante, ao problema e, via de consequência, à sua solução.

3.3 A RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO BANCÁRIO E A NORMA DE MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS

3.3.1 Exemplos e definição do problema

Esgueirou-se por dentre as peculiaridades das operações bancárias, soerguendo-as, pouco a pouco, até que, quando já forte o baluarte, foi alcançada, enfim, a forma de composição do crédito bancário pré e pós-inadimplência.

Já se sabe, pois, que, *in abstracto*, os encargos bancários, seu modo e, inclusive, momento de incidência são, sim, lícitos; já sabe, bem por isso, o que leva a casa bancária em consideração quando da formação de seu crédito exordial e, muito mais, o que fará ela incidir, se, por acaso, inadimplida for a avença.

Note, portanto, que o problema perquirido não descansa sobre, por exemplo, a (i)legalidade dos encargos bancários; todos eles, viu-se, são não somente legalmente escorados como, falseados à exaustão junto ao Judiciário, mantiveram-se, extreme de dúvidas, hígidos.

Nem o momento, nem o modo de incidência dos encargos presentes em operações bancárias, note, são, igualmente, o problema em si que, aqui, deseja-se enfrentar. É que, se a casa bancária vende ou aluga especificamente dinheiro, justo é que, pelo negócio, receba a correspondente contraprestação, ou seja, os juros; se, aliás, presta serviços, lícito é que por eles seja devidamente remunerada; se, enfim, juros e multa configuram, dum lado, a remuneração pelo dinheiro disponibilizado e, doutro, indenização por sua retenção indevida, também justo é que, caso falte o contratante com a parte da avença que lhe compita (ou seja, a restituição do capital e encargos da normalidade), seja o banco remunerado com a incidência dos encargos de inadimplência, inclusive, por todo o lapso em que se a mantiver.

A problemática, a bem da verdade, é solevada a partir do momento em que, quando do inadimplemento da operação bancária, mantém-se a instituição financeira deliberadamente inerte, retardando, pois, a persecução judicial do crédito que lhe é sabidamente devido.

À primeira vista, porém, qual seria o problema da situação narrada, afinal, se pode a casa bancária, inclusive, remir a dívida, porque, então, não poderia, simplesmente, manter-se estática diante de seu inadimplemento? Aliás, que impede que o credor promova tardiamente a persecução de seu crédito, desde que observe o prazo prescricional e/ou decadencial a ele inerente? E, realmente, nenhuma das questões pode ser, de antemão, contestada, em outras palavras, realmente, cabe à casa bancária, e tão somente a ela, decidir se e quando exercitará sua pretensão à recuperação do crédito inadimplido.

Conquanto a princípio lícita a conduta da instituição financeira – que se mantém deliberadamente inerte e opta por promover a persecução judicial tardia de sua pretensão – não se pode, e isso é claro, fechar os olhos ao resultado que, quiçá, dela se desprenda.

A expor referido desfecho, usar-se-á, novamente, exemplos.

Desta vez, porém, basear-se-á em contratos bancários reais, submetidos, no entanto, a casos hipotéticos. A exposição seguirá a iter: (a) apresentação de quadro resumo das características principais da operação bancária; (b) o caso hipotético ao

qual será ela submetida; (c) resultados advindos da inércia da persecução jurisdicional. Levar-se-á em consideração, também, os conceitos delineados de crédito bancário inicial (crédito quando do início da operação bancária), de crédito bancário pré-inadimplência (crédito até o momento do inadimplemento), e de crédito bancário pós-inadimplência (crédito submetido à incidência dos encargos do período de inadimplemento durante o lapso que perdurar o inadimplemento).

Destaca-se, portanto, a operação bancária afixada no **ANEXO 1**:

Valor total: R\$ 6.362,51		
Encargos Normalidade		
Juros rem. ao mês	Juros rem. ao ano	Capitalização
5,86%	99,94% ao ano	Mensal
Prestações		
Número	Valor	Crédito bancário inicial
36	R\$ 426,71	R\$ 15.361,56
Encargos do período de inadimplemento:		
Juros remun.	Juros de mora	Multa mora
5,86% ao mês	1% ao mês	2% sobre inad.

Suponha-se que a mutuante, no caso, tenha pago seis prestações pontualmente; abateu do crédito bancário inicial, portanto, o valor de R\$ 2.560,26, mantendo-se em aberto R\$ 12.801,30. Diga-se, ademais, que o mutuante deixou de cumprir o pacto a partir da parcela de número 7, vencida em 12/09/2010. Especule-se, enfim, que a casa bancária se manteve inerte até vencer a prestação de número 28, aos 12/06/2012, quando, só então, ajuizou, aos 30/06/2012, a execução, considerando vencidas antecipadamente, portanto, vincendas dali em diante, ou seja, as prestações de número 29 até 36.

Note-se, então, que, sobre as prestações de número 7 até 28, far-se-ão incidir os encargos do período de normalidade contratual, ou seja, juros remuneratórios à taxa de 5,86% ao mês, capitalizados mensalmente, juros de mora de 1% ao mês e, enfim, multa de mora de 2% sobre o inadimplido. Sobre o débito considerado vencido antecipadamente, incidirão, a partir do ajuizamento da demanda, os encargos legais.

O resultado da incidência mensal dos encargos do período de inadimplência, ao final de dois anos, pode ser observado decomposto na seguinte tabela:

Data	Parcela R\$	J. Rem. R\$	J. Mor. R\$	Multa R\$	Total R\$
12/09/2010	426,71	978,86	290,20	33,92	1.729,69
12/10/2010	426,71	929,07	271,45	32,54	1.659,77

12/11/2010	426,71	851,59	242,91	30,42	1.551,63
12/12/2010	426,71	780,83	217,56	28,50	1.453,60
12/01/2011	426,71	688,30	185,49	26,01	1.326,51
12/02/2011	426,71	624,58	164,17	24,31	1.239,77
12/03/2011	426,71	570,16	146,50	22,87	1.166,24
12/04/2011	426,71	513,19	128,55	21,37	1.089,82
12/05/2011	426,71	461,16	112,67	20,01	1.020,55
12/06/2011	426,71	410,42	97,70	18,70	953,53
12/07/2011	426,71	364,08	84,50	17,51	892,80
12/08/2011	426,71	318,89	72,07	16,35	834,02
12/09/2011	426,71	276,28	60,78	15,28	779,05
12/10/2011	426,71	251,38	54,40	14,65	747,14
12/11/2011	426,71	212,63	44,77	13,68	697,79
12/12/2011	426,71	177,23	36,34	12,81	653,09
12/01/2012	426,71	130,95	25,85	11,67	595,18
12/02/2012	426,71	99,08	19,01	10,90	555,70
12/03/2012	426,71	70,92	13,25	10,22	521,10
12/04/2012	426,71	42,48	7,71	9,54	486,44
12/05/2012	426,71	16,51	2,91	8,92	455,05
12/06/2012	426,71	0,00	0,00	8,53	435,24
30/06/2012	3.413,68	0,00	0,00	0,00	3.413,68
Total R\$					24.257,38

Levando-se em conta, portanto, que o crédito bancário pré-inadimplência era, à época do inadimplemento da primeira prestação, lembre-se, de R\$ 12.801,30, o crédito bancário pós-inadimplemento sujeito à recuperação pela casa bancária será, após 656 dias (ou seja, quase dois anos), aproximadamente duas vezes superior, se confrontado com o crédito à época do inadimplemento da primeira prestação.

Pince-se agora, para novo exemplo, a operação afixada no **ANEXO 2**:

Valor total: R\$ 226.203,80		
Encargos Normalidade		
Juros rem. ao mês	Juros rem. ao ano	Capitalização
1,62%	21,27% ao ano	Mensal
Prestações		
Número	Valor	Crédito bancário inicial
48	R\$ 7.041,51	R\$ 337.992,48
Encargos do período de inadimplemento:		
Juros remun. ao mês	Juros de mora ao mês	Multa mora sobre inad.
1,62%	1%	2%

Suponha-se, neste exemplo, que o mutuante tenha pago quinze prestações pontualmente; abateu do crédito bancário inicial, portanto, o valor de R\$ 105.622,65, mantendo-se em aberto R\$ 232.369,83. Diga-se, ademais, que deixou ele de cumprir

o pacto a partir da parcela de número 16, vencida em 24/07/2016. Especule-se, enfim, que a casa bancária se manteve inerte até vencer a prestação de número 40, aos 24/08/2018, quando, só então, ajuizou, aos 30/08/2018, a execução, considerando vencida antecipadamente, portanto, as prestações 41 até 48.

Note-se, então, que, sobre as prestações de número 17 até 40, far-se-ão incidir os encargos do período de normalidade contratual, ou seja, juros remuneratórios à taxa de 1,62% ao mês, capitalizados mensalmente, juros de mora de 1% ao mês e, enfim, multa de mora de 2% sobre o valor inadimplido. Sobre o débito considerado vencido antecipadamente, incidirão, a partir do ajuizamento da demanda, os encargos legais.

O resultado da incidência mensal dos encargos do período de inadimplência, ao final de dois anos, pode ser observado decomposto na seguinte tabela:

Data	Parcela R\$	J. Rem. R\$	J. Mor. R\$	Multa R\$	Total R\$
24/07/2016	7.041,51	4.355,41	2.802,71	283,99	14.483,62
24/08/2016	7.041,51	4.130,22	2.633,47	276,10	14.081,30
24/09/2016	7.041,51	3.909,49	2.469,83	268,42	13.689,25
24/10/2016	7.041,51	3.790,30	2.382,40	264,28	13.478,49
24/11/2016	7.041,51	3.576,28	2.227,12	256,90	13.101,81
24/12/2016	7.041,51	3.373,20	2.081,80	249,93	12.746,44
24/01/2017	7.041,51	3.082,34	1.877,21	240,02	12.241,08
24/02/2017	7.041,51	2.882,31	1.738,98	233,26	11.896,06
24/03/2017	7.041,51	2.705,04	1.618,19	227,29	11.592,03
24/04/2017	7.041,51	2.512,46	1.488,85	220,86	11.263,68
24/05/2017	7.041,51	2.329,72	1.367,94	214,78	10.953,95
24/06/2017	7.041,51	2.144,57	1.247,29	208,67	10.642,04
24/07/2017	7.041,51	1.968,86	1.134,57	202,90	10.347,84
24/08/2017	7.041,51	1.790,83	1.022,13	197,09	10.051,56
24/09/2017	7.041,51	1.616,32	913,70	191,43	9.762,96
24/10/2017	7.041,51	1.522,09	855,89	188,39	9.607,88
24/11/2017	7.041,51	1.352,89	753,43	182,96	9.330,79
24/12/2017	7.041,51	1.192,33	657,80	177,83	9.069,47
24/01/2018	7.041,51	962,38	523,65	170,55	8.698,09
24/02/2018	7.041,51	804,24	433,34	165,58	8.444,67
24/03/2018	7.041,51	664,09	354,67	161,21	8.221,48
24/04/2018	7.041,51	511,84	270,68	156,48	7.980,51
24/05/2018	7.041,51	367,36	192,43	152,03	7.753,33
24/06/2018	7.041,51	220,98	114,61	147,54	7.524,64
24/07/2018	7.041,51	82,07	42,16	143,31	7.309,05
24/08/2018	7.041,51	0,00	0,00	140,83	7.182,34

30/08/2018	56.332,08	0,00	0,00	1.126,64	57.458,72
Total R\$					328.913,09

Levando-se em conta, portanto, que o crédito bancário pré-inadimplência era, à época do inadimplemento da primeira prestação, rememore-se, de R\$ 232.369,83, o crédito bancário pós-inadimplemento sujeito à recuperação, pela casa bancária, será, após 766 dias (ou seja, quase dois anos), aproximadamente 40% superior, se confrontado com o crédito à época do inadimplemento da primeira prestação.

Pode-se observar, com clareza, que, em qualquer das duas situações hipotéticas suscitadas, houve considerável incremento do crédito da casa bancária, com a conseguinte e substancial elevação dos valores devidos. E, por crédito, diga-se, na verdade, prejuízo. Sim, ao manter-se inerte, sem sombra de dúvidas, o banco contribui para o agravamento de seu prejuízo.

É que, se o que a casa bancária vende/aluga é, como já se disse, o dinheiro, e se seu lucro advém, justamente, dos encargos que oneram esse dinheiro, manter-se inerte, quando inadimplida a operação, é, simplesmente, deixar de lado a persecução de valores que, quanto antes satisfeitos, poderão ser realocados a outros segmentos do mercado, e, com isso, garantir-lhe-ão novos juros. Em qualquer dos casos, portanto, conquanto o inadimplemento tenha, sim, partido do devedor (que, por um motivo ou outro, deixou de cumprir a avença), a majoração do crédito foi atraída, também, pela própria casa bancária, que, conscientemente, tardou a promover a persecução judicial de sua pretensão.

O problema é, então, muito claro: na recuperação de crédito bancário, pode-se lançar mão da norma de mitigar o próprio prejuízo para a solução de casos em que o agravamento dos danos seja provocado pela instituição financeira que, embora lesada pelo inadimplemento, tarda desarrazoadamente em promover a persecução judicial de sua pretensão, provocando, pois, a incidência desarrazoadada dos encargos de inadimplência?

Ver-se-á, no item seguinte, que, sim, possível é que, à solução da celeuma, utilize-se, justamente, a norma de mitigação.

3.3.2 A recuperação do crédito bancário e a norma de mitigação dos prejuízos

Durante o capítulo 2, foram paulatinamente construídos os alicerces bastantes para que, agora já no capítulo 3, fosse, enfim, erigido o problema. À medida que se o colocou no papel, aliás, sugeriu-se que sua solução moldar-se-ia, justamente, a partir da norma de mitigação, cujos contornos foram detalhados no capítulo 1.

O problema, porque há pouco enfrentado, está ainda fresco e fixo mentalmente. O mesmo, talvez, não possa ser dito quanto ao que, no capítulo 1, dissertou-se a respeito da norma de mitigação. Conquanto, lá, então, já se tenha tocado o assunto, a análise das consequências impostas àquele que viola a norma de mitigação pode ser aqui, quiçá por capricho, massageada novamente.

Como aponta Christian Sahb Batista Lopes (2013, p. 194-203), se o credor, diante da violação, lança mão de medidas razoáveis com o intento de mitigar seus prejuízos, terá dois caminhos pela frente. O primeiro: se, com as despesas contraídas, lhe foi possível extirpar totalmente eventuais prejuízos decorrentes da violação ao dever jurídico, poderá exigir do ofensor, tão somente, os valores que teve de despende para evitar os danos advindos da infração. O segundo: se, mesmo com as indigitadas despesas, não lhe foi possível derribar os prejuízos ou, então, se os prejuízos foram apenas parcialmente evitados, poderá exigir do ofensor os valores que teve de despende acrescidos da reparação pelos danos que efetivamente experimentou.

Caso, porém, o credor não adote “conduta conforme a norma de mitigação, a consequência será a impossibilidade de ser indenizado pelos danos que poderiam ter sido evitados” (LOPES, 2013, p. 194). Também segundo o autor, se descumprida a norma de mitigação, “a indenização devida ao credor deverá ser reduzida do montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento” (LOPES, 2013, p. 202-203). Em outras palavras, descumprida a norma de mitigação, ter-se-á, como primeira consequência, a limitação do ressarcimento, dele sendo decotados os prejuízos que poderiam ter sido (mas não foram) evitados com diligências razoáveis do credor.

Relembradas as consequências advindas da violação à norma de mitigação, pode-se, agora, perquirir solução ao problema proposto, qual seja: o aumento dos prejuízos provocado pela instituição financeira que, embora prejudicada pelo inadimplemento da operação bancária, tarda desarrazoadamente em promover a persecução judicial de sua pretensão.

A solução depende de que, primeiro, respondam-se as seguintes questões: seria possível, a partir da aplicação da norma de mitigação, solucionar a problemática erigida, com a conseguinte limitação da reparação dos danos experimentados em decorrência da violação ao dever jurídico? Qual, aliás, seria o modo de limitação da reparação?

A resposta ao primeiro questionamento é, certamente, positiva. Deve-se, sim, dela – da norma de mitigação – lançar mão para solucionar o problema proposto.

Demonstrar-se-á a asserção, logo adiante.

Nos casos de operações bancárias de mútuo, por exemplo, viu-se, outrora, que a formação do crédito bancário exordial é precedida da submissão do valor total emprestado a métodos de amortização, os quais levarão em conta, a seu turno, os encargos do período da normalidade contratual, vale dizer, os juros remuneratórios e a correção monetária que, senão nele embutidos implicitamente (juros pré-fixados), a eles se acoplará consubstanciada por algum índice em específico (juros pós-fixados).

O resultado da submissão a referidos métodos nada mais é que a formação do fluxo de pagamento integrado das prestações devidas à casa bancária, que, por sua vez, serão compostas de parte do capital mutuado, corrigido monetariamente até a data do vencimento de cada prestação, e de parte dos juros avençados para os pagamentos e prazos da forma pactuada.

Também foi visto, alhures, que, inadimplida a operação bancária, passa-se a formar o crédito bancário pós-inadimplemento, que leva em consideração não apenas os encargos legais previstos pelo ordenamento jurídico para a mora. Não. Uma vez inadimplida a operação, passam a incidir sobre a prestação vencida e não paga os denominados encargos de inadimplência, que, alcunhados ou não de comissão de permanência, consubstanciam a somatória de: (a) juros remuneratórios limitados à taxa do período de normalidade, calculados à capitalização simples ou composta; (b) correção monetária que, no maior das vezes, encontra-se embutida no próprio percentual dos juros remuneratórios e, quando não, é afixada de forma a complementá-los; (c) juros de mora de até 1% ao mês; (d) multa de até 2% ao mês.

O não pagamento e a conseguinte incidência da somatória dos encargos de inadimplemento, conquanto onerosa, são consequências esperadas em operações bancárias. Continuando o exemplo do mútuo, a operação bancária foi celebrada na expectativa de que, para a data de cada uma das prestações, a instituição financeira

recebesse parte do capital mutuado já corrigido monetariamente e parte dos lucros da operação, ou seja, os juros remuneratórios avençados.

Injusto seria, portanto, que, a partir do incumprimento de cada prestação, os valores fossem acrescidos, tão somente, de juros de mora, correção monetária e multa; fazê-lo, a bem da verdade, seria pura e simplesmente tornar mais barato o dinheiro emprestado durante a mora que durante a normalidade. Pertinente é, então, que, a partir do inadimplemento, sejam computados sobre a parcela não paga os encargos do período de inadimplência, como referido há pouco.

Ao mesmo tempo, no entanto, inviável é que a casa bancária, diante do inadimplemento, mantenha-se inerte e demore-se desarrazoadamente à persecução de seu crédito. Fazê-lo seria, sem dúvida alguma, contribuir para que seus prejuízos sejam agravados.

É que, quanto antes se promove a persecução do crédito, maiores são as chances de tê-lo satisfeito, seja porque pega-se o incauto devedor com dinheiro na conta, seja, enfim, porque abocanham-se, mais agilmente, as garantias que aparelham a operação. Em suma; quanto antes recuperar o dinheiro emprestado e os juros que por ele foram cobrados, antes poderá a casa bancária deles se utilizar para perfectibilizar outras operações bancárias e, com elas, angariar aquilo que, em qualquer parte do mundo, gira as engrenagens que movem as instituições financeiras.

Não é só, porém.

Como já foi demonstrado: *“the rights protected by the mitigation doctrine are not just those of contracting parties, commercial litigants, tort victims or tortfeasors but, rather, the rights of all society”*⁴⁷ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1974). A norma de mitigação, por isso, tem como principal mote não apenas minorar os prejuízos de cada um dos contratantes, mas, sobretudo, impeli-los e encorajá-los a evitar danos desnecessários.

A reforçar a asserção, o exemplo do trabalhador desidioso, de Robert A. Hillman (1976, p. 558), faz-se, aqui, novamente necessário. O trabalhador que é dispensado irregularmente, e, ao invés de procurar por serviço imediatamente, opta por manter-se inerte descansando-se junto à expectativa de que será ressarcido pela

⁴⁷ “Os direitos protegidos pela doutrina de mitigação não são apenas os de partes contratantes, litigantes comerciais, vítimas de delito ou agressores, mas sim os direitos de toda a sociedade” (tradução livre)

dispensa indevida retirar do mercado um recurso (no caso, sua força laboral) que, se nele presente, seria demandado por outrem.

Seria isso o que Hillman (1976, p. 558) denomina de “*to avoid economic waste*”⁴⁸. Se, então, o objetivo da norma de mitigação é “evitar o desperdício de recursos econômicos que resultaria do fato de o credor prejudicado sofrer danos que poderia ter evitado por esforços razoáveis”, retirando do mercado, portanto, recursos que têm um valor social (LOPES, 2013, p. 19), a casa bancária que deixa de, em prazo razoável, promover a persecução de prestações inadimplidas, simplesmente opta por vedar ao mercado o crédito que, talvez com diligências razoáveis, poderia ter, com êxito, recuperado.

A bem da verdade, se o credor:

[...] conquanto insatisfeito em sua expectativa, não pode agir como se estivesse em guerra com o devedor e comportar-se de modo tal a crescer o dano do inadimplemento, desinteressando-se das consequências prejudiciais que sua indiferença produz na esfera de interesses da contraparte. (BETTI, 2005, pp.124-125)

Necessário é, sim, que, inadimplida a operação bancária, o banco obre pautado pela norma de mitigação, e, tão logo lhe seja possível, exercite seu direito de ação destinado à satisfação judicial do crédito. Do contrário – ou seja, se demora a promover a persecução judicial de sua pretensão – contribuirá irremediavelmente para que seus prejuízos sejam agravados.

Não se está, aqui, a dizer que, concomitantemente ao inadimplemento, o prejudicado, necessariamente, deva promover a persecução judicial de sua pretensão. Essa, sim, seria, sem dúvidas, medida não razoável.

Por certo, há casos em que, por um motivo ou outro, torna-se até mesmo impossível a célere judicialização da pretensão. Há casos, ademais, em que, após o incumprimento da operação, há dispêndio de tempo destinado a entabular composição extrajudicial, o que nem sempre, porém, acaba se efetivando. Quer-se, com isso, dizer: é compreensível que, em alguns casos, a pretensão à recuperação de crédito não seja, desde logo, exercitada.

Não há motivo algum, no entanto, para que, diante do não pagamento da operação bancária, se mantenha deliberadamente inerte a casa bancária, por prazo desarrazoado. Qualquer indivíduo pode, a qualquer tempo, se valer de profissional

⁴⁸ “Evitar um desperdício econômico” (tradução livre).

capacitado para que, judicialmente, promova a persecução de sua pretensão, que se dirá das casas bancárias, que, pelo poderio econômico, são assessoradas por causídicos de renome nacional.

Evidente, portanto, que, senão por desídia, o banco que, mesmo prejudicado pelo inadimplemento, tarda a, em período razoável, promover a persecução judicial de sua pretensão, falha em cumprir a norma de mitigação. Dever-se-ia ir mais além e, inclusive, apontar que, fazendo-o, talvez, esteja a obrar com o claro intuito de – com o decurso do tempo e, conseqüentemente, com o cômputo dos encargos de inadimplemento – ver aumentar substancial e artificialmente o volume do crédito que lhe é devido.

Em qualquer dos casos, sem dúvida alguma, se estará diante de ofensa à norma de mitigação. Naquele (onde há desídia), se estará diante de violação talvez culposa da norma; neste (onde há o claro intuito de majorar a reparação), estar-se-á, a bem da verdade, diante de violação dolosa.

Num ou noutro caso, todavia, certo é que, ocorrendo o agravamento dos prejuízos por conduta imputável à casa bancária – que poderia ter atuado de forma a minorá-los (no caso, com a célere persecução judicial de sua pretensão à reparação), mas não o fez – estar-se-á, inexoravelmente, diante de hipótese em que se deva lançar mão da norma de mitigação, de forma a destacar de crédito do banco os prejuízos que poderiam ter sido por ele evitados com condutas razoáveis.

Concorda-se, portanto, com Flávio Tartuce (2005, p. 2), quando diz:

Mesmo argumento vale para os contratos bancários em que há descumprimento. Segundo a nossa interpretação, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos.

Concorda-se, inclusive, com Bruno Terra de Moraes (2019, pp. 174-175), quando, categoricamente, afirma que:

O que ocorre é que a inércia da vítima em mitigar os danos acarretará o agravamento do dano originalmente gerado. [...] Nesses casos, a solução é distinta daquela relativa à hipótese da alínea a): em tese, será possível a aplicação do dever de mitigar, de maneira a não deferir à vítima parte do valor pleiteado a título de indenização. A parte não concedida será atribuída à demora do autor em ingressar em juízo para fazer valer seu direito. [...] No caso do cartão de crédito [...] quedando-se omissos o credor em mitigá-los, deve ser atribuído à sua inércia, pois, o agravamento dos danos.

E, não, não há outra forma de pensar a questão.

Se não se pode garantir o ressarcimento de resultados “artificialmente criados pelo prejudicado” (DIAS, 1983, p. 880), manifestamente inviável é que, diante da inércia deliberada da instituição financeira em promover a recuperação do crédito inadimplido, seja ela, a casa bancária, ressarcida por prejuízos que poderiam ter sido evitados com diligências razoáveis⁴⁹.

Depara-se, então, com a segunda questão outrora suscitada: se, de fato, houve violação à norma de mitigação por parte da instituição financeira, necessário é seja perscrutado o modo pelo qual se deve limitar o crédito bancário.

De forma alguma é viável que, nos casos em que a à norma de mitigação se dê em razão da tardia e deliberada persecução judicial da pretensão à recuperação do crédito, seja, de alguma forma, reduzido o valor principal da operação.

Não seria nem um pouco razoável, por exemplo, que, ao ajuizar tardiamente ação que tenciona a cobrança de valores advindos de título de crédito inadimplido fosse a casa bancária penalizada com o decote do valor de face da cártula.

Não seria também razoável que a limitação tocasse a correção monetária, justamente, porque a atualização monetária visa, única e exclusivamente, à conservação do valor da moeda no tempo; consubstancia, pois, encargo que se agrega ao valor nominal e, bem por isso, dele se torna indissociável (LÔBO, 2011, p. 231). Sob esse prisma, portanto, é indiferente que o ofendido promova a persecução judicial de sua pretensão à reparação no primeiro momento depois da violação ao dever jurídico ou, então, que a promova no último dia do prazo prescricional de sua pretensão; em nenhuma das hipóteses, a simples exigência do valor principal corrigido monetariamente lhe trará quaisquer ganhos extras.

O quadro é alterado, no entanto, quando os olhos se voltam aos demais encargos do período de inadimplência exigidos pela casa bancária: os juros remuneratórios e os juros de mora. Por visarem à remuneração pela indisponibilidade momentânea do capital e, em assim sendo, por consubstanciarem verdadeiro acréscimo ao capital mutuado, ou seja, o verdadeiro lucro da casa bancária, referidos encargos devem, sim, ser limitados, nos casos em que a ofensa à norma de mitigação ocorra graças à tardia e deliberada persecução judicial da pretensão.

⁴⁹ No caso, a inércia da casa bancária em ajuizar a demanda para recuperação de seu crédito, contribui para o agravamento de seus prejuízos. Os prejuízos que poderiam ter sido evitados traduzem-se pelos juros remuneratórios que receberia a casa bancária caso, recuperada a quantia inadimplida, fosse ela redistribuída ao mercado, na forma de novos empréstimos.

Não se sugere, porém, que referidos encargos sejam completamente expurgados durante todo o curso da ação. A melhor técnica, na verdade, seria, nesses casos, dum lado, provocar o vencimento antecipado da dívida bancária à época em que inadimplida a primeira prestação (para que, com isso, incidam sobre o débito, tão somente, os encargos legais) e, d'outro, deslocar o *dies a quo* dos encargos legais (juros de mora), afixando-o junto a data da citação do ofensor.

Fazendo-o, expurgar-se-á do crédito da casa bancária, justamente, os prejuízos que, obrasse razoavelmente o banco, teria conseguido minimizar: por exemplo, se tivesse ajuizado a demanda celeremente e com ela obtido êxito, teria em mãos o valor da cada uma das parcelas inadimplidas, as quais serviriam, provavelmente, de fomento a outras atividades lhe gerando mais juros. A medida é extremamente justa e, sem dúvidas, não acarretará à casa bancária quaisquer prejuízos que não aqueles a que ela mesma deu ensejo quando optou por se manter inerte por prazo desarrazoado.

Por isso mesmo, parte dos tribunais pátrios já encamparam posicionamento semelhante ao que, aqui, se defende. É o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da apelação 1000172-88.2016.8.26.0510 (SÃO PAULO, 2017) julgada pela 14ª Câmara de Direito Privado no dia 23/03/2017, de relatoria do Desembargador Carlos Abrão. Na ocasião, a instituição financeira, ante o inadimplemento de contrato de cartão de crédito subsidiado, permaneceu inerte durante dois anos, o que, com a incidência dos encargos pactuados, acarretou a dobra do valor que, a princípio, era devido pelo consumidor. Aplicou-se a norma de mitigação, então, para que o valor devido fosse corrigido monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal desde o inadimplemento, com a incidência de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

O mesmo, aliás, ocorreu no julgamento da apelação 1014982-71.2015.8.26.0003 (SÃO PAULO, 2017), julgada pela 14ª Câmara de Direito Privado as 12/06/2017, também da lavra do Desembargador Carlos Abrão. No caso, como o credor optou por promover a persecução judicial de sua pretensão tão somente às vésperas de se exaurir o prazo prescricional, foi aplicada a norma de mitigação para que os juros de mora incidissem, tão somente, desde a citação.

Situação semelhante pode ser encontrada, também, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. No julgamento da apelação 0006825-07.2013.8.07.0010 (DISTRITO FEDERAL), julgada pela 5ª Turma Cível aos 27/11/2014, de relatoria do Desembargador João Egmont. Na ocasião, por equívoco da instituição financeira -

que deixou de efetivar os descontos das prestações na folha de pagamento - houve acúmulo das prestações, ocorrendo o ajuizamento de ação tão somente depois de sete anos do inadimplemento.

Não se desconhece, porém, que as decisões expostas não compõem posicionamento majoritário. O entendimento ainda assente, verdadeiramente, é no sentido de que, nesses casos, inexistiria:

[...] violação à boa-fé objetiva e ao dever de mitigar as próprias perdas, porquanto o ajuizamento [...] constitui uma faculdade do credor, não existindo momento específico para o seu exercício, desde que respeitado o prazo prescricional” (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sedimentou o mesmo posicionamento – que, na verdade, é, justamente, a posição majoritária da doutrina quanto ao tema⁵⁰. No AgInt no AREsp 1.154.040/SP, da lavra do ministro Marco Buzzi, julgado aos 27/11/2018, relembrando julgamento do REsp. 1.201.672/MS, decidiu-se que:

[...] O ajuizamento de ação de cobrança muito próximo ao implemento do prazo prescricional, mas ainda dentro do lapso legalmente previsto, não pode ser considerado, 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. 3.1. Situação que não ocorreu no caso concreto, razão pela afasta-se a aplicação da teoria do duty to mitigate the loss ao presente caso concreto.

No acórdão, boa parte do artigo de Daniel Pires Novais Dias (2012, pp. 1-51) é transcrito, e os fundamentos são, em suma, três: (a) o direito de crédito é regido pela prescrição e, por isso, não se pode permitir quaisquer interferências externas; (b) não se poderia aplicar ao caso a norma de mitigação pois, nele, que tem a melhor chance de impedir o agravamento do dano é, na verdade, o próprio devedor, ao pagar o que é devido ao banco; (c) as atitudes do banco, no caso de exercício tardio, deveriam levar “o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor” (DIAS, 2012, p. 20).

Nenhum deles, porém, com o devido respeito, se sustenta.

⁵⁰ Já se manifestaram contrários à incidência da norma de mitigação nos casos de ajuizamento tardio de demandas, por exemplo: LOPES, 2013, p. 230; DIAS, 2012, p. 40; MARTINS, 2015, p. 195 e PINHEIRO, 2019, p. 24.

A par da teoria dos atos próprios - ou, do alemão, *Verwirkung* - da qual emanam a *tu quoque*, a *surrectio*, o *venire contra factum proprium* e, por fim, a *supressio*, vincular a legítima expectativa de que a dívida não será mais exigida ou, então, que será exigida a menor, na verdade, consubstancia elemento não da norma de mitigação, mas, sim, da *supressio* (GONÇALVES; HATOUM, 2016, pp. 12-13).

O gancho da *Verwirkung*, aqui, é ideal a adentrar a questão do balizamento prescrição x norma de mitigação. A Corte Especial, nesse mesmo exemplo, permite, expressamente, que a prescrição sofra clara interferência da *supressio*; porque, então, não o permitir quando o que se pretende fazer incidir é a norma de mitigação? Há, aí, sim, incoerência.

De outro lado, sequer seria necessário confrontar o prazo de inércia do credor ao prazo prescricional. Os dois exemplos narrados no item antecedente esboçam que a violação à norma de mitigação ocorreu enquanto o prazo prescricional nem mesmo começara a correr. Sim. Porquanto ainda sequer vencida estava a última das prestações da operação bancária, o prazo prescricional, nos termos do artigo 199, II do Código Civil de 2002, repita-se, sequer teria começado a correr⁵¹ em ambos os exemplos narrados no item anterior. E veja que, lá, a dívida, senão acrescida de 40%, praticamente dobrou, com a inércia de, tão somente, dois anos, por parte do banco.

Por fim, quanto ao fato de que, no caso, o devedor é quem tem as melhores condições de minorar os prejuízos, cabe, também, um ressalva.

Os argumentos lançados, por exemplo, por Daniel Pires Novais Dias (2012, p. 40), Christian Sahb Batista Lopes (2013, p. 203) e José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins (2015, pp. 260-262) presumem, sempre, a má-fé do devedor. Nem sempre, porém, é assim, ao menos nas operações bancárias. Há casos em que o inadimplemento ocorre, justamente, porque a casa bancária excedeu, em muito, os juros exigidos no período de regularidade⁵². Há casos, ademais, em que o

⁵¹ A posição sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema é, a exemplo do REsp 1.576.189/DF (BRASIL, 2018, pp. 1-8), de que “o vencimento antecipado da dívida livremente pactuado entre as partes, consubstancia uma faculdade ao credor (como tal renunciável), e não uma imposição, mantendo-se, para efeito de prescrição, o termo ordinariamente indicado no contrato, que é o dia do vencimento da última parcela (arts. 192 e 199, II, do CC), compreensão que se aplica à seara cambial”.

⁵² Pegue-se casos de cobrança de juros que variam de 1000% a 1400% ao ano, como por exemplo em contratos de crédito pessoal não consignado dirigido a pessoas físicas, conforme informações prestadas pelo Banco Central, para as referidas operações, no período entre 22/11/2019 a 28/11/2019. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reportxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20->

inadimplemento ocorre, justamente, em razão da tarifação abusiva perpetrada pelo banco; há, também, casos que consubstanciam, nada mais nada menos, que a falta de condições para pagamento, talvez, por um infortúnio da vida, talvez por má-administração; há, sim, enfim, aqueles que, conquanto tenham condições, não pagam, simplesmente, por que não querem pagar.

Não se está, aqui, a fazer a defesa acirrada do devedor contumaz, tampouco a desconsiderar o sistema econômico que vivemos. Sim, os bancos vivem de juros e, sim, se a operação foi celebrada, deve ela ser cumprida. O que se está a dizer, na verdade, é que a premissa que funda a afirmação dos autores (e que é pano de fundo da decisão recente da Corte Especial) não é correta. Apenas isso.

Respeitados os entendimentos contrários, de todo modo, mais pertinente é a solução que, até agora, se defendeu. Nela, vê-se claramente o cumprimento da norma de mitigação e, pode-se concluir, assim como o português José Carlos Brandão Proença (2015, pp. 139-140), que:

Ao ser pedido ao credor que saia da sombra, da sua posição de comodidade, que corrija aquilo que o devedor não fez, independentemente de toda uma análise econômica estamos a testar a horizontalidade da relação obrigacional, o seu sentido solidário, o contínuo diálogo credor-devedor, limitando-se, para muitos, em nome de uma sustentada boa fé [...], a posição de privilégio de um credor irrazoavelmente passivo.

De fato, como já se ponderou alhures, é direito irretocável do credor decidir se e quando exercitará o seu direito de ação (pode ele, inclusive, perdoar integral ou parcialmente o devedor, não?).

No entanto, a partir do momento em que falha em minorar os seus próprio prejuízos, acarretando, com isso, a elevação substancial do montante do crédito, caberá, sim, ao Poder Judiciário atuar e, respaldado sobretudo pela norma de mitigação, destacar do crédito devido à casa bancária tudo aquilo que poderia ela, em agindo diligentemente, ter evitado.

CONCLUSÕES

Os caminhos percorridos durante o presente trabalho trazem claras conclusões quanto aos temas estudados, conclusões que, certamente, fixam os trilhos necessários à solução do problema que, lá no início, propôs-se a solucionar.

Pôde-se constatar que a norma de mitigação tem origem não em terras saxãs, mas, na verdade, em campo latino. Sim, lá em Roma é que se pôde vislumbrar ao menos o que podem ser consideradas as primícias do instituto. Nos países vinculados à *Common Law*, no entanto, é que ele se desenvolveu a passos largos. Lá, ademais, é que se lhe foi conferido um objetivo, em específico: não apenas minorar os prejuízos de cada um dos contratantes, mas, sobretudo, impeli-los e encorajá-los a evitar danos desnecessários, afinal, os direitos protegidos pela norma de mitigação não são só aqueles das partes contratantes, mas os de toda a sociedade.

Viu-se, também, que a norma de mitigação teve amplo desenvolvimento em países de tradição romano-germânica, como a Alemanha, a Itália, a Grécia, Portugal e Suíça (países onde, inclusive, foi devidamente positivada dentro do ordenamento jurídico) e na França, onde tem sido, como no Brasil, desenvolvida.

Foi visto que, de fato, a norma de mitigação existe em solo brasileiro e, embora não com esse nome em específico, era tateada já nos idos de 1980, por nomes como Agostinho Alvim, João Manoel de Carvalho Santos, José Aguiar Dias e Yusedd Said Cahali. Viu-se, também, que, hoje, a despeito do discussão a respeito de qual seria o melhor fundamento a lhe contornar a natureza jurídica, os juristas, de modo geral, reconhecem-na presente em solo pátrio.

As consequências de sua aplicação prática, ademais, assimilam-se, no Brasil, àquilo que, também em outros países, tem-se por correto, vale dizer: se o credor, diante da violação, lança mão de medidas razoáveis com o intento de mitigar seus prejuízos, terá dois caminhos pela frente.

A um, se, com as despesas contraídas, lhe foi possível extirpar totalmente eventuais prejuízos decorrentes da violação ao dever jurídico, poderá exigir do ofensor, tão somente, os valores que teve de despende para evitar os danos advindos da infração; a dois, se, mesmo com as indigitadas despesas, não lhe foi possível derribar os prejuízos ou, então, se os prejuízos foram apenas parcialmente evitados, poderá exigir do ofensor os valores que teve de despende acrescidos da reparação pelos danos que efetivamente experimentou. Caso, porém, o credor não adote

conduta conforme à norma de mitigação, a consequência será a impossibilidade de ser indenizado pelos danos que poderiam ter sido evitados.

Analisou-se, também, o direito bancário. Ali, pôde-se constatar que a desregulamentação financeira e criação de um de um microssistema bancário foi necessária e, inclusive, reflexo do ideário neoliberal que invadiu o Brasil nos idos de 1990. Ao trabalhar as operações bancárias, foi possível melhor assimilar as condições e encargos que, de modo geral, as oneram.

É plenamente possível à casa bancária, por exemplo, a cobrança de tarifas por serviços devidamente prestados; também lhe é manifestamente lícito que, pela operação de crédito, receba juros remuneratórios, os quais podem, sem qualquer tipo de limitação prévia mediante regulamentação, ser afixadas à taxa que entenderem conveniente.

É-lhe permitido, inclusive, que, não paga a prestação, exija, pelo tempo que perdurar o inadimplemento, a somatória de: (a) juros remuneratórios limitados à taxa do período de normalidade, calculados à capitalização simples ou composta; (b) correção monetária que, no maior das vezes, encontra-se embutida no próprio percentual dos juros remuneratórios e, quando não, é afixada de forma a complementá-los; (c) juros de mora de até 1% ao mês; (d) multa de até 2% ao mês.

Mais adiante, verificou-se, ainda, como é formado e, inclusive, do que é composto o crédito bancário. Constatou-se que, nos casos de mútuo, por exemplo, o crédito bancário exordial é formado a partir da submissão do valor total do empréstimo a sistemas de amortização de juros e capital para que, enfim, seja estabelecido o fluxo de pagamento integrado por prestações que, por sua vez, serão compostas de parte de amortização do capital mutuado devidamente corrigido monetariamente e parte dos juros calculados de acordo com as formas e prazo de pagamento.

Foi só quando se destacaram contratos reais e se os submeteram a casos concretos, no entanto, que se içou mastro acima o problema que, já a princípio, propôs-se resolver. Fazê-lo foi verificar, praticamente, qual o impacto da inércia da instituição financeira em promover a persecução judicial de seu crédito.

Em um dos casos, quando do inadimplemento, o valor de crédito da casa bancária era de R\$ 12.801,30, e, após 656 dias de inércia do banco em promover a execução da dívida, o valor de seu crédito foi elevado em aproximadamente duas vezes o valor inicial devido à casa bancária. No outro caso, após 766 dias de atraso e

inércia quanto à execução da dívida, o valor devido à casa bancária elevou-se em aproximadamente 40%, se comparado ao valor inicial.

Daí até modelar o problema, foi um pequeno passo. Foi ele construído da mesma forma como proposto, já de início: na recuperação de crédito bancário, pode-se lançar mão da norma de mitigar o próprio prejuízo para a solução de casos em que o agravamento dos danos seja provocado pela instituição financeira que, embora lesada pelo inadimplemento, tarda desarrazoadamente em promover a persecução judicial de sua pretensão, provocando, pois, a incidência desarrazoadada dos encargos de inadimplência?

A hipótese, de acordo com o que se pôde observar durante todo o trabalho, mostrou-se positiva. Sim, é possível lançar mão da norma de mitigação. O estudo a respeito da formação e composição do crédito bancário demonstrou que a casa bancária que deixa de, em prazo razoável, promover a persecução de prestações não pagas, simplesmente ofende a norma de mitigação; ofende-a, não apenas porque falha em minimizar os seus próprio prejuízos, mas, também, porque fracassa quanto ao que parte da doutrina denomina de falta em evitar desperdícios econômicos que têm valor social. Ou seja, falha porque opta por vedar ao mercado o crédito que, talvez com diligências razoáveis, poderia ter, com êxito, recuperado do devedor.

Necessário é, então, que o banco obre pautado pela norma de mitigação, e, tão logo lhe seja possível, exercite seu direito de ação destinado à satisfação judicial de seu crédito. Do contrário – ou seja, se se mantém inerte e se demora a promover a persecução de sua pretensão – contribuirá irremediavelmente para que seus prejuízos se elevem.

Quanto às consequências de aplicação da norma de mitigação, nestes casos em específico, concluiu-se que o melhor seria, nesses caso, dum lado, provocar o vencimento antecipado da dívida bancária à época em que inadimplida a primeira prestação (para que, com isso, incidam sobre o débito, tão somente, os encargos legais) e, doutro, deslocar o *dies a quo* dos encargos legais (juros de mora), afixando-o junto a data da citação do ofensor. Isso, porque, ao assim proceder, extirpar-se-á do crédito da casa bancária, justamente, os prejuízos que, agisse razoavelmente o banco, teria conseguido minimizar.

Conclui-se, por fim, que, de fato, no Brasil, o estudo acerca da norma de mitigação apenas engatinha e, por isso, precisa ser, sim, revisitado periodicamente;

só assim é que eventuais arestas serão aparadas, amadurecendo, pois, o instituto, nacionalmente.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 14. ed. rev. atual. e ampl. pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALEMANHA. Código Civil Alemão, na versão promulgada em 2 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf> Acesso em 10/10/2019

ALVES, Vilson Rodrigues. Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários. 1. ed. – Campinas: Bookseller, 1996.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5. ed., - São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASSAF NETO, Alexandre. Matemática financeira e suas aplicações. – 12 ed. - São Paulo: Atlas, 2012

ATHAYDE, Augusto de. Estudos de Direito Econômico e de Direito Bancário. – Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda., 1983

AUSTRALIA. Sales of Goods Act. Consolida as normas referentes à compra e venda de bens. South Australia. Publicado em 01/01/1985. Disponível em <[https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/SALE%20OF%20GOODS%20ACT%201895/2003.11.23_\(1987.06.15\)/1895.630.PDF](https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/SALE%20OF%20GOODS%20ACT%201895/2003.11.23_(1987.06.15)/1895.630.PDF)> Acesso aos 10/08/2019

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. – São Paulo: Malheiros, 2005

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular 3.512 de 25 de novembro de 2010. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49513/Circ_3512_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Circular 1.047 de 09 de julho de 1986. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1986/pdf/circ_1047_v2_L.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 1.493 de 08 de junho de 1989. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1989/pdf/circ_1493_v1_o.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 1.498 de 21 de junho de 1989. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/41924/Circ_1498_v1_O.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 1.978 de 26 de junho de 1989. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1991/pdf/circ_1978_v2_L.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 2.216 de 19 de setembro de 1992. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/43843/Circ_2216_v1_O.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 2.430 de 27 de junho de 1994. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1994/pdf/circ_2430_v1_o.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 2.436 de 30 de junho de 1994. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/43338/Circ_2436_v1_O.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 2.167 de 29 de abril de 1992. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/43970/Circ_2167_v1_O.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 2.905 de 30 de junho de 1999. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1999/pdf/circ_2905_v4_l.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 3.206 de 25 de setembro de 2003. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/46547/Circ_3206_v1_O.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Circular 3.371 de 6 de dezembro de 2007. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48003/Circ_3371_v3_L.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Circular 3.466 de 11 de setembro de 2009. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47520/Circ_3466_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 73 de 17 de novembro de 1967. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/39979/Res_0073_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 73 de 17 de novembro de 1967. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/39979/Res_0073_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 114 de 7 de maio de 1969. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/39914/Res_0114_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 128 de 7 de novembro de 1969. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/39914/Res_0114_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 225 de 4 de julho de 1972. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/40301/Res_0225_v2_L.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 312 de 19 de novembro de 1974. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/40161/Res_0312_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 575 de 29 de novembro de 1979. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/40479/Res_0575_v2_L.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 628 de 23 de julho de 1980. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/41689/Res_0628_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 874 de 20 de dezembro de 1983. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/41173/Res_0874_v2_L.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 1.129 de 15 de maio de 1986. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/42874/Res_1129_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 1.275 de 19 de março de 1987. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/42612/Res_1275_v2_L.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 1.568 de 16 de janeiro de 1989. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/42042/Res_1568_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 2.303 de 25 de julho de 1996. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1996/pdf/res_2303_v4_P.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 2.303 de 25 de julho de 1996. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1996/pdf/res_2303_v4_P.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 3.518 de 6 de dezembro de 2007. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48002/Res_3518_v4_P.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 3.919 de 25 de novembro de 2010. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2010/pdf/res_3919_v4_p.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 4.021 de 29 de setembro de 2011. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49317/Res_4021_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 1.143 de 26 de junho de 1986. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1986/pdf/res_1143_v1_O.pdf> Acesso aos 09/12/2019

_____. Resolução CMN 15, de 28/01/1966. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/40116/Res_0015_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 1.129 de 15/05/1986. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/42874/Res_1129_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 4.558 de 23/02/2017. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50345/Res_4558_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

_____. Resolução CMN 4.021 de 29/09/2011. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49317/Res_4021_v1_O.pdf> Acesso aos 05/06/2019

BARBOSA, Edgard Fernando. Comissão de Permanência & Justiça Contratual. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de direito civil – 1.^a parte. 30. ed., v. 4: Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1999.

BENACCHIO, Marcelo. Cláusula penal: revisão crítica à luz do Código Civil de 2002. Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. coord. Giovanni Ettore Nanni. – São Paulo: Atlas, 2008, pp. 371-389.

BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BETTI, Emilio. Teoria geral das obrigações. Campinas: Bookseller, 2005, p. 124-125.

BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho civil: contratos. – v. 2., 7. ed. atual. com a colaboração de Alejandro Borda. – Buenos Aires: Editorial Perrot, 1997.

BRANDÃO, Rafael Vaz da Motta. Ajuste Neoliberal no Brasil: desnacionalização e privatização do sistema bancário no governo Fernando Henrique Cardoso (1995/2002). Tese (Doutorado em História) – Universidade Estadual Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Programa de Pós-graduação em História Social. Rio de Janeiro, 2013.

BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. Incumprimento pelo devedor e redução do dano pelo credor: o art. III. 3:705 do DCFR. Um direito europeu das obrigações? Coord. Ana Isabel Afonso: Universidade Católica Editora: Porto, 2015. pp. 125-140

BRASIL. Decreto-Lei 167 de 14 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre títulos de crédito rural e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15/02/1967.

_____. Emenda Constitucional 40 de 29 de maio de 2003. Altera o inciso V do art. 163 e o art. 192 da Constituição Federal, e o caput do art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30/05/2003

_____. Lei 9.298 de 1º de agosto de 1996. Altera a redação do § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que "dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências". Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02/08/1996.

_____. Lei 6.423, de 17 de junho de 1977. Estabelece base para correção monetária e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14/04/1977

_____. Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21/10/1991

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 758.518/PR. Relator Desembargador Convocado do TJ/RS Casco Della Giustina. Julgado aos 28/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=983680&num_registro=200500967754&data=20100701&formato=PDF> Acesso aos 15/09/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial 1.061.530/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 22/10/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=826356&num_registro=200801199924&data=20090310&formato=PDF> Acesso aos 06/05/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial 973.827/RS, Relatora para o acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 08/08/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1142925&num_registro=200701790723&data=20120924&formato=PDF> Acesso aos 06/05/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Embargos de Divergência em Recurso Especial 4.909/MG. Relator Ministro Dias Trindade; Relator para acórdão Ministro Athon Carneiro. Julgado em 12/06/1991. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100001180&dt_publicacao=09-09-1991&cod_tipo_documento=> Acesso aos 06/05/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial 271.214/RS. Relator Ministro Ari Pargendler. Julgado em 12/03/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=27861&num_registro=200000792497&data=20030804&formato=PDF> Acesso aos 06/05/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial 1.058.114/RS. Relator Ministro Nancy Andrichi. Julgado em 12/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=874640&num_registro=200801041445&data=20101116&formato=PDF> Acesso aos 06/05/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial 1.251.331/RS. Relator Ministra Maria Isabel Galotti. Julgado em 28/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1259413&num_registro=201100964354&data=20131024&formato=PDF> Acesso aos 06/05/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial 1.255.573/RS. Relator Ministra Maria Isabel Galotti. Julgado em 28/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1259447&num_registro=201101182483&data=20131024&formato=PDF> Acesso aos 06/05/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial 1.578.553/SP. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 28/11/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777473&num_registro=201600112776&data=20181206&formato=PDF> Acesso aos 06/05/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 697.379/RS. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 21/05/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=676764&num_registro=200401532783&data=20070521&formato=PDF> Acesso aos 06/05/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Embargos de Divergência em Recurso Especial 108.259/RS. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgado em 09/12/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700891496&dt_publicacao=20-09-1999&cod_tipo_documento=> Acesso aos 07/12/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1.576.189/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 14/08/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531092&num_registro=201503251182&data=20180905&formato=PDF> Acesso aos 07/12/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial 507.882/RS. Relator Ministro Barros Monteiro. Julgado em 18/11/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=442529&num_registro=200300356730&data=20040225&formato=PDF> Acesso aos 09/12/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial 688.627/RS. Relator Ministro Barros Monteiro. Julgado em 17/03/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=535407&num_registro=200401265213&data=20050523&formato=PDF> Acesso aos 09/12/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 681.411/RS. Relator Ministro Ari Pargendler. Julgado em 27/09/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=582191&num_registro=200401116547&data=20051121&formato=PDF> Acesso aos 09/12/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 1.576.189/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 14/08/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531092&num_registro=201503251182&data=20180905&formato=PDF> Acesso aos 09/12/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Súmula 43. Julgado em 14/05/1992.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 188. Julgado em 11/06/1997.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 285. Julgado em 28/04/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 294. Julgado em 12/05/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 296. Julgado em 12/05/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Súmula 362. Julgado em 15/10/2008. Acesso aos 09/12/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 382. Julgado em 27/05/2009. Acesso aos 09/12/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 426. Julgado em 10/03/2010. Acesso aos 09/12/2019

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 472. Julgado em 12/05/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 539. Julgado em 10/06/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 541. Julgado em 10/06/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula 580. Julgado em 14/09/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 568.396/RS. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 21/02/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520339>> Acesso aos 09/12/2019

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 592.377/RS. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 04/02/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8051145>> Acesso aos 09/12/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). Recurso Extraordinário 103.051/SP. Relator Rafael Mayer. julgado em 16/11/1984. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=195301>> Acesso aos 06/05/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Recurso Extraordinário 81.693/SP. Relator Thompson Flores. julgado em 26/08/1975. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=176932>> Acesso aos 06/05/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Recurso Extraordinário 108.398/SP. Relator Francisco Rezek. julgado em 28/02/1986. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=199736>> Acesso aos 06/05/2019

CAHALI, Yussef Said. Dano e indenização. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CALDAS, Pedro Frederico. As instituições financeiras e a taxa de juros. Revista de Direito Mercantil, São Paulo: RT, n. 101, p. 76-86, jan-mar. 1996.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

CARVALHO, Carlos Eduardo; STUDART, Rogério; ALVES JR., Antônio. Desnacionalização do Setor Bancário e Financiamento das empresas: a experiência brasileira recente. Texto para discussão, 882, mai 2002. – Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2002. Acesso aos 07/12/2019. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2727/1/TD_882.pdf>

_____; VIDOTTO, Carlos Augusto. Abertura do setor bancário ao capital estrangeiro nos anos 1990: os objetivos e o discurso do governo e dos banqueiros. – Belo Horizonte: Nova Economia, 2007

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. Código Civil brasileiro interpretado. 7. ed. v. 14 e 17. São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

CASADO, Márcio Mello. Proteção do Consumidor de Crédito Bancário: de acordo com a medida provisória 1.925-8, que cria a cédula de crédito bancário, e a medida provisória 1.963-19, que autoriza a contagem de juros sobre juros. v. 15 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CASTRO, Paulo Roberto Ciola; GONÇALVES, Milton Rodrigo. Absorção das Arras pela Cláusula Penal. In: VIII Ciclo de Palestras do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, 2017, Londrina. Anais do VIII Ciclo de Palestras do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, 2017. p. 216-230.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada De Direito Civil. 2004. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/view>> Acesso aos 10/11/2019

COMINO, Tomas Barros Martins. As desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo. Mestrado (Direito). - Fundação Getúlio Vargas, 2015.

CORBIN, Arthur L.; PERILLO, Joseph M. Corbin on contracts: damages. v. 11. rev. ed. Newark: LexisNexis, 2005

COVELLO, Sérgio Carlos. Contratos Bancários. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A Obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

DIAS, Daniel Pires Novaes. O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. Revista de Direito UNIFACS. n. 139, 2012.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 7.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. – 33. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018

DITRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação 20131010070164 DF 0006825-07.2013.8.07.0010, Relator: João Egmont, Data de Julgamento: 27/11/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 12/12/2014

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação 20140410058325, Relator: Alfeu Machado, Data de Julgamento: 06/05/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 08/05/2015

DYSON, Andrew. British Westinghouse revisited. London: Lloyd's Maritime and Commercial Law, Quarterly, 3, 2012. pp. 412-425. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/64695/1/British_Westinghouse_Revisited_LSERO.pdf> acesso aos 10/10/2019

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeal (4th Circuit). Appeal 2873. 35 F.2d 301. Rockingham County v. Luten Bridge Co., 35 F.2d 301. Julgado em 15/10/1929. Disponível em: <<https://law.unlv.edu/faculty/rowley/LutenBridge.pdf>> Acesso aos 10/08/2019

_____. District Court of Appeal of the State of California. Hickman versus Johnson. Appeal 36 Cal. App. 342, Civ. N. 1780. Chipman, P. J., and Hart, J. Julgado em 21/02/1918. Disponível em < <https://cite.case.law/cal-app/36/342/>> Acesso aos 10/08/2019

_____. Supreme Court of Connecticut. Pratt v. Dunlap. Appeal 82 A. 195, 85 Conn. 180. Hall C. J., Prentice and Roraback. Julgado em 09/02/1912. Disponível em <<https://www.courtlistener.com/opinion/3325770/pratt-v-dunlap/?>> Acesso aos 10/08/2019

_____. Supreme Court of Michigan. Shiffer v. Board of Education of Gibraltar School District. Appeal 393 Mich. 190 224 N.W.2d 255. T.m. Kavanagh, C. J., Swainson, J., Williams, J. Julgado em 19/12/1974. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/michigan/supreme-court/1974/393-mich-190-2.html>> Acesso aos 15/08/2019

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. 1. ed., 4. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 111-149.

FARIAS, Thélío Queiroz. Dos Juros. 1. ed. – São Paulo: Anhanguera Editora Jurídica, 2011.

FARNSWORTH, E. A. Contracts. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004.

FERREIRA, Spencer Almeida. A comissão de permanência e a Súmula 472 do STJ: breves reflexões. Seção de Direito Privado: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=47612>> Acesso aos 09/05/2019

FERNANDEZ, Maximiliano Rodriguez. Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. *Revista de Derecho privado*, n. 15. Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 109-142.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Torino: UTET Giuridica, 2006.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa Figueiredo. *Juros Bancários: limites e possibilidades*. 2. ed. – Curitiba: Juruá, 2007.

FONSECA, Don Bartolomé Agustin Rodriguez de. *El digesto del emperador Justiniano*. Traducido por Don Bartolomé Agustin Rodriguez de Fonseca. – Madrid: D. Manuel Gomes Marin y D. Pascual Gil y Gomes, 1872. Disponível em: <https://books.google.es/books?id=HZgsAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso aos 15/09/2019

GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Milton Rodrigo; HATOUM, Nida Saleh. A aplicação do princípio da boa-fé objetiva e seus desdobramentos legais nas Relações Negociais. *Revista Conexão Jurídica*, v. 03, p. 12-13, 2016.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; GONÇALVES, Milton Rodrigo. Da inaplicabilidade do art. 60, § 3.º, do Dec.-lei 167/1967 às cédulas de crédito rural: possibilidade de que, nas cédulas de crédito rural, seja constituído aval de pessoa física que não integre o contrato social da pessoa jurídica emitente do título de crédito. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 70, p. 39-58, 2015.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A comissão de permanência cobrada pelos bancos frente ao Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 781, nov. 2000, pp.79-88.

HABERMAS, Jurgen. *A constelação pós-nacional – Ensaio político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HERRERA BRAVO, Ramon. *Usurae: Problemática jurídica de los intereses en derecho romano*. Colección Monografías jurídicas, económicas y sociales: Universidad de Jaén, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico. – Raén: Universidad de Raén, 1997.

HILLMAN, Robert A. Keeping the Deal Together After Material Breach-Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts. *University of Colorado Law Review*, vol. 47, no. 4, Summer, 1976. p. 558

INGLATERRA. *Sales of Goods Act*. Consolida as normas referentes à compra e venda de bens. Londres. Publicado em 6/12/1979. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/enacted>> Acesso aos 10/08/2019

ITÁLIA. *Il Codice Civile Italiano*. Roma, publicado 16/03/1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm> Acesso aos 11/08/2019

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; MARQUESI, Roberto Wagner. A possibilidade de redução da multa coercitiva com fundamento no duty to mitigate the loss. Rio de Janeiro: Revista eletrônica de Direito Processual, ano 12, v. 19, n. 2, 2018, pp. 67-83

LITVINOFF, Saúl. Damages, mitigation, and good faith. Tulane Law Review, New Orleans, v. 73, p. 1161-1195, 1998-1999.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Obrigações. 2. ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2011

LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos prejuízos no direito contratual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LUZ, Aramy Dornelles da. Negócios Jurídicos Bancários: o banco múltiplo e seus contratos. 3. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

_____, Christian Sahb Batista; RIBEIRO, Mariana Richter. A disciplina dos juros no direito brasileiro após o advento do Código Civil de 2002. v. 9 – n. 1 Revista Meritum: Belo Horizonte, jan./jun. 2014

MAMEDE, Gladson. Títulos de Crédito. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Fran. Curso de direito comercial: contratos e obrigações comerciais. 19. ed. rev. atual. e ampl. / por Gustavo Saad Diniz. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Duty to mitigate the loss no Direito Civil Brasileiro. – São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATHIAS, Washington Franco. Matemática Financeira. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: direito das obrigações. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. – v. 42. – Campinas: Bookeseller, 2005.

MOLLE, Giacomo, I Contratti Bancari. – Milão: Giuffrè, 1973.

MORAES, Bruno Terra de. A aplicação do dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil: fundamento e parâmetros. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019

NIEMEYER, Sérgio. Os Juros no Novo Código Civil e a Ilegalidade da Taxa Selic. Lex. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, São Paulo, v. 310, p. 5-74, 2004.

NEW YORK. District Court (Southern District of New York). Motion 12 Civ. 1328 (JSR). Juiz Jed Saul Rakoff. Julgamento aos 01/09/2013. Disponível em:

<<http://02ec4c5.netsolhost.com/blog/wp-content/uploads/2013/02/Ometto-opinion-1.9.13.pdf>> Acesso aos 15/09/2019

NORDI, Renato. Contrato de Abertura de Crédito e possíveis implicações decorrentes de sua cobrança. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999

OLIVEIRA, Celso Marcelo. Limite Constitucional dos Juros Bancários: doutrina e jurisprudência. 2. ed. – Campinas: LZN Editora, 2002.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Teoria Geral dos contratos: tratado de direito bancário. – Campinas: LZN Editora, 2002.

PADILHA, René A. Responsabilidad civil por mora: presupuestos, desindexación y limites en costas, oligaciones recíprocas, responsabilidad del acreedor, relación de causalidade, efectos anómalos. Buenos Aires: Astrea, 1996.

PALAZÓN GARRIDO, Maria Luíza. El cumplimiento y el incumplimiento del contrato en los principios Ohadac sobre los contratos comerciales internacionales. Disponível em:

<[file:///C:/Users/oligo/Downloads/El%20cumplimiento%20y%20el%20incumplimiento%20del%20contrato...%20\[Mar%C3%ADa%20Luisa%20PALAZ%C3%93N%20GARRIDO\].pdf](file:///C:/Users/oligo/Downloads/El%20cumplimiento%20y%20el%20incumplimiento%20del%20contrato...%20[Mar%C3%ADa%20Luisa%20PALAZ%C3%93N%20GARRIDO].pdf)> Acesso aos 09/12/2019

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (6ª Câmara Cível). Apelação Cível 158909-7. Relator Albino Jacomel Guérios. Julgamento aos 23/08/2004. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1449140/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-158909-7#>> Acesso aos 15/09/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná (Corte Especial). Incidente de Constitucionalidade 264.940-7/01. Desembargador Relator Edson Vidal Pinto. Julgamento em 10/06/2005. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1442792/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-264940-7/01>> Acesso aos 10/12/2019

_____. Tribunal de Justiça do Paraná (Corte Especial). Incidente de Constitucionalidade 758.142-4/01. Desembargador Relator José Augusto Gomes Aniceto. Julgamento em 19/09/2012. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11341699/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-758142-4/01>> Acesso aos 10/12/2019

_____. Tribunal de Justiça do Paraná (Órgão Especial). Incidente de Constitucionalidade 806.337-2/01. Desembargador Relator Jesus Sarrão. Julgamento em 03/12/2012. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11401802/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-806337-2/01>> Acesso aos 10/12/2019

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 31. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 27. ed. rev. atual. e ampl. por Carlos Edson do Rego Monteiro Filho. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

PINHEIRO, Denise. Duty to mitigate the loss à brasileira: uma questão além do Nexo de causalidade. Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=duty+to+mitigate+exerc%C3%ADcio+tardio&form=EDGTCT&q=PF&cvid=c4287e4aaf7d433680db1f07471ceb69&refig=715bb2020e9e49c5cd27707f0350c9f2&cc=US&setlang=en-GB&elv=AQj93OAhDTi*HzTv1paQdngVQJRI4zueIUhY5ntNsbMQUoHRfpFf%21hgFN4WZFo%21*4CU90ojSL6NN5UYvJi0cabADX36fIZRM4zMY9*fMBSWL&plvar=0&P=C=SMTS> Acesso aos 12/12/2019

PINTO JÚNIOR, João José. Curso elementar de direito romano. – Pernambuco: Typografia Economica, 1888.

POTHIER. Robert Joseph. Traite des obligations selon les regles tant du for de la conscience que du fo extérieur. Nouvelle edition revue, corrigé, confidérable ment augment par l'autor. Paris: Chez Debure l'ainé, Quaid es Auguftins, 1764.

PORTUGAL. Decreto-Lei 47.334 de 25 de novembro de 1966, aprova o Código Civil português. Lisboa. Disponível em: <<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>> Acesso aos 11/08/2019

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. Títulos de Crédito. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de direito civil. Trad. Ary dos Santos do v. 3. da 6. ed. italiana. São Paulo: Saraiva, 1973.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v. 2.: parte geral das obrigações - São Paulo: Saraiva, 2002.

RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: quid est et quo vadat? Civilística: revista eletrônica de direito civil, a. 6. n. 1., 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-mitigacao-de-prejuizos-no-direito-brasileiro/>> Acesso aos 19/10/2019

ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito Bancário. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.
SANTOS, João Manuel de Carvalho. Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático. Direito das obrigações (arts. 1037-1078) vol. XIV, 11 ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SAN MARTIN NEIRA, Lilian C. La carga del perjudicado de evitar o mitigar el dano. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1000172-88.2016.8.26.0510; Relator Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rio Claro - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/03/2017; Data de Registro: 23/03/2017

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1014982-71.2015.8.26.0003; Relator Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/06/2017; Data de Registro: 12/06/2017

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 330.628.4/2-00. Relator Desembargador Francisco Loureiro. Julgado em 15/04/2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1994082&cdForo=0>> Acesso aos 15/09/2019

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Juros no direito brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. p. 3. Disponível em <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf> Acesso aos 01/06/2019

SCHILLING, Paulo R. O fim da história ou o colapso da modernização: o fracasso do neoliberalismo na América Latina. – São Paulo: CEDI/Koinoniam 1994.

SHAPIRO, Fred R. The Yale Book of Quotations. New Haven and London: Yale University Press, 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/oligo/Downloads/epdf.pub_the-yale-book-of-quotations.pdf> Acesso aos 09/12/2019

SILVA, Emanuelle Clayre Silva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar as próprias perdas. – Franca: Revista Eletrônica da Faculdade de Franca, 2014, pp. 77-102

SILVA, Fernando Ramos. Correção monetária, juros, inflação: um estudo do comportamento econômico e social. – Rio de Janeiro: Apec, 1980.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira. Inadimplemento das obrigações. Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. v. 7. Coord. Miguel Reale, Judith Martins-Costa. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. New Left Review, n. 71, set.-out. 2011, pp. 5-29 [tradução de Alexandre de Morales].

SUÍÇA. Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations), de 30/03/1991, status as of 01/04/2017. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>> Acesso aos 15/10/2019

TARTUCE, Flávio. A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem. Março de 2005. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso aos 15/11/2019

TELLES, Inocêncio Galvão. Garantia Bancária Autônoma. – Lisboa: Edições Cosmos Livraria Arco-Iris, 1991

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. Revista Jurídica Nota Dez, n. 296, ano 50, junho de 2002: doutrina cível. – Rio de Janeiro, 2002. pp. 7-18

TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 1, p.55-86, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p55. ISSN: 2178-8189.

THE YALE LAW JOURNAL. Damages. 'Duty' to Mitigate. v. 29, n. 1, 1919, pp. 130–131. Disponível em: <www.jstor.org/stable/786934> acesso aos 15/08/2019

ZANETTI, Cristiano de Souza. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade. Revista brasileira de arbitragem, n. 35, jul/ago/set 2012, pp. 28-36.

WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. Direito Bancário: contratos e operações bancárias. – São Paulo: Quartier Latin, 2012.

WILLIAMSON, John. Depois do consenso de Washington: uma agenda para reforma econômica na América Latina. Palestra apresentada na FAAP. São Paulo, 2003. Disponível em <<https://piie.com/publications/papers/williamson0803.pdf>> Acesso aos 10/02/2019

UNIFORM LAW COMMISSION. Uniform Commercial Code (UCC), Article 2, Sales, Part 7, Remedies. Conjunto de leis (não federais), mas adotadas como leis estatais, que rege todas as transações comerciais nos Estados Unidos da América. Chicago: Permanent Editorial Board, 1951

VARELA, Antunes. Das obrigações em geral, 10. ed. rev. e atual. 10. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014.

VELÁZQUEZ. Juan Pablo Pérez. La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato. Barcelona: InDret: Revista para el análisis del derecho, 2015

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil (v. 2): teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. - 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2003

VIEIRA SOBRINHO, José Dutra. Matemática Financeira. – 6. ed. – São Paulo; Atlas, 1997.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. Compêndio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria. v.1. Buenos Aires: Depalma, 1985.

ZANETTI, Cristiano de Souza. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade. Revista brasileira de arbitragem, n. 35, jul/ago/set 2012, pp. 28-36.