

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO DAS FACULDADES
INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE – SP – DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

**DUTY TO MITIGATE THE LOSS E SUA APLICAÇÃO NOS
CONTRATOS**

Bruna Castelane Galindo

Presidente Prudente/SP

2014

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO DAS FACULDADES
INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE – SP – DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

**DUTY TO MITIGATE THE LOSS E SUA APLICAÇÃO NOS
CONTRATOS**

Bruna Castelane Galindo

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Gilberto Notário Ligerio.

Presidente Prudente/SP

2014

DUTY TO MITIGATE THE LOSS E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do título de especialista em
Direito Civil e Direito processual Civil.

Gilberto Notário Ligerio
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, .

AGRADECIMENTOS

Agradeço a *Deus*, pelo dom da vida e pela fé que inspira e consola nos momentos mais difíceis.

Agradeço à família toda, especialmente meus avós e sobretudo aos meus pais que são exemplo de coragem, amor e confiança a quem devo tudo o que sou e todas as oportunidades que tenho e principalmente por todo o apoio prestado, sempre de modo irrestrito e incondicional. Aos meus irmãos José que completa minha alegria diariamente e à minha irmã Camila que é significado de lealdade, confiança, cumplicidade e amor infinito.

Como não poderia faltar, agradeço especialmente o Professor Gilberto Notário Liger, por toda a compreensão, paciência e pelas valorosas ideias, sem as quais esse trabalho não teria ocorrido.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto primordial sugerir modos de solução dos conflitos envolvendo contratos em que há inadimplemento pelo devedor e o credor, aproveitando-se da perspectiva de futura indenização, vale-se de manobras maliciosas, procrastinando ações tendentes a minorar os danos para que sua indenização seja sempre mais significativa. Através do método dedutivo, abordou-se a nova teoria do Duty to Mitigate the Loss se refere à atuação da vítima do descumprimento do contrato. Muitas vezes, essa vítima busca piorar sua situação, ou seja, aumentar os danos por ela sofridos a fim de receber maior indenização do causador do descumprimento. Essa teoria prega a cooperação entre as partes envolvidas, para que ambas diminuam os resultados maléficis do ilícito, tanto vítima quando autor. Neste aspecto, envolve também o standard jurídico da boa fé objetiva como padrão de conduta inseparável de todo e qualquer contratante. Assim, a gama de questionamentos é ampla, envolvendo temas atuais e de grande importância para avaliar e mensurar os danos sob outra ótica, evitando que o credor vítima do inadimplemento atue de má fé e receba indenização por dano que não ocorreria ou, ao menos, não se perpetuaria por determinado período de tempo, sem sua provocação ou permissão. Portanto, grande importância da matéria está em instituir ao credor a cooperação e precaução dos danos, sob pena de ser reduzida sua indenização apenas aos danos que não poderiam por ele ser evitados.

Palavras-chave: Direito Civil. Boa-fé objetiva. Deveres Anexos. Duty to mitigate the loss.

ABSTRACT

This article has as main object to suggest a new ways of studying and judge conflicts involving contracts in which there is default by the debtor and the creditor, taking advantage of the prospect of future compensation, adopt malicious maneuvers, procrastinating actions aimed at mitigating the damage to your compensation is always more meaningful . Through deductive method, was investigated the new theory named the Duty to Mitigate Loss refers to the performance of the victim of the breach of contract. Often their situation the creditor act trying to increase the damage suffered by the applicant in order to receive greater compensation from the cause of the failure. This theory preaches cooperation between the parties involved, so that both reduce the harmful results of illicit both victim when author. In this context, also involves the legal standard of objective good faith standard of conduct as inseparable of any contractor. Thus , the range of questions is extensive, involving current and of great importance to assess and measure damage from another viewpoint themes, preventing the victim from the default lender acts in bad faith and receive compensation for damage that did not occur, or at least not be perpetuated for a certain period of time, without your permission or provocation. Therefore, the matter is of great importance in establishing the creditor cooperation and precautionary damage, under penalty of being reduced their compensation only for damages that could not be avoided by him.

Key Words: Civil Law. Objective good faith. duties Attachments. Duty to Mitigate the Loss.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS.....	11
2.1 Conceitos tradicional e pós-moderno dos contratos.....	12
2.2 Princípios gerais	14
2.2.1 Princípio da obrigatoriedade.....	15
2.2.2 Princípio da autonomia privada	17
2.2.3 Princípio da relatividade dos efeitos contratuais.....	18
2.2.4 Princípio da função social dos contratos	19
2.3 Dos deveres anexos, laterais ou secundários.....	23
3 PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA	27
3.1 Da diferenciação entre boa-fé objetiva e subjetiva	27
3.2 Da crise de confiança entre os contratantes	28
3.3 Boa-fé objetiva como modelo a partir do Código Civil de 2002	30
3.4 A boa-fé objetiva como cláusula geral	32
3.5 Funções do princípio da boa fé objetiva.....	34
4 INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS. LIMITAÇÕES DE CONDUTA DOS CONTRATANTES.....	36
4.1 “Supressio”	37
4.2 “Surrectio”	38
4.3 “Tu quoque”	38
4.4 “Venire contra factum proprium non potest”	39
4.4 “Duty to mitigate the loss”	40
5. DUTY TO MITIGATE THE LOSS E APLICAÇÕES JURISPRUDENCIAIS.....	47
5.1 Dos pressupostos para a existência do Duty do Mitigate the Loss	47
5.2 Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil. Justificativas de Vera Maria Jacob de Fradera.....	48
5.3 Leading Case, REsp n.º 758.518 – PR.....	50
5.4 Dos precedentes bandeirantes	52
6 DA APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR A PRÓPRIA PERDA E A DIMINUIÇÃO DA INDENIZAÇÃO.....	60
6.1 Do credor que cumpre seu dever de mitigar o prejuízo.....	60
6.2 Do credor que não cumpre o dever de mitigar o prejuízo.	63
7 CONCLUSÃO	68

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71
ANEXO	74

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é atualmente um dos temas mais relevantes para os operadores do Direito. A regulamentação infraconstitucional pós constituição cidadã envolve diretamente a boa-fé objetiva e sua observância na execução dos contratos. A tutela da boa-fé objetiva faz-se em grande parte através da proteção e valoração da confiança que é fator que se pressupõe existente em todos os contratos.

Porém, em que pese a máxima importância da confiança e lealdade entre as partes, é possível notar que o proceder de inúmeros contratantes violar frontalmente essas disposições. Há desvirtuação da função do contrato, que é circular riquezas, para um instrumento que traga lucro excessivo e prejuízo demasiado para cada parte.

Neste contexto, especialmente por parte do credor de eventual inadimplemento contratual, é possível verificar em alguns casos, o ânimo de que sua indenização seja a maior possível, chegando até mesmo a agir em prol de seu próprio prejuízo, buscando exacerbar a perda, com ânimo de prejudicar ainda mais aquele que o atingiu, visando majoração em sua futura indenização em detrimento da parte que descumpriu seu mister.

Este padrão reprovável de conduta, sempre faz com que o dano se estenda e prejudique ainda mais o devedor, gerando o agravamento de sua situação.

Assim, atualmente, pode-se seguramente afirmar que está instaurada a crise de confiança entre os envolvidos (MARQUES, 2007), já que há falta de sinceridade de um lado e a conseqüente falta de confiança do outro a medida em que as partes se comportam visando o prejuízo uma da outra. Esse estado de dúvida e incerteza, quando levado ao Judiciário, encontra terreno ainda não tão seguro. A divergência ainda faz surgir posicionamentos frontalmente contrários, o que leva a instauração de relativa insegurança jurídica.

Não podia ser diferente. Caso haja um inadimplemento inicial, e essa falta se agrava pela omissão do credor, mesmo sendo possível a ele evitar tal agravamento, quem será responsabilizado? Ou, se houver, ainda por culpa do contratante, um dano inicial extremamente pequeno, mas potencialmente capaz de sofrer aumento exponencial, e o credor sabedor dessa condição e podendo evitar, opta por omitir-se, permitindo que esse prejuízo maior ocorra, pergunta-se: sobre quem recai a responsabilidade de pagar a indenização? E, nesses casos em que o agravamento é exponencialmente maior, é possível falar em culpa exclusiva do credor, que, sabendo e podendo, não agiu para que tal resultado fosse evitado?

A partir da Constituição Federal de 1988, como acima dito e, em especial do Código Civil de 2002, os axiomas que norteiam as relações privadas foram modificados, havendo a transposição do cerne das relações do exclusivo individual para o coletivo, nascendo a função social do contrato e, com ela, a releitura de diversos outros princípios. Todos eles culminando na boa-fé objetiva.

A boa-fé, por sua vez, abriu espaço para o surgimento de interpretações variadas sobre as condutas perpetradas pelos contratantes e já que foi inserida no ordenamento jurídico como cláusula geral, sem a definição de seu pressuposto e conseqüente, como abaixo será melhor explicado.

A teoria do “duty to mitigate the loss” surgiu neste ínterim, em socorro à crise de confiança. Visa ela impor à parte uma conduta leal que culmine em reduzir os prejuízos do outro envolvido.

Esses questionamentos foram o cerne desse trabalho. Adotou-se o método dedutivo na análise dessas hipóteses, enaltecendo a posição dos Tribunais quanto à aplicação da boa fé e sua normatização, sempre nos contornos da inteligência doutrinária. A resposta definitiva é influência direta da essência principiológica e realizou-se uma ponderação casuística sob a ótica da boa fé e, especificamente, do “duty to mitigate the loss”.

2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Neste capítulo, interessa expor de forma sucinta os principais novos princípios que permeiam as relações contratuais contemporâneas.

Serão abordados os conceitos de contrato, com ênfase em novos entendimentos. Os princípios vigentes principalmente a partir do Código de Defesa do Consumidor e Código Civil também demonstram a quebra do patrimonialismo, que cede lugar ao solidarismo ou sociabilidade, à eticidade e à operabilidade. Esses três são as novas diretrizes de todas as relações civis, são axioma de interpretação e devem ser sempre cumpridos pelos envolvidos. Em síntese, pode-se afirmar que o norte da sociabilidade e solidariedade impõe aos negociantes que respeitem a coletividade em suas avenças. Não se pode estabelecer contrato que traga prejuízos aos valores mais caros à sociedade, como meio ambiente, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Já a eticidade tem por “fulcro fundamental” o “valor da pessoa humana como fonte de todos os valores”, conforme ensina Miguel Reale (1998, p. 29). A eticidade no Código Civil busca a observância dos fundamentos e princípios constitucionais com “valorização da dignidade humana, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade, da boa-fé, da honestidade nas relações jurídicas de direito privado.” (DELGADO, 2003, p. 176).

Por fim, em relação à operabilidade, o legislador civilista pensou o Código como um fator de facilitação para a decisão dos conflitos, ou seja, suas normas, devem ser efetivamente utilizadas para facilitar os resultados, concedendo ao cidadão em conflito a resposta esperada. Menciona José Augusto Delgado (2003, p. 164/165) que:

O legislador de 2002 concebeu o juiz como sendo, também, um operador do direito que tem a responsabilidade de emitir a sentença que dele espera o cidadão em estado de conflito. Por essa razão, a norma tem de se apresentar com conteúdo de operabilidade, isto é, que, além de existir, seja realmente, válida, eficaz e efetiva.

Dessa forma, com base nessas três pedras de toque do Código Civil é que se baseia a nova rede de princípios e conceitos que entrelaçam as relações

comerciais, exprimidas através dos contratos. Passa-se então a abordar os pontos selecionados que formam a nova concepção de contratos do país.

2.1 Conceitos tradicional e pós-moderno dos contratos

Para que a presente pesquisa cumpra seu mister, analisando as novíssimas questões que gravitam à volta do tema da responsabilidade contratual, com enfoque na Teoria do Dever de Mitigar a Própria Perda, deve-se inicialmente, traçar uma panorama doutrinário acerca do conceito de contrato.

Sabemos que o contrário é basicamente um negócio jurídico que depende da vontade de duas ou mais partes para que produza efeitos patrimoniais entre os envolvidos. Essa noção, bastante tradicional, veio sendo transformada ao longo dos anos em razão da demanda social que se modifica incessantemente.

Oportuno mencionar que essa designação de Contrato é proveniente exclusivamente da produção técnica já que o nosso Novo Código Civil, apesar de conceituar as espécies dos contratos, não traz em seu texto, qualquer menção sobre o que seria, de fato, um contrato.

Assim, respeitando a evolução sobre o tema, inicia-se com os conceitos tradicionais sobre o mais importante dos negócios jurídicos.

Para o Silvio Rodrigues (1983, pág. 9), o contrato era conceituado acrescentando-se o elemento volitivo ao conceito legal de ato jurídico do artigo 81 do Código Civil Beviláqua, que dizia: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.”. O resultado foi o seguinte:

Por conseguinte, cada vez que a formação do negócio jurídico depender da conjugação de duas vontades, encontramos na presença de um contrato. Pois contrato é o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos.

No mesmo sentido, a lição de Orlando Gomes (1990, pág.4) ao afirmar que “contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por

exigir a presença pelo menos de duas partes [...]”. Por sua vez, Washington de Barros Monteiro (1988, pág. 5) afirmava, na mesma linha, que o contrato devia ser conceituado como “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”, observava ainda que, diante dessa definição o “contrato, que é um ato jurídico e que por isso reclama, para a sua validade, em consonância com o art. 82, do Código Civil, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”.

De forma mais completa, vale trazer o que leciona Caio Mário da Silva Pereira (1990, pág. 6):

Aqui é que se situa a noção estrita de contrato. É um negócio Jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (n.º 82, supra, vol. I), podemos definir contrato como o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

Importante salientar que desde aquela década já se mencionava as modificações na interpretação dos contratos que somente foram positivadas pelo legislador em 2002.

Atualmente, porém, diante das demandas sociais, que muito se modificaram desde o final do século passado surgiu, em especial através da obra do Paulo Roberto Nalin (2008), um novo conceito para os contratos. Conceito esse que respeita a fluidez das denominações científicas do direito, aos quais “jamais ‘podendo’ se atribuir a um conceito o poder da chave que o encerra”.

Dito isso, afirma que o contrato atual é uma “relação complexa solidária”, destacando ainda o papel do julgador no seu processo de formação (op. cit., pág. 254):

Mostra-se indiscutível a importância do julgador, na construção desta nova proposição contratual, sobretudo valorizando a solidariedade constitucional e preenchendo a cláusula geral da boa fé.

Por oportuno ao tema, destaca-se ainda o consignou Paulo Roberto Nalin sobre o Princípio da Solidariedade:

Tudo que escape ao axioma sugerido frustra a vontade constitucional de eliminação da pobreza brasileira e a redução das desigualdades sociais, consolidada no princípio da solidariedade. [...] Porém, o mercado deve se compatibilizar com a vigente ordem constitucional, levando em conta o homem e os seus valores existenciais, além dos patrimoniais, como ápice da ordem jurídica brasileira.

Determina, enfim, o conceito pós-moderno de contrato como sendo (pág. 253):

[...] o contrato interprivado a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.

Portanto, considerando-se o contrato pós-moderno como um mecanismo que se presta a instituir no país o objetivo constitucional de diminuição da desigualdade social, bem como incentivo à solidariedade, nota-se evidente mudança entre o conceito inicial do contrato, em pleno vigor até a promulgação da Constituição Federal e do Novo Código Civil, mas que, diante da nova ordem instituída, cedeu lugar às novas preocupações do legislador.

Dessa forma, para a evolução desse trabalho, considerar-se-á o conceito atual do contrato, conceito esse que, como se verá adiante, permitiu o surgimento de diversas teorias derivadas da boa fé objetiva, dentre as quais o ponto fulcral do presente trabalho que colabora sobremaneira com o equilíbrio e a efetivação da boa fé objetiva como real padrão de conduta e, não apenas como mera utopia doutrinária.

2.2 Princípios gerais

Deve-se prefaciar aqui, tal como fora feito no tópico acima dos conceitos, o fato de que a cisão entre os tempos do Direito Civil, ou seja, sua

interpretação antes da constitucionalização e a que sobreveio após a Constituição de 1988 e especialmente após o Novo Código Civil, também influi nos conceitos ora trazidos, a seguir debatidos individualmente.

2.2.1 Princípio da obrigatoriedade

Também conhecido como Princípio do Consensualismo ou pelo brocardo jurídico *pacta sunt servanda*, esse é o axioma de toda relação contratual, pois imprime a principal consequência da Autonomia da Vontade, sendo o contrato o instrumento que vincula a vontade humana dos que ali consentiram.

Ao longo dos anos, como não poderia ser diferente, esse princípio transmudou-se para admitir maior interferência do meio externo no contrato, através de critérios objetivos que são utilizados para a garantia de novas fontes do contrato, além da vontade humana. Com efeito.

O contrato, como mecanismo de concretização da Constituição Federal, seja no solidarismo que prega, seja pela prosperidade da Ordem Econômica, como prevê o artigo 170, jamais poderá perder o seu caráter vinculante. Sempre que pessoas maiores e capazes manifestam sua vontade em prol de um objeto comum, essa manifestação deve ser resguardada de modo a conferir segurança jurídica aos envolvidos. Assim não sendo, o contrato seria nada mais que letra morta, não guardando significado e importância na vida dos envolvidos.

Porém, o contrato clássico, plenamente vigente enquanto foi vivo o Código Civil de 1916, não mais encontra terreno fértil diante da nova legislação, em especial após a Constituição Federal de 1988. Antes, como lembra Daniel Sica da Cunha (Marques, 2007, pág. 255) a interpretação que se dava ao conteúdo instrumentalizado era a de que “a vontade é fonte da justiça, pois ninguém livremente se vincularia a algo que lhe prejudicasse, ou que fosse injusto”.

Nessa perspectiva, entendia-se a vontade como fruto da igualdade entre todos os contratantes, igualdade que, em tese, garantia manifestação livre da

vontade. No entanto, atualmente a noção de igualdade não se conforma mais com critérios formais e, por isso, não basta haver manifestação livre de vontade, prepondera a igualdade material, considerando as condições e contexto social de cada contratante. Essa modificação tornou-se imprescindível com o crescimento acentuado do número de relações de consumo com contratos de adesão, onde é impossível comerciar, fato que fragilizada e ainda fragiliza sempre o contratante hipossuficiente econômica e tecnicamente.

Diante das desigualdades que passaram a se suceder, foi imprescindível alterar o foco da interpretação do contrato, passando-o de subjetivo (exclusivamente vontade das partes) para objetivo, onde passaram a ser analisadas as prestações e as condições assumidas.

Assim, entra em vigor a lógica do equilíbrio, onde a vontade não mais representa o fundamento primordial do contrato, cedendo espaço à novas fontes do conteúdo e validade contratual. Basicamente, pode-se mencionar como novas fontes a legislação e a interpretação realizada pelos juízes nas lides dos contratantes.

São destacadas, pelo autor supracitado duas fontes legais: as leis supletivas e imperativas.

As supletivas representam as normas específicas com previsão particularizada de situações fáticas que não deixam margem de discricionariedade ao juiz ou mesmo às partes (ex: nulidades, proteção ao meio ambiente,). Por outro lado, existem as cláusulas gerais que permitem ao juiz concretizar o valor contido na norma ao analisar e decidir cada caso.

Também o Juiz pode ser visto como fonte do contrato a medida que deve sempre guardar em seu livre convencimento a consecução da operação econômica (MARQUES, 2007) por meio da promoção do equilíbrio de prestações assumidas pelas partes.

Assim, pode-se concluir o Princípio da obrigatoriedade dos contratos, apesar de deveras mitigado, ainda deve ser plenamente aplicado para conferir segurança jurídica aos envolvidos. Mas, sua atual feição exige o equilíbrio entre as partes de modo a desempenhar a função de instrumento da evolução da ordem econômica como preceitua nossa Constituição Federal.

2.2.2 Princípio da autonomia privada

Válida observação sobre esse princípio é a de que seu novo conceito veio em substituição à definição do Princípio da Autonomia da Vontade.

A ultrapassada autonomia da vontade era dividida em duas facetas: a liberdade de contratar e a liberdade contratual. A liberdade de contratar envolvia a discricionariedade que os contratantes tinham e ainda tem, de escolher com quem celebrarão o contrato. Já a liberdade contratual envolvia o objeto do contrato, aquilo que as partes se dispunham a executar para satisfação da avença. Em primeiro momento, os sujeitos de obrigações eram livres para pactuar e o faziam de forma independente a qualquer previsão legal, não havia limite imposto à vontade do particular. Esse período fora marcado pela liberdade irrestrita do indivíduo sobre o social, como lembra Caio Mário da Silva Pereira (1990, pág. 18):

Depois que o individualismo prosperou no século XVIII, proclamando a liberdade e a igualdade políticas, o homem do direito procurou defender a plenitude da liberdade jurídica no século XIX. [...] Proclamou-se que cada um tem o direito de proceder livremente, contratando ou deixando de contratar; ajustando toda espécie de avenças; pactuando qualquer cláusula; e que o juiz não ode interferir, ainda quando do contrato resulte para uma das partes a ruína completa.

Ocorre que ambas as liberdades supramencionadas foram, ao longo do tempo, parcialmente tolhidas em razão da necessária interferência do estado, normas de ordem pública e princípio da função social do contrato, como lembra Flávio Tartuce (2010, pág. 81). Essa postura estatal fora motivada pelo avanço da economia mundial, propulsado pela Revolução Industrial, quando as partes passaram a ter a mesma liberdade de agir, porém a diferir muito nas condições econômicas, isso fazia com que houvesse submissão dos economicamente vulneráveis e sua plena exploração.

Dessa forma, durante anos, críticas foram construídas a ponto de contemporaneamente, o conceito da irrestrita liberdade em contratar já estar plenamente superado. Os contratos como leciona Orlando Gomes (1990, pág. 19) passaram a ser “disciplinados por uma legislação avulsa que abandonou a postura tradicional do Código Civil” e formaram “uma estrutura aberta que é preenchida, não apenas por disposições resultantes do acordo de vontades, mas também por prescrições da lei, imperativas e dispositivas, e pela equidade”.

Nesse sentido, oportuna a colação do Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Válida a lição de Sílvio de Salvo Venosa (2003, pág. 376) pois agora, “o controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico”. Assim, a autonomia privada que rege os contratos deve ser entendida como a exteriorização da vontade dentro de limites que respeitem os direitos existenciais ou da personalidade, as normas de ordem pública e ao Princípio da Função Social do Contrato, que examinaremos a seguir.

2.2.3 Princípio da relatividade dos efeitos contratuais

Através desse princípio discute a doutrina acerca das limitações tanto objetivas quanto subjetivas da avença entabulada entre determinados contratantes.

Alerta Orlando Gomes (1990, pág. 182/187) que existem duas nuances da relatividade dos efeitos de um contrato. A primeira delas é a subjetiva, pela qual não se pode estender consequências positivas ou negativas de um contrato perante

terceiro que dele não fez parte. No entanto, esse princípio comporta diversas exceções.

O citado autor define como “inequívoca exceção” ao princípio da relatividade subjetiva dos contratos a estipulação em favor de terceiros, atualmente tratada pelos artigos 436 e seguintes do Código Civil. Os efeitos desse tipo de contrato são exógenos, de modo que nascem através da celebração da avença e tem seus efeitos propagados para terceiros, atingindo esfera de direito alheia à das pessoas contratantes.

Oportuno mencionar, como lembra Flávio Tartuce (2010, pág. 134) que existem outras exceções como a promessa de fato de terceiro, prevista nos artigos 439 e 440, Código Civil, em que os efeitos são endógenos a medida em que a conduta do terceiro – que deverá executar a obrigação prometida - repercute no contrato caso não seja cumprida. Também como exceções, temos o contrato com pessoa a declarar (artigos 467/471 do Código Civil) e o consumidor por equiparação, previsto nos artigos 17 a 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda na classificação apresentada por Orlando Gomes, existe a relatividade quanto ao objeto que, em linhas gerais afirma ser o contrato o título aquisitivo, o que não significa a transferência de propriedade que “se transfere somente por um modo de aquisição”.

2.2.4 Princípio da função social dos contratos

O princípio da função social dos contratos é expresso em nossa legislação.

Sua gênese está na Constituição Federal, no artigo 5º, incisos XXII e XXIII que trata do princípio da função social da propriedade. Como menciona o Miguel Reale, a concretização da função social do contrato somente se efetivará “se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.”

Sua concretude é preocupação direta do legislador, tanto que garantiu diversas passagens na legislação infraconstitucional para referido axioma.

Com efeito, a função social do contrato está prevista no artigo 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil e seus consectários estão em diversos dispositivos, como os artigos 844 a 886 que preveem a vedação do enriquecimento sem causa, por exemplo.

Como principais objetivos da função social podemos relacionar a proteção à parte mais fraca da relação jurídica, bem como a observância dos interesses da pessoa humana, de modo que nenhuma avença seja firmada para ultrapassar os limites da dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso país, conforme artigo 1º da Constituição Cidadã.

Tratamos neste tópico de um princípio insculpido na forma de cláusula geral no artigo 421 do Código Civil. Isso se dá porque seu texto não aponta o significado estanque da norma e tampouco sua consequência, cabendo ao julgador preencher-lhe o conteúdo e o alcance do que ali está abertamente estabelecido pelo legislador diante dos casos concretos.

Sobre os fundamentos desse princípio Paulo Nailn (2008, pág. 221) aduz que a solidariedade (valor) e a boa-fé (princípio), são a “melhor âncora teórica para se descrever a função social do contrato”. A solidariedade é o fundamento principal para a função social dos contratos, porquanto é a origem da boa-fé objetiva, prevista no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal. Para melhor compreensão, propõe o autor a bifurcação do presente princípio entre aspecto intrínseco e extrínseco.

Vislumbra-se a função social do contrato intrinsecamente quando se observa os novos princípios do contrato, como igualdade material, equidade e boa-fé objetiva. Já o perfil extrínseco guarda relação com a finalidade de se atingir positivamente a coletividade, respeitando-se a dignidade da pessoa humana.

Seu alcance, bem como sua utilização, vem sendo sistematicamente explicados pela doutrina, aqui representada pelos Enunciados da I Jornada de Direito Civil. Válida a colação:

21 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

22 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

A importância da matéria é tamanha que o legislador do Código Civil preocupou-se em garantir a efetividade desse princípio também para os contratos celebrados sob a vigência do Código de 1916. Isso se comprova através da observância do que estatui o artigo 2.035¹, que é a regra de transição entra a antiga legislação e o Novo Código Civil.

Note-se, através desse dispositivo, que a importância dada pelo legislador ao princípio em tela foi tamanha que tal previsão permite à função social se infiltrar nos pactos realizados sob a égide do Código antigo, aniquilando as previsões contratuais que lhes sejam contrárias conforme acima citado.

Lembra o Flávio Tartuce que supracitado artigo impõe a todos a observância desse Princípio, elevando-o a *status* de matéria de ordem pública (2010, pág. 92) já que seu conteúdo pode ser considerado a qualquer tempo e também de ofício pelo julgador destinatário de eventual lide envolvendo previsões contratuais desequilibradas.

Sobre esse dispositivo supracitado, foi elaborado o Enunciado 300 na IV Jornada de Direito Civil que corrobora a importância da matéria com o seguinte teor:

Art. 2.035: A lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada, o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e a finalidade do negócio.

¹ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Indispensável, por fim, é a menção às consequências jurídicas apontadas pela doutrina para os descumpridores do princípio da função social do contrato. Inicialmente, os efeitos desse descumprimento estarão sempre circunscritos à esfera da validade e não da existência, pois após sua celebração “como negócio jurídico já foi reconhecido por meio da valoração social” [Nalin, 2008, pág. 233]. De fato, os efeitos jurídicos do contrato se iniciam logo após sua celebração, não permitindo falar-se em inexistência, restringindo-se a discussão sobre a validade e o reconhecimento de contratos nulos ou anuláveis. A gradação da violação deverá resultar em anulação ou nulidade, sendo aquela para as transgressões menos graves e esta última servirá para os casos em que houver gritante descumprimento da função social.

Porém, essa solução apresentada – declaração da nulidade – não poderia ser exercida largamente em razão de inexistir previsão legal específica para tanto. Diante disso, o já invocado Paulo Nalin apresenta a Nulidade Virtual, que deve ser declarada quando há infração das normas de ordem pública ou imperativas sem que haja previsão positiva expressa no ordenamento. Vale mencionar o que leciona referido doutrinador sobre o fundamento para utilização da nulidade virtual (2008, pág. 240):

O segundo aspecto, de cunho mais positivo, mostra que no âmbito do próprio Código Civil de 2002 localiza-se o fundamento da nulidade virtual, conforme prevê o seu art. 166, inc. VII, pois um contrato desprendido de sua função social sempre trará consigo um objeto ilícito, uma vez que contraria a ordem jurídica e a finalidade constitucional, de modo a eivá-lo de nulidade, mesmo que não prevista a sanção (inc. VII, do mesmo art. 166).

Posto isso, pode-se concluir que o Princípio da Função Social dos Contratos é disposição legal de ordem pública, e deve estar presente em todos os contratos, celebrados ou não após a vigência do Novo Código Civil, além de ter observância obrigatória a qualquer tempo. Atualmente, em razão desse princípio, as cláusulas não podem resultar em afronta ao contexto social e às condições de cada parte, operando de modo a evitar o enriquecimento ilícito, com benefício exagerado de uma das partes sobre a outra. Isso projeta o princípio da função social para sua

forma extrínseca, que impõe aos contratantes o respeito à sociedade, ao meio ambiente, aos direitos de terceiros, entre outros. O contrato celebrado às avessas dessa ordem legal deverá ter declarada sua nulidade, independentemente de haver previsão legal para tanto, bastando que se evidencie esse descumprimento em prejuízo dos contratantes e da coletividade.

2.3 Dos deveres anexos, laterais ou secundários

O tópico em tela visa evidenciar a importância dos deveres anexos frente à nova concepção do contrato, que exige das partes uma postura tendente a assegurar conforto das partes para além da obrigação principal, de forma independente a seu cumprimento ou não.

Deveres anexos são também chamados de deveres instrumentais, laterais, acessórios de conduta, de proteção, de tutela, entre outros. Diversas são suas denominações. O significado, no entanto, é o mesmo.

Pode-se conceitua-los como os deveres impostos às partes do contrato de forma igualitária, ou seja, vigentes com a mesma intensidade perante o credor e devedor e que determinam a proteção e cooperação mútua entre eles visando a finalidade do contrato, considerando-se a sua função social. Judith Martins-Costa (1999, p. 449) assim leciona:

Trata-se, pois, de deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação.

Nota-se, portanto, que os deveres acessórios serão casuisticamente detectados. Sua percepção e obrigatoriedade mostrar-se-ão a medida que a intenção das partes se manifestar para formação da avença. Tais deveres nascem ainda no pré-contrato e perduram enquanto durarem as consequências do pacto.

Cumpra aqui, antes de apontar quais são de fato esses deveres, diferenciá-los dos deveres secundários.

Os deveres secundários do contrato estão sempre ligados ao desenvolvimento da obrigação principal, existem somente em seu benefício. São usualmente divididos em “Deveres secundários meramente acessórios” e “deveres secundários com prestação autônoma”. O primeiro tipo nasce para preparar e garantir a execução da obrigação principal, ex: conservar o bem até a data aprazada para entrega, acondicionar o produto para suportar viagem até seu destinatário. Já o segundo nasce em razão do insucesso do cumprimento da obrigação central, seja pela impossibilidade em fazê-lo, seja por eventual atraso.

É possível concluir então que os deveres acessórios distinguem-se dos deveres secundários porquanto não tem ligação umbilical com a obrigação principal, mas sim com todo o contrato, em todas as suas fases, funcionando sempre em prol da finalidade do contrato, finalidade essa vista não como a obrigação principal, mas como fonte de riqueza de toda sociedade.

Esses deveres surgem “ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva” (COSTA, 2001, p. 57). Não derivam, portanto, da obrigação principal pactuada. Alerta Judith Martins-Costa (1999, p. 438) que, por serem independentes, tais deveres são:

“avoluntarísticos” nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes. São ditos, geralmente, deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses.

Outro ponto que merece destaque é o de que não é possível conjecturar um rol taxativo de quais sejam os deveres anexos. A abalizada doutrina da precursora Judith Martins-Costa (1999, p. 439) enumera da forma mais completa os deveres anexos e respectivos exemplos. Por ser irretocável, segue a transcrição de sua relação dos deveres acessórios:

a) os deveres de cuidado, previdência e segurança, como dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os deveres de aviso e esclarecimento, como do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das

melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para satisfação de seu desideratum, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, in fine, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o dever de prestar contar, quer incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os deveres de colaboração e cooperação, como de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar pagamento, por parte do devedor; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os deveres de omissão e de segredo como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor, etc.

Também não se pode olvidar do trabalho desenvolvido por Nelson Rosenvald (2003), que enumera os deveres de conduta como deveres de proteção, lealdade e esclarecimento. É possível, ainda que de forma indireta enquadrar dentre os deveres de proteção trazidos por Rosenvald a teoria do duty to mitigate the loss, já que o dever de proteção existente entre as partes “salvaguardando a higidez de ambos e evitando que as partes se inflijam danos mútuos” (2003, p. 104).

Da mesma forma que Fradera, Rosenvald considera que “qualquer classificação que se conceda aos deveres de conduta nunca será rigorosamente exata” (2003, p. 104). Assim, diante do caráter exemplificativo desse rol, a doutrina realiza a cada momento novas inserções considerando as condições materiais concretas, tão válidas como as acima mencionadas. Nota-se que não há menção expressa ao dever do credor de mitigar a própria perda, que foi incorporado definitivamente à doutrina brasileira por Véra Maria Jacob Fradera, no conhecido artigo científico intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”, datado de 2004.

A partir de então, guardadas raras exceções, a teoria aqui debatida é tratada de forma acertada como dever anexo.

Vale por fim, ressaltar a importância dos deveres e as consequências de seu descumprimento para o contrato. Com efeito.

A solução apresentada por Judith Martins-Costa é de analisar a gravidade do descumprimento contratual através da desobediência a algum dever anexo e, proporcionalmente impor a penalidade suficiente para retornar as partes ao 'status quo ante'. Ao contrário do que abaixo se verá, aqui não há equiparação a responsabilidade por ato ilícito, descumprimento de encargo ou abuso de direito. O dever anexo é tratado como parte do contrato, capaz de ensejar a declaração do inadimplemento contratual e sua correção através da indenização.

Diz a autora (1999, p. 449) que “a gravidade da falta do dever de agir com correção e lealdade deve ser examinada no caso concreto” de forma a permitir ao julgador que analise o “incumprimento contratual, que poderá ser absoluto, relativo, parcial, defeituoso, etc.”.

De maneira didática, defende Cláudio José Franzolin (2009, p. 150) que “o adimplemento decorre de uma prestação principal e de um programa de deveres de conduta [...]”. Elucida ainda que:

O que ocorre na verdade é que a conduta do contratante, a qual afeta a confiança e causa um desequilíbrio no ambiente do contrato, pode se revelar inadimplemento, e daí basta a demonstração pelo prejudicado que a contraparte não cumpriu com a sua parte na avença. [...] O princípio da boa-fé promove uma articulação entre parâmetros e modelos de condutas que afetam e devem ser considerados essenciais num dado contrato, levando em conta o interesse das partes e dos demais envolvidos.

Portanto, todos os deveres anexos são aferíveis casuisticamente e derivam do padrão de conduta movido pela boa-fé objetiva, de modo que havendo comportamento distante da boa-fé por alguma das partes, considerar-se-á existente o inadimplemento contratual. Para arrematar, afirma ainda referido autor que “o juiz poderá considerar, na avaliação do caso concreto, uma variedade de situações que servirão para se averiguar a culpa ou não, bem como a extensão ou não dos danos”. Havendo, portanto, comportamento distante da boa-fé analisar-se-á a culpa especificamente a negligência da parte faltosa a fim de aquilatar a sanção patrimonial compatível com tal postura.

Sua função primordial é servir como inibidor de “condutas desonestas e interesses injustificados” (ROSENVALD, 2003, 103), garantindo que a obrigação convencionada se cumpra e a liberação das partes ocorra sem nenhum prejuízo para alguma delas. Isso é realizável perante o conceito da boa-fé objetiva que serve de paradigma para analisar as condutas e detectar quais infringiram esse dever ou não.

3 PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA

O princípio doravante examinado refere-se à principal abertura do Código Civil para a chegada das teorias de conduta, que visam impor aos contratantes e cidadãos em geral uma atuação pautada sempre na probidade e lealdade.

Esse princípio reflete o padrão da dignidade da pessoa humana, instituído pela Constituição Federal, pois impõe, dentre outros, a proibição de vantagem exacerbada. Como ensina Alberto Glasson Jorge Junior (2004, p. 84) “a confiança aparece como um dos fatores materiais da boa-fé. Pela sua indeterminação, a boa-fé implica discricionariedade [...]”. Assim, para aquilatar o conteúdo e as proporções desse princípio positivado como cláusula geral, passa-se ao exame detalhado de seus principais fatores.

3.1 Da diferenciação entre boa-fé objetiva e subjetiva

Prefaciando o estudo da boa-fé objetiva, oportuno diferenciá-la de seu conceito subjetivo.

A boa-fé subjetiva é uma condição psicológica do agente, que se verifica a partir de um estado de ignorância. Assevera Judith Martins-Costa (1999, p. 411) que:

A expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo, dos direitos reais, especialmente em matéria possessória.

A boa-fé subjetiva é tutelada pelo nosso Código Civil nos artigos que tratam da posse, em especial os artigos 1.201 e 1.202 que determinam ser possuidor de boa-fé aquele que “ignora o vício” ou que “ignora que possui indevidamente” o bem. A sua comprovação faz com que os frutos sejam aproveitados por quem atua acreditando estar agindo corretamente, bem como determina que sejam indenizadas as benfeitorias necessárias e úteis, conforme artigos 1.214 e 1.219.

Vale mencionar o que leciona Nelson Rosenvald (2005, p. 79):

A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão ao direito alheio.

De rigor concluir que a boa-fé subjetiva não é aferível através do comportamento do agente, mas sim de um pensamento que tenha fundamento fático para existir e indique boas intenções.

A boa-fé objetiva por seu turno é identificável mediante o comportamento que deve cumprir com a confiança esperada da outra pessoa.

3.2 Da crise de confiança entre os contratantes

Antes de se abordar o conceito e a importância da boa fé objetiva como padrão de conduta e elemento imprescindível na execução dos contratos, importante realizar algumas considerações sobre a atual crise dos contratos. Essa discussão proporciona a necessária sensibilidade para se constatar a real importância e as influências da boa fé objetiva na vida civil e contratual das pessoas, reforçando ainda mais o caráter primordial da observância dos deveres anexos supracitados. Com efeito.

Essa discussão, sobre o que é a “crise dos contratos” ganha força entre os doutrinadores em razão de, atualmente, diversos institutos contratuais apresentarem-se frágeis durante seu desenvolvimento diante de determinadas situações concretas.

Relata Cláudia Lima Marques (2007, pág. 19) que não apenas no Brasil está evidente a crise nos contratos, mas também na Europa, em especial da França. Porém, pontua a doutrinadora que naquele continente a problemática atual baseia-se em uma “*hipertrofia* da cláusula geral de boa-fé em face das decisões contraditórias dos magistrados naquele país no que se refere aos contratos.”

Perfilhando a ideia de Cláudia Lima Marques no sentido de que a crise contratual que se instaurou na Europa não se assemelha com a que vivenciamos hoje no Brasil, estudaremos, em que consiste e quais as consequências da crise contratual tupiniquim, cujo tema deste tópico já faz alusão. Pois bem.

No Brasil existe grande produção jurisprudencial cuja capacidade de aplicação das novas teorias e principalmente do preenchimento das cláusulas abertas é ampla e relativamente satisfatória, conforme se verá em tópico seguinte. O problema que verificamos é outro, perfeitamente definido da seguinte forma (MARQUES, 2007, pág. 21):

Efetivamente, parece-me que a fase atual da pós-modernidade está a necessitar uma resposta de valorização do paradigma da confiança, pois nossos tempos parecem fadados ao aumento dos litígios e da desconfiança entre agentes econômicos (classes e instituições) com claros reflexos no direito privado.

Assim, a crise contratual brasileira, pode ser associada à falta de confiança entre aqueles que se envolvem em uma relação contratual. O valor da palavra dita e não escrita foi deteriorado enquanto a preocupação com cláusulas capciosas ganhou espaço. A busca pelo lucro ultrapassa, muitas vezes, a fronteira da conduta correta e proba. Não mais a sociedade pressupõe a boa fé do parceiro com quem contrata.

“Uma obrigação descumprida ou mal cumprida, ou cumprida com atraso, equivale a uma célula doente no organismo social; célula essa que pode contaminar vários órgãos do organismo”, já lembra Silvio de Salvo Venosa (2003, v. 2, p. 235) que o contrato problemático é a verdadeira crise contratual. Sua disseminação é notória e, por isso, merece atenção.

A atenção contra os atos atentatórios à confiança que deve ser despertada entre as partes, deflagrou-se a partir da consolidação do princípio da boa-fé objetiva, a seguir abordado.

3.3 Boa-fé objetiva como modelo a partir do Código Civil de 2002

Sabe-se que durante a vigência do Código Civil de 1916 não havia dispositivo expresso que relacionasse a boa-fé como dever de conduta dos contratantes. Excetuando-se o contrato de seguro, que contava com o artigo 1.443 e determinava que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé[...]”.

Não é só. Antes de 1988, ano em que foi promulgada nossa Constituição Cidadã, a solidariedade, dignidade da pessoa humana não eram princípios significativos na execução de contratos particulares, já que tais avenças refletiam somente, em tese, a vontade das partes e, se cada parte tinha a sua vontade, sabia que aquilo não lhe prejudicaria.

Essa concepção caiu por terra quando sobrevieram as avalanches de relações consumeristas, onde o contrato era formado não por duas pessoas

igualmente livres, como se pressupunha antigamente, mas por um fornecedor forte e inatingível e noutro lado consumidor hipossuficiente. Diante das discrepâncias havias, iniciou-se a preocupação com a conduta das partes e a função social do contrato, como acima já relatado.

Nesse contexto, passou a boa-fé – já positivada – a servir como parâmetro de conduta a todos os contratantes, o que resulta em maior segurança a todos já que comportamentos maliciosos, movidos pela lucratividade sem causa, são vedados e podem ser judicialmente afastados como sendo inadimplemento contratual.

Assim, nasce a boa-fé como paradigma de conduta, como “condição matriz do comportamento humano” (REALE, 2003).

Pode-se concluir que ao valorar os dispositivos legais que tratam da boa-fé, o julgador deve construir seu convencimento através do conceito próprio sobre o que são os deveres de conduta das partes pautados na boa-fé. Há, portanto, um conceito íntimo do juiz acerca daquilo que pode ser ou não considerada uma ação pautada pela boa-fé, lealdade, probidade e confiança.

Diante da evidente necessidade de ter o Juiz considerações próprias, havidas através de sua experiência de vida, importante é a provocação trazida pelo Paulo Nalin (2008).

A reflexão proposta por Paulo Nalin (2008, pág. 132/133) no sentido de que a boa fé objetiva como conhecemos, ou seja, arquétipo de avaliação do homem médio, bom pai de família, probo, leal e honesto não pode ser aplicada no nosso país sem as necessárias observações. Aduz referido autor que esse conceito do *standard*, adiante averiguado, é proveniente da Europa e confeccionado para ser aplicado no sistema *common law*, onde os julgadores – na grandíssima maioria das vezes – compartilha da mesma condição social de quem está por eles sendo julgado.

No Brasil, porém, sabe-se que a realidade é bem outra e por isso é tão relevante a proposta de se repensar o sistema eleito para avaliar o cumprimento do arquétipo da boa fé objetiva pelos envolvidos na obrigação contratual.

Vivenciamos sociedade diversificada e que conta com gritante diferença entre os contextos de vida de seus habitantes. Disso decorre a

impossibilidade de se determinar um sujeito modelo ou “padrão ideário”, como sugere o mestre.

Essa impossibilidade de se identificar um paradigma de conduta, no Brasil, deve trazer aos julgadores a necessidade, não de eleição de um padrão médio, mas sim da utilização do princípio da boa fé objetiva confrontado com outro paradigma que não seja um homem médio, inidentificável no Brasil. Diz citado autor (2008, pág. 133 - 136):

Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz. A falta de uma melhor orientação pode colocar por terra todo o potencial renovador, trazido pelo princípio enfocado, que nas mãos de um juiz arraigado na cultura positivista ainda reinante no Brasil nada significará, perpetuando o positivismo dogmático e a aplicação não constitucionalizada do Direito Civil.

[...]

Cabe evidenciar que não se mostra desejável uma definição pronta e acabada de boa-fé objetiva, *prêt-à-porter* como se diz, pois tal deve surgir de sua construção histórica, sob pena de se amarrar o sistema que, ao menos aqui, se propõe seja aberto.

Feita essa relevante ressalva sobre a adequação entre os conceitos do julgador e a boa-fé como padrão de conduta, passa-se enfim a definir a boa-fé objetiva como cláusula geral e suas repercussões.

3.4 A boa-fé objetiva como cláusula geral

A cláusula geral é uma técnica legislativa que ganhou relevância a partir de sua aplicação no Código Civil de 2002, onde foi escolhida para instituir a função social da propriedade, boa-fé objetiva, entre outros. A cláusula geral se externa em texto legais que não trazem conceito predeterminado do pressuposto de direito, ou seja, da ordem que as pessoas deverão obedecer e tampouco da consequência para seu descumprimento. O exemplo perfeito é o artigo 422 do

Código Civil, onde não há definição de boa-fé e tampouco consequência estabelecida quando constatado seu descumprimento.

A técnica da cláusula geral distingue-se da casuística onde “o legislador fixa, de modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos” o que permite ao julgador pouca ou nenhuma hesitação para “determinar o seu sentido e alcance” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 297). Enquanto as cláusulas gerais:

Na verdade, por nada regulamentares de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como ‘metanormas’, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes.

Com a falta do conceito estanque de boa-fé objetiva, é permitido aos julgadores estabelecerem ao longo dos anos, deveres de conduta. Ou seja, asseverar quais atitudes são ou não compatíveis com a boa-fé. Tivéssemos um sistema casuístico, onde todas as condutas e todas as consequências estivessem pré-estabelecidas, seria deveras difícil e lento o progresso da estipulação dos deveres compatíveis com a boa-fé.

Com a criação e estipulação dos deveres anexos de forma livre, é possível também aquilatar quais são as consequências para o seu descumprimento, através da jurisprudência que ao longo do tempo consolida seu entendimento e, junto com a doutrina, respeita aquilo que melhor se adapta ao momento social vivido. Isso permite a ampliação dos fatores que ensejam indenização. Como dito acima, a quebra dos deveres anexos é melhor interpretada como quebra contratual, inadimplemento contratual.

A boa-fé como cláusula geral possui duas principais funções, como lembra Judith Martins-Costa (1999, 342). A primeira delas é a “função individualizadora” pela qual o direito geral positivado é adequado ao caso concreto através da interpretação do Juiz e da sua apreciação dos fatos. A segunda função é a que permite a “formação de instituições”, necessárias para emitir resposta ao fato trazido à apreciação judicial “exercendo um controle corretivo do direito estrito ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional [...]”. Como exemplos da segunda

função “instituidora” pode-se relacionar o surgimento das limitações de conduta dos contratantes: ‘supressio’, ‘surrectio’, ‘venire contra factum proprium’ e até mesmo a teoria ora estudada, duty to mitigate te loss. Outra função relacionada é a de trazer “mobilidade” ao sistema normativo vigente a medida em que diversas situações podem ser catalogadas na lei, sem depender de previsão específica para tanto.

Conclui-se então que a característica de cláusula geral com que se reveste a boa-fé objetiva prevista no Código Civil permite não só o progressivo aumento de seu conteúdo, mas também o aumento das consequências para os seus violadores. A vagueza desse tipo de norma, possibilita ao julgador que diante de diferentes fatos, subsuma à norma e lhes aplique a consequência adequada, moldando, em última instância, a conduta esperada de cada contratante.

3.5 Funções do princípio da boa fé objetiva

Tradicionalmente a doutrina divide as funções da boa-fé objetiva de maneira tripartida. São enumeradas as seguintes: função integrativa, função extensiva e deveres jurídicos, função restritiva de direitos.

A “função de interpretação” é a aquela que deriva da condição de cláusula geral da boa-fé, em especial pela previsão do artigo 113 do Código Civil que determina a obrigatoriedade de os negócios jurídicos serem interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Esse artigo é um “meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, particularmente dos contratos” (TARTUCE, 2010, p. 115).

Essa função guarda relação com a função social do contrato, já que com base na boa-fé o juiz realizará a adequação do contrato, e, nela deverá considerar sempre a vontade das partes, o seu objetivo final e também os usos do lugar de sua celebração. Haverá sempre o combate às cláusulas que tragam à avença vantagem exagerada. Importante dizer que esse artigo deve ser interpretado

em conjunto com o 421, que determina como limite da liberdade de contratar, a função social do contrato, acima conceituada.

A segunda função é a “função de controle”, fundada no artigo 187 do Código Civil: “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.” Essa responsabilidade civil, ou seja, derivada do ato ilícito consistente na quebra da boa-fé, é atualmente interpretada como objetiva. É esse o teor do Enunciado 37: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

Interessante exemplo de teoria que se enquadra nessa função de controle da boa-fé é a Teoria do Adimplemento Substancial, através da qual, havendo pagamento de grande parte de um contrato, sua rescisão não é permitida posto que traria exagerada vantagem a apenas uma das partes caso fosse o contrato rescindido por pequena parcela não quitada. Não cabe nesses casos a rescisão, mas reconhece-se o direito do credor reaver por outras formas, como ação de cobrança, o seus haveres. Essa aplicação já fora reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. n. 272.739/MG.

Por fim, a “função de integração dos contratos”. Ela é representada pelo artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”. De acordo com esse artigo, às partes é obrigatório manter condutas da boa-fé durante toda a avença, desde a primeira manifestação de vontade até a última. Ela integra os contratos por não permitir a consecução de condutas prejudiciais, podendo inclusive haver apreciação e modificação nos termos pactuados.

A partir dessa função que possibilita a incorporação de obrigações não previstas expressamente no contrato, surgiram os deveres anexos, que são construídos a partir da relação complexa que é a celebração de um contrato e obrigam as partes procederem de forma leal durante todo esse tramite. A partir dessa função integrativa – que traz obrigações além daquelas expressamente pactuadas – nascem as teorias que serão objeto do capítulo seguinte desse trabalho.

4 INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS. LIMITAÇÕES DE CONDUTA DOS CONTRATANTES

O presente capítulo destina-se a explicar de forma sucinta, porém abrangente, os principais conceitos trazidos pela doutrina atualizada dos consectários da boa fé objetiva.

Tais conceitos traduzem-se em regras de conduta que desenvolvem postura integrativa do contrato. Essa função integrativa é bastante relevante, pois, sempre que os termos da avença forem omissos e tais omissões interferirem no seu desenvolvimento e cumprimento, será necessário utilizar desses conceitos para que, através da função integrativa, seja alcançada a real vontade das partes e, por vezes, o próprio cumprimento da lei.

Vale ainda menção ao que doutrinadores chamam de função controladora e função interpretativa da boa-fé. Ambas são nuances da função integrativa.

A faceta controladora corresponde à ideia de que são imprescindíveis limitações à máxima “nada que é proibido é permitido”. Como afirma Ana Paula Pavelski “a grande assertiva (tudo que não é proibido é permitido) tem sua limitação”. Por essa limitação, o jargões “chora menos quem pode mais” ou “o mundo é dos esperto”, tendem a desaparecer, já que toda conduta que atente contra a boa-fé não pode ser aceita e, em razão da função controladora, será coibida.

O aspecto interpretativo da boa-fé, como leciona Gustavo Nunes, “busca-se descobrir o verdadeiro sentido de uma determinada manifestação de caráter negocial. Existindo uma lacuna ou até mesmo uma expressão confusa, dificultando a tarefa do intérprete, deve-se socorrer da boa-fé objetiva”. Esse conceito, no entanto, é bastante próximo ao que se determinou sobre a função integrativa, não merecendo sequer autonomia.

Assim, os conceitos que se seguirão, são as formas recepcionadas pela doutrina e jurisprudência para garantir a execução dos contratos dentro dos

limites da boa-fé objetiva, mantendo-se sempre que possível, a real vontade das partes. Segue-se então à análise individualizada de cada um.

4.1 “Supressio”

Esse conceito tem previsão expressa no Código Civil para os casos relacionados ao pagamento de determinada obrigação que, embora convencionado de uma forma, é executado pelas partes de modo diverso. É o que determina seu artigo 330 “O pagamento reiteradamente feito em um local, faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Essa nuance da supressio é trazida por Flávio Tartuce (2010, p.126), que considera esse instituto tão somente como materialização de da renúncia tácita do credor em exercer determinada postura.

No entanto, não se pode ignorar o entendimento de que não se trata de renúncia tácita, mas sim de tutela da confiança que deve ser obrigatoriamente nutrida entre os contratantes.

É o que ensina Daniel Pires Novais Dias (2011, p. 135) quando defende que “a supressio pressupõe a verificação da confiança (legítima) do devedor que está sendo cobrado tardiamente de que a posição em causa não seria mais exercida”. Assim sob esse ponto de vista, não se verifica renúncia tácita, mas sim a quebra de confiança quando a postura há muito abandonada passa a ser executada em prejuízo do outro contratante. Referido autor (DIAS, 2011, p. 135) enumera as seguintes condições como indispensáveis para a configuração da ‘supressio’:

(a) um não exercício prolongado; (b) uma situação de confiança; (c) uma justificação para essa confiança; (d) um investimento de confiança; e (e) a imputação da confiança ao não exercente.

Assim, de acordo com a defesa de Daniel Dias, que perfilha entendimento de Menezes Cordeiro, trata-se a ‘supressio’ de mecanismo a ser

utilizado para preservar a confiança nutrida justificadamente na parte beneficiária da determinada omissão, evitando-se os comportamentos contraditórios que tragam prejuízo à parte que com eles não mais contava.

4.2 “Surrectio”

José Fernando Simão [2008, pág. 38] afirma que a ‘surrectio’ e ‘supressio’ constituem nada além da “duas faces da mesma moeda”. De fato.

Ao passo que o titular do exercício de determinado direito no decorrer do contrato, acaba perdendo essa benesse em razão de sua omissão, diga-se, em razão da confiança que gerou no beneficiário de que essa conduta não mais seria tomada, nasce para o beneficiário o direito de não mais ser exercido aquele direito retirado do antigo titular.

Explica Tartuce (2010, pág. 126) que “enquanto a ‘supressio’ constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo; a ‘surrectio’ é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes”.

Há aqui, portanto, o surgimento de um direito não constante do contrato originariamente. O exemplo é também o artigo 330 do Código Civil, acima mencionado.

4.3 “Tu quoque”

Expressão aproveitada pela doutrina oriunda da clássica fala de Júlio César “Tu quoque, Brute, fili mi?” proferida quando o Imperador percebe estar sendo apunhalado por seu filho.

Muito do conceito desse instituto está evidente através de seu nome. ‘tu quoque visa evitar que o contratante que descumpriu determinada cláusula não pode valer-se dela para exigir determinada postura da outra parte, ou, como ensina Flávio Tartuce (2008, pág. 127) “um contratante que violou uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada pelo desrespeito”. Nesse sentido, os contratantes devem agir sempre da forma como esperam que o façam em seu favor.

Como lembra José Fernando Simão a teoria da exceção do contrato não cumprido, prevista no artigo 476 do Código Civil serve como exemplo desse princípio a medida em que o contratante que não realiza aquilo que se propôs quando firmou a avença, em razão desse seu comportamento, não pode exigir da outra parte que o faça.

Outro válido exemplo da aplicação dessa teoria pode ser extraída do julgamento do REsp n. 1192678/PR em que o emitente da Nota Promissória acostou aos autos uma cópia com sua assinatura escaneada e posteriormente buscou beneficiar-se desse vício cambial, qual seja, assinatura escaneada. O C. Superior Tribunal de Justiça, pela lavra do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, denegou seu pleito com base na Teoria “Tu Quoque”, aduzindo que “ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé”.

Assim, como resultado houve a aceitação da assinatura escaneada, inibindo o comportamento malicioso que se verificou *in casu*.

4.4 “Venire contra factum proprium non potest”

Esse princípio é a gênese dos princípios acima abordados. Sua premissa fundamental é a busca pela manutenção da confiança entre os contratantes. Proíbe que alguma das partes mantenha um padrão de comportamento e depois aja de forma contrária a tal padrão.

Essa teoria é amplamente aceita e debatida em nosso país e entendimento sobre a necessidade de proteger e valorar a confiança e sua quebra já está sedimentado por nossa doutrina conforme o Enunciado 362 da IV Jornada de Direito Civil: “A vedação do comportamento contraditório funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

Flávio Tartuce, remetendo-se ao trabalho de Anderson Schreiber, enumera os seguintes pressupostos para aplicação do princípio em comento:

a) Um fato próprio, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; d) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição.

A decisão pioneira sobre o tema foi proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça ainda no ano de 1996 em caso que versava sobre contrato de compra e venda realizado sem outorga uxória em que a esposa cuja outorga era faltante, confessou a transação em outro processo. Anos depois essa mesma esposa intentou ação a fim de anular o negócio jurídico em razão da ausência da outorga antes reconhecida. O resultado, com base na proibição do comportamento contraditório não poderia ser outro senão o indeferimento desse pleito. Trata-se do REsp n. 95.539-SP, de lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

4.4 “Duty to mitigate the loss”

Trata-se do ponto central do presente trabalho. Essa teoria tem origem anglo-saxã e vem sendo aceita e aplicada em diversos países, como lembra Vera Maria Jacob de Fradera (2004, pág. 112) cada país recepção essa teoria de uma forma “alguns ordenamentos o utilizam frequentemente, como é o caso do alemão e do suíço, outros, nem tanto, havendo ainda, aqueles que dele se servem, sem dar-lhes essa denominação, como é o caso da França”.

O caso cuja repercussão influenciou a doutrina e jurisprudência brasileira tramitou na França e denomina-se “Bailleux x Jarety”. E se contextualizava pela existência de um contrato de locação entre os envolvidos. Tal contrato passou a ser descumprido pelo locatário, e essa situação perdurou por 11 anos sem que o locador externasse qualquer oposição. Após esse longo período, o locador intentou ação valendo-se da cláusula resolutiva da avença em razão do inadimplemento, porém, seu direito de invocar tal cláusula foi repellido em razão do montante da dívida que por mais de uma década sofreu agravamento em total prejuízo do locatário. Ali foi consignado que tal postura do credor era alheia ao que determina a boa-fé e a confiança. Utilizou-se dessa teoria, portanto, como derivação da boa-fé objetiva.

Além desse “leading case”, a atenção recente voltada para essa postura do credor, segundo Fradera, tomou magnitude a partir do artigo 77 da Convenção de Viena, de 1980. Por ser deveras didático, é válida a transcrição desse dispositivo:

“A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”

Com base nessa previsão legal pode-se conceituar a teoria do dever de mitigar a própria perda como sendo o dever, ou encargo, como abaixo explicado, que recai sobre o credor vítima de inadimplemento de conter ou diminuir os danos ocasionados pela falta do devedor, diminuindo assim, o valor a ser pago futuramente pelo devedor a título de perdas e danos.

Interessante debate sobre o tema se formou acerca dos fundamentos da recepção dessa teoria no Brasil.

Para Fradera (2004, pág. 116), trata-se de “um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva”. Cita também, que na França, a recepção fora feita a partir de dois caminhos, o primeiro pelo conceito do “venire contra factum proprium nemo potest” e o segundo como “abuso de direito”. Flávio Tartuce perfilha do mesmo entendimento de Fradera, tratando essa teoria como parte do dever de

colaboração que deve existir entre todos os contratantes, derivado da boa-fé objetiva.

No entanto, tal raciocínio não desfruta de unanimidade entre os estudiosos da matéria. Por deveras aprofundado, merece aqui menção o trabalho desenvolvido por Daniel Pires Novais Dias (2011, pág. 89/144).

Esse autor defende posição contrária à Fradera. Enquanto ela espousa a ideia de que há no nosso ordenamento jurídico uma lacuna sobre a matéria, ele afirma que a questão está sim positivada.

O primeiro artigo relacionado é o 402 que trata do lucro cessante e garante ao devedor que só indenize aquilo que “razoavelmente” o credor deixou de ganhar. Segundo o autor, essa expressão significa um mandamento ao credor no sentido de garantir a normalidade dos fatos e de seus lucros após o descumprimento da obrigação. Aquilo que ultrapassar o limite do razoável, não será indenizado pelo devedor.

Outro artigo suscitado é o 403, que trata da indenização dos danos diretos e imediatos em decorrência de descumprimento doloso ou não da obrigação pactuada pelo devedor. O exemplo que melhor elucida a questão é o celebre caso trazido por Porthier, em que um produtor adquire uma vaca doente e todo o seu rebanho acaba falecendo em razão de referida doença. Ao produtor, cabia encontrar uma solução para continuar cultivando a terra, seja adquirindo outros animais, arrendando a terra, enfim, impedindo que os prejuízos excedessem à morte do rebanho. Os danos, portanto, que ultrapassem a morte do rebanho, em razão da inercia do comprador não poderão ser indenizados pelo vendedor da vaca doente, porquanto não são diretos e imediatos.

Porém, em que pese referido estudo e as válidas observações, a teoria do duty to mitigate the loss envolve gama de casos muitíssimo mais ampla que não se esgota na indenização por lucro cessante e dano direto e imediato pelo descumprimento de contrato.

Pelos artigos 402 e 403 do Código Civil, de fato, admite-se haver previsão para tais situações onde, realmente, a legislação fundamenta a diminuição da indenização devida. Porém, com o devido acatamento, não se entende correto

afirmar que há previsão legal que satisfaça todas as situações de utilização da teoria, como preconiza Daniel Dias.

Citado autor, defende a *Duty to Mitigate the Loss* não como decorrência da boa-fé objetiva, mas sim como em encargo. Conforme acima dito, o raciocínio defendido por Fradera não é unânime e as razões são as seguintes.

A explicação existente atualmente na doutrina restringe-se a afirmar que a *duty to mitigate the loss* funciona como dever acessório, ou seja, como obrigação anexa ao contrato por derivação do padrão de conduta da boa-fé objetiva. No entanto, defende-se que a ninguém é imposto o dever de mitigar o prejuízo já que é permitida por diversos dispositivos (art. 1.275, II, 385, 538, todos do Código Civil) a diminuição das próprias posses. Assim, não há falar-se em dever de não permitir as próprias perdas.

No entanto, o problema ganha forma quando essa opção de permitir a ocorrência de perdas patrimoniais prejudica o inadimplente responsável pelo pagamento da indenização.

Defende Daniel Dias que a obrigação dos contratantes de não onerar a avença decorre não da boa-fé, mas do próprio contrato, porquanto “o credor que onera ou complica a atuação do devedor está se voltando contra o que foi por ele pactuado, bem como contra o equilíbrio das prestações” (2012, 117). Defende não tratar-se de boa-fé, mas sim da execução do contrato, que a seguir enquadrar-se-á como encargo.

Ainda para afastar a caracterização da teoria em tela como dever acessório, argumenta também que é insuficiente esse conceito de “dever” quando se analisa a responsabilidade aquiliana, onde não se pode exigir da vítima que tome atitudes visando preservar o patrimônio do ofensor.

Defende que, em razão de ser impossível exigir da vítima (seja responsabilidade contratual ou aquiliana) uma conduta que preserve seu patrimônio, não há nexo de causalidade “em relação ao próprio dano, necessários para que este possa ser-lhe imputado em alguma medida” (2012, pág. 139).

O estudo envolve ainda a tentativa de equiparar a teoria ao abuso de direito, como fazem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias.

No entanto, explica Daniel Dias, que o abuso de direito pressupõe o poder de exercício de alguma faculdade pelo titular e no caso do credor lesado o não exercício de seu direito de preservar o patrimônio não configura abuso. Configuraria sim abuso de direito pleitear indenização que englobasse as perdas havidas em razão da omissão do credor, em outras palavras a vítima “a princípio tem o direito a indenização pelos danos agravados, mas o exercício deste direito, nestas condições, pode ser considerado abusivo” porque pela conduta inicial há invasão da esfera de direitos de terceiro.

Buscam ainda alguns doutrinadores, fundamentar a teoria como consequência do “venire contra factum proprium” e “supressio”. A contradição que pressupõe a existência desses dois conceitos estaria em o credor permitir agravar os danos e, após, ingressar com demanda visando a indenização desses danos ocorridos durante a postura propícia ao seu surgimento/agravamento. No entanto, não é correta aplicação de nenhuma dessas teorias para justificar a duty to mitigate, já que não há conduta reiterada preexistente que gere a confiança de que determinado direito não mais seria exercido por seu titular.

Ademias, nesses casos, não há como fundamentar a confiança do devedor de que o credor não exerceria seu direito antes do prazo prescricional porquanto “o terceiro não poderia sustentar, com pleno amparo no direito, ruptura de uma expectativa legítima fundada no não exercício por período inferior a este prazo” (SHREIBER, 2005, p 184).

Por fim, citado autor defende que a teoria do “dever” de mitigar a própria perda deve ser entendida como um encargo do credor e não como dever ou outro fator relacionado à boa-fé objetiva.

Esse é um entendimento respeitável e parece conter os pressupostos necessários para a sua aplicação. Vejamos.

Leciona essa corrente doutrinária que o nexo de causalidade entre o encargo e a indenização nasce a medida em que o credor não se desincumbe desse ônus de evitar seu dano. Considera-se o encargo como o ônus de se adotar determinada postura para que se adquira ou se conserve algum direito, de modo que sua não execução, não deve acarretar qualquer dever de indenizar por parte de seu titular. Como exemplo, apropriados se mostram os artigos 441 e 442 do Código

Civil que impõem ao adquirente prazos para denunciar o defeito do produto adquirido. Não havendo de denúncia dentro do prazo legal (artigo 445), impossível se torna o direito a redibição do bem viciado e a devolução de parte da quantia paga.

Nesse contexto, o credor que não realiza o encargo de diminuir seus próprios danos não adquire ou conserva a sua vantagem jurídica de receber a indenização por todos eles. Se não há postura proativa, permitindo-se o agravamento do cenário, esse agravamento não poderá ser indenizado. Em contrapartida, isso não acarreta ao credor qualquer dever de indenizar o devedor.

Em que pese tais considerações deveras significativas e inteligentes, ousa-se aqui, em parte, discordar. O encargo, como ensina Silvio Rodrigues (1981, p. 259) “É um ônus que diminui a extensão da liberalidade”, os parâmetros necessários para aferir a existência de eventual ônus a ser cumprido pelo credor não trazem ao caso, qualquer solução. Além disso, estabelecer-se esse conceito em apartado da boa-fé objetiva traria efeitos que acentuariam a crise de confiança acima relatada.

O encargo não ultrapassa mera opção por parte do titular ou pretensão titular do direito, enquanto o dever, da forma como defendido por Fradera, é de obrigatória observância, restando evidente a necessidade de melhor postura das partes envolvidas em qualquer pacto.

De se ressaltar ainda que, não obstante o conceito de “dever” resulte na falsa impressão de que caso não seja ele cumprido, o seu titular deverá indenizar por perdas e danos, no dever de mitigar a própria perda, isso não se verifica, já que haveria somente uma quebra de contrato nas perdas que foram acentuadas com a anuência do credor.

Essa interpretação encontra fundamento no Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil:

24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Frise-se que não se sustenta a ideia de culpa delitual passível de impor ao credor o dever de pagar perdas e danos ao devedor (Fradera, 2004), mas sim de responsabilidade objetiva em razão da quebra ou inadimplemento de dever anexo, sem que isso imponha ao credor o dever de indenizar o devedor de alguma forma.

Defende-se, portanto, a qualificação da Duty to Mitigate the Loss como um dever anexo de cooperação cujo descumprimento acarreta o inadimplemento contratual, com a redução dos danos que poderiam ter sido evitados.

A visão defendida por Daniel Dias considera o enfoque do dever de forma equivocada, porquanto na expressão “duty to mitigate” deve-se entender o “dever” como vem fazendo a maioria da doutrina, ou seja, enquadrando-o como a obrigação de harmonia entre os atos praticados e a boa-fé e não como dever de mitigar os prejuízos meramente. Esse dever de evitar perda patrimonial, de fato, não existe já que a ninguém é vedado o empobrecimento voluntário, mas existe sim, o dever da boa-fé, que vigora quando o credor, podendo, não atenua seus prejuízos e, por consequência, os prejuízos do seu devedor.

Pensar o dever de mitigar a própria perda de maneira apartada da boa-fé acaba por fortalecer a conduta daqueles que fazem surgir a crise de confiança, ou seja, o fundamento da eventual penalidade jamais será a conduta reprovável mas sim o cumprimento ou não de um encargo.

Não se verificando a conduta leal do credor, o dever anexo de mitigar o próprio prejuízo assume função integrativa dos contratos, de modo que a indenização deverá ser moldada de acordo com o que foi ocasionado estritamente pelo inadimplemento e o que fora provocado ou permitido pelo credor, mantendo-se o papel da boa-fé objetiva para aferir a existência do comportamento malicioso ou não.

5. DUTY TO MITIGATE THE LOSS E APLICAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Não poderia esse trabalho ignorar a relevância da jurisprudência nacional para a apreciação do tema proposto.

Não há, de forma prática, qualquer doutrina mais bem elaborada que seja capaz de suprir a importância das decisões jurisprudenciais, que na maioria ou quase totalidade das vezes, servem de parâmetro para a solução, não só daquele, mas de outros casos postos à análise jurisdicional, responsáveis por dar vida às teorias doutrinárias. Essa importância torna-se ainda mais relevante quando

Nesse sentido, bem lembra Judith Martins-Costa (1999, p.451) “aquilo que *in abstracto* corresponde ao modelo teórico ideal é, por vezes, subvertido à vista das circunstâncias concretas”.

5.1 Dos pressupostos para a existência do Duty do Mitigate the Loss

Como acima ventilado, o dever de mitigar a própria perda não deriva exclusivamente da existência prévia de confiança em determinada conduta da parte, como é o caso do “supressio” e “venire contra factum proprium”.

Como pressuposto para ocorrência do Duty, é possível relacionar a existência de um credor, seja derivado de relação contratual ou aquiliana; tal credor detenha poderes para evitar algum prejuízo que derive do descumprimento da obrigação do devedor e; é necessário ainda que, além do dano pelo inadimplemento, haja o aumento da indenização além do valor inadimplido (em razão de juros e multas por exemplo). Somente esse aumento do valor seria capaz de demonstrar o ânimo do credor de receber indenização, ao final, por danos que poderiam ter sido evitados, além dos inevitáveis.

Deve haver sim, a expectativa de existência da boa-fé. Isso, em decorrência dos artigos 113 e 422 do Código Civil, é fato presumido entre todos os contratantes.

Não é necessário que haja expectativa criada pelo credor, basta que a ele seja possível evitar a ocorrência de um dano além do total inadimplido e essa conduta não seja por ele cumprida. Deve obrigatoriamente existir o seguinte: surgimento de uma falta (contratual ou aquiliana) que permita ao credor evitar a ocorrência ou alastramento dos danos derivados dessa falta e, mesmo podendo, opta por não fazê-lo. Surge então a aplicação da teoria que culmina com a diminuição da indenização a ser paga pelo devedor faltante.

5.2 Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil. Justificativas de Vera Maria Jacob de Fradera

Oportuno nesse tópico expor algumas informações sobre as Jornadas de Direito Civil. Elas nasceram a partir da iniciativa do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rui Rosado de Alencar.

Elas se iniciaram no Brasil de acordo com experiência antes realizada na Argentina, como lembra Flávio Tartuce (2011).

A importância desses institutos é notável e crescente com o decorrer do tempo. Isso se dá em razão do número de doutrinadores que participam das Jornadas e ali deixam claros os seus entendimentos, formando assim, grande parte da opinião dos operadores do direito do país. Vale citar os nomes enumerados por Flávio Tartuce, que também participa ativamente das Jornadas:

Os enunciados aprovados são considerados referências doutrinárias, como uma obra coletiva dos participantes dos eventos, citados por diversos autores de manuais e Códigos comentados, caso de Maria Helena Diniz; Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho; Cristiano

Chaves de Farias e Nelson Rosenvald; Carlos Roberto Gonçalves; Sílvio de Salvo Venosa; Ricardo Fiuza; Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado; Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Theotônio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa e Luiz Guilherme Bondioli, entre outros. [...] Das Jornadas participam Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Desembargadores Federais e Estaduais; Juízes Federais, Estaduais e do Trabalho; Procuradores e Promotores, Advogados e Professores de Direito de todo o País.

Dessa forma, é possível concluir que esses enunciados aprovados por tantos e importantes doutrinadores e membros do poder judiciário brasileiro, refletem a maneira majoritária de se entender as cláusulas gerais incluídas em nosso diploma civilista de 2002. Os enunciados, pensados pelos principais expoentes da matéria, refletem maturidade e correção e, por isso, devem ser obedecidos e valorados em todos os casos onde se vislumbre sua utilidade e alcance.

Evidenciada, portanto, a importância desse instituto, cabe aqui relatar a justificativa de Vera Maria Jacob de Fradera quando propôs a aprovação do Enunciado 169 na III Jornada, que determina: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Sua justificativa fora elaborada por meio do artigo intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo” publicado por Fradera em 2004, na Revista Trimestral de Direito Civil, n. 45. Esse artigo já fora objeto de estudo no capítulo anterior (item 4.4). Não obstante, sem que se repita o que ali foi consignado, cumpre aqui elucidar os motivos que levaram a autora a realizar a proposta de aprovação do enunciado.

Afirma a estudiosa que (2004, p. 116) “o duty to mitigate the loss poderia ser considerado um dever acessório [...] pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato”. A aprovação do enunciado foi pertinente porquanto não há previsão expressa desse brocardo jurídico em nosso ordenamento. Os artigos 402, 403 e 945 não tratam do ponto fulcral do dever de mitigar a própria perda, como acima já mencionado.

Assim, muito embora exista doutrina minoritária sustentando entendimento em contrário (Daniel Pires Novais Dias, por exemplo) prevalece até a atualidade a concepção do duty to mitigate the loss como de dever anexo que decorre da boa-fé, positivada como cláusula geral, fato que permitiu a criação não

somente desse, mas de todos os demais deveres anexos já mencionados e os que ainda estão por vir, através da aplicação jurisprudencial – nem sempre acertada – que permitirá aquilatar e enumerar um rol cada vez mais amplo dos deveres que retratam o cumprimento ou não da boa-fé.

5.3 Leading Case, REsp n.º 758.518 – PR

Esse caso é o pioneiro do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Considerou para a final decisão, não apenas a boa-fé objetiva, mas também a teoria em si, evidenciando que o credor que não diminui suas perdas diante de um inadimplemento contratual, descumpra um dever e recebe punição.

Trata de caso em que as partes entabularam um contrato de promessa de compra e venda e em determinada altura, o promitente-comprador abandonou o imóvel sem realizar a necessária comunicação ao promitente-vendedor, que deixou de fruir do bem durante anos. Ocorre fora reconhecida a falta não apenas do promitente-comprador, mas também do promitente-vendedor, que durante anos não buscou reaver o imóvel para dele usar e fruir. Esse tempo de inércia foi reconhecido como quebra da boa-fé em razão de multiplicar as perdas indenizáveis. No caso houve a redução para penas 1 ano de indenização, quando o imóvel ficou sem utilidade durante quase 7.

Pela lavra do I. Ministro Vasco Della Giustina, o caso ficou assim ementado:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins.

Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o 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.

A partir desse voto, datado de 17 de junho de 2010, seis anos após a aprovação do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, a aceitação dessa teoria foi oficialmente pacificada em nosso país.

Deve-se ressaltar ainda que fora aceita como sendo dever anexos, decorrente da boa-fé objetiva, especificamente aos deveres de cooperação e lealdade.

Após esse voto vanguardista, diversos outros se seguiram, merecendo destaque o seguinte trecho, extraído do REsp n. 1325862-PR, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em 05 de setembro de 2013, que decidiu a pretensão resistida de um procurador público que visava a indenização por danos morais em razão de sentença publicada com trecho equivocado que não fora contestado, abrindo espaço para aplicação da teoria em estudo. Vale mencionar:

[...] 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.

5.4 Dos precedentes bandeirantes

Não poderia esse trabalho ignorar a relevância da jurisprudência nacional para a apreciação do tema proposto. Não há, de forma prática, qualquer doutrina mais bem elaborada que seja capaz de suprir a importância das decisões jurisprudenciais, que na maioria ou quase totalidade das vezes, servem de parâmetro para a solução dos casos postos à análise jurisdicional, responsáveis por dar vida às teorias doutrinárias. Nesse sentido, bem lembra Judith Martins-Costa (1999, p.451) “aquilo que *in abstracto* corresponde ao modelo teórico ideal é, por vezes, subvertido à vista das circunstâncias concretas”.

O dever de mitigar o próprio prejuízo enquadra-se totalmente no que acima foi consignado, ou seja, muito pouco valeria extenso arrazoado doutrinário se não houvesse decisões judiciais aplicando e contornando os seus efeitos.

Imprescindível, portanto, dar sequência à análise de casos relevantes que, em diferentes assuntos, demonstram quão relevante é o tema aqui tratado.

Prefaciando as decisões abaixo, deve-se advertir o leitor que a seleção das ementas aqui abordadas fora feita de forma profunda, porém não exaustiva, até porque impossível seria abarcar em um só trabalho as milhares de decisões sobre o tema.

Trataremos sobre três casos deveras curiosos onde a Duty to Mitigate the Loss não teve a sua aplicação admitida.

O primeiro deles, Apelação Cível n. 0287001-30.2009.8.26.0000, foi assim ementado:

EMENTA: PROMESSA DE COMPRA E VENDA Ação de resolução contratual c.c. reintegração de posse Inadimplemento dos promitentes compradores - Ocupação do imóvel por longo período, sem a devida contraprestação. Perda das parcelas pagas. Admissibilidade, nessa específica situação, sem violação ao Código de Defesa do Consumidor, por não ser desproporcional, pela longa ocupação sem a devida contraprestação. O retardamento da recorrida em tomar providências para resolver o contrato e reaver o bem, considerando-se a natureza social do empreendimento, de forma a prover habitação à população de baixa renda, não pode ser entendido como violação a boa-fé objetiva, aos deveres de probidade, cooperação e lealdade e ao “dever de mitigar o próprio prejuízo” (duty to mitigate the loss), mas sim em possibilitar aos devedores mais tempo para sanar a dívida e preservar sua moradia, ainda mais, que no caso, a autora foi a maior prejudicada, inexistindo violação ao princípio da dignidade da pessoa humana - Compensação das prestações pagas com o período de ocupação no imóvel Possibilidade O direito social da moradia não elide a obrigação da contraprestação, no caso, consistente no pagamento das parcelas do financiamento Recurso desprovido. (Rel. Desembargador Alcides Leopoldino e Silva Junior, dj. 06/08/2013, TJSP)

Nesse caso, fica evidente que quando há indícios de boa fé na omissão do credor em tomar as providências necessárias para que a dívida a ele devida seja sempre menor não há falar-se em má fé, ou provocação proposital de prejuízos. Nesse caso, sendo evidente que a CDHU demorou anos para ingressar com a ação de reintegração de posse e cobrança, apenas para aumentar as chances do morador de conseguir quitar sua dívida, essa demora não pode ser utilizada para diminuir o valor devido pelo beneficiário inadimplente. Esse entendimento foi repetido pela Apelação Cível n. 0555472-80.2010.8.26.0000.

Já o segundo caso evidencia a necessidade de valorar positivamente a atitude do credor que, não obstante demore a ingressar com medida judicial, toma as providências cabíveis extrajudicialmente para cientificar o devedor de que a dívida não só existe como aumenta com o passar do tempo. Vale mencionar:

Recurso de apelação. Ação de reintegração de posse. Litispendência. Inexistência. Comodato Verbal. Notificação judicial para desocupação. Ausência de devolução do imóvel. Posse injusta. Condenação em aluguéis pela ocupação da garagem. Recurso não provido. (Apelação Cível n. 0019613-02.2011.8.26.0008, Rel. Desembargador Lidia Conceição, dj. 04/12/2013, TJSP)

Foi alegado pelo réu, que a demora entre a notificação e o ingresso com a contenda judicial seria causa para aplicação da Duty, porém, de forma acertada a I. Desembargadora Lidia Conceição elucidou no decorrer de seu voto p seguinte:

“Todavia, não se constata, no caso em tela, inércia dos autores em face do dano sofrido. [...] Nessa senda, de fato, sabendo o apelante que o imóvel não lhe pertencia e que os proprietários pleiteavam a sua desocupação, não havendo mais que se falar em comodato após a notificação judicial realizada em 22 de julho de 2008 (fls. 36), demonstra-se correta a condenação aos aluguéis devidos a partir dessa data, tendo em vista a posse injusta do réu, ora apelante, deste então, nos termos do art. 582 do Código Civil.

Por fim, encerrando os casos em que não foi aceita a teoria como fundamento favorável a seu suscitante, vale mencionar a decisão extraída da Apelação Cível n. 0026080-64.2011.8.26.0309:

“Ementa Compra e venda. Atraso na entrega do imóvel. Falta de mão de obra não comprovada não exime responsabilidade da fornecedora Apelante. Fortuito interno, de responsabilidade da fornecedora Apelante (“teoria do risco”, art. 18, “caput”, CDC). Atraso enseja indenização do dano decorrente da impossibilidade de fruir do bem. Dever inclusive de indenizar despesas com transporte escolar do filho, transferido para escola próxima do imóvel. Recurso improvido. (Rel. Desembargador Luiz Antônio Costa, dj. 18/12/2013, TJSP)

A construtora demandada alegou que o casal destinatário da casa atrasada deveria ter se mudado para local mais próximo à obra e à escola dos filhos, evitando seu próprio prejuízo com o gasto com transporte escolar. Tal argumento não fora aceito e garantiu-se a indenização ao casal cuja casa foi entregue com atraso pela construtora.

Passa-se agora à breve análise dos precedentes que admitiram a utilização do dever de mitigar a própria perda como parâmetro de diminuição ou aniquilação do dever de indenizar em razão de descumprimento de contratos.

Inicia-se o relatório com um interessante caso onde talvez não tenha sido observada a gênese da teoria e seus fundamentos. Nesse julgado, o

desembargador julgador atraiu para si o dever de mitigar as perdas, dando-lhe interpretação diversa da que leciona a doutrina:

Locação de imóvel não residencial, com fiadores. Execução. Penhora "online". Constrição de numerário existente em conta bancária. Discussão sobre assegurar a liberação, da parte referente à aposentadoria, por impenhorável (embora haja julgados permitindo isso, em porcentual pequeno). Sem se olvidar do *duty to mitigate the loss*, dá-se provimento ao agravo da co-fiadora/ executada. (Apelação Cível n. 0118831-56.2013.8.26.0000Rel. Desembargador Campos Petroni, dj. 29/10/2013, TJSP)

Nesse peculiar julgado, entendeu-se por bem manter o bloqueio sobre as quantias que não faziam parte da aposentadoria, permitindo também novas penhoras na conta corrente que, segundo o I. Desembargador, pode ser utilizada para receber receitas além aposentadoria e, caso fosse bloqueada, colaboraria para tornar a dívida cada vez maior. Nessa linha de evitar que a dívida aumente, foi considerado que “tem o julgador certo dever de minimizar as perdas, evitando, através das decisões, que a dívida se torne com o passar dos anos, algo impossível de ser paga”. Assim, não houve proteção à conta em razão de o Desembargador visar a diminuição da dívida em favor do executado.

O caso a seguir deriva do contrato de financiamento em que não houve a baixa do gravame e o requerente, que visava indenizações de toda ordem, por não comprovar que agiu com a boa fé – comunicando a instituição para que promovesse a baixa no gravame – deixou de receber a indenização:

APELAÇÃO FINANCIAMENTO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE DEIXA DE REALIZAR BAIXA EM GRAVAME DE VEÍCULO EM DECORRÊNCIA DE ERRO MATERIAL NO PREENCHIMENTO DO NÚMERO DO CHASSI INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES NÃO CABIMENTO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO QUE NÃO DEMONSTROU TER AGIDO COM A DEVIDA BOA-FÉ OBJETIVA AO NÃO COMPROVAR QUE BUSCOU SOLUCIONAR O EQUÍVOCO. 1. Não tendo o apelante demonstrado, nos autos, que buscou solucionar o equívoco junto ao apelado, agindo, dessa forma, de acordo com os preceitos da boa-fé objetiva, inviáveis se tornam os pleitos indenizatórios. 2. Recurso improvido. (1012570-41.2013.8.26.0100, Rel. Desembargador Artur Marques, dj. 02/13/2013, TJSP)

Outra curiosa aplicação jurisprudencial para a teoria do dever de mitigar a própria perda está relacionada à postura processual das partes, onde exige-se ainda dos contratantes, o dever de manter a postura pautada pela boa fé observada durante a execução da avença. Trata-se de indeferimento de remessa de cálculos ao contador judicial sob o argumento de que seriam desnecessários e aumentariam ainda mais os gastos da credora que futuramente seriam objeto de indenização pela outra parte. Segue trecho do acórdão que melhor explica a situação:

Por fim, vale mencionar que a Sabesp não traz elementos suficientes aos autos a corroborar a tese de excesso de execução, e se as partes têm divergências apenas quanto à média, não se haveria mesmo de se utilizar de custoso trabalho pericial (que ficaria a cargo da Concessionária agravante) nesse caso, pois, como bem ponderado em primeiro grau, as partes deram conta de realizar o cálculo sem ajuda profissional. Não se pode olvidar do brocardo *duty to mitigate the loss*. (Agravo de Instrumento n. 0135319-86.2013.8.26.0000, Rel. Desembargador Campos Petroni, dj. 24/09/2013)

O próximo precedente trata de contrato de aquisição de pacote de turismo. Os fatos *sub iudice* retratam a aquisição do pacote por um casal que, muito embora tenham quitado sua parte na avença, não receberam “e-tickets” e “vouchers” para embarcarem na data agendada para sua viagem. Esse fato fez com que perdessem a viagem. Houve pedido por danos morais. Os danos morais foram indeferidos sob o fundamento de que o casal adquirente do pacote deveria obrigatoriamente ter realizado ações para realizar a viagem, tais como, adquirir com outra empresa, remarcar o voo. Segue trecho elucidativo da ementa:

2. O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo. Não tendo os autores recebido os bilhetes eletrônicos no prazo prometido, poderiam ter desde logo contratado outra agência ou mesmo reprogramado ou adiado a viagem. Não há nos autos alegação ou comprovação de que os apelantes tenham contatado a apelada após aquele prazo de 72 horas para lhe comunicar o não envio dos “e-tickets” e dos “vouchers” necessários para embarque e hospedagem. Se os autores quedaram-se inertes, descumprindo seu dever de boa-fé objetiva, não há que se falar em indenização por danos morais que poderiam, razoavelmente, ter evitado. 3. Recurso improvido. (Apelação Cível n. 0001836-78.2012.8.26.0457, Rel. Desembargador Arthur Marques, dj. 16/09/2013, TJSP)

Passa-se aqui, a exemplificar os mais corriqueiros exemplos jurisprudenciais de lides que envolvem a postura das Instituições Bancárias e evidenciam o porquê de toda a doutrina facilmente exemplificar a teoria em análise com a postura de Bancos.

Os Embargos Infringentes n. 9063374-90.2007.8.26.0000/50002 (Rel. Desembargador Mario Chiuvite Junior, dj. 24/10/2013) retratam situação em que o banco retirou o limite do cheque especial do correntista em razão de dívidas pendentes sem a necessária prévia notificação. Por isso, houveram cheques devolvidos e a conseqüente situação vexatória que facilmente poderia ter sido evitada. O resultado foi a condenação do Banco em pagar danos morais por violação “da boa-fé objetiva e do dever anexo do fornecedor de colaborar com o consumidor”.

Outro exemplo que não poderia deixar de ser mencionado, por ser deveras corriqueiro no meio forense, é o encerramento irregular de conta corrente e a conseqüente cobrança de tarifas bancárias sem que o consumidor efetivamente se utilize do serviço. No caso cuja ementa segue abaixo colacionada, o tribunal condenou o banco ao pagamento de danos morais em razão da negativação do nome do consumidor. É o trecho pertinente:

[...] Cabia ao banco solicitar ao cliente providências para regularizar o débito pendente na conta corrente e seu eventual encerramento, porém assim não procedeu. Dessa forma, é ilegítima a cobrança de saldo devedor de conta corrente que estava inativa. Além do mais, a cobrança indevida de encargos em conta inativa e a inclusão no rol de inadimplentes causa constrangimentos ao consumidor, o que por si só constitui dano moral a ser indenizado, ora arbitrado em R\$ 8.000,00. Sentença reformada. (Apelação Cível n. 0134469-57.2012.8.26.0100, Rel. Desembargador Israel Góes dos Anjos, dj. 14/05/2013, TJSP)

Por fim, válida a menção de um caso em que o Duty to Mitigate the Loss fora utilizado para justificar a postura de instituição bancária que não trouxe vantagem à parte supostamente hipossuficiente.

Com efeito, determinado consumidor realizou empréstimo para adquirir ações no exterior e para garantir o contrato foram utilizados todos os seus ativos.

Sobreveio o prejuízo do cliente com a aquisição das referidas ações e o inadimplemento do empréstimo contratado com o banco que, por sua vez, alienou todos os ativos do cliente inclusive ações. Entendeu o tribunal que tratava-se de contrato de risco e que o banco, jamais poderia ficar à mercê dos riscos que o consumidor se propôs a assumir. Como argumento a reforçar tal postura, defendeu o tribunal bandeirante que ao banco cabia o dever de mitigar seus danos e, por isso, agiu de forma escorreita ao valer-se dos ativos do seu cliente inadimplente, como já previa o contrato. Assim, concluiu-se que “a ingerência da casa bancária é de rigor, decorrente do dever colateral de reduzir os seus próprios prejuízos”.

As relações de locação, como acima já visto, também realçam a necessidade de debate sobre a teoria em tela. Sua aplicação vem sendo aceita nos casos em que o locador assiste inerte o aumento da dívida para mover ação de cobrança contra o fiador somente quando o montante inadimplido for quase inalcançável. O resultado disso é a redução da obrigação do fiador. No caso abaixo transcrito, a dívida superada 24 meses de aluguel e a obrigação do fiador foi reduzida a pagar apenas 6 meses. Foi assim fundamentada a decisão:

Declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com compensação por danos morais. Locação não residencial. Ação de fiador contra locador. Preliminar. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Omissão da locadora quanto à comunicação da inadimplência do locatário e protraimento abusivo do exercício do direito de ação de despejo, causador de dano ao fiador. Violação da boa-fé objetiva. Doutrina. Dever de o credor mitigar o próprio prejuízo. Fiador exonerado. Danos morais não configurados. Ausência de agressão à dignidade humana. Sucumbência recíproca, observado o benefício da justiça gratuita à apelante. Recurso provido em parte. (Apelação com Revisão n. 0007984-22.2011.8.26.0011, Rel. Desembargador Hamid Bdine, dj. 25/04/2013, TJSP)

[...]

Não se pode olvidar que é conceito da boa-fé objetiva o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo, o que, no caso, representaria a tomada de providências imediatas pelo credor no sentido de extinguir o vínculo contratual com o inadimplente, ao revés de comodamente assistir ao incremento diuturno da dívida em prejuízo do fiador, que dela sequer teve notícia, para só após o elevado período de quatorze meses de inadimplência, propor ação de despejo e aí sim acionar o fiador para pagamento de avolumada dívida, a que não deu causa, e que atualmente supera dois anos.

Dessa forma, uma vez mais restringiu-se o direito de crédito do locador em razão de descumprimento da boa-fé objetiva por não cientificar o fiador sobre o inadimplemento dos alugueres.

6 DA APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR A PRÓPRIA PERDA E A DIMINUIÇÃO DA INDENIZAÇÃO

Esse ponto será abordado em duas etapas. Na primeira, será abordada a situação do credor que cumpre seu dever de mitigar a própria perda e arcar com os gastos disso. Já a segunda, cuidará dos casos em que o credor não atua com boa-fé, permitindo que a pretensa indenização se multiplique.

6.1 Do credor que cumpre seu dever de mitigar o prejuízo

O credor, frente ao inadimplemento de um contrato, pode tanto envidar esforços para diminuir suas perdas como quedar-se inerte, provocando o aumento do prejuízo.

Para aquele credor que realiza os esforços necessários, deve-se consignar que em seu favor milita o surgimento de nova obrigação de indenizar para o devedor, obrigação essa que, quando liquidada, deverá ser acrescida aos gastos havidos com a contenção dos danos.

Nesse sentido leciona Vera Maria Jacob Fradera que “as despesas ocasionadas pelo emprego de medidas (razoáveis) seriam acrescidas aos danos suportados pelo credor” e, garantindo-se assim a ausência de prejuízos àquele que não os deu causa.

Como se pode notar acima, há a preocupação da doutrina, liderada por Claude Witz, citado por Vera Fradera, em manter-se a razoabilidade nos gastos efetivados pelo credor para diminuir seus prejuízos. Não pode o credor, sob o pretexto de estar mitigando seu próprio prejuízo, agir dolosamente a fim de causar maior prejuízo ao devedor faltante. Como menciona Daniel Dias (2011, p. 125) não

haverá indenização pelo devedor nos casos em que “o aumento do dano é resultante de uma decisão caprichosa ou pouco razoável”.

Essa razoabilidade deve ser observada casuisticamente, de forma a ponderar as condições particulares das partes, considerando-se o contexto da obrigação. Não se verificando a má fé do credor em aumentar os danos a serem indenizados, merece o credor a sua total restituição.

Vale mencionar ementa extraída do julgamento do REsp n. 1274629/AP, que bem exemplifica a valoração dos gastos proporcionais a serem indenizados:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA QUE PREVÊ RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR QUANTO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DECORRENTES DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECIPROCIDADE. LIMITES. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Os honorários contratuais decorrentes de contratação de serviços advocatícios extrajudiciais são passíveis de ressarcimento, nos termos do art. 395 do CC/02. 2. Em contratos de consumo, além da existência de cláusula expressa para a responsabilização do consumidor, deve haver reciprocidade, garantindo-se igual direito ao consumidor na hipótese de inadimplemento do fornecedor. 3. A liberdade contratual integrada pela boa-fé objetiva acrescenta ao contrato deveres anexos, entre os quais, o ônus do credor de minorar seu prejuízo buscando soluções amigáveis antes da contratação de serviço especializado. 4. O exercício regular do direito de ressarcimento aos honorários advocatícios, portanto, depende da demonstração de sua imprescindibilidade para solução extrajudicial de impasse entre as partes contratantes ou para adoção de medidas preparatórias ao processo judicial, bem como da prestação efetiva de serviços privativos de advogado e da razoabilidade do valor dos honorários convencionados. 5. Recurso especial provido. (REsp n. 1274629/AP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, dj. 16/05/2013, STJ)

É possível concluir, portanto, que não importa apenas o valor dos serviços realizados para evitar prejuízos, mas também sua necessidade diante de cada caso.

Outra reflexão que propõe Daniel Dias (2011, p. 126) é que o “agente deverá se orientar sempre pela proporção que deve existir entre as despesas e a utilidade que delas se pretende auferir”. Assim, o credor deverá ponderar os gastos que irá dispende e aqueles que ocorreriam caso permanecesse inerte.

Porém, uma indagação surge sobre os casos em que não é possível aquilatar 'a priori' os prejuízos que ocorreriam sem a intervenção do credor. Pode-se facilmente imaginar que haja um inadimplemento e o credor tome as atitudes que entende cabíveis – dentro do padrão da boa-fé – e seus gastos acabem por ultrapassar o dano que em tese seria evitado ou ainda, esses gastos com o cumprimento do dever de mitigar a própria perda não surtam qualquer resultado, havendo o prejuízo de qualquer forma.

Podemos supor um exemplo de um avicultor que possui diversos galinheiros e adquire uma galinha com determinado vírus fatal, sem saber que estava ela infectada no ato da compra. Ao descobrir o vírus, o produtor acaba matando todas as galinhas do galinheiro em que a infectada foi alojada, tentando evitar que esse vírus se propagasse para as demais crias, causando a morte de todas. No entanto, apenas um dia após a realização de tal ato, é descoberto um antivírus capaz de imunizar todas as aves.

Nesses casos, em que é possível comprovar ter sido a atitude do credor fundada na lealdade e probidade, é de rigor a responsabilização do devedor faltante por esses gastos ou prejuízos, porquanto ainda que inúteis, ocorreram como consequência direta do inadimplemento inicialmente realizado.

Por fim, vale mencionar que não se mostra aceitável a ideia que alguns doutrinadores compartilham no sentido de que haveria culpa delitual com consequente perdas e danos a serem pagos pelo credor ao devedor. Esse entendimento contraria o que acima fora defendido no sentido de que há apenas o descumprimento da boa-fé objetiva e isso, por si, acarreta a necessidade de diminuição da indenização a ser paga proporcionalmente aos danos que poderiam ter sido evitados.

Passa-se então à análise das consequências e definição dos danos no caso em que o credor não adota condutas para combater os prejuízos derivados do inadimplemento.

6.2 Do credor que não cumpre o dever de mitigar o prejuízo.

A primeira interessante questão a ser abordada refere-se ao credor que demora algum tempo para requerer judicialmente a reparação dos danos ocasionados pelo inadimplemento.

Inicialmente trataremos do exercício tardio de direito nas obrigações de trato sucessivo, onde há acúmulo de parcelas. Conforme propõe Daniel Dias (2011, p. 127) as obrigações inadimplidas podem ser divididas em dois tipos: as que sofrem atualização por juros e as que são frutos de inadimplemento reiterado de prestações convencionadas pelo devedor.

No primeiro caso, em que há incidência de juros para atualizar a mora, o doutrinador defende a aplicação do artigo 405 do Código Civil, que determina ser a citação o termo 'a quo' da incidência de juros.

No entanto, essa tese representa entendimento excepcional da doutrina atual pátria. Não há, atualmente, fundamento científico para incorporar o artigo 405 de forma geral nos casos de atraso na prestação, porquanto essa é uma previsão a ser utilizada de forma supletiva, apenas quando não houver previsão do contrato sobre a incidência dos juros e seu termo 'a quo'. Assim, deve ser utilizada a teoria em tela para justificar a redução dos juros incidentes durante a inércia proposital do credor, enquanto aumenta o seu prejuízo e também o do devedor.

Já na segunda hipótese, onde há o exercício tardio de direito em obrigações que não sofrem incidência de juros cabe um esclarecimento. Segundo Daniel Dias (2011, p.133) nesses casos "o débito aumenta porque o devedor não cumpre a sua obrigação e não porque o credor não exige o cumprimento" e, por tais razões, defende ser inaplicável a teoria.

De fato, nas obrigações em que não há aumento além do acúmulo da obrigação (juros, multas ou danos em razão da não execução do compromisso), caso o credor não exija o adimplemento durante largo período de tempo, a teoria que melhor se amolda não é a 'duty', mas sim 'venire contra factum proprium' e 'sупressio', porquanto com o passar do tempo nascerá confiança no devedor de que

determinada obrigação não mais será exigida. Surge então, para o devedor o “surrectio”, o direito de não ter contra si a pretensão de uma execução jamais perquirida pelo credor. Isso se justifica em razão de que o único dano é aquele causado pelo próprio devedor e, sobre ele o credor não tem ingerência. Por exemplo, um caso em que há atraso no pagamento de parcelas e sobre o atraso no pagamento dessas parcelas não exista incidência de multa ou juros. Portanto, ainda que o devedor seja inadimplente, o valor das parcelas não sofre aumento e, além do prejuízo direto de seu inadimplemento, o credor não conta com nenhum outro. Nesses casos não há vantagem ao credor em deixar transcorrer o tempo para obter maior indenização, não se justificando evitar o agravamento da própria perda sem que isso signifique maiores encargos para o devedor. Frise-se, não se contraria a possibilidade de o devedor conseguir diminuir o montante final, mas isso não poderá ser fundamentado no dever de mitigar a própria perda.

Quanto à aplicação dessa teoria mesmo antes de findo o prazo prescricional, deve-se tecer uma consideração sobre o que expôs Daniel Dias (2011, p. 134) no sentido de que dentro o prazo da prescrição é permitido ao credor cobrar a totalidade da dívida ainda não fulminada pelo impedimento temporal. Deve-se, porém, cindir a prescrição e o dever anexo de diminuir a própria perda.

São dois institutos que em nada se assemelham, sendo que a prescrição vigora em prol da segurança jurídica (AMORIM FILHO, 1997, p. 734), enquanto o dever de mitigar a própria perda milita em favor da probidade, lealdade e confiança que deve permear todas as relações contratuais.

Dessa forma, antes de decorrido o lapso temporal que fulmine a pretensão do credor com a prescrição, pode ser interposta demanda onde conste a totalidade da dívida, com juros e correção. Nessa etapa é que entra em cena a teoria do dever de mitigar a própria perda, onde o juiz deverá ponderar os fatos da demora injustificada do credor em pleitear o adimplemento, analisando ainda os aumentos dos prejuízos a serem suportados pelo devedor.

Funciona, portanto, o dever anexo como fator de conscientização dos credores que se mantêm inertes visando maior indenização ao final, moldando-os ao que determina a boa-fé objetiva, no sentido de cautela não apenas com a execução do contrato, mas também com a pessoa e o patrimônio do outro contratante.

Havendo aumento da dívida além do inadimplemento é perfeita a aplicação da teoria do dever de mitigar a própria perda. Para esses casos, deve-se realizar algumas ponderações sobre a quantificação da diminuição da indenização a ser paga pelo credor.

Sobre as obrigações de trato sucessivo, deve-se observar o tempo que o credor se manteve inerte, visando propositalmente o acúmulo da dívida. Com base nesse tempo, pode-se proceder à redução das prestações a partir de determinado tempo, como fez o Colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp. n. 758.518, acima estudado.

Porém, nas situações em que não há obrigação de trato sucessivo, os parâmetros para diminuição do lucro que o credor deixa de auferir, assim como nas demais, não encontra parâmetro fixo na lei e como nos casos de arbitramento de dano moral, o Juiz deve se apegar às circunstâncias fáticas do caso em análise.

Inicialmente, impõe-se a secção do dano. Dentro da totalidade pretendida pelo credor, existe o dano que decorreu exclusivamente da atitude do devedor e aquele que poderia ter sido evitado pelo credor.

O primeiro, dano ocasionado exclusivamente pelo inadimplemento, deve ser obrigatoriamente indenizado posto que sobre ele, o credor não tem poder de ingerir-se – frise-se a exceção dos casos vistos acima, onde a obrigação é de trato sucessivo e o credor deve cobrar as parcelas, sob pena de acúmulo da dívida e ruína do devedor.

O segundo é o dano que poderia ter sido evitado pelo credor. Podendo ser evitado pelo credor que opta por manter-se inerte, esses prejuízos não devem ser indenizados.

Vale aqui registrar um válido exemplo. Comum na prática comercial que duas empresas realizam diversos contratos de compra e venda a serem quitados através de duplicatas eletrônicas. Durante esses trâmites, em razão de mínimos e compreensíveis descuidos, ocorrem emissões de boletos com mercadorias ou valores relacionados de forma errada, o que ocasiona o não pagamento da cártula e seu conseqüente protesto.

Diante disso, a empresa sacada tem a opção de comunicar a empresa emitente, que deverá emitir uma carta de anuência ou então, pode quedar-se inerte,

permitindo a ocorrência do protesto para posteriormente solicitar indenização por danos morais. Esse é uma hipótese clássica de dano moral da pessoal jurídica, a grande maioria da jurisprudência aceita a hipótese.

No entanto, o cenário vem gradativamente sofrendo alteração. Vale mencionar o seguinte trecho da sentença exarada no Processo n. 0900254-17.2012.8.26.0037, pelo I. Magistrado Fernando de Oliveira Mello:

Ocorre, porém, que, na específica situação em concreto, o direito à reparação deve ser afastado por conta de desvio de conduta praticado pela própria autora, que, diante da clara possibilidade de evitar o prejuízo, permaneceu inerte, em flagrante afronta ao que determina a atual sistemática do direito privado. Isso porque a requerente, na perspectiva da cláusula geral da boa-fé, tinha o dever lateral de, ao menos, tentar impedir ou mitigar as consequências do fato lesivo. Em outras palavras, a partir do momento que a autora teve à sua disposição carta de anuência na qual a sacadora do título reconhecia sua quitação, cabia-lhe, no mínimo, notificar o cessionário do crédito (Banco Paulista S/A), para que retirasse o apontamento, ou, adotando procedimento mais efetivo a resguardar sua honra objetiva, ajuizar cautelar de sustação de protesto.

Vale a menção a outra sentença que também evidencia o novo contexto das relações civis:

No que tange ao pedido de indenização por dano moral, apesar de se me afigurar que ele é caracterizado "in re ipsa" em casos de inscrição indevida em cadastros de maus pagadores e em caso de indevidos protestos pela pecha que implicam ao assinalado devedor, no caso dos autos, apesar de indevidamente apontado o título, fato é que antes de o protesto ser lavrado, a parte autora foi devidamente intimada para pagamento do débito de modo a evitá-lo, ocasião em que se não lhe aprouvesse tentar demonstrar o pagamento do débito em Cartório Extrajudicial, bastasse intentar a presente ação formulando o mesmo pedido de tutela antecipada, que foi concedida, antes que ele se verificasse. Não obstante isso, ela somente adotou providências para seu cancelamento, inclusive outorgando procuração ao causídico subscritor da inicial, em data muito posterior ao lapso máximo para lavratura do protesto ora guerreado (fls. 06). Nessa quadra, não há como se apontar que a culpa exclusiva por referido protesto foi da parte requerida, de modo que ausente esse elemento, não há que se cogitar de sua responsabilização civil para fins de condená-la a pagar à parte autora indenização por danos morais. (Processo n.º 0005115-85.2012.8.26.0291, Juíza Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira, dj. 11/03/2013)

Note-se que nesse segundo caso especificamente, havendo o protesto (que facilmente seria evitado por simples medida judicial), considera-se existente a culpa exclusiva do então credor que deixa de tomar as providências necessárias para evitar que seu nome seja maculado pelo cadastro dos maus pagadores.

Dessa forma, nota-se que sempre que possível a separação entre o dano inevitável e o evitável, deve-se excluir da indenização aquele que o credor optou por não barrar.

7 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, foram analisados os princípios mais relevantes para a atual sistemática do Direito Civil. Foi consignado que durante as últimas décadas, em especial após a promulgação da Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil, novas regras foram apresentadas à sociedade.

Passou a existir, então, preocupação em se conservar a confiança existente entre as partes. Isso foi feito através do abrandamento de diversos princípios originariamente patrimonialistas, como o “pacta sunt servanda” que atualmente ainda existe e tem força, mas diante de previsões contratuais que extrapolam os direitos de uma das partes, esse princípio perde sua força para que o contrato possa ser revisto e modificado.

Atualmente, a doutrina e jurisprudência reconhecem que nem toda avença representa é firmada por homens igualmente livres e conhecedores daquilo que lhes beneficia. Impõe-se, diante disso, a relativização do contrato em razão das acentuadas diferenças entre os contratantes, refira-se ou não a contratos de consumo. Assim, passou a ser fundamental a manutenção da finalidade do contrato como instrumento de circulação de riquezas sem acarretar a nenhuma das partes a penúria financeira.

Está em voga a função social do contrato, que garante a equivalência das prestações e determina a proteção da parte mais fraca e o respeito à coletividade.

Além disso, o Novo Código trouxe os princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, completando a transição do individualismo protegido pelo Código de 1916 para a solidariedade e novos padrões de conduta estipulados pelo Código de 2002.

Diante desse cenário nasce a boa-fé objetiva, antes positivada apenas em seu aspecto subjetivo (como estado de ignorância de uma das partes), mas que atualmente conta com previsão expressa no ordenamento em forma de cláusula

geral. Diante da cláusula geral foi possível à doutrina e jurisprudência qualificarem as posturas das partes antes, durante e após a vigência do contrato, respeitando sempre o novo arcabouço principiológico do Direito Civil.

Inicia-se então o surgimento e aplicação dos chamados deveres anexos, que representam a função integrativa da boa-fé objetiva.

Dentre os deveres anexos já pacificados pela doutrina e jurisprudência mundial, destaca-se o dever de mitigar a própria perda que, conforme visto, impõe ao credor que sofre inadimplência a execução de ações tendentes a minorar seus prejuízos, visando ainda evitar que haja maiores danos ao patrimônio do devedor.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que o dever de mitigar a própria perda é um dever anexo, derivado da cláusula geral da boa-fé objetiva e que se enquadra nos novos preceitos trazidos pelo Código Civil, posto que exige o respeito ao “standard” jurídico da boa-fé objetiva a medida em que o credor deve agir em prol do patrimônio do devedor, evitando que haja ampliação desnecessária da indenização a ser futuramente paga em razão do inadimplemento.

Essa situação, quando judicializada, demanda do julgador apurado senso crítico para analisar as provas dos autos e cindir o dano que seria inevitável, daquele evitável pelo credor. Feito isso, imprescindível é a diminuição da indenização sobre a parcela sobre a qual o credor tinha controle.

Sobre essa redução, válida a secção do estudo em algumas situações.

No tocante ao credor que cumpre o padrão de conduta da boa-fé e envida ações pretendendo mitigar seu prejuízo, deve-se garantir o pagamento da indenização daquilo que razoavelmente foi gasto. Diz-se “razoavelmente” porque não se pode permitir que sob o subterfúgio de estar evitando maiores danos, o credor fale justamente o contrário, gastando quantias desproporcionais sob a alegação de estar mitigando seu prejuízo.

Quanto aos credores que não cumprem o seu dever, mas que a obrigação não sofre acréscimo de juros ou multas ou existe alguma decorrência danosa da inadimplência, a teoria mais adequada para tutelar o cumprimento da boa-fé objetiva não é o dever de mitigar a própria perda, mas sim “venire contra factum proprium”. Isso porque, nessa hipótese não se verifica no aumento do dano a

justificativa para a inércia do credor – já que o descumprimento pelo devedor não lhe acarretaria aumento da indenização a ser paga.

Nos demais casos, porém, onde há incidência de juros, multas ou consequências danosas, deve ser aplicada a teoria do “duty to mitigate the loss”, indenizando-se somente o dano inevitável ao credor.

Não havendo, porém, divisão estanque entre o dano inevitável e o evitável, notadamente nos casos em que a inércia prolongada ocasiona aumento dos encargos com o passar do tempo, deve-se, da mesma forma como ocorre com o arbitramento do dano moral, estudar as particularidades do caso, englobando eventual justificativa da inércia do credor, bem como averiguar qual foi o proceder das partes durante o desenrolar do contrato, podendo aquilatar exatamente as circunstâncias casuísticas e reduzir a indenização a ser recebida pelo credor faltoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. **Revista dos Tribunais n. 744**, outubro de 1997.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DELGADO, José Augusto. A Ética no Novo Código Civil. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, n. 15. Jun-Dez / 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/informativo/article/viewFile/314/299>. Último acesso em 03 de fevereiro de 2014.

DIAS, Daniel Pires Novais. O Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado** nº 45. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan-Mar. / 2011.

DIAS, José de Aguiar, **Da Responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena . **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.7.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Responsabilidade Civil**: Arnaldo Rizzardo 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil** nº 19. Rio de Janeiro: Padma. Jun-Set / 2004.

FRANZOLIN, Cláudio José. **Scientia Iuris**. A responsabilidade decorrente do inadimplemento dos deveres anexos do contrato. nº 13. Londrina, Nov / 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**.12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990

MARQUES, Claudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial, tomo XXII**. 3ª ed. Editor Borsoi. Rio de Janeiro: 1971.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NALIN, Paulo Roberto. **Do contrato: Conceito pós moderno**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PAVELSKI, Ana Paula. **A função da boa-fé no contrato individual de trabalho**. Disponível em: http://www.tr9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexoId=1512188 . Último acesso em 12/12/2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol III**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade Civil**. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

REALE, Miguel. **A Boa-fé no Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm> . Último acesso em 12/12/2013.

_____. **A Função Social do Contrato**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm> . Último acesso em 10/01/2014.

_____. Visão Geral do Projeto de Código Civil. **Revista dos Tribunais n. 752**, Junho de 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Direito Civil. Parte Geral.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé do Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil. Contratos.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **A boa-fé e o novo Código Civil – Parte III.** Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm. Último acesso em 24/12/2013.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium.** 1ª ed. São Paulo: Renovar, 2005.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial.** 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais.

STOLZE, Pablo. Editorial n. 13 **Duty to Mitigate.** http://api.ning.com/files/yJ6CMvevO1ry9a4uce0XiAkWyNUVjpymZu6PcrCBPk*E4iuOH41VpbC4Z0A762BLRohhF7a-CLy6xy7q-duEhOye4sPQP2LA/Editorial13.pdf, último acesso em 13/06/2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.** 5ª ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. **A Volta das Jornadas de Direito Civil.** Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201109051303210.TARTUCE_Jornadas.doc. . 05/09/2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 4. v.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 2. v.

_____. **Direito Civil: Contratos em Espécies.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 3. v.

ANEXO – Dos acórdãos utilizados no corpo do estudo pertinentes à teoria estudada