XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

RICHARD PAE KIM

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Richard Pae Kim, Tereza Cristina Monteiro Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-155-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Apresentamos aos leitores a obra resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito Civil Constitucional I, selecionados no XXV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), Universidade Católica de Brasília (UCB), pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), com apoio da CAPES e CNPq, com o tema "Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo", realizado em Brasília - DF, entre os dias 6 e 9 de julho de 2016.

Temos a honra de prefaciar essa obra que reúne um instigante conjunto de artigos elaborados por pesquisadores de diversas Instituições de Ensino Superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho e que se oferecem à crítica da comunidade jurídica, espelhando o pensamento de seus autores, por meio do exercício da liberdade e do pluralismo, pilares de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos princípios e valores constitucionais que lhe dão suporte.

O leitor encontrará textos com diversidade de enfoques doutrinários, ideológicos e metodológicos sobre temas de interesse teórico e prático do Direito Civil Constitucional, seja nas relações jurídicas subjetivas existenciais, seja nas relações jurídicas patrimoniais.

Os trabalhos, em sua expressiva maioria, promoveram abordagem interdisciplinar, com enfoque no diálogo das fontes, buscando amparo nas normas constitucionais e infraconstitucionais, com o escopo de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Verifica-se, ainda, que com pressupostos estruturados em hermenêutica constitucional, os temas foram abordados a partir de inovações e polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais do Direito Civil e da legislação especial, além da doutrina estrangeira especializada.

Devem, por fim, ser rendidas homenagens e manifestados agradecimentos a todos que contribuíram para esta importante iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo empenho dedicado às pesquisas desenvolvidas, que culminaram na elaboração da presente obra coletiva.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Richard Pae Kim - Universidade Metodista de Piracicaba

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - Faculdade de Direito Milton Campos

O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

DUTY MITIGATE THE OWN LOSS UNDER THE CONSTITUCIONAL CIVIL LAW

Bruno Terra de Moraes [1]

Resumo

A Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, sendo a construção de uma sociedade solidária um dos objetivos desta, conforme dispõe o art. 3º, I. Os valores existenciais ocupam, portanto, posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro. A incidência direta da Constituição sobre o direito civil faz desviar a primazia dos valores patrimoniais para os valores existenciais. É neste contexto que surge campo fértil para o estudo do dever de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate the loss), realizando-se sua conexão com os princípios e premissas do direito civil constitucional.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Direito civil constitucional, Responsabilidade civil, Dever de mitigar o próprio prejuízo, Duty to mitigate the loss

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution established the dignity of the human being as one of the foundations of the Republic, being the construction of a solidary society one the purposes of the Republic, as article 3nd, I. The existential values occupy, thus, a prominent position in the Brazilian legal system. The direct incidence of the Constitution on the civil law change the primacy of the patrimonial values to the existential values. It is in this context that arises the field for the study of the duty to mitigate the loss, achieving its connection with the principles and assumptions of the constitutional civil law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dignity of the individual, Constitutional civil law, Civil liability, Duty to mitigate the own loss

[1] Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado. Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro

1. INTRODUÇÃO

Tem-se por prevalente na moderna doutrina civilista a ideia de que a relação obrigacional consiste em um processo, tendente à consecução de um fim, sendo este o adimplemento, com a satisfação do interesse do credor (SILVA, 2006, p.20). Portanto, todos os atos realizados no âmbito de uma relação obrigacional devem sê-lo visando à aproximação das partes do desfecho desejado, isto é, o adimplemento da obrigação tal como foi contraída. Qualquer desfecho distinto será, portanto, algo patológico, a ser evitado pelo ordenamento jurídico.

Segundo Clóvis do Couto e Silva (2006, p.20-21):

> Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.

Se todos os atos dos contratantes devem ser dirigidos ao adimplemento da obrigação tal como avençada, devem ser evitadas situações que afastem os contratantes do desfecho originariamente previsto no negócio jurídico. É neste contexto que se insere a análise do conceito do *duty to mitigate the loss*, de modo a fazer com que os contratantes se conservem, tanto quanto possível, mais próximos do que foi contratado, com a mitigação das perdas, mesmo por parte do prejudicado, em caso de inadimplemento.

Tal é a importância de tal conceito que este foi positivado na Convenção de Viena de 1980, relativa à Venda Internacional de Mercadorias, em seu art. 77, que assim preceitua:

> A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.[1]

A leitura do referido dispositivo fez despertar a curiosidade de Véra Maria Jacob de Fradera, o que a levou a realizar estudo pioneiro no Brasil a respeito do tema, no ano de 2004 (FRADERA, 2004).

---

[1] Tradução extraída do endereço eletrônico <ttp://www.globalsaleslaw.org/__temp/CISG_portugues.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2012.

Alguns anos depois e após muitas decisões judiciais nas quais tal conceito foi invocado[2], ganha relevância o estudo dos fundamentos do conceito do dever do credor de mitigar o próprio prejuízo. Note-se que é aconselhável que a análise do tema leve em consideração a constatação de que o estudo do direito civil deve ser realizado sob a ótica da solidariedade[3] que, nos dias de hoje, permeia as relações sociais. Segundo ensinamentos de Anderson Schreiber (2012, p.52).:

> Antes, enxergava-se a dignidade sob o prisma individual, como imperativo de proteção do indivíduo em face do não-indivíduo (em especial, do organismo estatal). Protegia-se a dignidade do homem frente ao Estado, mas não se exigia dos indivíduos a proteção mútua às suas dignidades.
> Hoje, a ótica é inteiramente diversa: a despersonalização das relações sociais, a perda generalizada de identidade, as graves desigualdades, decorrentes da atuação individualista, a expansão dos riscos sociais levam a um sentimento geral de solidariedade, a uma necessidade de pensar no outro.

Seguindo tendência verificada em outros ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, o Brasil passou a conferir status constitucional à solidariedade, incluindo-a como um dos objetivos fundamentais da república, como se depreende do inciso I do seu art. 3.º. Igualmente, não mais se protege a dignidade humana com relação ao Estado, mas também há uma exigência de que cada indivíduo preserve a dignidade dos demais.

Por outro lado, neste contexto denominado de pós-positivista, os conceitos jurídicos devem ser estudados não apenas sob a perspectiva formal de compatibilidade com a Constituição, mas, sobretudo, "com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico" (BODIN DE MORAES, 2010b, p.318).[4]

Portanto, diante da necessidade de se analisar os conceitos jurídicos à luz da Constituição, o objetivo do presente trabalho será fundamentar o dever do credor de mitigar o

---

[2] *V.g.*: STJ, Recurso Especial 758.518/PR; TJ-RS, apelação cível 70046205951, j. 23/02/2012; TJ-RS, apelação cível 70030102719, j. 18/03/2010; TJ-RS, apelação cível 70037440682, j. 30/09/2012; TJ-RJ, apelação cível 0140179-93.2011.8.19.0001, j. 28/08/2012; TJ-RJ, apelação cível 0302424-56.2008.8.19.0001, j. 28/02/2012.

[3] Ensina Caitlin Mulholand que a teoria contratual passou "de uma visão liberal, sustentada pelas ideias oitocentistas da liberdade formal e da autonomia da vontade, para uma outra, intervencionista e protecionista, que visa a igualdade material e a defesa social da boa-fé, da função social e do equilíbrio contratuais." (MULHOLLAND, 2006, p.255-256).

[4] De acordo com Pietro Perlingieri, "o princípio da legalidade constitucional é um ponto fixo, um caminho obrigatório para o intérprete que pretenda reencontrar uma uniformidade de interpretação, utilizando as potencialidades implícitas no sistema jurídico, no respeito substancial do mesmo com um renovado positivismo que, não se identificando na simples reverência aos códigos, constitua um possível ponto de confluência metodológica" (PERLINGIERI, 2008, p.576-577)

próprio prejuízo à luz de princípios que reflitam os ditames constitucionais, isto é, de acordo com a metodologia civil constitucional. Dentre estes, encontram-se a despatrimonialização do direito civil, a boa-fé objetiva e a proibição de comportamento contraditório, todos eles princípios que atendem à obrigação de que as pessoas se comportem de modo a não lesar os interesses de outrem.[5] É à luz destes princípios que será estudado o *duty to mitigate the loss*.

2. DO DEVER DE MITIGAR OS PRÓPRIOS PREJUÍZOS À LUZ DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Como se viu alhures, a Constituição de 1988 consagrou como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. Segundo o art. 3º da CRFB/88, em seu inciso I, é objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre e solidária. Diante disso, os valores existenciais passaram a ocupar posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, perdendo sentido, por conseguinte, o antagonismo público-privado (BODIN DE MORAES, 2010a, p.9).

Neste sentido, assim entende Maria Celina Bodin de Moraes:

> Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de "despatrimonialização" do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento (BODIN DE MORAES, 2010a, p.11-12).

A incidência direta da Constituição sobre o direito civil faz, portanto, desviar a primazia dos valores patrimoniais para os valores existenciais, razão pela qual se fala em "despatrimonialização do direito civil".

Ocorre que tal noção de "despatrimonialização" pode, com alguns retoques, ser aplicada às relações de cunho eminentemente patrimonial. Afinal, mesmo em tais relações, há o influxo direto dos valores constitucionais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

Neste sentido, partindo-se da premissa de que as normas e valores constitucionais incidem de forma direta mesmo nas relações jurídicas de cunho patrimonial, mais consentânea com a dignidade da pessoa humana e a solidariedade será a realização, por parte dos

[5] Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2010b, p.318), "a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, mas exige do intérprete um procedimento de

contratantes, de todas as providências necessárias a que as obrigações sejam adimplidas tal como originariamente acordado. Com isso, prestigia-se a noção de que cada parte contratante deve, sim, se preocupar com a parte contrária. Há que se ter em mente que os contratantes devem zelar para que a outra parte despenda o mínimo esforço necessário para fins de cumprimento da obrigação, reduzindo-se, assim, os custos sociais do seu cumprimento.

Na esteira do que se disse acima, mesmo em caso de inadimplemento deve-se dar primazia à execução *in natura* da prestação originária, aproximando-se, assim, dos efeitos gerados caso não houvesse o inadimplemento. Presta-se, ainda, homenagem ao tradicional princípio do *pacta sunt servanda*, privilegiando-se a vontade original das partes espelhada no negócio jurídico firmado, ressalvada, decerto, a hipótese de perda da utilidade da obrigação, conforme previsto no art. 395[6], parágrafo único do Código Civil.

Note-se que o Código Civil reserva ao credor, em caso de inadimplemento, duas vias, sendo elas a da execução específica da obrigação, de um lado, e o da indenização por perdas e danos, de outro. Entretanto, a escolha arbitrária da via indenizatória, caso não justificada à luz dos valores civil-constitucionais, poderá levar à configuração do exercício abusivo de um direito, conforme disposto no art. 187 do Código Civil.[7] Portanto, mesmo no campo das obrigações patrimoniais, se verifica uma tendência de se privilegiar a execução específica, desaguando-se em uma *desmonetarização* da reparação de danos.[8]

Consequência do quadro até aqui exposto é a noção de que devem ser inibidos pelo direito quaisquer atos que afastem as partes da possibilidade de cumprimento específico da obrigação. Os atos do credor e do devedor devem estar direcionados ao cumprimento específico, posto ser este a "finalidade que determina a concepção da obrigação como processo" (SILVA, 2006, p.20-21). Logo, não só os atos do devedor devem estar direcionados a esta finalidade como, também, os do credor.

Quando sobrevier, portanto, um inadimplemento de certa obrigação, a par da responsabilidade do devedor de reparar os danos daí causados - sem se perder, contudo, a noção de primazia da execução específica da obrigação – exsurge para o credor o dever de

---

avaliação condizente com com os diversos princípios jurídicos envolvidos."

6 "Art. 395. [...] Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos".

7 "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

8 SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/Anderson_Schreiber>. Acesso em: 04 set. 2012.

realizar todos os atos que estiverem ao seu alcance, no sentido de mitigar os efeitos daqueles danos.

Tal dever se revela claro à luz da *desmonetarização* do direito civil – que pode ser considerada consequência da despatrimonialização do direito civil - na medida em que, quanto mais se avultam os danos, mais remota será a possibilidade de haver a execução *in natura* da obrigação, tendendo-se a resolver a questão em perdas e danos. Afinal, por vezes os danos causados são irreversíveis, de modo a tornar inócua a execução *in natura*. Deste modo, deve-se evitar que a situação chegue a este ponto em que somente será possível uma solução *monetarizada* do litígio, em afronta aos paradigmas do direito civil constitucional.

Aliás, não se olvide que, mesmo em se pensando em soluções *monetarizadas*, na medida em que os danos se avolumam, maior será o afastamento em relação à sua solvabilidade, levando-se, assim, à crescente possibilidade de não reparação. Ora, se o inadimplemento consiste em patologia da relação obrigacional, o inadimplemento associado à não reparação se revela patologia ainda mais grave. Acresça-se a ideia de que em caso de maior vulto do dano, ter-se-ão duas possibilidades: se ele for reparado, o custo social desta reparação será mais elevado; se não o for, o custo social desta não-reparação será ainda mais elevado. Deve ser inibida, portanto, pelo ordenamento, a possibilidade de ocorrência desta situação, que não deveria interessar nem ao credor, nem ao devedor e, por conseguinte, ao ordenamento como um todo.

Em virtude dos custos sociais de reparação e de não reparação de obrigações de vulto, ensina Anderson Schreiber (2013, p.170) que:

> O que se pretende aqui ressaltar é, na verdade, o crescente reconhecimento pela ordem jurídica de outros instrumentos, diversos da responsabilidade civil, que podem ser opostos aos danos injustos. Neste sentido, fala-se hoje, por exemplo, em *prevenção* e *precaução* de danos, ressaltando-se a importância da eliminação prévia dos riscos de lesão [...].

Em que pese ser preconizada a edição de normas específicas de natureza administrativa e regulatória com a finalidade de prevenção dos riscos acima mencionados, hoje prevalece "a ideia de que tais mecanismos devem centrar-se menos sobre o Poder Público, e mais sobre a sociedade civil, onerando em particular os agentes econômicos potencialmente causadores do dano" (SCHREIBER, 2013, p.171).

Certamente que a menção a "agentes econômicos" realizada no trecho transcrito acima reflete a necessidade de imposição, aos atores da sociedade civil que exploram

atividades econômicas potencialmente causadoras de danos, dos mecanismos de prevenção. Entretanto, não repulsa ao ordenamento jurídico – aliás, ao contrário, com ele se concilia – a ideia de que os mecanismos de prevenção devem ser impostos a todos aqueles que atuem, economicamente ou não, em situações potencialmente lesivas, por mais simples e corriqueiras que elas sejam, exatamente para minimizar os custos sociais tanto da reparação, quanto daqueles decorrentes da não-reparação dos danos causados.

Neste sentido, leciona Teresa Ancona Lopez (2010, p.239):

> Sem dúvidas que, diante destes 'novos riscos' vindo do progresso da tecnologia e da ciência na sociedade contemporânea, a 'sociedade de risco', a única atitude que poderá evitar os piores danos à coletividade ou aos indivíduos será a atitude da precaução. Somente deverá ser aplicada a responsabilidade compensatória quando a precaução não foi utilizada ou o foi de forma incorreta, levando ao temido dano. Nesse caso, como se trata de danos 'graves e irreversíveis', a indenização somente servirá de compensação satisfatória e não poderá repor as coisas ao estado anterior.

Ainda que se discorde de que a reparação seja devida, somente, em caso da falta de utilização ou utilização incorreta da precaução, é irreprochável a afirmação de que a atitude que evita os piores danos é a precaução. Igualmente irretorquível é a assertiva de que a indenização não possui o condão de repor as coisas ao estado anterior, de modo que somente as providências de prevenção é que melhor se coadunarão com o princípio da despatrimonialização do direito civil.

O conceito do *duty to mitigate the loss* vai de acordo com esta mesma ideia, verificando-se, pois, sua afinidade com a tese de que, no sentido de se conduzir a uma sociedade livre, justa e solidária (BODIN DE MORAES, 2010a, p.11), as partes devem atuar no sentido da prevenção e mitigação de danos, a fim de que os custos sociais do inadimplemento, ou mesmo os da reparação sejam reduzidos ao mínimo necessário.

3. DO DEVER DE MITIGAR OS PRÓPRIOS PREJUÍZOS À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé contratual não era desconhecido do direito brasileiro antes da edição do Código Civil de 2002, tendo sido previsto, até mesmo, no Código de Defesa do Consumidor, em particular nos seus arts. 4.º, III, e 51, IV. Tal princípio era, inclusive, invocado na jurisprudência, mesmo em demandas que não versavam sobre Direito do

Consumidor.[9] Porém, com o advento do Código Civil ora vigente, tal princípio passou a ter status de princípio fundante do regime geral de todos os contratos (NEGREIROS, 2006a, p.222-223).

O art. 422 do Código Civil[10] é claro no sentido de que as partes devem observar, tanto na celebração do contrato, quanto na sua execução, o princípio da boa-fé. Consagra-se, assim, o princípio de que os contratos não devem ser regidos, tão somente, pela autonomia e liberdade das partes, mas, ainda, pela lealdade e confiança (NEGREIROS, 2006, p.222).

É corrente, nos dias atuais, a distinção entre a boa-fé subjetiva e objetiva. Assim ensina Judith Martins Costa (2007, p.530):

> Sabe-se o papel dogmático da *boa-fé subjetiva* (ou "boa-fé psicológica") diz respeito à tutela, em certas situações, do estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios em que pode estar um sujeito jurídico. A expressão traduz a ideia naturalista de boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé e que também se manifesta pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica.
> Diferentemente, a expressão *boa-fé objetiva* exprime o *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade, – enfim, o *civiliter agere* que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito.

O que se depreende daí, pois, é que enquanto a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico do sujeito, a boa-fé objetiva diz respeito a um *standard* de comportamento pautado em lisura, correção, probidade, lealdade e honestidade exteriormente manifestadas, por conseguinte.

Tendo-se em vista que o objeto de estudo do presente trabalho é a conduta dos contratantes, dizendo respeito, portanto, ao aspecto exterior da boa-fé, dar-se-á ênfase à análise do seu viés objetivo.

---

9 Exemplo interessante da aplicação do princípio da boa-fé objetiva antes do advento do Código Civil de 2002, em demanda alheia à relação consumerista, é o do julgado do STJ, 4ª T., REsp 32.890-5/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j: 14/11/2004, cuja ementa foi redigida nos seguintes termos: "*FRAUDE À EXECUÇÃO. Boa-fé. Prova da insolvência. 1. Nas circunstâncias do negócio, o credor* ***tinha o dever, decorrente da boa-fé objetiva, de adotar medidas oportunas para, protegendo seu crédito, impedir a alienação dos apartamentos a terceiros adquirentes de boa fé.*** *Limitando-se a incorporadora do empreendimento a propor a ação de execução, sem averbá-la no registro de imóveis ou avisar a financiadora, permitiu que dezena de apartamentos fossem alienados pela construtora a adquirentes que não tinham nenhuma razão para suspeitar da legalidade da compra e venda, inclusive porque dela participou a CEF. Não prevalece, contra estes, a alegação de fraude à execução. [...].*" (grifo nosso) Ou seja, o julgado em questão foi no sentido do dever do credor de averbar a execução no registro de imóveis, sob pena de, alienado o bem, não poder alegar fraude à execução. Note-se que o fundamento utilizado foi, exatamente, o da boa-fé objetiva. Cumpre ressaltar, ainda, que a solução adotada no acórdão foi inteiramente consentânea com o conceito do *duty to mitigate the loss*, ainda que sem a menção expressa a ele.

10 "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

Ensinam Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino (2008, p.17) que "costuma-se atribuir à boa-fé objetiva uma tríplice função: (i) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; (ii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à obrigação principal; (iii) função interpretativa dos contratos".

Das funções acima descritas, as que mais interessam no presente trabalho são aquelas relativas à *restrição do exercício abusivo de direitos contratuais* e à *criação de deveres anexos ou acessórios à obrigação principal*.

Com relação à função da boa-fé objetiva de restrição ao exercício abusivo do direito, importa notar que no âmbito de uma relação negocial, o credor, ao sofrer um dano provocado pelo devedor por descumprimento de obrigação, deve, como já dito alhures, acionar este último a fim de que a cumpra. Preferencialmente, pois, deve-se dar primazia à execução *in natura* da obrigação, de modo que se alcance o objetivo inicialmente previsto na avença. Ocorre, todavia, que por diversos motivos há a possibilidade de que esta execução não seja eficaz no sentido de estancar ou mitigar os danos acarretados pelo inadimplemento, seja por recalcitrância do devedor ou não. Verificada esta situação, e chegando-se à conclusão de que uma determinada conduta do credor poderia mitigar seus próprios danos, este deverá realizá-la.

Ao pleitear, em face do devedor, o cumprimento da prestação inadimplida, sem dúvidas que estará o credor lançando mão de exercício regular de direito seu. Verificando, porém, a ineficácia do pleito, com a possibilidade de que os danos por ele sofridos, em razão do inadimplemento, se avultem no lapso de tempo a decorrer até a efetiva realização da reparação por parte do devedor, deve o credor averiguar se, com algum ato seu, podem estes danos ser estancados ou reduzidos. Se a resposta for positiva, deve o credor lesado envidar os esforços que estejam ao seu alcance, no sentido de mitigar tais danos. Não o fazendo, aquele pleito ineficaz, associado à inércia do credor em mitigar seu prejuízo, se caracterizará como exercício abusivo do direito, por violar o espírito da lei. Se a finalidade da relação obrigacional é a satisfação das partes, traduzida no cumprimento do que originalmente avençado, a inércia do credor acarretará situação oposta. Afinal, quanto maiores os danos decorrentes do inadimplemento, maior o afastamento em relação ao resultado originariamente pretendido. A inércia do credor faz com que a realização da prestação ou a reparação dos danos decorrentes do inadimplemento somente se dê mediante atos mais gravosos do que seriam caso tivesse ocorrido a mitigação.

Se a situação acima narrada, isto é, aquela na qual o credor se funda em pleito ineficaz, sem realizar os esforços tendentes a mitigar o seu prejuízo, é considerado exercício abusivo do direito e conduta incompatível com o *duty to mitigate the loss*, com muito mais razão o será nos casos em que ele nem sequer pleiteia, junto ao devedor, o cumprimento da obrigação. Ou seja, incorrerá em violação do dever de mitigar o credor que, confiando no fato de que o devedor sabe que inadimpliu e a mora é *ex re*, simplesmente aguarda, de forma absolutamente passiva, o adimplemento, sem engendrar qualquer ato, mesmo vendo os seus prejuízos se avolumando.

Para se perquirir acerca da existência de abuso de direito, deve haver o cotejo da conduta com a finalidade pretendida pelo ordenamento, realizando-se a sua valoração axiológica (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2004a, p.341).

As situações acima narradas se aplicam, então, à perfeição, ao disposto no art. 187 do Código Civil, que confere os contornos do abuso de direito no nosso ordenamento, e é categórico ao disciplinar que cometerá ato ilícito quem exercer um direito excedendo os limites impostos pelos seus fins econômicos e/ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes.[11]

Já com relação à função da boa-fé objetiva como criadora de deveres anexos ou acessórios à obrigação principal, cumpre notar que estes dizem respeito à necessidade de que as relações jurídicas se orientem pela probidade e correção dos seus atores (COSTA, 2007, p.531).

Não se desconhece a importância da autonomia privada[12] na formatação do negócio jurídico, sendo certo que dela decorrem as prestações principais deste (SILVA, 2006, p.38). Entretanto, em decorrência da boa-fé objetiva, impõe-se às partes deveres outros, não decorrentes da declaração de vontade, como "o dever de informação, o dever de segurança, o

---

11 "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

12 Judith Martins Costa distingue as expressões "autonomia da vontade" e "autonomia privada", para tanto aduzindo que "*A expressão 'autonomia da vontade' não deve ser confundida com o conceito de 'autonomia privada', e nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja, a 'autonomia negocial'. 'Autonomia da vontade' designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado [século XIX] por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico [...] Modernamente [...] designa-se, como 'autonomia privada' (dita, no campo dos negócios, 'autonomia negocial') seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações(fonte negocial), seja as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais, que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservada à regulação do Estado*" ("*Mercado e solidariedade social*

dever de sigilo, o dever de colaboração para o integral cumprimento dos fins contratuais [...]"(SCHREIBER, 2012, p.87). Logo, são deveres impostos pelo próprio ordenamento, podendo, até mesmo, ser contrários à vontade das partes (p.88).

Diante disso, indubitavelmente que o ordenamento jurídico impõe às partes do negócio jurídico a realização de atos que façam diminuir os custos sociais decorrentes do inadimplemento das obrigações. Para tanto, em sendo possível ao credor a redução destes custos, com a realização de atos que façam mitigar os danos por ele próprio sofridos, deverá fazê-lo.

Deve-se levar em consideração que a conduta das partes deve conduzir a um desfecho que melhor atenda aos fins contratuais. Portanto, a boa-fé objetiva impõe que, mesmo em caso de inadimplemento, o credor aja de forma a que o desfecho da relação se aproxime, ao máximo, daquele originalmente pretendido pelas partes. Frise-se que quanto mais vultosos forem os danos decorrentes do inadimplemento, mais custosa será a sua reparação, mais se afastando, portanto, das prestações originariamente pretendidas pelas partes. Daí ser indiscutível que o dever de mitigar os próprios danos constitui dever acessório, anexo ou lateral, decorrente da boa-fé objetiva, traduzindo-se em dever de colaboração.

No mesmo sentido acima, afirma Vera Maria Jacob de Fradera (2004, p.116) que:

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

Conclui-se daí que não se deve considerar a relação obrigacional como uma mera "contraposição mecânica entre um sujeito ativo, titular de direitos, e outro, passivo, portador de deveres" (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p.5), impondo-se a ambos os contratantes o dever de informação e colaboração. Ou seja, ambos os contratantes são titulares de direito e portadores de deveres no âmbito da relação obrigacional, sendo a colaboração uma das principais manifestações desta realidade. Neste sentido, pontua Véra Maria Jacob Fradera (2004, p.116) que

---

entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo", a reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.611-661, p 614-615 *apud* NEGREIROS, 2006b, p.2).

> no sistema do Código Civil brasileiro de 2002, o duty to mitigate the loss poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa do contrato.

Logo, o dever de mitigar seus próprios danos é uma das firmes manifestações do dever de colaboração ao qual são submetidos todos os contratantes.

Não à toa que a atual tendência no direito brasileiro é a de admissão do dever do credor de mitigar o próprio prejuízo, conforme insculpido no Enunciado 169, da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual a boa-fé objetiva determina que o credor tente amenizar a majoração dos seus próprios prejuízos.[13]

Exemplo disso ocorreu em precedente do Superior Tribunal de Justiça, no qual o promitente-vendedor de imóvel somente ingressou com demanda de reintegração da posse c/c pedido de indenização após cerca de oito anos de inadimplemento, por parte do promitente-comprador, das prestações do imóvel.[14] Entendeu-se ali que o fato do credor não ter mitigado o próprio prejuízo consistiu em inadimplemento contratual, por não ter sido cumprido um dos deveres contratuais anexos à boa-fé objetiva, o que ensejou a redução da reparação.

Portanto, percebe-se uma tendência entre os operadores do direito no Brasil em aceitar-se o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo como manifestação da boa-fé objetiva.

4. DO DEVER DE MITIGAR OS PRÓPRIOS PREJUÍZOS À LUZ DA PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Tendo-se em vista a introdução da boa-fé objetiva em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive, em alguns, com sua positivação, e que teve por consequência a

---

13 Enunciado 169 – "Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

14 STJ, 3ª T., REsp 758.518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TS/RS), j: 17/06/2010, cuja ementa foi redigida nos seguintes termos, em seu trecho relevante para o presente trabalho: "*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. 3.* ***Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as 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. [...]"*** (grifo nosso)

amenização do pensamento liberal predominante no final do Século XIX e primeira metade do Século XX, este princípio passou a ser amplamente invocado "como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e suas funções", o que levou a que se cunhasse a expressão *superutilização da boa-fé objetiva* (SCHREIBER, 2012, p.121).

Como se sabe, a utilização de determinado princípio como uma espécie de panaceia, acaba por acarretar o esvaziamento de seu significado. Nas palavras de Anderson Schreiber, o resultado desta invocação excessiva do princípio da boa-fé objetiva é:

> o alargamento do conceito a tal ponto que a sua função passa a se confundir com a do inteiro ordenamento jurídico. Em outras palavras, invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente lhe são próprios (SCHREIBER, 2012, p.123).

Portanto, em razão desta excessiva amplitude conferida ao referido princípio, necessária se faz a busca por institutos jurídicos que espelhem sua maior concretização, e que melhor e mais tecnicamente se encaixem às situações às quais, sem qualquer critério, vêm sendo aplicado o princípio da boa-fé objetiva.

Daí se enxerga a necessidade de se estudar, de forma específica, o princípio do *nemo potest venire contra factum próprio*, como modelo de concretização do princípio da boa-fé objetiva, permitindo-se, assim, oferecer "parâmetros objetivos aos julgadores, nesta avaliação e vedação de exercícios inadmissíveis de direitos" (SCHREIBER, 2012, p.126).

Resta analisar, assim, se o dever de mitigar o próprio prejuízo encontra fundamento no *nemo potest venire contra factum próprio*, ou seja, de que a ninguém é dado vir contra o próprio ato, segundo o qual se veda que "alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento anterior" (TEPEDINO; BARBOZA, BODIN DE MORAES, 2004b, p.20).

A inércia do credor em mitigar seus próprios danos pode ser analisada, à luz da proibição de comportamento contraditório, sob dois aspectos:

a) O primeiro, com relação à legítima expectativa do devedor no sentido de que o credor não se afaste do objeto original do contrato;
b) O segundo, com relação à legítima expectativa do devedor no sentido de que o credor não vá pleitear em juízo as perdas e danos advindas de uma situação que ele próprio, credor, poderia evitar.

Passa-se a explicar cada uma das hipóteses acima.

Com relação à hipótese descrita na alínea a), acima, cumpre notar que, no momento da celebração de determinado negócio jurídico, exsurge para ambas as partes a legítima expectativa de que as obrigações daí advindas serão adimplidas tal como celebrado. Ou seja, a celebração do negócio jurídico, por si só, cria a legítima expectativa das partes no sentido do cumprimento da obrigação conforme avençado.

Como corolário daquela expectativa, mesmo sobrevindo um inadimplemento por parte do devedor, há, para este, a legítima expectativa no sentido de que eventuais danos daí decorrentes se limitem a um mínimo, de modo a viabilizar, ainda que extemporaneamente, a realização da prestação. Vale dizer: há uma expectativa por parte do devedor inadimplente de que, mesmo havendo aquele inadimplemento, não se conduza a uma situação na qual haja um afastamento, em demasia, da obrigação originária avençada, sob pena de se tornar a realização da prestação extremamente onerosa ou, até mesmo, inviável.

Logo, o dever de mitigação dos próprios prejuízos impõe ao credor, no caso acima, envidar todos os esforços que, razoavelmente, estejam ao seu alcance, no sentido de evitar que, em razão do inadimplemento do devedor, os prejuízos daí advindos se tornem tão onerosos ao ponto de, conduzindo-se a um afastamento desmedido da obrigação originalmente contraída, se conduza a uma situação de indenização ou reparação específica excessivamente onerosas ou, neste último caso, até mesmo inviável.[15]

Caso o credor prejudicado não mitigue os próprios prejuízos no caso, tal situação, decerto, frustrará a legítima expectativa do devedor, decorrente da celebração do negócio jurídico, de que o credor não contribua para um afastamento, cada vez maior, em relação ao

---

[15] Exemplo ilustrativo desta situação é verificado no processo que deu origem ao julgado do TJ-RJ, 18ª Câmara Cível, apelação cível 0302424-56.2008.8.19.0001, Rel. Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes, j: 28/02/2012, cuja ementa, no trecho relevante para o presente trabalho, foi redigida nos seguintes termos: "*AGRAVO INTERNO. DIREITO DO CONSUMIDOR. SOLICITAÇÃO DE CANCELAMENTO DE CONTA CORRENTE NÃO ATENDIDA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, CLÁUSULA GERAL QUE ESTABELECE DEVERES DE CONDUTA PARA OS CONTRATANTES, DENTRE OS QUAIS SE ACHAM O DEVER DE INFORMAR E O DEVER DE O CREDOR MITIGAR SEU PRÓPRIO PREJUÍZO. ENCERRAMENTO DA CONTA-CORRRENTE E DECLARAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DOS DÉBITOS POSTERIORES À DATA NA QUAL TAL PEDIDO FOI EFETUADO QUE SE IMPÕEM. [...]*". Note-se que no referido julgado o consumidor, com débitos ainda pendentes junto à instituição financeira, solicitou o cancelamento de sua conta-corrente, no que não foi atendido. Entretanto, nem sequer lhe foi informado o valor do débito pendente, para que pudesse saldá-lo. Com isso, seu débito, com o passar do tempo, se avolumou sobremaneira, decidindo o Tribunal que os débitos posteriores ao requerimento de cancelamento não poderiam ser computados, uma vez que a inércia da instituição financeira em promover o cancelamento acabou por fazer com que o débito ficasse ainda maior. No caso, indubitavelmente que, feito pelo cliente o requerimento de cancelamento de sua conta, foi gerado neste uma expectativa de que o débito se mantivesse em patamar próximo ao original. Não obstante, como o Banco não encerrou a conta, e nem cobrou o débito pendente, este se avolumou, afastando-se, assim, cada vez mais da situação original, as partes.

negócio originariamente celebrado. Tal situação se encaixa, à perfeição, ao princípio da proibição de comportamento contraditório na medida em que não é dado a alguém que celebra um negócio jurídico passar, posteriormente, a militar contra o seu adimplemento ou reparação.

Passa-se à análise da segunda hipótese, isto é, aquela segundo a qual é criada a legítima expectativa para o devedor de que o credor não pleiteará perdas e danos decorrentes de situação por ele mesmo, credor, não evitada.

Neste caso, suponha-se que, contraída uma obrigação, o devedor se torne inadimplente. Muito provavelmente que, deste inadimplemento, prejuízos já serão causados ao credor. Ocorre que, mediante atos do credor, tais prejuízos podem ser mitigados ou, ainda, estancados, evitando-se uma escalada em seu vulto. Entretanto, mesmo podendo tomar providências neste sentido, o credor queda-se inerte, acarretando-se, assim, o aumento destes danos.

Pode-se argumentar que a inércia do credor faz surgir para o devedor a legítima expectativa de que aquele não cobrará pelos danos causados? A resposta parece ser positiva[16]. Evidente que havendo na legislação a previsão de prazos prescricionais para o exercício da pretensão de cobrar estas perdas e danos, em princípio o devedor deveria ter a consciência de que, naquele prazo, o credor poderia exercer a sua pretensão. Ocorre que a inércia do credor em mitigar os próprios prejuízos não se compatibiliza com a pretensão de receber as perdas e danos daí decorrentes.

Note-se que uma situação é aquela na qual o inadimplemento do devedor, por si só, causa determinados prejuízos. Tais prejuízos, fundamentalmente, permanecem os mesmos, apenas incidindo, por exemplo, os juros moratórios legalmente previstos. Outra situação bem diferente é aquela na qual os prejuízos sofridos pelo credor decorrentes do inadimplemento da outra parte são, efetivamente, aumentados, sem que o credor, podendo fazê-lo, envide esforços no sentido de minimizar ou estancar tais prejuízos.

Situações assim não são estranhas ao Poder Judiciário. Um exemplo disso foi a hipótese na qual concessionária de energia elétrica, mesmo tomando ciência de adulteração na medição da energia elétrica consumida em determinado endereço, somente ingressou em Juízo com a finalidade de reparação de suas perdas cinco anos após aquela ciência. Neste

16 Em sentido contrário, Daniel Pires Novais Dias, para quem "a fundamentação do *duty to mitigate* com base na proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) é inviável porque não há como reconhecer na conduta da vítima de não evitar o agravamento do próprio prejuízo (principalmente por

caso, entendeu-se pela aplicação do *duty to mitigate the loss* para fins de redução do débito a ser arcado pelo consumidor em favor da empresa.[17]

Ora, sob a perspectiva de quem está "do outro lado" da relação jurídica é inteiramente legítimo supor que a inércia do credor em mitigar o seu próprio prejuízo implica na demonstração inequívoca de desinteresse na cobrança de eventuais perdas e danos, gerando legítima expectativa de que este direito não mais será exercido, estando esta situação enquadrada no conceito de *supressio* ou *Verwirkung*.[18]

E aí entra em cena o raciocínio já desenvolvido no presente trabalho: quanto mais se eleva o prejuízo, mais se afasta da obrigação originalmente avençada e, por conseguinte, mais se eleva a possibilidade de inadimplemento. Sendo assim, a inércia do credor em mitigar os seus prejuízos, mesmo quando esta mitigação seria viável, dá a entender, sob a perspectiva do devedor, que há um desinteresse do devedor em pleitear o cumprimento da obrigação e/ou indenização.

Vale ressaltar que em caso de inadimplemento do contrato por uma das partes a outra pode exigir o seu cumprimento ou a sua resolução por descumprimento, nos termos do art. 475 do CC/02.[19] Assevera-se ser incompatível com o exercício do direito previsto no referido artigo a inércia do credor em mitigar seu próprio prejuízo, afastando-se as circunstâncias das obrigações originariamente firmadas.

Saliente-se, ainda, que a situação em questão nada tem a ver com a exceção do contrato não cumprido, prevista expressamente no art. 476 do CC[20], situação em que se justifica a resolução do contrato por iniciativa do contraente prejudicado em consequência do inadimplemento do outro contraente (TEPEDINO; BARBOZA, BODIN DE MORAES, 2004b, p.124). Tal instituto se aplica com relação às obrigações contratuais recíprocas, que

---

omissão) a aptidão para gerar no ofensor a confiança de que ela não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos, elemento fundamental para a figura do *venire*." (DIAS, 2012, p.51).

17 TJ-RS, 22ª Câmara Cível, Apelação Cível 70046205951, Rel. Desembargadora Denise Oliveira Cezar, j: 23/02/2012, cuja ementa, no trecho relevante para o presente trabalho, é *"[...] CRITÉRIO DE CÁLCULO. ABUSIVIDADE. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. Os critérios de cálculo da Resolução 456/2000 da ANEEL, no caso concreto, se afiguram abusivos, em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé. A ré tinha ciência, há mais de cinco anos, da existência de irregularidades na UC do autor, o que lhe impunha o dever de realizar diligências, que estavam ao seu alcance, a fim de mitigar seu prejuízo (duty to mitigate the loss)*."

18 Para Anderson Schreiber (2012, p.189), "o que se tutela é, também, na versão hoje mais aceita da Verwirkung, a confiança no comportamento coerente daquele que se retardou em fazer valer seu direito. Trata-se, portanto, de subespécie de venire contra factum proprium, caracterizada pelo fato de a conduta inicial ser um comportamento omissivo, um não-exercício de uma situação jurídica subjetiva".

19 "Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos."

20 "Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o inadimplemento da do outro."

possuem interdependência com relação às obrigações da parte contrária, e decorrem do acordo de vontades. Relativamente aos deveres anexos à obrigação principal, decorrentes, por exemplo, da boa-fé objetiva e da proibição de comportamento contraditório, não há que se falar nesta interdependência, eis que se tratam de deveres com origem não-voluntarista (SCHREIBER, 2012, p.88).

Ou seja, não pode o credor inerte argumentar que não tem o dever de mitigar o próprio prejuízo sob o fundamento de que a parte contrária inadimpliu, invocando o disposto no art. 476 do CC/02. Afinal, o dever de mitigar o próprio dano passa a se manifestar exatamente em razão do inadimplemento, e não decorre, como já visto, da vontade das partes.

Adequa-se, pois, a noção de dever de mitigar o próprio prejuízo ao princípio da proibição de comportamento contraditório, que se traduz no dever de respeito à confiança gerada pelo próprio comportamento.

5. CONCLUSÃO

A intenção deste estudo foi a de analisar o conceito do *duty to mitigate the loss* à luz de princípios fundamentais da metodologia civil constitucional, de modo a verificar se ele encontra fundamento nas teorias mais modernas do direito civil. Para tanto, foram suscitados alguns princípios basilares da referida metodologia, quais sejam, a despatrimonialização do direito civil, a boa-fé objetiva e a proibição de comportamento contraditório.

No que se refere ao princípio da despatrimonialização do direito civil, o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo exsurge na medida em que, não se tomando tal providência, as partes se afastarão, cada vez mais, da obrigação originalmente firmada, levando-se a uma tendência de aumento dos custos sociais tanto do inadimplemento, bem como a uma solução monetarizada da discussão. Daí se falar na afronta a um corolário da despatrimonialização do direito civil, que vem a ser a sua "desmonetarização", de modo que devem ser envidados todos os esforços possíveis no sentido do prestígio do cumprimento *in natura* das obrigações, o que pode se tornar inviável com o aumento dos prejuízos verificados.

Por outro lado, tem-se que o dever de mitigar o próprio prejuízo encontra fundamento no princípio da boa-fé objetiva, caracterizando-se esta como um *standard* de comportamento pautado em lisura, correção, probidade, lealdade e honestidade.

Assim, a inércia do credor em mitigar o próprio prejuízo pode ser considerada inobservância da boa-fé objetiva manifestada tanto sob a forma de um exercício abusivo de um direito como, ainda, sob a forma de violação a um dever anexo à obrigação principal.

Exemplo da primeira situação é a insistência na promoção, pelo credor, de execução de obrigação de fazer fadada ao insucesso, sem que promova, ele próprio credor, os esforços que estão ao seu alcance para mitigar os danos. Situação ainda pior é aquela na qual o credor sequer provoca o devedor a adimplir a obrigação, aguardando, inerte, que o devedor a cumpra. Esta confiança empedernida nas prerrogativas da posição de credor não se coaduna com a boa-fé.

Já com relação ao segundo aspecto acima mencionado, tem-se que o credor deve realizar todos os esforços possíveis no sentido da diminuição dos custos sociais do inadimplemento. Tal escopo somente será alcançado com a realização de esforços que tendam mitigar os prejuízos decorrentes do inadimplemento, sob pena de se incorrer em prática dissonante da solidariedade que deve pautar as relações sociais.

Já sob a perspectiva da proibição do comportamento contraditório, o *duty to mitigate the loss* pode ser analisado tanto sob o aspecto da legítima expectativa do devedor no sentido de que o credor não se afaste do objeto original do contrato, bem como com relação à legítima expectativa do devedor no sentido de que o credor não vá pleitear em juízo as perdas e danos advindas de uma situação que ele próprio, credor, poderia evitar.

Quanto à legítima expectativa de uma parte de que a outra não se afaste das obrigações originalmente contratadas, esta decorre da própria celebração do negócio jurídico. No momento desta celebração, cada parte, desde plano, espera que a outra não adote conduta que conduza a uma maior dificuldade na realização das prestações. Logo, omitindo-se o credor em mitigar seu prejuízo, esta legítima expectativa restará frustrada. Já no que diz respeito ao segundo aspecto mencionado com relação à proibição do comportamento contraditório, a inércia de alguém que vê seu prejuízo se avolumar gera na outra parte a legítima expectativa de que as perdas e danos decorrentes deste prejuízo não serão pleiteadas. Afinal, o interesse na reparação é totalmente contraditório com a conduta de deixar com que os prejuízos se avolumem.

Das ideias expostas no presente trabalho, chega-se à conclusão de que o conceito do *duty to mitigate the loss*, ou dever do credor de mitigar o próprio prejuízo, encontra fundamento em princípios basilares da metodologia civil constitucional, encontrando, portanto, acolhida no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010a. p. 3-20.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010b. p.317-342.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28/03/2016.

COSTA, Judith Martins. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas*: parte geral do código civil. São Paulo: Método, 2007. v.6. p.505-544.

DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download>. Acesso em: 17 out. 2012.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Dirieto Civil*, v.5, n.19, p.109-119, 2004

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.255-280.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006a. p.221-254.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In *Direito civil e constituição.* São Paulo: Atlas, 2013, p. 151-172.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado*: direito das obrigações: artigos 233 a 420. São Paulo: Atlas, 2008. v.4.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004a. v.1.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b. v.2.