

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Giorgio Blessmann Milano

**A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E OS TÍTULOS DE
CRÉDITO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Porto Alegre
2014

GIORGIO BLESSMANN MILANO

**A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E OS TÍTULOS DE
CRÉDITO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora
como requisito para obtenção de grau
de Bacharel em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos
Branco

Porto Alegre
2014

GIORGIO BLESSMANN MILANO

**A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E OS TÍTULOS DE
CRÉDITO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora
como requisito para obtenção de grau
de Bacharel em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.

Aprovação em _____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco
(Orientador)

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

Prof. Dr. Fabiano Menke

RESUMO

A teoria da mitigação dos danos consiste em uma análise do comportamento da vítima de um dano, com a finalidade de limitar o quantum indenizatório na medida em que os danos poderiam ter sido evitados pela vítima através de esforços razoáveis. Nesse sentido, o protesto indevido de título de crédito ocasiona o abalo de crédito injusto, consubstanciando um dano, porquanto fere a reputação e a honra daquele que foi protestado. Diante disso, o presente trabalho analisará decisões judiciais que abordam a inércia daquele que foi protestado indevidamente, em que pese este tivesse ciência da iminência do protesto indevido. Desse modo, será verificado se tais decisões exprimem, em seu conteúdo, a aplicação da teoria da mitigação dos danos. Ainda, será demonstrado quais condutas a jurisprudência entende que se deve levar a cabo quando se é surpreendido com a intimação que informa a iminência do registro do protesto indevido, de modo a, neste último caso, resguardar o direito à indenização.

Palavras-chave: Teoria da mitigação dos danos. Dever de mitigar os próprios danos. Títulos de crédito. Protesto indevido de títulos de crédito. Análise jurisprudencial.

ABSTRACT

The duty to mitigate the loss consists in an analysis of the injured party's behavior in order to limit the compensation amount as far as the damages could have been avoided by such injured party through making reasonable efforts. The undue protest of a credit note affects unfairly the injured party's credibility, since harms its reputation and honor. Before such scenario, this study will analyze the judicial decisions that examine the omission of the one who has been unduely protested in spite of being aware about the imminent protest. In this sense, it will be analyzed if such decisions apply the duty to mitigate the loss. Furthermore, it will be demonstrated what measures the one who has been unduely protested shall take in order to conserve its right to compensation.

Key-words: Duty to mitigate the loss. Credit note. Unduely protest of credit notes. Judicial decisions analysis.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E SUA CONCEPÇÃO PELO DIREITO COMPARADO	12
3 A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E O DIREITO BRASILEIRO	16
3.1 OS CONTRATOS DE SEGURO E O ART. 771 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	17
3.2 CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS	18
3.3 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS EM DECORRÊNCIA DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	19
3.3.1 A cláusula geral da boa-fé objetiva, o dever de mitigar o dano e a responsabilidade civil extracontratual	26
4 OS TÍTULOS DE CRÉDITO: FONTES LEGAIS, O PROTESTO E O ABALO DE CRÉDITO	30
4.1 FONTES LEGAIS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO	30
4.2 PROTESTO: FUNÇÃO, NATUREZA JURÍDICA, EFEITOS E SEU PROCEDIMENTO	32
4.2.1 O lugar do protesto e a intimação do protestado	35
4.3 O CRÉDITO E O SEU ABALO EM DECORRÊNCIA DO PROTESTO INDEVIDO DE CÁRTULA	37
5 DECISÕES JUDICIAIS QUE TRATAM DA INÉRCIA E DA CONDUTA DILIGENTE DO PROTESTADO INDEVIDAMENTE: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOB A PERSPECTIVA DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i>.....	40
5.1 CULPA CONCORRENTE E O DEVER JURÍDICO SUBJACENTE	41
5.2 A POSSÍVEL CARACTERIZAÇÃO DE ÔNUS JURÍDICO	46
5.3 POSSIBILIDADE DE EVITAR O PROTESTO COMO PARÂMETRO PARA O ARBITRAMENTO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO	50
5.4 A CONDUTA DILIGENTE EM FACE DO PROTESTO INDEVIDO.....	54
5.5 A AUSÊNCIA DE EFEITOS ADVINDOS DA OMISSÃO DO PROTESTADO INDEVIDAMENTE	57

6 CONCLUSÃO 61

REFERÊNCIAS 64

1 INTRODUÇÃO

O *duty to mitigate the loss*, aqui traduzido como o dever de mitigar o próprio dano¹, exprime uma norma pela qual a vítima de um dano deve tomar as medidas cabíveis e razoáveis para evitar a concreção deste ou para minorar as suas consequências, sob pena do afastamento do direito a uma indenização ou limitação do quantum indenizatório. A aplicação dessa teoria aos títulos de crédito, mais especialmente aos efeitos e problemas decorrentes do protesto dos títulos de crédito é o objeto desta monografia.

A base para aplicação da teoria da mitigação dos danos parte de pesquisa jurisprudencial nos Tribunais brasileiros no sentido do afastamento ou minoração da indenização em casos de protesto indevido de títulos de crédito quando o julgador constata a inércia do protestado em face da intimação do protesto. Nesse sentido, o procedimento do protesto compreende uma intimação do protestado, a qual o informa da iminência do registro do mesmo, permitindo-lhe tomar as providências que considera cabíveis. Como exemplo, se a cártula foi levada a protesto por falta de pagamento, a intimação propicia ao devedor diligenciar ao cartório para pagar a dívida e, assim, evitar o registro do protesto.

Consoante será demonstrado no decorrer do presente trabalho, o protesto indevido de título de crédito ocasiona um abalo de crédito à vítima. Diante disso, o conhecimento pelo prejudicado da iminência do registro do protesto indevido, seguido da inércia do protestado, terá efeitos na constatação do dever de indenizar? Se o tiver, o afastamento ou minoração da indenização consistiria na aplicabilidade do *duty to mitigate the loss*?

Assente isso, deve-se consignar que não se pretende aqui um estudo das relações contratuais eventualmente subjacentes aos títulos de crédito de modo a ensejar uma análise baseada na boa-fé objetiva, em que pese, a

¹ O trabalho abordará as consequências de tratar o *duty to mitigate the loss* como dever jurídico, adiantando-se aqui a impossibilidade de tal entendimento em virtude da caracterização de um direito subjetivo contraposto a este dever. Desse modo, quando se fala, aqui, em dever de mitigar o próprio dano, não se trata de dever jurídico strictu sensu. Ademais, para evitar uma má compreensão do tema, buscar-se-á utilizar o termo "*duty to mitigate the loss*" ao invés de "dever de mitigar o próprio dano".

título de contextualização do tema, se traga a análise de decisão judicial nesse sentido. Tampouco pretende-se aqui analisar a possibilidade de a boa-fé objetiva gerar deveres anexos relacionados ao *duty to mitigate the loss* quando da responsabilidade civil extracontratual, no entanto insta referir que, também com a finalidade de contextualizar o tema, será analisada decisão que trata do tema sob tal aspecto.

A problemática constatada resume-se a um conflito: de um lado, a negligência de um portador de título de crédito que o protesta sem que reúna os requisitos para tanto e, de outro, o protestado que, ciente da iminência de um dano que lhe acometeria, permanece inerte.

Sob uma perspectiva concreta, indaga-se se aquele que paga pontualmente a dívida consubstanciada em um título de crédito, ao ser surpreendido com uma intimação que lhe informa do iminente protesto da cártula, deverá realizar alguma medida com vistas a evitar o dano que injustamente irá lhe acometer. Ainda, se agiu de forma correta e prova ao adimplir sua dívida, questiona-se da possibilidade de que lhe fosse imputado dever de agir quando do conhecimento do aponte do título.

Quanto ao seu aspecto histórico, o *duty to mitigate the loss*, segundo Farnsworth citado por Christian Saab Lopes (2013), teve seu “embrião” no Direito Inglês quando do julgamento do caso *Vertue v. Bird* pela corte inglesa no ano de 1677².

O caso em questão se resume ao seguinte quadro fático: um carroceiro fora contratado para efetuar a entrega de milho na cidade de Ipswich, todavia, não tendo encontrado o contratante no local onde se realizaria a entrega, esperou por determinadas horas, expondo seus cavalos

² Action upon the case on agreement to carry corn from A. to Ipswich in Suffolk, not said when, and to deliver it there at such place as the defendant appointed, averring that he carried the corn such a day, and gave notice thereof to the defendant, and that he did not appoint any place, whereby he caused four of the plaintiffs horses to catch diseases and die; after verdict and judgment stayed, prayed judgment, the defendant being the occasion of the not performance of the agreement shall answer for the consequential damage; sed non allocatur, for the plaintiff might have taken his horses out of the cart, or have laid down the corn any where in Ipswich, per Curiam, and judgment stayed” in KEBLE; KELYING; JONES, T.. **The english reports:** King's Bench Division. London: **The Canada Law Book Company**, 1908. p. 1000 . Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?collection=engrep&handle=hein.engrep/engrf0084&type=Image&id=3#3>>. Acesso em: 24 ago. 2014

ao sol, culminando com a morte destes animais, em virtude de doença contraída pela exposição. Diante disso, o carroceiro, prejudicado, ajuizou ação judicial para ver reparado seu dano referente aos animais. A despeito disso, seu pedido foi indeferido porquanto entenderam os julgadores que o autor poderia ter retirado os seus cavalos da carroça, ou ter descarregado o milho em qualquer lugar da cidade. Em suma, o que a decisão exprime é que a possibilidade de ter evitado o dano afastará o direito à indenização.

Verifica-se que, após tal julgamento, o *duty to mitigate the loss* foi tendo a sua aplicabilidade alargada, de modo que, além da responsabilidade civil contratual, o direito inglês e o direito norte-americano rumaram no sentido da sua incidência também quando da responsabilidade civil extracontratual, conforme será demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho. No referido capítulo, também será analisada a razoabilidade da conduta a ser levada a cabo pela vítima do dano.

No segundo capítulo, tratar-se-á da mitigação dos danos no direito brasileiro, verificando que a doutrina identifica três fundamentos para a sua incidência: em contratos de seguro como decorrência do art. 771 do Código Civil Brasileiro, em contratos de compra e venda internacional de mercadorias em virtude do art. 77 da Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e em matéria contratual devido à cláusula geral da boa-fé objetiva insculpida no art. 422 do Código Civil Brasileiro.

No terceiro capítulo, trar-se-ão os aspectos gerais atinentes aos títulos de crédito que se fazem necessários para uma análise apropriada das decisões judiciais que abordam a inércia do protestado ou a sua conduta diligente em face do aponte do título. Neste capítulo, estuda-se o lugar do protesto e o lugar da intimação do protestado com vistas a verificar a razoabilidade de exigir que o último diligencie a cartório para evitar o registro do protesto. Outrossim, é analisado o procedimento do protesto e os prazos legais compreendidos neste bem como o abalo de crédito, consectário do protesto indevido de cártula.

Por fim, o quarto capítulo consiste em uma análise das decisões judiciais em que a inércia do protestado, verificada após a intimação, é abordada nos julgados, culminando com diferentes reflexos no direito à indenização. Primeiramente, foram analisados acórdãos que entendem a referida inércia como ensejadora da caracterização de culpa concorrente, ou seja, nesta compreendidas a culpa do apresentante por protestar título que não reúne os requisitos para tanto e a culpa do protestado por não agir, a despeito de estar ciente da iminência do protesto.

Ainda no quarto capítulo, serão examinadas as decisões que entendem a busca em evitar o protesto indevido como pressuposto para o reconhecimento do direito à indenização, aproximando-se do conceito de ônus jurídico. Além disso, são abordados acórdãos em que a inércia do protestado consiste apenas em um parâmetro para a quantificação da indenização relacionado à discricionariedade do julgador no momento do arbitramento do dano moral. Por fim, serão apresentadas decisões em que se constata o agir diligente do protestado bem como acórdãos em que os julgadores entendem que a referida inércia não produz efeito na verificação e quantificação do dano.

No decorrer deste trabalho, serão abordados os conceitos jurídicos implícitos em cada uma das decisões analisadas e demonstrar-se-ão as consequências de julgar em determinado sentido. Como exemplo, quando da análise da culpa concorrente relacionada à inércia do protestado, buscou-se verificar no que implica reconhecer como culposa a omissão, indagando-se dos deveres pressupostos à culpa e os seus corolários.

Insta referir que a mitigação dos danos foi objeto de poucos estudos doutrinários no âmbito da academia brasileira. Nesse sentido, valeu-se, para a realização deste estudo, da tese de doutorado do Professor Christian Saab Lopes intitulada a “Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual” defendida na Universidade Federal de Minas Gerais em 2011, tendo resultado na publicação do livro com o mesmo título em 2013 pela editora Saraiva³. Em que pese tal livro trate apenas do *duty to mitigate the loss* em casos de

³ LOPES, Christian Saab. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

responsabilidade contratual, o que não é o objeto do presente trabalho, o mesmo constitui-se em forte contribuição para a assimilação dos conceitos e da finalidade do dever de mitigação dos próprios danos. Cumpre notar, por fim, que a referida tese não trata de casos semelhantes aos aqui analisados.

2 A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E SUA CONCEPÇÃO PELO DIREITO COMPARADO

Apontou-se, na introdução deste estudo, o julgamento *Vertue v. Bird* que tratou de caso do âmbito contratual, todavia vale referir que a teoria da mitigação dos danos, no Direito Comparado, é outrossim aplicável a casos de responsabilidade civil extracontratual⁴ (Tort law, no direito Inglês e americano). Para ilustrar o posicionamento, traz-se o caso *Green v. Smith* de 1968, da Corte de Apelação da Califórnia, Estados Unidos⁵.

A contenda levada a júízo resume-se à situação em que uma pessoa teria danificado um cano de irrigação de plantas ornamentais, impedindo que parte da plantação fosse irrigada. Diante disso, o proprietário da plantação, prejudicado, ajuizou ação para ver seus danos reparados. Na instrução do processo, foi demonstrado que o autor procurou restabelecer a irrigação, através da abertura de uma vala que, ao que tudo indica, fora mal construída, não cobrindo toda a área anteriormente irrigada, o que culminou em prejuízos de dezessete mil dólares, pelos quais o autor buscava a indenização. Outrossim, a parte ré demonstrou que o autor poderia ter evitado o prejuízo através da adoção de uma de cinco medidas: (i) a locação de um sistema de

⁴ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.862 - PR 2011/0252719-0), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, mostrou-se favorável à aplicação do *duty to mitigate the loss* no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, o que será analisado a seguir.

⁵ *Green v. Smith*, 261 Cal. App. 2d 423, 67 Cal. Rptr. 796 (Ct. App. 1968): Plaintiff, a grower of ornamental nursery trees, sued for crop loss sustained as a result of defendant's intentionally destroying an irrigation pipeline used by plaintiff to moisten the soil so that the trees could be harvested by running a blade beneath the ground. Plaintiff made two unsuccessful attempts to convey water to the trees by an open ditch, but was unable to harvest a portion of his crop having an alleged market value of \$17,000. Defendant showed that plaintiff could have conveyed water to the entire crop for less than \$600 either (1) by renting portable irrigation equipment; (2) by constructing a ditch with higher and thicker berms; (3) by obtaining water from a city fire hydrant; (4) by obtaining water from a domestic water meter; or (5) by renting defendant's water tank trucks. The trial court awarded plaintiff only \$600. On appeal by plaintiff, reversed. In holding that plaintiff had made reasonable efforts to mitigate his damages, the court applied a more lenient standard by which to judge the reasonableness of the injured party's efforts than is applied in other areas of the law. In: EVERETT, John C.. Mitigation of damages: effect of plaintiff choosing among reasonable alternatives. **Arkansas Law Review**. Arkansas: Arkansas Law Review And Bar Association Journal, 1969. p. 132-145. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/arklr23&div=70&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=green.v.smith&type=matchall#3>. Acesso em: 15 ago. 2014.

irrigação portátil, (ii) a construção de uma vala mais apropriada, (iii) a obtenção de água do encanamento doméstico ou (iv) de um hidrante do município e, por fim, (v) aluguel de caminhão-pipa pertencente ao réu. As cinco medidas sugeridas no julgamento seriam consideradas *reasonable efforts*, ou seja, consistiriam em esforços razoáveis para mitigar o dano e nenhuma destas, segundo consta da decisão, teriam um custo superior a seiscentos dólares. Em virtude disso, o pedido do autor foi parcialmente procedente, tendo sido o réu condenado ao pagamento de seiscentos dólares, que corresponderia ao custo que o demandante poderia ter incorrido para impedir a concreção ou propiciar a mitigação do dano.

Verifica-se, portanto, que a teoria da mitigação dos danos advoga no sentido de impedir a passividade e a inércia do prejudicado quando em face de um dano, desencorajando uma perda econômica⁶, sendo este o seu principal fundamento⁷.

Do caso *Vertue v. Bird* bem como do caso *Green v. Smith*, infere-se que a teoria da mitigação dos danos consiste na avaliação da conduta da vítima de um dano, tendo como finalidade a determinação do *quantum indenizatório*, de modo a ensejar a possibilidade de limitá-lo na medida em que o credor evitou ou poderia ter evitado a ocorrência dos danos, ou de porção destes, através de esforços razoáveis, ou seja, não serão indenizados os danos que poderiam ter sido evitados através de tais esforços razoáveis ou que, de fato, foram evitados.

. Frente a tal contexto, conclui-se que dois cenários podem decorrer quando da ocorrência de um dano: o primeiro refere-se à situação em que o prejudicado se queda inerte, sem realizar qualquer ação para impedir os prejuízos, ao passo que o segundo refere-se à situação em que o prejudicado

⁶ EVERETT, *loc. cit.*

⁷De acordo com John Gotanda in=BECK, C.H. Beck, NOMOS, Hart, Nomos. **Contracts for the international sale of goods (CISG):** Commentaries. Londres, 2011, p. 253: “the purposes of this principle are (1) to prevent an aggrieved party from passively sitting back and waiting to be compensated for loss that could have been avoided or reduced through the undertaking of reasonable measures, and (2) to prevent an aggrieved party from engaging in unreasonable acts or market speculative delays that increase damages”. Ressalta-se, portanto, que, além do fundamento primeiro já mencionado, o segundo fundamento consiste em evitar que a parte prejudicada se lance em atos não razoáveis.

realiza esforços razoáveis, visando a não concreção dos danos. Nessa senda, o primeiro destes é chamado de aspecto negativo e o segundo, positivo⁸.

Constata-se, portanto, que, nos casos em que o protestado permanece inerte após cientificado da iminência do registro do protesto indevido, estar-se-ia diante do *duty to mitigate the loss* em seu aspecto negativo. De outra forma, nos casos em que o protestado toma medidas com vistas a evitar a concretização do protesto indevido, o *duty to mitigate the loss* seria aplicável em seu aspecto positivo.

Deve-se ressaltar que a conduta ou a omissão por parte do credor do dano deverá ser analisada sob o princípio da razoabilidade. Nesse sentido, não se pode esperar do credor do dano que aja de modo a se prejudicar ou que incorra em custos desproporcionais⁹. Tampouco espera-se que a vítima leve a efeito atos irrazoáveis com a finalidade de mitigar o próprio dano, sendo este o segundo fundamento do *duty to mitigate the loss*, conforme referido anteriormente. Por conseguinte, há uma limitação ao dever de mitigar o dano, que deverá ser analisado diante do caso concreto.

Nesse norte, é considerada razoável a medida para mitigar os danos se a mesma é a conduta esperada de um homem médio, eivada de boa-fé, que deverá ser analisada sob as circunstâncias da situação apresentada¹⁰.

Disto decorre que a ação tida como razoável em determinado caso pode não ser assim caracterizada quando da análise de outra conjuntura. Citamos, anteriormente, o julgamento *Green v. Smith* em que o prejudicado poderia ter evitado a ocorrência ou agravamento do dano através de gastos que perfazem montante de seiscentos dólares.

No julgamento *Valencia v. Shell Oil Co.*, da Corte de Apelação da Califórnia, EUA, ou seja, da mesma corte de apelação que julgou o caso *Green v. Smith*, o réu da ação danificou o caminhão de transporte de gasolina do autor, impedindo-o de trabalhar por período de dezessete meses. Na

⁸ LOPES, Christian Saab. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25
⁹ *ibidem*, p. 206.

¹⁰ Austria 6 February 1996 Oberster Gerichtshof [Suprema Corte Austríaca], Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>. Acesso em 28/08/2014.

instrução, foi demonstrado que o custo para reparo do caminhão perfaria duzentos e vinte dólares, isto é, valor inferior àquele referido no caso *Green v. Smith*, contudo as condições financeiras do autor o impediram de realizá-lo¹¹.

Frente a esse contexto, em que pese tratar-se de, em tese, duas condutas (ou esforços) equivalentes, as circunstâncias do caso concreto culminaram no entendimento de que não poderia ser imputado ao autor da ação o dever de mitigar o dano sob pena de agravar a sua condição financeira, resguardando-se, neste caso, o direito à indenização.

Sob tais aspectos no que diz respeito à análise jurisprudencial relacionada a protesto indevido de título de crédito, deve-se observar a possibilidade de o protestado evitar a concretização do protesto, que consubstancia o dano. Para tanto, é necessário levar em consideração o lugar do protesto, o lugar da intimação do protestado, a possibilidade de comunicação com o apresentante do título, a posse de carta de anuência e as demais peculiaridades do caso concreto (item 4, *infra*).

¹¹ In the Valencia case, a gasoline distributing truck was damaged and repaired within one month for 222.30 dollars. The plaintiff then sought to have the defendant pay the repair bill. The parties started to negotiate a settlement, but a dispute developed, and the defendant notified the plaintiff that it would not pay for the repairs. Following this refusal, the plaintiff took no steps to recover his truck from the repairman. Fourteen months passed before payment was made and the truck returned to the plaintiff.' Suit was then brought for damages resulting from loss of use. Despite defendant's plea that plaintiff had failed to mitigate damages by not recovering the truck when settlement attempts had failed, the trial court awarded damages of 4,416.67 dollars. This judgment was based on a finding that profits had been lost at the rate of 250 dollars per month. On appeal, the California Supreme Court noted that while there was a duty to mitigate damages, the plaintiff would not have breached this duty if the reason for the delay was financial inability to take the necessary action. There being no express finding that the plaintiff could have paid the 222.30 dollar repair bill, the 4,416.67 dollar award was upheld. *in* EDWIN H. JR, Vail. **Damages for Loss of Use When Chattel is Destroyed.** *Southern California Law Review*, Los Angeles California: School of Law of University of Southern California, 1949-1950.

3 A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E O DIREITO BRASILEIRO

A teoria da mitigação dos danos não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Neste capítulo, buscar-se-á demonstrar as previsões legais desta no direito brasileiro bem como a familiaridade por parte da jurisprudência ao decidir determinadas contendas sob a perspectiva do *duty to mitigate the loss*.

A teoria da mitigação dos danos no sistema jurídico brasileiro se dá, entre outras¹², de três formas diversas: (i) em contratos de seguro como decorrência do art. 771 do Código Civil Brasileiro; (ii) pela Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, a CISG, onde o *duty to mitigate the loss* está insculpido no seu artigo 77; e, (iii) no âmbito contratual, pela cláusula geral da boa-fé objetiva relacionada ao art. 422 do Código Civil Brasileiro.

¹² No direito processual civil, o *duty to mitigate the loss* foi tema do artigo; DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. **Revista de Processo**. n. 171. São Paulo: RT, 2009, p. 35-48. Pelo Superior Tribunal de Justiça, a teoria da mitigação dos danos foi invocada inclusive no âmbito do direito penal, no Habeas Corpus, 266426 / SC, de 2013, que restou ementado conforme segue: PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. REGISTRO CIVIL EM DUPLICIDADE. NASCIMENTO ALEGADO EM DOIS PAÍSES DIVERSOS. BUSCA DA DUPLA CIDADANIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONHECIMENTO POSTERIOR DA INDEVIDA CONDUTA. CONSEQUENTE INGRESSO DE AÇÃO ANULATÓRIA PELOS ACUSADOS. BOA-FÉ. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. AÇÃO PENAL. AFETAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Os pacientes registraram em duplicidade o nascimento do filho, em países diversos, crendo que com a conduta regularizariam a dupla cidadania do seu rebento, sendo que, ao serem posteriormente informados do caráter indevido do ato, ingressaram com uma ação anulatória de registro civil para regularizar a situação, o que trouxe ao conhecimento do órgão ministerial a questão e motivou a exordial acusatória. 3. Não há falar em extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição, eis que inexistiu decurso temporal superior ao previsto em lei, pois o termo inicial para a contagem do prazo é o dia em que o fato se tornou conhecido, nos termos do artigo 111, inciso IV, do Código Penal. 4. **De se invocar, no caso, o cânone da boa-fé objetiva, que ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes; destacando-se, dentre os seus subprincípios, o *duty to mitigate the loss*.** 5. Na espécie, existe manifesta ilegalidade, visto que somente se trouxe a lume o imbróglio após o ingresso da ação anulatória pelos pacientes para regularizar a situação, em franca atitude de mitigar, dentro do empenho possível e razoável, o evento danoso - *duty to mitigate the loss*. 6. Acurse dos autos a ausência da afetação do bem jurídico tutelado, fé pública, ensejando, portanto, a atipicidade da conduta dos pacientes, em atenção ao princípio da ofensividade. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, reconhecendo a atipicidade da conduta, trancar a ação penal.

3.1 OS CONTRATOS DE SEGURO E O ART. 771 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O art. 771 do Código Civil Brasileiro, relacionado aos contratos de seguro, consiste na única previsão expressa no referido diploma acerca da teoria da mitigação dos danos, *in verbis*:

Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências.

Verifica-se que a norma do art. 771 do Código Civil atende o primeiro fundamento da teoria da mitigação dos danos, conforme referido alhures, qual seja, impedir a inércia do prejudicado em face dos danos que lhe acometem.

Cumpra notar que a doutrina jurídica brasileira não trata deste aspecto do citado artigo. Nesse sentido, buscou-se jurisprudência bem como obras de eminentes juristas como José Augusto Delgado¹³ e Theotonio Negrão¹⁴, com vistas verificar as implicações da referida norma, no entanto, sem sucesso, porquanto ausentes quaisquer posicionamentos acerca do art. 771 sob a égide do *duty to mitigate the loss*.

A despeito disso, traz-se a referida previsão legal no intuito de demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro não desconhece a existência da teoria da mitigação dos danos. Além do art. 771 do Código Civil Brasileiro, o dever de mitigar o dano encontra guarida na norma do art. 77 da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda, a qual recentemente adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro.

¹³ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 246

¹⁴ DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo Código Civil: Das várias espécies de contrato. Do seguro. Arts. 757 a 802**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 281-295

3.2 CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

Em abril de 1980, a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (doravante, “CISG”) foi elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), com a finalidade de unificar a matéria que regula os contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

No Brasil, em um primeiro momento, houve divergências acerca da sua vigência. Nesse sentido, o Decreto Legislativo no. 538 de 2012 aprovou o texto da Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda mercantil de mercadorias. Após, em 4 de março de 2013, o Estado Brasileiro depositou, junto à ONU, o instrumento de adesão, portanto, de acordo com o art. 99 da referida convenção, a mesma começaria a vigor a partir de 1º de abril de 2014.

No entanto, havia certa controvérsia acerca da vigência desta no direito brasileiro: de um lado, referir-se-ia que seria necessária a promulgação de um decreto presidencial referente à adesão do Brasil à Convenção, sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal; de outro lado, referir-se-ia que a CISG estaria em plena vigência, tendo em vista que já houvera decreto legislativo que aprovava o texto da Convenção. Vale frisar que o primeiro entendimento estava respaldado pela norma do art. 84, VIII, *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

A despeito disso, em 16 de outubro de 2014, foi publicado o Decreto no. 8.327/14 que promulgou a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, encerrando o debate havido.

Ante tal contexto, cumpre trazer ao lume a norma do art. 77 da Convenção, *in verbis*:

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Da exegese da referida norma, evidencia-se que esta esculpe o *duty to mitigate the loss* e representa mais uma previsão deste no sistema jurídico brasileiro.

Em que pese se verifique tal previsão, vale referir que a aplicabilidade da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias é limitada, porquanto, de acordo com o artigo primeiro desta, somente será aplicável a contratos entabulados “entre partes que tenham estabelecimentos em Estados distintos:

- a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou
- b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante”

Diante desse contexto, verifica-se que o art. 77 da CISG e o art. 771 do Código Civil preveem a aplicabilidade da teoria da mitigação dos danos, contudo esta, nestes casos, se dá de forma limitada a âmbitos específicos, ou seja, apenas a relações securitárias e a contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

Ademais, na compra e venda e nos contratos em geral, o dever de mitigação dos danos pode decorrer dos deveres anexos afeitos à boa-fé objetiva contratual, permitindo, por conseguinte, a aplicabilidade mais abrangente do dever de mitigar o próprio dano.

3.3 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS EM DECORRÊNCIA DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

Primeiramente, antes de adentrar aos aspectos da boa-fé objetiva que fundamentam o *duty to mitigate the loss*, deve-se distinguir a boa-fé subjetiva da objetiva. Conforme lição de Judith Martins Costa:

“A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação irregular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc).
(...)”

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal”.¹⁵

Ou seja, enquanto a boa-fé subjetiva é um fato traduzido na consciência sobre a licitude ou ilicitude de certo ato, a boa-fé objetiva tem uma estrutura normativa que condiciona o comportamento dos particulares.

Frente a isso, verifica-se que a cláusula geral da boa-fé objetiva, positivada pelo Código Civil no seu art. 422, possui uma função integradora cuja finalidade é enriquecer o conteúdo obrigacional e exigir que as partes ajam de forma considerada correta no meio social¹⁶. Nesse contexto, a boa-fé objetiva cria deveres anexos, secundários ou instrumentais quando da sua incidência, que podem ser verificados durante o desenvolvimento da relação jurídica ou até mesmo após o adimplemento da obrigação principal, como, por exemplo, o dever de sigilo de um advogado para com o seu cliente. Tais deveres consistem em “indicações, atos de proteção, como o **dever de afastar danos**, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência”¹⁷ (grifo nosso).

Por se tratar de cláusula geral no direito civil brasileiro, a boa-fé objetiva não tem a sua aplicabilidade e o seu conteúdo delineados na lei. Em decorrência disso, faz-se importante a lição de Clóvis do Couto e Silva ao dizer que os deveres anexos possuem diferentes graus de intensidade que

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 411-412.

¹⁶ LOPES, *op. cit.*, 155 p.

¹⁷ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 93.

dependerão dos atos jurídicos a que se ligam, os quais deverão ser graduados sob a análise da sua finalidade: “o fim é que dá a medida a esses deveres e determina a sua intensidade”¹⁸.

Para exemplificar o entendimento acima exposto, pode-se citar a relação obrigacional havida entre sócios de uma sociedade empresária limitada, na qual os deveres anexos serão mais intensos em virtude da finalidade comum dos laços obrigacionais e da *affectio societatis*.

A esse propósito, em pioneiro artigo intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”¹⁹ publicado em julho de 2004, a Professora Doutora Vera Maria Jacob de Fradera trouxe ao debate no meio jurídico a possibilidade da recepção do *duty to mitigate the loss* pelo direito contratual brasileiro. A recepção, segundo a autora, se daria pela interpretação do dever de mitigar o dano como um dever acessório decorrente da boa-fé objetiva.

Com base nesta concepção de que a cláusula geral da boa-fé objetiva cria deveres anexos e seguindo o debate trazido pela douta jurista, Christian Saab Lopes refere que as partes, ao entabular um contrato, devem agir de forma colaborativa, o que também trará reflexos diante do inadimplemento. Nesse sentido, o autor advoga no sentido de que a conduta correta e leal a ser levada a cabo pelo credor do dano consiste na busca pela mitigação do prejuízo como decorrência dos deveres anexos referidos, que, por sua vez, decorrem da boa-fé objetiva. A cooperação aqui deveria ser entendida não sob uma perspectiva “romântica” mas sim sob uma perspectiva econômica, ou seja, pelo fato de melhorar a dinâmica contratual.

Segundo o referido jurista, o *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro não teria a natureza de dever jurídico *strictu sensu*, sob pena de se verificar um possível direito subjetivo de quem comete o dano, que seria contraposto a tal dever. Em outras palavras, caso o dever de mitigar o próprio dano seja tido como verdadeiro dever jurídico, aquele que comete o dano

¹⁸ *Ibidem*, p. 77

¹⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 19. jul./set. 2004, p. 109-119.

teria seu direito subjetivo violado quando da inobservância deste dever pela vítima, o que não se pode admitir. Nesse contexto, Saab Lopes entende que o *duty to mitigate the loss*, em realidade, consiste em ônus jurídico, de modo que, agindo em conformidade com a norma de mitigação dos danos, a parte prejudicada resguardará o seu direito à reparação de todos os prejuízos sofridos²⁰.

Além disso, a possibilidade de recepção do dever de mitigar os danos pelo ordenamento jurídico brasileiro no que tange à matéria contratual também é corroborada pelo enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, proposto pela já citada Doutora Vera Fradera *in verbis*:

Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Seguindo a metodologia proposta, passa-se a analisar decisão judicial em que houve a aplicação do *duty to mitigate the loss* no âmbito contratual. Nesse sentido, o entendimento acima exposto encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro: no acórdão do Recurso Especial nº 758.518 - PR (205/09675-4), foi julgada ação de reintegração de posse cumulada com indenização, na qual a autora, na qualidade de promitente-vendedora, buscava cobrar indenização do réu por período de sete anos em que este permaneceu no imóvel, sem, contudo, adimplir as prestações referentes à promessa de compra e venda.

A controvérsia levada ao Superior Tribunal de Justiça restringe-se, no caso, à viabilidade da limitação da indenização devida à promitente-vendedora do imóvel em virtude do retardamento no ajuizamento da ação em comento. Em suas razões, o Relator Vasco Della Giustina (desembargador convocado) refere que o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações negociais é concretizado pelas especificações da boa-fé objetiva. Frente a isso, citando Nelson Rosenthal,²¹ afirma que o respeito à dignidade da pessoa humana consistiria na consideração pelos “interesses que a parte

²⁰ LOPES, op. cit., p. 197

²¹ ROSENTHAL, Nelson; FARIS, Cristiano Chaves de. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.61-62.

contrária pretende obter de uma dada relação contratual”²². Neste contexto, surgiria o dever de mitigar o dano, referindo que as partes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado, ou seja, a parte prejudicada não pode permanecer deliberadamente inerte quando em face do dano, pois a sua omissão imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, infringindo os deveres de cooperação e lealdade.

Como decorrência deste fundamento, em que pese o réu tenha permanecido utilizando o imóvel por sete anos, o *quantum* indenizatório referente à cobrança dos alugueis foi limitado a período de um ano, por considerar o relator que a parte, se agisse de forma diligente, ajuizaria a ação neste interregno.

O julgamento deu-se em 17 de junho de 2010 e o voto narrado foi acompanhado pelos Ministros Sidinei Beneti, Massami Uyeda e Nancy Andrighi. Por fim, o acórdão restou assim ementado:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

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

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

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

²² Cumpre notar que não serão analisados os efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana nos casos analisados neste trabalho, porquanto tal entendimento foge ao escopo pretendido.

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

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

6. Recurso improvido. (grifo nosso)

Desta decisão, por conseguinte, verifica-se que a jurisprudência dos tribunais superiores entende como aplicável o dever de mitigar o próprio dano nos casos de responsabilidade civil contratual.

Outrossim, cumpre frisar que a boa-fé objetiva foi fundamento para aplicabilidade da teoria da mitigação dos danos em caso referente a protesto indevido de título de crédito porquanto verificada a responsabilidade contratual e não extracontratual das partes.

Trata-se de acórdão da apelação cível de nº. 70059562579 julgada pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, referente à ação anulatória cumulada com indenização por danos morais ajuizada por Kelvis Cosméticos Ltda contra Banco Bradesco S/A. O acórdão, de 29 de maio de 2014, é de relatoria do Desembargador Marcelo Cezar Muller, cujo voto foi acompanhado pelos Desembargadores Alberto Schreiner Pestana e Túlio de Oliveira Martins.

Conforme expõe em seu voto, o relator informa que o banco réu recebeu duplicatas por endosso-translativo, as quais, por serem títulos causais, necessitam de contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços subjacente para serem válidas. Nesse sentido, a validade das duplicatas poderá ser demonstrada por meio do aceite ou por documento fiscal hábil para provar a efetiva entrega da mercadoria ou a efetiva prestação de serviços, conforme disposto nos artigos 1º e 20 da Lei no. 5.474/68. Amparado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o relator refere que a instituição financeira ao receber o título por endosso-

translativo se obriga a verificar a sua higidez antes de leva-lo a protesto. Diante disso, por ter protestado título não hígido, o banco foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

Após verificar a obrigação de indenizar do banco réu, o relator segue seu voto, informando que a parte autora tem o “dever de mitigar o prejuízo que possa resultar de uma situação, consoante a exigência de comportamento com ética e boa-fé”. No voto, é citado artigo doutrinário de Karina Denari Gomes de Mattos que trata do *duty to mitigate the loss* em relação contratual, demonstrando a inclinação da decisão no sentido de interpretar a contenda sob a égide da responsabilidade contratual e não extracontratual.

Em decorrência deste entendimento, o eminente relator entendeu pela redução do montante indenizatório. Ademais, cumpre frisar que não é possível deduzir do voto em que momento a parte se omitiu, no entanto a omissão pode decorrer da intimação do protesto ou da possibilidade de baixa deste, conforme prevê o art. 26 da Lei no. 9.492/97 (item 4.2, *infra*).

Nesse ínterim, insta tecer crítica ao acórdão no momento em que julga o caso sob a perspectiva da responsabilidade contratual, porquanto, consoante exposto no próprio voto, o título teria circulado por endosso-translativo, de modo que apresentante (réu) e protestado (autor) não entabularam o contrato do qual se originou a duplicata em questão. Em suma, o que se quer dizer é que, no momento em que a duplicata circula por endosso-translativo, a relação creditícia ali consubstanciada não mais se dá entre as partes que figuravam no contrato de compra e venda mercantil, ou seja, ausente qualquer relação contratual entre portador e protestado. Por conseguinte, se ausente a relação contratual, não se poderia, em tese, aplicar o art. 422 do Código Civil, não devendo, por decorrência lógica, se fundamentar o *duty to mitigate the loss* com base nesta norma.

Por fim, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro possibilita em determinados âmbitos a aplicabilidade do *duty to mitigate the loss*, não sendo este estranho ao ordenamento. Nesse norte, consoante verificado pela última decisão analisada, é possível a imposição dos deveres anexos decorrentes

da cláusula geral da boa-fé objetiva aos casos de protesto indevido de título de crédito. Para tanto, se faz necessária uma análise pormenorizada do caso concreto com vistas a constatar se as partes que eventualmente tenham entabulado contrato do qual se originou título de crédito (duplicata) ou do qual a cártula simplesmente é utilizada como forma de pagamento (como exemplo, cheque utilizado para adimplir obrigação de pagar em contrato de compra e venda) ostentam, quando do protesto, a posição de apresentante e protestado. Caso contrário, ou seja, quando a cártula circula por endosso-translativo, não haverá relação contratual comum às partes, logo não se verifica, em tese, a aplicabilidade *do duty to mitigate the loss* como decorrência da boa-fé objetiva insculpida no art. 422 do Código Civil.

Ainda, há também que se considerar que o art. 113 do Código Civil trata da boa-fé objetiva como critério para interpretação dos negócios jurídicos em geral. Ou seja, pode-se compreender funções para a boa-fé objetiva no direito negocial, para além do contrato. Porém, deve-se considerar que, nas hipóteses em que o protesto se dá sem qualquer relação negocial entre as partes, essa possibilidade fica afastada por inteiro.

A despeito disso, parte da jurisprudência defende que o dever de mitigar o dano pode ser aplicado a casos de responsabilidade civil extracontratual à semelhança do direito comparado.

3.3.1 A cláusula geral da boa-fé objetiva, o dever de mitigar o dano e a responsabilidade civil extracontratual

Em recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 5 de setembro de 2013, foi julgado recurso especial referente à ação através da qual Procurador do Estado do Paraná requereu indenização por danos morais contra escrivã da 1ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba, porquanto, na publicação do resumo de sentença, constou equivocadamente que o Estado havia sido condenado por litigância de má-fé, o que teria causado ao autor graves danos. O recurso especial foi interposto pelo autor procurador contra decisão do Tribunal de Justiça do Paraná que julgou improcedente a ação.

Em seu voto, o relator Ministro Luis Felipe Salomão informa que foi constatado nos autos que houve embargos de declaração interpostos pelo próprio Procurador do Estado contra a sentença anteriormente referida, todavia, nas razões do embargo, não constou nenhuma menção à condenação por litigância de má-fé. Vale referir que a sentença, cuja publicação teria causado os danos morais, também foi atacada por recurso de apelação que tampouco mencionou o equívoco da serventuária.

Com base neste quadro fático, o relator entendeu que o autor dispôs de oportunidades para mitigar o dano pelo qual busca ser indenizado, contudo assim não agiu e, em consequência disto, não haveria direito à indenização. Nesse norte, o ilustre Ministro fundamenta seu entendimento com base na boa-fé objetiva, referindo que esta deve permear todas as relações sociais, sejam elas contratuais, extracontratuais ou com o Poder Público, fazendo explícita menção ao *duty to mitigate the loss*.

Ainda, consta no voto que, a despeito de não se verificar conduta dolosa por parte do autor da ação ao não buscar a mitigação dos danos que lhe acometeram quando teve oportunidade para assim o fazer, a busca pela mitigação dos danos consistiria em encargo da parte prejudicada para que “não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade”, consectários da boa-fé.

Ademais, vale frisar que o relator faz referência ao Enunciado no. 169 da III Jornada de Direito Civil, sendo o dever de mitigação dos danos um fundamento subsidiário em seu voto, que foi seguido pelo Ministro Raul Araújo e Ministra Isabel Gallotti.

Por fim, o acórdão restou assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR.

APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ.

3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalcitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador.

4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. **Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do Duty to mitigate the loss, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.**

5. Recurso especial não provido. (grifo nosso)

Com base neste entendimento, poder-se-ia justificar a aplicabilidade do *duty to mitigate the loss* tanto nas relações contratuais como nas extracontratuais, ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva serviria, outrossim, como fundamento para se aplicar a teoria da mitigação dos danos a todo e qualquer caso envolvendo protesto indevido de títulos de crédito. Nesse norte, a despeito de esta não ser a finalidade do presente trabalho, cumpre aqui tecer breve comentário acerca da aplicação da boa-fé objetiva em casos de responsabilidade civil extracontratual.

Nesse sentido, consoante anteriormente exposto, Couto e Silva refere que a boa-fé objetiva cria deveres anexos cuja intensidade se verifica pela relação havida entre as partes, a qual pode variar a depender das circunstâncias do caso concreto, devendo-se analisar a finalidade em comum daqueles que se relacionam. Frente a tal contexto, torna-se dificultoso vislumbrar a finalidade em comum das partes que figuram em relação jurídica advinda de um dano, o que, por conseguinte, ensejaria a não aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva e, conseqüentemente, se afastaria seus deveres anexos bem como o *duty to mitigate the loss*. Todavia, apenas se tece tal comentário com vistas a fomentar futuro debate, tendo em vista que a imposição de deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva em casos de responsabilidade civil extracontratual foge do escopo do presente trabalho.

Diante do que foi até aqui exposto, conclui-se que a teoria da mitigação dos danos não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando indagar da sua aplicabilidade em casos relacionados a protesto indevido dos títulos de crédito, o que será realizado no item 5, *infra*.

4 OS TÍTULOS DE CRÉDITO: FONTES LEGAIS, O PROTESTO E O ABALO DE CRÉDITO

Consoante referido no introito do presente trabalho, pretende-se aqui o estudo da jurisprudência atinente às ações indenizatórias baseadas em protesto indevido de títulos de crédito, nas quais os prejudicados mantiveram-se inertes em face da iminência do dano, culminando com diferentes reflexos sobre possível indenização.

Ante tal objetivo, se faz necessária uma prévia e breve análise do procedimento do protesto, do abalo de crédito bem como dos aspectos gerais que permeiam tal instrumento creditício, devendo-se frisar que eventuais conceitos não abordados previamente, o serão, se necessário, quando da apropriada análise das decisões judiciais.

4.1 FONTES LEGAIS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

De modo sintético, pode-se afirmar que a principal regulação aos títulos de crédito, no Direito Brasileiro, é dada pela Lei Uniforme de Genebra (doravante “LUG”), pelo Decreto no. 2.044/1908, pelo Código Civil (Título VIII, Capítulo I), pela Lei no. 5.475/68 e pela Lei no. 7.357/85.

Primeiramente, quanto à LUG, realizou-se, no ano de 1930, a Conferência de Genebra, cujo objetivo era a uniformização da legislação relativa à letra de câmbio, à nota promissória e ao cheque em âmbito internacional, de modo a propiciar maior eficiência aos empreendimentos empresariais que ora se tornavam (e, claramente, ainda se tornam) cada vez mais globalizados, demandando um aperfeiçoamento do crédito, mormente quando analisado em tal contexto.

Na referida Conferência, houve a aprovação de três Convenções: a primeira delas, para adoção de uma lei uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias; a segunda, para regular conflitos de leis em matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias; e a terceira, relativa ao imposto do selo em matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

Quanto à primeira convenção, ela foi dividida em dois anexos: o primeiro, que constitui a Lei Uniforme propriamente dita e o segundo, que contém as reservas, cuja adoção é facultativa por cada país. O Brasil adotou as reservas dos artigos 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 15, 16, 17, 19 e 20.²³

Diante disso e tendo presente que segue em vigor o decreto 2.044/1908 que definiu a letra de câmbio e a nota promissória, deve-se distinguir a aplicabilidade de um diploma em detrimento de outro quando em conflito. Para tanto, adota-se aqui o entendimento de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.:

“Assim, tendo-se presente essas situações, entendemos que: a) se a lei uniforme disciplina determinada matéria e a lei anterior (Decreto no. 2.044/1908) silencia, aplica-se a regra da LUG; b) se a lei uniforme silencia sobre uma dada matéria e a lei anterior a regula, esta última deve ser aplicada; c) se a lei uniforme e a lei anterior regulam a mesma matéria de forma diversa, prevalece a regra da LUG por ser lei posterior; d) se ocorre divergência entre a LUG e a lei anterior, mas a regra da lei uniforme foi objeto de reserva adotada pelo governo brasileiro, vigora a norma da lei anterior se for no mesmo sentido da reserva, pois considera-se exercitada a faculdade nela contida, não obstante ser a lei anterior à vigência da lei uniforme no direito brasileiro; e) se a regra da lei uniforme foi objeto de reserva adotada pelo governo brasileiro, mas inexistente lei anterior ou posterior, exercitando a faculdade nela contida, deve prevalecer a norma da lei genebrina até que o governo brasileiro legisle no sentido da reserva, afastando, portanto, a partir da vigência dessa nova lei, a regra da lei uniforme; f) silentes a legislação anterior e a lei uniforme, aplica-se a regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”).

Ademais, cumpre referir que, em que pese o tratamento legal dispensado pela Lei Uniforme de Genebra assim como pelo Decreto 2.044/1908, o legislador, ao elaborar o Código Civil Brasileiro de 2002, optou por incluir capítulo reservado aos Títulos de Crédito. Nesse norte, a norma do art. 903 do citado diploma informa que tal capítulo será aplicável apenas na omissão da legislação especial, *in verbis*:

²³ CAMPOS, Lelio Candiota de. **A lei uniforme de Genebra sobre letra de cambio e nota promissória e sua aplicação no Brasil**. Porto Alegre: Banco Nacional do Comercio, 1967. p. 1-2

Art. 903. Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código.

Diante disso, verifica-se, por parte da doutrina²⁴, que o Código Civil Brasileiro de 2002 pretendeu uma Teoria Geral dos Títulos de Crédito, com o objetivo de autorizar a criação de títulos de crédito atípicos ou inominados e de disciplinar de modo suplementar os títulos de crédito nominados ou típicos quando houver compatibilidade. Cumpre referir que os títulos atípicos apresentam vantagens em relação aos instrumentos representativos de créditos comuns, como, por exemplo, a inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé, todavia, em comparação aos títulos típicos, são menos vantajosos, porquanto não constituem títulos executivos extrajudiciais.

Por fim, a duplicata é regulada pela Lei no. 5.474/68 e subsidiariamente pela Lei Uniforme de Genebra bem como pela legislação referida *supra* no que couber, em virtude do art. 25 daquela²⁵. Além disso, ao cheque, também se aplicam as disposições da Lei no. 7.357/85.

Assentes as fontes legais dos Títulos de Crédito, insta trazer ao lume as questões pertinentes ao seu protesto com a finalidade de propiciar uma análise adequada da jurisprudência contida no item 5, *infra*.

4.2 PROTESTO: FUNÇÃO, NATUREZA JURÍDICA, EFEITOS E SEU PROCEDIMENTO

Na lição de Pontes de Miranda²⁶ referente à natureza jurídica do protesto, este se trata de ato de direito público, praticado pelo oficial de protestos, conferindo-lhe fé pública, a qual somente pode ser eliminada segundo os princípios concernentes aos funcionários públicos a cujo ato se

²⁴ ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Títulos de crédito**: jurisprudência atualizada e esquemas explicativos. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

²⁵ De acordo com a Lei no. 5.474/68: Art. 25. Aplicam-se à duplicata e à triplicata, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das Letras de Câmbio.

²⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 503.

atribui fé pública, consistindo, também, em ato solene, porquanto deve atender a determinadas formalidades legais, sob pena de sua nulidade²⁷.

Quanto à sua função, João Eunápio Borges refere que, através do protesto de título de crédito, faz-se certa e se prova a falta ou recusa, total ou parcial, do aceite ou do pagamento de um título cambial²⁸. Para o portador do título, o protesto salvaguarda seu direito de regresso contra os devedores e, para os devedores de regresso, assegura um meio simples e seguro de verificar se, pagando o título, poderá exercer o direito de regresso contra os coobrigados²⁹.

Seus efeitos, contudo, não se resumem aos acima apontados. Pode-se citar, ainda, quanto aos efeitos de natureza cambiária, os que seguem:

- a) O endosso realizado após o protesto ou o decurso do prazo legal terá efeito de cessão de crédito, de acordo com o art. 20 da Lei Uniforme de Genebra;
- b) O protesto pela recusa de aceite de letra de câmbio permite que o portador mova ação cambiária contra os devedores indiretos, em consonância com o art. 43, 1, da Lei Uniforme de Genebra;
- c) Quando motivado pela falta de pagamento, constitui os direitos cambiários do portador contra os devedores indiretos, de acordo com a Lei Uniforme de Genebra em seu art. 53.

Outrossim, verifica-se a existência de efeitos extracambiários. Nesse sentido, o protesto qualifica a impontualidade do empresário, de modo a propiciar a decretação da sua falência³⁰, de acordo com o art. 94, I, da Lei 11.101/05³¹

A par da natureza, função e efeitos do protesto, torna-se necessária a análise do seu procedimento, justamente por ser em virtude deste que surge

²⁷ ROSA JUNIOR, *op. cit.* p. 388.

²⁸ BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p.108.

²⁹ *Ibidem*, p. 108.

³⁰ ROSA JUNIOR, *op. cit.* . p.397.

³¹ Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

a possibilidade de o protestado evitar o registro do protesto indevido, ou seja, a possibilidade de evitar o dano.

A Lei Uniforme de Genebra silenciou no que tange ao procedimento do protesto, tendo este sido tratado pela Lei no. 9.492/97 (Lei de Protesto), a qual apresenta significativa importância para o presente estudo.

Nesse sentido, de acordo com o art. 3º da Lei no. 9.492/97, o portador do título o apresentará ao Tabelionato para que se leve a cabo o protesto. Ante a sua apresentação, também conhecida como aponte ou protocolização, o Tabelião disporá de três dias úteis para o registro do protesto (art. 12, da referida lei). Ato contínuo, assim que protocolizado o título, o Tabelião, nos termos do art. 14 da Lei de Protestos, expedirá a intimação do devedor, a qual lhe informará do aponte, ressalvando que, caso a referida intimação se dê no último dia do prazo ou além dele, o protesto apenas será registrado no próximo dia útil subsequente.

Ademais, a norma do art. 26 da Lei de Protesto autoriza o cancelamento do registro do protesto por qualquer interessado desde que apresentado o documento protestado ou a carta de anuência³², ou seja, tanto no período compreendido entre a intimação e o registro do protesto quanto após o seu registro, pode a parte protestada, desde que munida do título em

³² Art. 26. O cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente no Tabelionato de Protesto de Títulos, por qualquer interessado, mediante apresentação do documento protestado, cuja cópia ficará arquivada.

§ 1º Na impossibilidade de apresentação do original do título ou documento de dívida protestado, será exigida a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, daquele que figurou no registro de protesto como credor, originário ou por endosso translativo.

§ 2º Na hipótese de protesto em que tenha figurado apresentante por endosso-mandato, será suficiente a declaração de anuência passada pelo credor endossante.

§ 3º O cancelamento do registro do protesto, se fundado em outro motivo que não no pagamento do título ou documento de dívida, será efetivado por determinação judicial, pagos os emolumentos devidos ao Tabelião.

§ 4º Quando a extinção da obrigação decorrer de processo judicial, o cancelamento do registro do protesto poderá ser solicitado com a apresentação da certidão expedida pelo Juízo processante, com menção do trânsito em julgado, que substituirá o título ou o documento de dívida protestado.

§ 5º O cancelamento do registro do protesto será feito pelo Tabelião titular, por seus Substitutos ou por Escrevente autorizado.

§ 6º Quando o protesto lavrado for registrado sob forma de microfilme ou gravação eletrônica, o termo do cancelamento será lançado em documento apartado, que será arquivado juntamente com os documentos que instruíram o pedido, e anotado no índice respectivo.

questão ou da carta de anuência, requerer ao tabelionato que cancele o registro do protesto.

4.2.1 O lugar do protesto e a intimação do protestado

Em se tratando de análise jurisprudencial de casos em que se analisa a inércia do protestado ante a iminência de protesto indevido de títulos de crédito, verifica-se que o protestado será intimado quando do aponte da cártula e, após três dias úteis desta intimação, registrar-se-á o protesto se o, em tese, devedor não tomar nenhuma medida cabível.

Nesse norte, já se referiu que o *duty to mitigate the loss* advoga no sentido de que serão afastados da indenização os danos que o prejudicado poderia ter evitado através de esforços razoáveis. Tendo isto presente, as decisões analisadas no item 5, *infra*, muitas vezes, comportam fundamentação no sentido de que o protestado poderia simplesmente ter diligenciado ao cartório após a ciência do aponte para demonstrar, com base na norma do art. 26 da Lei no. 9.492/97, que o protesto era considerado indevido. Contudo, para tal conduta ser tida como um esforço razoável, deve-se verificar o lugar do protesto e o endereço onde o protestado é intimado.

Nesse sentido, o título de crédito, dependendo da sua espécie, deverá ser protestado em lugar específico, o qual, sendo inobservado, enseja a anulabilidade do ato³³. Diante disso, a seguir verificam-se os lugares a serem observados quando do aponte do título:

a) Quanto à letra de câmbio, o protesto deverá ser realizado no lugar indicado na letra para o aceite ou para o pagamento, de acordo com a norma do art. 28, parágrafo único do Decreto no. 2.044/1908. Caso constem lugares alternativos de pagamento, o credor poderá optar por um destes para protestar o título (Decreto no. 2.044/1908, art. 20, § 1º);

³³ ABRÃO, Carlos Henrique. **Do protesto**. São Paulo: EUD, 1999. 42 p.

- b) No que diz respeito ao cheque, a Lei do Cheque, em seu art. 28, refere que o protesto deve ser feito no lugar de pagamento ou do domicílio do emitente;
- c) A duplicata por sua vez será protestada na praça de pagamento constante do título de acordo com a Lei da Duplicata em seu art. 13, § 3º;
- d) Em relação à nota promissória, quando não constar o lugar do pagamento, “este será o lugar da emissão, que se presume ser o lugar do domicílio do emitente”, onde deverá ser protestada, de acordo com o art. 76, alínea 3ª da Lei Uniforme de Genebra.

Presente isso, deve-se atentar que, diferentemente do lugar do protesto, a intimação do, em tese, devedor do título se dará no endereço informado pelo apresentante, e será considerada cumprida desde que comprovado que foi entregue neste endereço, nos termos do art. 14 da Lei no. 9.492/97. Frente a isso, importante notar que nem sempre o lugar do protesto coincidirá com o lugar da intimação, tornando irrazoável, em determinadas circunstâncias, exigir que aquele que foi protestado indevidamente diligencie a outra cidade ou quiçá a outro estado para apresentar carta de anuência com vistas a baixar o protesto.

Diante disso, adianta-se que a conduta diligente daquele que foi protestado indevidamente não necessariamente consistirá na diligência ao cartório para obstaculizar o registro do protesto, podendo consistir em simples comunicação ao apresentante do título, mostrando-se, neste último caso, como um esforço razoável, conforme será demonstrado no item 5.4, *infra*.

Ademais, a análise jurisprudencial, objeto deste estudo, está estreitamente vinculada ao crédito. Primeiramente, isto se deve, é claro, por se tratar de decisões em que se verifica o protesto indevido de um instrumento creditício. No entanto, cumpre referir que as decisões a seguir analisadas referem-se a ações indenizatórias cuja causa de pedir consiste no abalo de crédito decorrente do protesto indevido. Assentes tais informações,

deve-se abordar previamente o conceito de crédito e os aspectos relacionados ao seu abalo.

4.3 O CRÉDITO E O SEU ABALO EM DECORRÊNCIA DO PROTESTO INDEVIDO DE CÁRTULA

Túlio Ascarelli, em sua clássica obra 'Teoria Geral dos Títulos de Crédito' situa a importância do crédito na sociedade moderna e, em que pese tal obra tenha sido publicada primeiramente em 1932, a sua visão sobre este assunto ainda é hoje atual:

O crédito já não é hoje, geralmente, um crédito ao consumidor, mas um crédito ao produtor, para permitir-lhe criar culturas e melhorar a terra; erguer fábricas e abrir estabelecimentos; construir vias de comunicações e escavar minas.

A situação não mudará, quanto ao que nos interessa, se da indústria passarmos ao comércio. Este também é dominado pela necessidade de crédito, embora mais de curto prazo, do que a prazo médio ou longo. Se o comerciante devesse prescindir do crédito e movimentar apenas os próprios capitais, teria necessariamente que restringir as suas aquisições e reduzir o número daqueles a quem forneceria os bens adquiridos, e isso tanto mais quanto maior a distância até a fonte produtora de tais bens, quanto mais longo, complexo e demorado o transporte deles. A Função do comércio, é porém, atender às necessidades de numerosos consumidores, trazendo dos lugares mais diversos os bens que melhor satisfaçam essas necessidades; obtendo a diminuição das despesas mediante a aquisição e o transporte de grandes partidas de mercadorias, de cada vez; sugerindo, eventualmente a produção de bens que possam ser mais bem aceitos pelo mercado. Tudo isso, que um consumidor isolado não poderia fazer, o comerciante faz.

Mas, para fazê-lo, necessita de crédito³⁴.

Ascarelli justifica a importância do estudo dos títulos de crédito e o aperfeiçoamento destes justamente em virtude da importância do crédito para a economia. E, pelo mesmo motivo, torna-se relevante o estudo dos fenômenos jurídicos que o abalam.

Nesse sentido, o crédito está vinculado à confiança, dado que determinada pessoa (física ou jurídica) entrega, no presente, coisa sua a outra com a finalidade de que, no futuro, receba da última coisa equivalente. Com base nisso, pode-se afirmar que a "confiança, indicativa do crédito,

³⁴ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

generaliza-se a todas as relações comerciais, tomando as mais variadas formas de câmbio de coisas atuais e presentes contra coisas equivalente no futuro, servindo de base a uma série avantajada de operações mercantis³⁵.

Em face desse contexto, o desenvolvimento do crédito demandou a criação de mecanismos para que se possa confiar naquele a quem se credita determinado bem, o que se traduz na atuação de instituições de proteção ao crédito bem como no próprio instituto do protesto que, através do procedimento anteriormente explicitado, culmina na publicidade do inadimplemento e identificação do devedor³⁶. Com isso, permite-se ao potencial credor verificar as condutas passadas de quem se pretende creditar determinado bem com a finalidade de se resguardar de um possível inadimplemento. Em virtude disto, é possível dizer que o registro do protesto pode auxiliar na aferição do risco de determinado negócio.

Ademais, o próprio tabelionato de protesto de títulos atua nesta estrutura ao fornecer informações sobre os protestos registrados às entidades de proteção do crédito, o que está insculpido na norma do art. 29 da Lei no. 9.492/97:

Art. 29. Os cartórios fornecerão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente.

Ante esse cenário, a jurisprudência brasileira de certa forma consolidou-se no sentido de que o título de crédito protestado indevidamente (título já pago e, após o pagamento, protestado, por exemplo) ocasiona o abalo de crédito injusto, devendo o protestado ser indenizado.

Nesse contexto, Yussef Said Cahali, ao tratar do crédito, refere que este representa um bem imaterial, integrando o patrimônio econômico e moral das pessoas e, conseqüentemente, aponta que os danos relacionados

³⁵ SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

³⁶ Art. 27 da Lei 9.424/97: O Tabelião de Protesto expedirá as certidões solicitadas dentro de cinco dias úteis, no máximo, que abrangerão o período mínimo dos cinco anos anteriores, contados da data do pedido, salvo quando se referir a protesto específico.

ao abalo de crédito serão de natureza patrimonial e extrapatrimonial. Ato contínuo, o autor alude que a jurisprudência gradualmente foi admitindo que, embora em determinados casos não seja verificado o reflexo patrimonial do abalo de crédito, o qual, frisa-se, deverá ser provado em juízo, ainda haveria dano moral reparável, caracterizado por ser *in res ipsa*.³⁷

Ainda, Aguiar Dias³⁸, com maestria, difere a materialidade dos danos referidos:

“Sem dúvida é possível existir, ao lado do abalo de crédito, traduzido na diminuição ou supressão dos proveitos patrimoniais que trazem a boa reputação e a consideração dos que com ele estão em contato, o dano moral, traduzido na reação psíquica, no desgosto experimentado pelo profissional, mais freqüentemente o comerciante, a menos que se trate de pessoa absolutamente insensível aos rumores que resultam no abalo de crédito e às medidas que importam vexame, tomadas pelos interessados”

No mesmo norte, o dano moral aqui tratado pode acometer outrossim as sociedades empresárias, atingindo a sua honra objetiva, a qual consiste em uma das modalidades do dano moral, conforme entendimento de Judith Martins Costa³⁹.

Em face desse panorama, o abalo de crédito injusto pode ocasionar a perda de um negócio ou até mesmo a negativa de determinado financiamento, o que deverá ser provado em juízo para ensejar a indenização por dano patrimonial. De outro lado, quando analisado sob a ótica do dano moral, verifica-se pela ofensa à reputação, de modo a colocar em dúvida a probidade e a credibilidade do ofendido, causando injusta agressão à honra, consubstanciada em descrédito na praça⁴⁰.

Da análise jurisprudencial realizada, constatar-se-á que a significativa maioria das ações judiciais que postulam indenização pelo abalo de crédito indevido tem como causa de pedir o dano moral e não o dano material, o que

³⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 398 .

³⁸ DIAS, Aguiar. “Abalo de crédito”. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1947. n. 5, p. 2.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**, v. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Comentários ao art. 403, n. 2.1.2.2, p. 339

⁴⁰ CAHALI, *loc. cit.* p. 398.

se dá, parece, justamente em virtude de que este deve ser provado e aquele, não.

5 DECISÕES JUDICIAIS QUE TRATAM DA INÉRCIA E DA CONDUTA DILIGENTE DO PROTESTADO INDEVIDAMENTE: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOB A PERSPECTIVA DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

Conforme referido anteriormente, entre os objetivos deste trabalho está a análise da jurisprudência que trata do protesto indevido de títulos de crédito com especial foco no comportamento do protestado e os reflexos disto na concretização e aferimento do dano sob a perspectiva do *duty to mitigate the loss*. Da pesquisa realizada, verificar-se-á a falta de uniformidade da jurisprudência ao cotejar a conduta ou omissão daquele que é protestado indevidamente.

Nesse sentido, as decisões judiciais refletem diversos entendimentos quanto à inércia do protestado em face da intimação do protesto. Constatar-se-á que parte da jurisprudência entende que a inércia enseja a caracterização da culpa concorrente. De outro lado, verificar-se-ão decisões que entendem a busca pela obstaculização do registro do protesto como ônus jurídico para resguardar o direito à indenização. Ainda, a inércia do protestado, por vezes, é entendida como um parâmetro para a quantificação do dano moral, dada a discricionariedade dos julgadores quanto ao arbitramento do quantum *debeatur*. Outrossim, buscar-se-á, no presente capítulo, demonstrar qual seria a conduta que a jurisprudência entende como diligente nesses casos: em outras palavras, quando surpreendido com a intimação do aponte indevido de título de crédito, quais atitudes se deve tomar?

Ademais, cumpre notar que parte da jurisprudência entende não existir quaisquer efeitos advindos da inércia do protestado ante a intimação do aponte, ou seja, se o prejudicado busca evitar o protesto ou se omite, haverá direito à indenização, o que será tratado no item 5.5, *infra*.

Ante tal contexto, passa-se à análise das decisões judiciais.

5.1 CULPA CONCORRENTE⁴¹ E O DEVER JURÍDICO SUBJACENTE

A primeira decisão a ser analisada foi julgada em 31 de outubro de 2013 pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo relatoria do Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana, o qual, em seu voto, foi acompanhado pelo Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz e pelo Desembargador Marcelo Cezar Müller, consistindo em apelação cível de no. 70052162864 referente à ação de indenização por dano moral ajuizada por Altagil Comércio de Joias & Semi-Joias Ltda. contra Galle Indústria e Comércio de Bijouteria Ltda. Nesse sentido, autora e ré entabularam negócio jurídico com base no qual foi emitida duplicata, que restou protestada.

Conforme verifica-se pelo voto, após o vencimento da dívida, a duplicata foi paga em 7 de janeiro de 2010, no entanto, em 14 de janeiro de 2010, a autora foi intimada pelo Tabelionato de Títulos do aponte do título, tendo sido o protesto registrado no dia 19 de janeiro de 2010. Foi provado nos autos que o pagamento deu-se após o aponte, todavia antes da intimação do protestado, do que decorre que o relator considerou que a apresentante ré dispôs de tempo suficiente para, entre o período compreendido entre o pagamento e o registro do protesto, tomar as medidas cabíveis perante o Tabelionato com vistas a suspender o protesto. Portanto, quanto à ré, este foi o fundamento da sua responsabilidade de indenizar a autora.

A despeito disso, foi reconhecida a culpa concorrente da autora, tendo em vista que, ao ser intimada pelo Cartório acerca do aponte, quedou-se inerte, sem ter agido no sentido de impedir o registro do protesto da

⁴¹ A doutrina se posiciona no sentido de que é mais apropriado falar em concorrência causal e não culpa concorrente. Pontes de Miranda, citado por Judith Martins Costa, já fazia objeção ao termo: “Preliminarmente, é de afastar-se o conceito, que turvou a investigação e perturba a discussão, ainda hoje, de compensação de culpas. Culpas não se compensam O ato do ofendido é concausa ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, o que tocara ao que fez maior o dano, que aí, é o ofendido” in Comentário ao Novo Código Civil, Do Inadimplemento das Obrigações, Forense, Rio de Janeiro, 2009, MARTINS-COSTA, Judith.

duplicata, em que pese, segundo consta do relatório, tenha lhe sido enviada carta de anuência.

Na quantificação do montante indenizatório, o relator refere que, “*se não vai afastada a responsabilidade da demandada, era impositivo o reconhecido (sic) da culpa concorrente do autor pelo injusto*”, culminando em condenação de R\$ 3.000,00 (três mil reais), cabendo frisar aqui que o título protestado era no valor de R\$ 318,51 (trezentos e dezoito reais com cinquenta e um centavos). O acórdão restou assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Título de crédito que foi protestado depois do pagamento do débito pelo devedor. Ausência de diligência da credora em sustar o apontamento da duplicata. Dano moral *in re ipsa*.

Inércia do devedor em buscar impedir o protesto, mesmo frente à prévia notificação do cartório de protestos. Culpa concorrente pelo injusto.

Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Descabido o pedido de declaração de inexistência de débito, tendo em conta que a ré já havia reconhecido o pleito em momento anterior à propositura da demanda.

DERAM PROVIMENTO EM PARTE À APELAÇÃO. UNÂNIME. (grifo nosso)

A culpa do apresentante, *in casu*, se deveu à inobservância do dever geral de cuidado (cautela, diligência), o qual, se violado, exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo⁴².

Por sua vez, a inércia da autora, ensejadora da caracterização da culpa concorrente, se deu sob a perspectiva da causalidade da omissão, ou seja, pela inércia da autora que deveria ter agido, mas assim não o fez, concorrendo para o dano, conforme referido no voto. Nesse sentido, Aguiar

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. Sao Paulo: Atlas, 2008. p.33.

Dias refere que não se pode constatar culpa onde não há nenhuma obrigação especial preexistente, de modo que o primeiro elemento de ato ilícito consiste na violação da norma jurídica⁴³. Tal entendimento, sob a ótica dos fatos ora analisados evidencia, que, em havendo omissão e culpa da autora por não ter evitado o protesto, há um dever inobservado.

Diante disso, cabe aqui verificar a circunstância do caso em comento para identificação do citado dever. Nesse sentido, o relator entende por culposa a omissão do autor, porquanto, ao ser intimado do aponte do protesto, “*não diligenciou para que o ato cartorial de protesto de título não fosse levado a termo*”, sendo, por conseguinte, este o dever inobservado. Desse modo, *contrariu sensu*, haveria dever de diligenciar com vistas a evitar o protesto indevido quando da intimação.

Ora, o protesto indevido, quando analisado sob a perspectiva da responsabilidade civil, consiste em dano consubstanciado no abalo de crédito, conforme já referido alhures. Frente a tal contexto, poder-se-ia crer que a imposição de diligência para buscar evitar o protesto indevido constituiria o dever de mitigar o próprio dano, pelas razões que seguem:

- 1) Se há causa ou culpa na omissão, há dever inobservado;
- 2) Se o dever consiste em obstar o protesto indevido, há dever de evitar o dano; e,
- 3) O dano em questão acometeria o protestado, sendo dano próprio.

Contudo, tal entendimento não pode prosperar, consoante demonstrar-se-á pelo exame do acórdão referente à apelação cível de no. 7.095.137-6, julgada pela 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 4 de março de 2009, de relatoria do Desembargador Rui Cascaldi, cujo voto foi acompanhado pelos Desembargadores Rebello Pinho e Ribeiro de Souza, tratando-se de recurso à sentença prolatada em ação de indenização por dano moral decorrente de protesto indevido de título já pago. Transcreve-se a ementa:

⁴³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 163 .

RESPONSABILIDADE CIVIL - Duplicata quitada após o vencimento, mas antes do seu aponte ao protesto - Fato incontroverso - Conduta do banco réu, que a recebeu da sacadora mediante endosso mandato, o que, de regra, o impediria de responder pelos danos decorrentes do protesto - Hipótese, no entanto, em que houve erro no procedimento deste, que recebeu o título contrariando instruções nele expressas, além de tê-lo levado a protesto sem verificar a sua satisfação - Negligência caracterizada - Protesto indevido - Existência de nexo de causalidade entre o fato danoso e a sua conduta - Danos morais presumidos - Responsabilidade e legitimidade do banco réu reconhecida - Indenização devida - **Valor que deve levar em conta a culpa concorrente da autora, que, com sua inércia, permitiu que o protesto fosse efetivado - Indenização mantida** - Desvinculação, no entanto, ao salário mínimo - Recursos desprovidos, com observação (grifo nosso)

Conforme disposto no voto, o réu, Banco ABN Amro Real S/A, recebeu duplicata por endosso-mandato, cujo pagamento não deveria ser recebido após cinco dias do vencimento, tendo em vista que o título seria encaminhado a protesto. Apesar disso, a referida instituição financeira recebeu o pagamento após o referido prazo, tendo sido o título protocolizado no Tabelionato, culminando com o protesto indevido. Em virtude disso, a conduta do réu foi tida como negligente, configurando a sua responsabilidade de indenizar.

No voto, ainda, é apontado que, quando da intimação, a autora tinha em seu poder o comprovante de pagamento do título, o que permitia que a mesma diligenciasse ao tabelionato para demonstrar que o havia pago ou, alternativamente, pleitear cautela judicial para a sustação. Entendeu o relator, em que pese apenas assim descreva na ementa, que a conduta da autora foi culposa, de modo a caracterizar culpa concorrente, do mesmo modo que o acórdão anteriormente referido.

Ante a tal contexto, cabe, aqui, verificar a implicação da constatação acima. Retomando, ao considerar a omissão do autor como caracterizadora da culpa concorrente, pressupõe-se o dever jurídico de buscar evitar a concretização do protesto. Em sua acepção ampla⁴⁴, o dever jurídico se

⁴⁴ KELSEN, *apud* REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 255 p.

relaciona à ideia de um direito subjetivo contraposto. Outrossim, o dever consiste em uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado, de modo que deve ser compulsoriamente cumprido sob pena de sanção jurídica, configurando, portanto, ato ilícito⁴⁵. Nesse aspecto, de suma importância frisar que o dever jurídico *strictu sensu* importa atendimento de interesse alheio, o qual se consubstancia na limitação referida.

Em face desse contexto, não parece que possa haver dever jurídico do protestado de evitar a concretização do protesto. O fato de o portador ter, negligentemente, protestado o título de crédito, *per se*, já afasta a noção de que seria o maior interessado em obstar o dano: sob uma perspectiva mais abstrata, não nos parece que aquele que age possui o maior interesse em obstar o seu próprio ato. Além disso, admitindo-se o dever, admite-se, por conseguinte, o interesse alheio do apresentante, o que, salvo melhor juízo, ensejaria tutela jurisdicional, ocasionando a estranha situação em que o portador de título de crédito já adimplido o protesta, e, após verificar o equívoco, aciona judicialmente o protestado com vistas a tutelar seu interesse de ter o protesto obstado ou até mesmo de ser indenizado, tendo em vista que a inobservância do dever consiste em ato ilícito.

Em suma, o interesse em evitar o dano, ora em cotejo, é próprio e não alheio, afastando a noção de dever jurídico e conseqüentemente a verificação de culpa concorrente.

Ademais, vale retomar que, no âmbito contratual, o “dever” de mitigar o próprio dano consistiria em verdadeiro ônus jurídico, também em virtude desta contraposição do direito subjetivo ao dever jurídico *stricto sensu*, de acordo com o já citado Christian Saab Lopes. Todavia, o referido jurista, ao afastar a noção de culpa concorrente como excludente da recepção da teoria da mitigação dos danos, refere que é necessário um dever preexistente para a verificação da culpa, o qual consistiria na norma da mitigação: “*a culpa não pode ser fundamento de algo que lhe é pressuposto*”. Complementa o autor, dizendo que “*definida a exigibilidade de tal conduta [mitigar o dano], é que se*

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo: USP, 1982. p. 181-183.

deverá examinar se a sua inobservância pode ser imputada ao credor, função que então caberá à culpa". Nesse contexto, parece que, ante a necessidade de verdadeiro dever jurídico pressuposto à culpa, ao qual se contraporía o direito subjetivo daquele que comete o dano, jamais a culpa poderá ser perquirida nestes casos sob pena de se admitir a situação narrada quando da análise do último acórdão.

Ademais, parte da jurisprudência entende que, para haver direito à indenização nos casos de abalo de crédito ocasionados por protesto indevido de título de crédito, a vítima deve agir de forma a buscar repeli-lo, todavia essas decisões não se amparam na culpa do prejudicado. Tal posicionamento enseja a possibilidade de caracterização do *duty to mitigate the loss* como ônus jurídico à semelhança da doutrina contratual já citada.

5.2 A POSSÍVEL CARACTERIZAÇÃO DE ÔNUS JURÍDICO

Primeiramente neste âmbito, traz-se acórdão referente à apelação cível de no. 70001395516 contra sentença de ação indenizatória, publicado no ano de 2000, julgado pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do Des. Luiz Ary Vessini de Lima cujo voto foi acompanhado pelos Desembargadores Luiz Lúcio Merg e Jorge Alberto S. Pestana.

A ação foi ajuizada por Noeli Ferreira de Almeida contra Bakof Indústria e Comércio de Fiberglass Ltda., postulando indenização pelo protesto indevido de título de crédito. Em sede sentencial, a ação foi julgada procedente, determinando o pagamento de 15 salários mínimos pela empresa ré.

Nas razões do recurso, a ré postula a reforma da sentença, alegando que a autora poderia ter entregue carta de anuência ao Cartório de Protestos para retirar o protesto. Refere também que a autora foi intimada pessoalmente acerca do aponte do protesto, contudo se quedou inerte, "*nem mesmo apresentando a quitação da dívida à pessoa que a estava intimando*". É dito, no apelo, que a autora agiu culposamente, concorrendo para a

produção dos fatos. Ademais, a ré requereu, subsidiariamente, o reconhecimento da culpa concorrente.

Em seu voto, o eminente relator refere que há, com base na intimação de que trata o art. 14 da Lei no. 9.492/97, verdadeira prerrogativa legal do protestado em evitar o protesto se entende-lo indevido. Informa que a autora, em que pese possuidora de documento hábil para evitar a concretização do protesto, nenhuma atitude tomou e que, após o registro do protesto, recebeu carta de anuência, todavia não agiu com vistas a levantá-lo.

O relator admite o equívoco do Banco que agiu como mandatário da ré⁴⁶, contudo “releva” tal conduta na medida em que o “*pretense lesado não se utilizou dos meios que o ordenamento jurídico vigente colocou à sua disposição para evitar o ato indevido, em duas oportunidades*”. E complementa: “se este assim não procedeu, evitando os seus indesejáveis efeitos, não pode alegar, depois, danos morais destes decorrentes”.

Quanto à intimação, cabe apontar que prerrogativa legal se aproxima do conceito de direito⁴⁷ e não de dever, por conseguinte não há que se falar em dever jurídico do protestado de evitar o dano. Ademais, nas razões do apelo, houve pedido expresso para a caracterização da culpa da autora protestada, sendo que tal fundamento não foi acatado na fundamentação do voto.

Frente a tal contexto, nos interessa a seguinte implicação: se o autor não tentou obstar o protesto indevido ou afastar seus efeitos, não pode alegar danos morais. Em outras palavras, se não buscou evitar o dano, não terá direito à indenização. Ainda sobre tal afirmação, pode-se dizer, *a contrariu sensu*: se buscou evitar o dano, terá direito à indenização.

Neste contexto, parece que tal fundamento se aproxima da noção de ônus jurídico, o qual consiste em uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse, distinguindo-se do dever jurídico na

⁴⁶ Trata-se de endosso-mandato.

⁴⁷ “Uma prerrogativa legal também é um direito. Isto sem nos esquecermos de que prerrogativa legal significa justamente um direito. Um direito é um privilégio, uma regalia, uma autorização legal para determinada atividade”. MAFRA, Francisco. O Direito e a Justiça. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=870>. Acesso em nov 2014.

medida em que este interesse é próprio e não alheio⁴⁸. Outrossim, pode-se conceituar ônus como um comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito⁴⁹.

Conforme se referiu na análise de acórdão que trata da culpa concorrente, o interesse verificado nessas situações é do protestado. Tal posicionamento inclusive encontra amparo nos ensinamentos de Eros Grau em artigo que pretende esclarecer as noções de dever jurídico, obrigação e ônus, dizendo que, por diversos momentos, confunde-se a nomenclatura de dever como se ônus fosse, utilizando exemplo de relevância para o presente estudo:

É exato, porém, que Von THUR apontava o fato de a palavra dever (sic) ser usada sem grande precisão técnica, nos casos em que a lei condiciona a um ato a aquisição ou perda de um direito. **E toma dos exemplos do “dever”, que tem o lesionado, de evitar ou minimizar o dano** e do “dever”, que tem o credor, de denunciar seu crédito em caso de concurso de credores. (grifo nosso)

A interpretação de tal fundamento da decisão ora em análise como ônus jurídico é reforçado pelo fato de o relator julgar a intimação de que trata o art. 14 da Lei no. 9.492/97 como prerrogativa legal para obstar o protesto, ou seja, através do exercício desta prerrogativa, exsurgiria o direito de ser indenizado.

Aqui, cabe referir que o ônus, se admitido, deve ser no sentido de buscar evitar o protesto e não de propriamente evita-lo, sob pena de se criar um paradoxo, no qual o direito à indenização apenas é adquirido quando o protestado evita o dano (o protesto indevido), não existindo, nesse cenário, por decorrência lógica, indenização a ser perquirida porquanto ausente o dano.

⁴⁸ GRAU, *loc. cit.*

⁴⁹ *Ibidem.*

O mesmo raciocínio aqui apresentado pode encontrar guarida em outras decisões judiciais pesquisadas no decorrer deste trabalho. Como exemplo, o acórdão publicado em 17 de fevereiro de 2011 que julgou a Apelação Cível de no. 70035803089 da Décima Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo relatora a Desembargadora Maria José Schmitt Sant'Anna, cujo voto foi acompanhado pelos Desembargadores Paulo Roberto Lessa Franz e Túlio de Oliveira Martins. No voto, a relatora refere que deve ser mantida a sentença, afastando a indenização, “uma vez que a parte autora não agiu no sentido de evitar o protesto que, desde então, considerava indevido”, ou seja, se assim tivesse agido, poderia ter resguardado seu direito à indenização, configurando ônus jurídico, conforme anteriormente exposto. Ademais, transcreve-se a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. PROTESTO INDEVIDO. DANOS MORAIS. INÉRCIA DA PARTE AUTORA EM EVITAR O PROTESTO.

Tendo a parte sido intimada do protesto de título de crédito em que restava ausente a causa debendi e mesmo assim permanecido inerte, vindo, somente após o protesto, contra ele se insurgir, descabe a indenização por danos morais postulada. Precedentes desta Corte.

À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. (grifo nosso)

Dando seguimento, indaga-se o que fundamentaria a imposição de tal ônus. Para tanto, poderia se questionar da finalidade de tal intimação: se não traz quaisquer efeitos, qual seria a sua razão de ser?

Parece possível a interpretação teleológica de que a intimação do art. 14 da Lei no. 9.492/97 pretende que o protestado pague o título inadimplido ou busque evitar o protesto indevido, o que se daria em virtude da imposição de tal ônus jurídico. A intimação, portanto, teria o papel de cientificar o devedor do protesto e propiciar seu direito de defesa, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Neste âmbito, o ônus imposto pela intimação se assemelharia, com o perdão da tautologia, ao ônus de oferecer contestação, verificado no

processo civil⁵⁰, em que há o direito de oferecer a contestação e o ônus de, em não se oferecendo no prazo legal, se presumirem verdadeiros os fatos alegados. Nos casos analisados, *mutatus mutandi*, haveria o direito de buscar evitar o protesto bem como o ônus de, em não se buscando evita-lo no prazo de três dias úteis, ser afastado o direito à indenização.

Diante disso, salvo melhor juízo, o *duty to mitigate the loss* encontra guarida sob este entendimento, ou seja, busca-se evitar o protesto indevido sob pena de ser afastado o direito à indenização.

Ademais, a inércia do protestado pode ser utilizada como parâmetro para a quantificação do montante indenizatório relacionado ao dano moral, ou seja, após verificado o nexos de causalidade e a culpa do apresentante do título, a omissão do protestado consistiria em um *guideline* para aferição do *quantum*.

5.3 POSSIBILIDADE DE EVITAR O PROTESTO COMO PARÂMETRO PARA O ARBITRAMENTO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Pode-se dizer que outra hipótese tratada na jurisprudência é a possibilidade de evitar o protesto como parâmetro para arbitramento da indenização.

A esse respeito, passa-se à análise do acórdão da apelação cível no. 70028619989 interposta contra sentença da Ação Anulatória de Título de Crédito com Pedido de Antecipação de Tutela e Sustação dos Efeitos do Protesto cumulada com Indenização ajuizada por José Roberto Batisti contra Ludovico J. Tozzo e Cia. Ltda e Banco do Estado do Rio Grande do Sul. A apelação cível foi distribuída à Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com relatoria da Desembargadora Liége Puricelli Pires, cujo voto foi acompanhado pelos Desembargadores Luís Augusto Coelho Braga e Antônio Correa Palmeiro da Fontoura, publicado o Acórdão em 02 de julho de 2009, tendo sido assim ementado:

⁵⁰ LOPES, *op. cit.* p. 197..

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO JÁ QUITADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO. QUANTUM. MANUTENÇÃO. VERBA HONORÁRIA MANTIDA.

I. A instituição financeira que, contratada para cobrança e protesto de cártula, presta seus serviços de forma negligente, levando a protesto título já quitado, comete ato ilícito indenizável. Dano moral configurado.

II. Quantum indenizatório fixado a título de danos morais mantido por atender ao caráter punitivo/pedagógico da sanção. **No caso dos autos, especialmente em razão da inércia do devedor em buscar impedir o protesto apresentando o recibo de quitação, mesmo frente à prévia notificação do cartório de protestos.**

III – A verba honorária deve ser fixada em conformidade com o trabalho exigido e realizado pelo advogado. Manutenção do valor fixado na sentença.

APELOS DESPROVIDOS.

Conforme informa a relatora em seu voto, foi extraída duplicata no valor de R\$ 190,03, a qual, vencida em 31 de outubro de 2005, foi paga, com atraso, em 08 de novembro de 2005, todavia em momento anterior ao aponte. Desse modo, por se tratar de protesto de título já adimplido, verifica-se a conduta negligente da portadora ré, ensejando a configuração da obrigação de indenizar em face do dano consubstanciado no protesto indevido.

Após expor tal entendimento, constata-se, no voto, a análise do apelo da autora que postula a majoração do *quantum* indenizatório. Nesse sentido, a eminente relatora indica que a natureza da indenização deve ser satisfatório-punitiva, amparando tal posicionamento na jurisprudência do STJ e refere que se deve atentar à condição social da vítima, a gravidade, natureza e repercussão da ofensa, a culpa do ofensor e a contribuição da vítima ao evento. Além disso, a relatora entende que, ao se determinar o *quantum debeatur*, deve-se levar em consideração a omissão do autor, o qual “intimado pelo Cartório, não diligenciou para que o ato cartorial de protesto do título não fosse levado a termo”. Em virtude deste entendimento, entendeu a relatora pela manutenção da verba indenizatória.

Diante deste contexto, cabe frisar que o voto não faz menção à contribuição da autora para o ato ilícito, ou seja, não é dito que a autora concorreu para o ato, mas que poderia tê-lo evitado. Conforme é sabido, tarefas das mais árduas é a quantificação do dano moral justamente por

traduzir a tentativa de objetivar (tornar pecúnia) o subjetivo (sofrimento, honra). Desse modo, há discricionariedade no momento da determinação do *quantum debeatur*, a qual se dá sob os parâmetros insculpidos pela doutrina e jurisprudência, visto que a legislação não tratou de forma cabal o modo pelo qual deverá ser aferida a indenização.

Em face deste panorama, insta trazer aqui a lição de Paulo de Tarso Sanseverino em recente artigo intitulado “O Princípio da Reparação Integral e o Arbitramento Equitativo da Indenização por Dano Moral no Código Civil”, no qual traz as seguintes circunstâncias a serem consideradas na quantificação da indenização:

- a) A gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano);
- b) A intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente);
- c) A eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima);
- d) A condição econômica do ofensor;
- e) As condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).⁵¹

Com base na lição do douto Ministro, verifica-se que a possibilidade de evitar o dano não se enquadra em nenhum dos parâmetros ali apontados, o que sugeriria, talvez, que a decisão sob análise insculpe um novo critério para o arbitramento do *quantum debeatur*, visto que a relatora relega ao momento da quantificação do montante indenizatório a indicação de que a autora da ação poderia ter evitado os danos que lhe acometeram.

Ademais, outro possível reflexo da inércia é o que se revela no acórdão que julgou apelação cível de no. 12030086255 referente à ação indenizatória análoga, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, publicado em 26 de fevereiro de 2007, o qual traz a seguinte lição:

“a inércia deve ser juridicamente qualificada para o fim de se entender que a dimensão do dano não é de relevo, pois, se relevo houvesse no protesto em si mesmo, se fosse capaz de trazer

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. O Princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no código civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 415-452.

danos significativos, importantes, creio que a autora não optaria pela inércia, parecendo muito mais razoável que tratasse, imediatamente, de impedir sua consumação, o que facilmente alcançaria pela simples remessa, por exemplo, de um fax do título quitado ao departamento financeiro do credor”.

A esse respeito, além das circunstâncias anteriormente citadas, a intensidade do sofrimento da vítima também é tida pela doutrina como parâmetro para o arbitramento do montante indenizatório⁵². Nesta última decisão, acaba-se por fazer um juízo de relativização do dano moral sofrido ante a inércia, ou seja, se era possível evitar o dano, mas não houve ação nesse sentido, o abalo, para a vítima, não é tão significativo.

Em suma, o que ambas decisões exprimem é que a inércia irá refletir na quantificação do dano como um parâmetro, sem que haja relação com o nexo de causalidade, o que é possibilitado pela discricionariedade no arbitramento do montante indenizatório relacionado ao dano moral. Ainda quanto a esta problemática, cumpre referir que o entendimento expresso em ambas decisões não é isolado, visto que encontra guarida em parte da jurisprudência analisada⁵³.

Ademais, as decisões até aqui analisadas comportam a constância de um fundamento: a inércia, em face da possibilidade de agir de forma diligente com vistas a evitar o protesto, trará reflexos na verificação da obrigação de indenizar. Outrossim, deve-se constatar quais atos consistem na conduta diligente do protestado quando surpreendido pela intimação do aponte do título. Para tanto, analisar-se-ão decisões em que, diferentemente dos acórdãos até aqui expostos, o protestado busca evitar o protesto.

⁵² Moraes, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 295

⁵³ Acórdão da Apelação Cível de no. 853.743-2, do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, publicado em 10 de dezembro de 2003; Acórdão da Apelação Cível de no. 70024789463 da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, publicado em 09 de outubro de 2008; Acórdão da Apelação Cível no. 70011837622 da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de 13 de outubro de 2005

5.4 A CONDUTA DILIGENTE EM FACE DO PROTESTO INDEVIDO

Neste âmbito, cumpre trazer acórdão em que é constatada a conduta diligente não só do autor como de corréu, de modo a afastar a obrigação de indenizar do último.

Trata-se de acórdão de 24 de outubro de 2007 que julgou apelação cível no. 70021385984 referente à Ação de Indenização proposta por Laudir Valdir Milbradt ME contra Três Portos S.A. Indústria de Papel, Banco Bradesco S.A. e Banco J. Safra S.A., a qual foi julgada procedente, condenando os réus ao pagamento da quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Distribuído à Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a decisão foi de relatoria do Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos, cujo voto foi acompanhado pelos Desembargadores Angelo Maraninchi Giannakos e Paulo Roberto Félix, tendo sido assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. ENDOSSO MANDATO. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ENDOSSATÁRIAS. PRECEDENTES. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA JÁ QUITADA. REALIZADA DILIGÊNCIA PARA SOLUCIONAR OS FATOS, EVITANDO O PROTESTO INDEVIDO DO TÍTULO, RESTA AFASTADO O NEXO CAUSAL CAPAZ DE IMPUTAR À EMPRESA TRÊS PORTOS RESPONSABILIDADE POR INDENIZAR OS DANOS SOFRIDOS PELA PARTE AUTORA. OBRIGAÇÃO DOS BANCOS DEMANDADOS A RESSARCIR OS TRANSTORNOS OCASIONADOS POR SEUS ATOS. ERRO NO SISTEMA INFORMATIZADO. INÉRCIA DA PARTE AUTORA, DIANTE DO APONTE, NÃO CONFIGURADA. DANO CONFIGURADO. QUANTIFICAÇÃO DO DANO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO REFERENCIAL PARA O ARBITRAMENTO DO DANO MORAL. VEDAÇÃO DO ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTE DO COLENDO STF. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM CORRESPONDÊNCIA AO VALOR DO TÍTULO INDEVIDAMENTE PROTESTADO. SUCUMBÊNCIA. REDIMENSIONADOS E REDISTRIBUÍDOS OS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. REJEITARAM AS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO E TERCEIRO APELOS E DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO E QUARTO APELOS. UNÂNIME.

Conforme se aduz do voto, a empresa ré Três Portos S.A. Indústria de Papel endossou duplicata ao Banco J. Safra S.A. que, por sua vez,

também o endossou ao Banco Bradesco S.A., tendo o título sido protestado em momento posterior ao pontual pagamento pelo autor.

O eminente relator refere que a parte autora, quando da intimação do aponte, entrou em contato com a ré Três Portos, a qual lhe informou que seriam efetivadas as ações necessárias para que o protesto não se concretizasse, conforme narrou a própria ré. A par disto, informa o voto, a última entrou em contato com o Banco J. Safra, alertando do ocorrido, tendo recebido confirmação da sustação do protesto, consoante provado nos autos.

Ainda, é dito no voto que, tendo o autor recebido resposta no sentido de que o protesto seria sustado, “por óbvio, não lhe era exigido que ingressasse com a cautelar de sustação de protesto”, ou seja, a conduta diligente do autor de informar a ré Três Portos da iminência do registro do protesto afasta qualquer reflexo negativo na indenização devida.

No mesmo norte, para se buscar uma melhor compreensão da conduta diligente do protestado, cumpre realizar aqui a análise do acórdão do agravo nominado na apelação cível no. 0134948-90.2008.8.19.001 da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, datado de 19 de março de 2013, de relatoria da Desembargadora Nanci Mahfuz, referente à ação indenizatória decorrente de título indevidamente protestado, ajuizada por G Cesare Comércio de Jornais e Revistas Ltda ME contra Souza Cruz S.A..

Nas razões do recurso, a empresa ré refere que a autora “deixou de adotar as providências que estavam ao seu alcance, nos termos dos artigos 14 e seus parágrafos, 20 e 21 da Lei de Protesto (Lei 9.492/97), que dispõem que o devedor é intimado, antes de ser efetivado o protesto, para, em três dias pagar, ou, no caso dos autos, provar que o pagamento já foi efetuado, evitando a concretização do protesto”.

Em seu voto, a relatora, reproduzindo os fundamentos adotados na sentença atacada, refere que a autora, após receber intimação do aponte pelos correios, entrou em contato com o gerente da ré, o qual, por sua vez,

o encontrou no dia seguinte. Na ocasião, tal gerente verificou tanto a quitação do título quanto a intimação do protesto, de modo a contatar o setor financeiro da empresa ré, informando ao protestado que desconsiderasse a intimação, porquanto a situação já estaria resolvida. A despeito disso, a autora constatou, 15 dias após o referido encontro, que seu nome ainda constava em cadastro restritivo de crédito. Diante disso, a relatora afastou a alegação de inércia da parte autora, de modo a manter o montante indenizatório. O acórdão restou assim ementado:

Agravo inominado em apelação. Protesto de título indevido e dano moral. Sentença que julgou o pedido parcialmente procedente, fixando a indenização em R\$ 18.000,00. Empresa ré que protestou indevidamente boleto já pago. **Alegação de inércia da empresa autora, que restou afastada pela prova oral produzida, demonstrando contato com o gerente da empresa ré tão logo recebida a intimação do protesto pelo correio, o qual pediu que desconsiderasse a intimação recebida e que resolveria o problema.** Evidente dano moral pelo protesto indevido, inclusive pelas recusas de prestação de serviços e de admissão da autora como associada a cartão de crédito. Honra objetiva da empresa afetada pelo aponte para protesto indevido. Valor indenizatório corretamente fixado e que merece manutenção, levando em conta os princípios da equidade, da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa. Argumentos da agravante que não encontram razão para prosperar. Decisão monocrática mantida. Recurso não provido. (grifo nosso)

De tais decisões, podemos inferir um padrão de conduta a ser levado a efeito quando do aponte indevido, todavia, tendo em vista a atuação diligente dos autores de modo a influenciar a redação dos votos, não é possível verificar de que modo seriam julgadas as contendas em caso de verdadeira omissão do autor, o que possibilitaria indagar da natureza jurídica desta nestes casos e seus efeitos, como se tem feito até então.

A despeito disso, cabe notar aqui que parte da jurisprudência, parece, tende a reprimir a inércia, valorizando a tentativa do protestado em buscar a obstaculização do registro do protesto, em que pese sem sucesso como é o presente caso.

Nesse sentido, caso se admita o “dever” de agir do protestado, mostra-se razoável considerar diligentes os atos aqui verificados no sentido de informar o protestante a fim de afastar o dano iminente. Isso porque a

comunicação ao protestante independe de formalidades, como a apresentação da carta de anuência no Tabelionato responsável pelo registro.

Ainda, conforme exposto no item 4.2.1. *supra*, o lugar do protesto não coincide necessariamente com o lugar da intimação, não sendo razoável exigir que o protestado viaje à outra comarca ou leve a efeito outra conduta semelhante na tentativa de sustar o protesto, mormente sob o diminuto prazo de três dias úteis, compreendidos entre a intimação e o registro.

Ademais, alguns dos acórdãos aqui analisados trazem a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar inominada para sustação do protesto. Nesse sentido, quando a parte atua, evitando a concretização do dano, deverá ser indenizada pelos custos que incorreu⁵⁴, conforme se demonstrou no julgamento do caso *Green v. Smith*. Do mesmo modo, se verificado o ajuizamento da ação cautelar inominada com vistas a sustar o protesto, o protestado deverá ser indenizado pelos custos e despesas havidos, como, por exemplo, os honorários advocatícios.

Nesse âmbito, parece que a possibilidade de ajuizar a ação cautelar no prazo de três dias úteis, em que pese seja uma conduta diligente, não pode ser exigida do protestado, visto que é irrazoável condicionar o direito à indenização ao ajuizamento de uma ação em tão exíguo interregno.

A despeito de tudo que foi até aqui exposto, parte da jurisprudência entende não haver quaisquer efeitos relacionados à omissão do protestado quando este é surpreendido pela intimação do aponte. Diante disso, analisar-se-ão as decisões que resguardam o direito à indenização, independentemente da ação ou omissão do protestado.

5.5 A AUSÊNCIA DE EFEITOS ADVINDOS DA OMISSÃO DO PROTESTADO INDEVIDAMENTE

De modo completamente distinto, também verificam-se decisões que negam qualquer efeito à conduta omissiva da vítima.

⁵⁴ LOPES, *op. cit.*, p. 202.

A esse respeito, traz-se a lume o acórdão que julgou a apelação cível de no. 70008159220 de 25 de maio de 2005 julgado pela Nona Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, referente à Ação Indenizatória decorrente de protesto indevido de duplicata ajuizada por Sinusa Indústria Metalúrgica Ltda. contra Transportadora Tegon Valenti S/A, de relatoria da Desembargadora Fabianne Breton Baisch, cujo voto foi acompanhado pelo Desembargador Luís Augusto Coelho Braga e pela Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira, cuja ementa se transcreve:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULOS. DANOS MORAIS. QUANTUM.

1. Dano moral. Configuração. Reconhecendo a demandada que houve um equívoco na emissão dos títulos, posteriormente protestados por falta de pagamento, restam plenamente configurados os danos morais. **Inércia da autora ao receber os boletos de cobrança e intimação do Tabelionato que não pode ser tida como excludente de responsabilidade, já que cabe à requerida manter a diligência necessária no manuseio dos dados de seus clientes. Igualmente, a não-interposição de ação cautelar para sustar os protestos não pode militar em desfavor da autora, porque a ação é um direito e não um ônus.** Ademais, o protesto indevido de título configura o dano moral passível de indenização. Hipótese de **danum in re ipsa**. Prescindibilidade da prova de prejuízo concreto, sendo suficiente a comprovação da existência do ato ilícito, causador de violação ao patrimônio moral da pessoa jurídica, atingindo sua honra objetiva, isto é, o conceito de que goza na praça, sua reputação comercial. Condenação mantida.

2. Quantum indenizatório. Minoração. Na fixação do valor indenizatório deve o magistrado, por seu prudente arbítrio, levar em consideração as condições econômicas e sociais do ofendido e do agressor; a gravidade potencial da falta cometida; as circunstâncias do fato; o comportamento do ofendido e do ofensor; sem esquecer o caráter punitivo da verba e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A análise de tais critérios, aliada aos parâmetros adotados por esta Câmara em casos análogos, autoriza a minoração do valor fixado na sentença para o montante de R\$18.200,00 (dezoito mil e duzentos reais), equivalentes a 70 salários-mínimos atuais.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

Do referido acórdão, interessa ao presente estudo o entendimento da relatora no sentido de que a inércia da autora não se mostra suficiente para afastar o seu direito à indenização. Nesse sentido, a julgadora aponta que a

possibilidade de ajuizamento da ação cautelar de sustação do protesto é direito e não ônus da parte, sendo uma faculdade exercê-lo ou não. Dessa forma, verifica-se, no voto, o reconhecimento da inexistência de qualquer relevância jurídica no fato de o protestado ter permanecido inerte ante o aponte e registro do protesto.

Ainda, a inércia também é abordada no acórdão da apelação cível de no. 0104578-18.2009.8.26.0222, julgada pela Décima Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de 28 de julho de 2014, de relatoria do Desembargador João Camillo de Almeida Prado Costa, cujo voto foi seguido pelos Desembargadores Ricardo Pessoa de Mello Belli e Mario de Oliveira, referente à Ação de Indenização por Danos Morais decorrentes de protesto indevido de duplicata quitada, ajuizada por Ubiraci Antônio dos Santos Panificadora – ME contra Kaefer Agro Industrial Ltda.

Nesse sentido, a apelação da ré traz argumento de que a autora, mesmo tendo recebido intimação do Cartório de Protestos, se quedou inerte até a propositura da ação, argumentando que a mesma poderia ter requerido a sustação do protesto ou até mesmo solicitado a emissão de carta de anuência para proceder à baixa do título. Em face disto, em seu voto, o eminente desembargador refere que o fato de a autora não ter promovido a sustação do protesto não configura “sequer culpa concorrente”. Além disso, o relator complementa, ao referir que a omissão da autora em relação à sustação do protesto não afasta o seu direito à indenização postulada, de modo que haveria preponderância da conduta negligente da sacadora.

Em face deste entendimento, cumpre trazer a lição de Aguiar Dias citada por Cavalieri Filho⁵⁵, no sentido de que “se, embora culposos, o fato de determinado agente era inócuo para a produção do dano, não pode ele, decerto arcar com prejuízo nenhum”, visto que “o que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é,

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.*, p.57 .

qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria consequências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente”. Neste norte, para Cavalieri Filho, a culpa grave do réu, se for causa necessária e determinante do evento, torna inócuo o ato imprudente da vítima, não ensejando a caracterização de culpa concorrente. Contextualizada a questão, parece que a “preponderância” referida no voto encontra guarida neste entendimento, ou seja, se há culpa da autora, esta é irrelevante dada a significativa e preponderante conduta negligente da ré.

Conforme foi referido anteriormente, não se pode considerar culposa a omissão do protestado em virtude da impossibilidade de imputar-lhe dever jurídico (*strictu sensu*) de evitar o protesto indevido. No entanto, o entendimento por último analisado advoga no sentido de que, mesmo que se admitisse culpa da vítima, esta não será relevante a ponto de caracterizar a culpa concorrente.

Em suma, ambas decisões exprimem que, ante o protesto indevido, é assegurado o direito à indenização àquele que foi protestado, independentemente de quaisquer atos que tenham levado a efeito ou não.

6 CONCLUSÃO

De tudo que aqui foi exposto, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro prevê em determinados âmbitos o dever de mitigar o próprio dano. Em virtude disso, pode-se dizer que este não é estranho àquele, possibilitando buscar outras previsões ainda que não explicitadas na letra fria da lei.

Verificou-se que parte da jurisprudência atinente ao protesto indevido de títulos de crédito tende a reprimir a inércia do protestado quando este poderia ter buscado evita-lo. Esta repressão consiste, a menor ou maior grau, na limitação da indenização ou até mesmo no afastamento desta.

Nesse sentido, dos casos em que se imputa como culposa a omissão do protestado, conclui-se que tal posicionamento não pode prosperar. Isso porque toda omissão culposa tem como pressuposto um dever inobservado, o qual inexistente nestes casos. Cumpre referir que não somente inexistente como não pode existir, sob pena de se criar situação em que se constata o direito do apresentante de ver o protesto evitado pelo protestado. Conforme foi demonstrado, admitindo-se este direito, o protestante poderia inclusive ajuizar ação indenizatória pela inobservância do dever de mitigar o próprio dano, com o que não se pode concordar.

Ainda, nota-se que parte da jurisprudência entende que, se a parte não age de forma a obstar o protesto indevido quando pode fazê-lo, não terá assegurado seu direito à indenização, aproximando-se do conceito de ônus jurídico. De tal entendimento, infere-se que a finalidade da norma do art. 14 da Lei no. 9.492/97 (a intimação) seja propiciar o pagamento do título ou buscar evitar a sua ocorrência, relacionando-se, no último caso, ao direito de defesa insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Pode-se dizer aqui que a parte tem o direito de buscar evitar o dano e o ônus de fazê-lo no prazo de três dias úteis, sob pena de perda da indenização, exsurgindo o *duty to mitigate the loss*.

Outrossim, verifica-se que a possibilidade de evitar o protesto indevido pode ser tida como um parâmetro para a quantificação da indenização por

dano moral, ou seja, se a parte poderia tê-lo evitado e assim não o fez, minorar-se-á a indenização, o que é propiciado pela discricionariedade que detém o julgador quanto ao arbitramento desta modalidade de dano. De modo semelhante e tendo presente que o sofrimento da vítima consiste em parâmetro para a indenização, nota-se que há julgados no sentido de relativizar o sofrimento no momento em que a parte não agiu para impedir o dano que estava prestes a lhe acometer. Em outras palavras: se não buscou evita-lo é porque o dano não era tão significativo.

Sob outro aspecto, coube constatar no que consiste a conduta diligente a ser levada a cabo pela parte que está na iminência de ter um protesto registrado indevidamente contra o seu nome. Nesse norte, há decisões no sentido de que a simples comunicação ao apresentante do título consubstanciará o agir adequado, de modo a demonstrar a probidade e o não interesse em se locupletar do dano. Disso se conclui que a parte, após intimada do protesto, poderá entrar em contato com o protestante do título ou, alternativamente, conforme se verificou em outras decisões, diligenciar ao cartório de registro de protestos. No último caso, deve-se ressaltar que, para surtir efeito na obstaculização do registro do protesto, a parte, ao diligenciar ao cartório, deverá estar munida de carta de anuência, todavia, consoante já foi demonstrado, para se exigir do prejudicado tal conduta, é importante verificar as circunstâncias do caso concreto, tendo em vista a divergência entre o lugar do protesto e o endereço da intimação, mormente sob o exíguo prazo de três dias úteis. Outrossim, faz-se menção à possibilidade do protestado ajuizar ação cautelar de sustação de protesto, contudo, em virtude do prazo anteriormente citado, se mostra irrazoável exigir tal conduta, em que pese, se assim agir, o fará diligentemente.

Ademais, nota-se que parte da jurisprudência entende que, na ocorrência do protesto indevido de título de crédito, a parte protestada não tem nenhum dever *latu sensu* de agir, ou seja, se a cártula foi indevidamente protestada, independentemente da ação ou omissão do protestado, haverá o direito à indenização.

O *duty to mitigate the loss* consiste em uma limitação da indenização relacionada aos esforços razoáveis que poderiam ter sido realizados para evitar um dano. Com base nisso, foi demonstrado que o esforço razoável do protestado pode consistir na comunicação ao apresentante do título ou até mesmo na diligência ao cartório a depender das circunstâncias do caso concreto. Em face disso, crê-se que, nos casos em que a omissão está vinculada à noção de ônus jurídico e de parâmetro para arbitramento da indenização, está-se diante do *duty to mitigate the loss*.

Por fim, cumpre aqui tecer crítica à jurisprudência em virtude da falta de rigor com que trata dos casos apresentados. Para exemplificar: consoante foi demonstrado no item 5.1 *supra*, ao admitir a culpa do protestado em decorrência da sua omissão, admite-se o dever jurídico de evitar o protesto, ao qual se contrapõe possível direito subjetivo do apresentante em ter o protesto evitado por aquele, sob pena de se vislumbrar um direito à indenização, o que claramente não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, a desuniformidade das decisões ao analisar a inércia do protestado dificulta a atuação comercial das sociedades empresárias e das pessoas físicas quando se encontram na situação narrada neste trabalho. Isso porque se torna dificultoso, pelo simples cotejo das decisões, vislumbrar de que forma agir no momento em que se é surpreendido pela intimação do aponte, o que se espera também ter sido esclarecido neste trabalho.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. **Do protesto**. São Paulo: EUD, 1999.
- ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- BECK, C.H. NOMOS, Hart..**Contracts for the international sale of goods (CISG) – Commentaries**. Londres, 2011.
- BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CAMPOS, Lelio Candiota de. **A lei uniforme de genebra sobre letra de cambio e nota promissoria e sua aplicação no Brasil**. Porto Alegre : Banco Nacional do Comercio, 1967.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. Sao Paulo: Atlas, 2008.
- DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo Código Civil: Das várias espécies de contrato. Do seguro. Arts. 757 a 802**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 281-295
- DIAS, Aguiar. “Abalo de crédito”. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1947. n. 5, p. 2.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. **Revista de Processo**. n. 171. São Paulo: RT,, 2009, p. 35-48
- EDWIN H. JR, Vail. **Damages for Loss of Use When Chattel is Destroyed**. **Southern California Law Review**, Los Angeles California: School of Law of University of Southern California, 1949-1950.

EVERETT, John C.. Mitigation of damages: effect of plaintiff choosing among reasonable alternatives. **Arkansas Law Review**. Arkansas: Arkansas Law Review And Bar Association Journal, 1969. Disponível em: <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/arklr23&div=70&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=green v. smith&type=matchall#3](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/arklr23&div=70&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=green%20v.%20smith&type=matchall#3)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 19, jul./set., 2004, p. 109-119.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo: USP 1982.

KEBLE; KELYING; JONES, T.. The english reports: King's Bench Division. London: The Canada Law Book Company, 1908. p. 1000 . Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?collection=engrep&handle=hein.engrep/engrf0084&type=Image&id=3#3>>. Acesso em: 24 ago. 2014

LOPES, Christian Saab. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAFRA, Francisco. O Direito e a justiça. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=870>. Acesso em: 30 set. 2014

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**, v. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Comentários ao art. 403, n. 2.1.2.2

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 246

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Títulos de crédito: jurisprudência atualizada e esquemas explicativos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ROSENVALD, Nelson; FARIS, Cristiano Chaves de. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. O Princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no código civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 415-452.

SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 32. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto 2.044, de 31 de dezembro de 1908. **Senado**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/#/pesquisa/lista/documentos>>. Acesso em: 10 mar. 2014

BRASIL Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Senado. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>. Acesso em: 25 abr. 2014

BRASIL. Decreto 8.327, de 16 de outubro de 2014. **Senado**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/index.html#/pesquisa/lista/documentos>>. Acesso em: 15 nov. 2014

BRASIL. Decreto 57.663, de 24 de janeiro de 1966. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm>. Acesso em: 7 ago. 2014

BRASIL. Lei n. 5.474, de 18 de julho de 1968. **Senado**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/#/pesquisa/lista/documentos>>. Acesso em: 3 ago. 2014

BRASIL. Lei n. 5.475, de 23 de julho de 1968. **Senado**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/#/pesquisa/lista/documentos>>. Acesso em: 17 set. 2014

BRASIL. Lei n. 7.357, de 02 de setembro de 1985. **Senado**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/#/pesquisa/lista/documentos>>. Acesso em: 17 set. 2014

BRASIL. Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997. Senado. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/#/pesquisa/lista/documentos>>. Acesso em: 01 mar. 2014

BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Senado**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/#/pesquisa/lista/documentos>>. Acesso em: 9 set. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70052162864. Apelante: Altagil Comercio de Jóias e Semi_Jóias Ltda. Apelado: Galle Indústria e Comércio de Bijouteria Ltda. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 31 out. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70052162864&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-

[8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris](#)>. Acesso em: 4 mai. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70001395516. Apelante: Giovana Terezinha Cardoso Ribeiro. Apelado: Banco do Brasil S/A. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 23 nov. 2000. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70001395516&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70951376&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 4 mai. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70035803089. Apelante: IB Schild. Apelado: Luma Assessoria e Fomento Ltda. Relator: Desa. Maria José Schmitt Santanna. Porto Alegre, 17 nov. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70035803089&num_processo=70035803089&codEmenta=4018782&temIntTeor=true> Acesso em: 4 mai. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70028619989. Apelante: Bannisul, José Roberto Battisti. Apelado: Ludovico J. Tozzo e Cia. Ltda. Relator: Liege Puricelli Pires, Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70028619989&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 9 mai. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70021385984. Apelante: Laudir Valdir, Milbradt ME. Apelado: Banco J. Safra S.A. Relator: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 24 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 5 jun. 2014

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo Inominado na Apelação Cível 01349489020088190001. Agravante: Souza Cruz S.A. Agravada: G. Cesare Comércio de Jornais e Revistas Ltda ME. Relatora: Des. Nanci Mahfuz. 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 5 jun. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70059562579. Apelante: Banco Bradesco S/A. Apelado: Kelvis Cosméticos Ltda. Relator: Marcelo Cezar Muller. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comar>

[ca=700&num_processo_mask=70059562579&num_processo=70059562579
&codEmenta=5800297&temIntTeor=true](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70059562579&num_processo=70059562579&codEmenta=5800297&temIntTeor=true)> Acesso em: 10 jul. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70008159220. Apelante: Transportadora Tegon Valenti S/A. Apelado: Sinusa Indústria Metalúrgica Ltda. Relatora: Fabianne Breton Baisch. São Paulo 25 jul. 2005. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70008159220&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70001395516&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 15 jul. 2014

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 01045781820098260222. Apelante: Ubiraci Antônio dos Santos Panificadora - ME e Kaefer Agro Industrial Ltda. Apelado: Banco Bradesco S/A. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. São Paulo, 28 jul. 2014. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 10 out. 2014

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça - Apelação Cível 70951376. Apelante: RN Campinas Com. de Materiais para Construção Ltda e Banco ABN AMRO Real S/A. Apelado: Os mesmos. Relator: Des. Rui Cascaldi. 04 mar. 2009. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 10 out. 2014