



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DANIELLE ALVES LUCENA LIMA

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SOUSA - PB  
2010

DANIELLE ALVES LUCENA LIMA

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB  
2010

DANIELLE ALVES LUCENA LIMA

ANÁLISE DA APLICAÇÃO AO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior

---

Examinador interno

---

Examinador externo

Aos meus pais, Damião de Lucena Lima e Dilva Alves Lucena Lima, sopros do amor de Deus em minha vida, por me proporcionarem todos os meios necessários ao alcance dessa conquista, dedico.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter preparado e abençoado meu caminho de um modo tão especial, concedendo-me o júbilo de inúmeras vitórias, para que eu pudesse perceber quão importante é a luta, e o sabor amargo de umas poucas derrotas, como forma de me fazer mais forte.

Ao meu pai, Damião de Lucena Lima, pelo exemplo de perseverança, versatilidade e sabedoria, por me agradecer tantas vezes com um orgulhoso “Ah! Eu já sabia!” após cada uma das minhas conquistas, e a minha mãe, Dilva Alves Lucena Lima, pelo exemplo de abnegação, simplicidade, dedicação e fé inabalável na Força Divina. Atrelado a esse agradecimento segue também um pedido de desculpas, por ser simplesmente impossível traduzir em palavras a força imperecível do sentimento que nos une.

A Daniel Lucena, por dividir comigo as descobertas da infância, as inconstâncias da adolescência e os desafios da idade adulta, enfim... pela irmandade que vai muito além de meros laços de sangue.

Aos meus familiares, de modo especial aos meus avós paternos José Rodrigues de Lima e Maria Carmelita de Lucena Lima (*In memoriam*) e aos meus avós maternos José Alves Lucena e Maria Alves Lucena, pelo incentivo constante, deste e do outro plano da existência humana.

Àqueles a quem posso verdadeiramente chamar de amigos: Tony, Lana, Aninha e Nyelli, pelos tantos momentos de alegria e pelo apoio nos momentos mais difíceis.

A Águida Cléa Torres Cardeal, pela presença sempre tão marcante nestes últimos cinco anos, pela ajuda constante, pelas lágrimas, pelos risos, por ser a irmã que Deus me permitiu escolher.

A Júlio César Santos de Azevêdo, pelo companheirismo tão evidente nessa caminhada, pela compreensão, pelas palavras de estímulo, pelo seu amor.

A José Rodrigues de Lima Netto (meu Nino) e Maria Eduarda Cardeal, pela esperança sempre tão presente em seus olhinhos infantis.

Ao Dr. Orlando Jansen e à minha tia Fátima, pela amizade sincera e por tantas interseções espirituais feitas por mim.

A Escola Estadual de Ensino Fundamental e Médio Monsenhor Manuel Vieira, por simbolizar o conhecimento adquirido à custa de muito esforço e as grandes amizades lá construídas.

Aos companheiros de caminhada na Universidade, de modo especial aos que integram/integraram a Turma Concluinte 2010.2.

A Consuelo, pela sua colaboração em momentos tão difíceis da minha vida sousense, por estar sempre tão disposta a me ouvir; pelos seus conselhos tão sábios e valiosos.

Ao professor Thiago Marques Vieira, por me fazer enxergar, através de seu exemplo de dedicação, que a docência é um dom, um presente divino, e que por isso deve ser extremamente bem desempenhada.

Ao professor Admilson Leite de Almeida Júnior, pela prestimosa colaboração para o desenvolvimento deste trabalho e por me proporcionar, de modo tão efetivo, o sonhado exercício da docência através das atividades da monitoria.

À professora Maria dos Remédios de Lima Barbosa, pelo seu exemplo de ética profissional.

À professora Elizalva, pela profecia feita naquela manhã de sábado.

À madrinha Fátima, pela preciosa contribuição na revisão de todo este trabalho monográfico.

Àqueles que contribuíram de modo direto na minha formação profissional: Dr. Euler Paulo de Moura Jansen, Dr. Henrique Jorge Jácome de Figueiredo, Dra. Iêda Maria Dantas e Darnelly Leite dos Santos.

A Seu Antônio e a Diogo do DDD, pelo otimismo sempre explícito nas conversas de todas as tardes.

A todos os funcionários do CCJS.

E a todos aqueles que de uma forma ou de outra me presentearam com suas orações e com sua torcida, ainda que velada.

A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à  
justiça em todo lugar.

Martin Luter King

## RESUMO

O *duty to mitigate the loss* ou, em vernáculo, o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo, é derivado do direito anglo-saxão e tem por fulcro o equilíbrio entre as prestações correspondentes a cada uma das partes da avença, visando a impedir que o credor, a partir de sua inércia em sobrestar os efeitos de uma eventual quebra contratual, contribua para o aumento do seu próprio dano patrimonial. Neste diapasão, a presente pesquisa objetiva avaliar em que bases seria possível a aplicação do *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro, qual a sua natureza jurídica e delimitar que parâmetro de responsabilidade civil deverá ser usado para sancionar seu descumprimento. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, a pesquisa bibliográfica e documental, mediante o exame de decisões jurisprudenciais acerca do tema, e o procedimento comparativo, a partir da confrontação do ordenamento jurídico nacional com as legislações alienígenas. A partir de então, restou constatado que o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo é um consectário do princípio da boa-fé objetiva, inserto na categoria de dever anexo ao contrato, mais precisamente como um dever de cooperação, e que o seu descumprimento enseja uma responsabilização patrimonial que independe de culpa, decorrendo, pois, do abuso de direito.

**Palavras-chave:** *Duty to mitigate the loss*; Princípio da Boa-fé Objetiva. Abuso de Direito.

## ABSTRACT

The duty to mitigate the loss or, in the vernacular, the duty of the creditor to mitigate the injury, is derived from the Anglo-Saxon law and the fulcrum is the balance between the services provided by each party to the covenant in order to prevent the lender from its inertia defer the effects of a possible breach of contract, will contribute to increasing your own damage to property. In this vein, this research aims to evaluate on what basis it would be possible to apply the duty to mitigate the loss in the Brazilian legal system, what its legal status and defining parameter that liability should be used to penalize non-compliance. For this, we used the hypothetical-deductive method, the research literature and documents, through the examination of court decisions on the subject, and the comparative procedure, from the confrontation of national law with the laws aliens. Since then, remained determined that the duty of the creditor to mitigate the injury is a consectário the principle of objective good faith, insert the category of duty attached to the contract, precisely as a duty to cooperate, and that its noncompliance entails an accountability sheet that is independent of fault, occurring, therefore, an abuse of process.

**Keywords:** Duty to mitigate the loss; principle of objective good faith. Abuse of law.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CJF/STJ - Conselho de Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS .....</b>	<b>13</b>
2.1 DA RUDIMENTARIDADE DA TROCA OU ESCAMBO AO CONSENSUALISMO COMO FONTE CONTRATUAL .....	13
2.2 O CONTRATO NA FORMAÇÃO DO ESTADO: AS VISÕES DE HOBBS, LOCKE E ROSSEAU .....	19
2.3 DO INTERVENCIONISMO ESTATAL NO DIREITO CONTRATUAL À “CRISE DOS CONTRATOS”: A TRANSFORMAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS E PRINCÍPIOS DA TEORIA GERAL DO DIREITO CONTRATUAL .....	22
<b>3 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO CONTRATUAL ..</b>	<b>27</b>
3.1 DA <i>FIDES ROMANA</i> AO SISTEMA DAS CLÁUSULAS ABERTAS .....	27
3.2 O ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL .....	29
3.3 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA .....	30
<b>4 DO DEVER DE O CREDOR MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO .....</b>	<b>33</b>
4.1 PRIMEIRAS DEFINIÇÕES .....	33
4.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> .....	35
4.3 DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 RELACIONADOS AO <i>DUTY</i> <i>TO MITIGATE THE LOSS</i> .....	38
<b>5 DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE O CREDOR MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO .....</b>	<b>40</b>
5.1 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS .....	40
5.2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	41
5.3 ANÁLISE DE DECISÕES JURISPRUDENCIAIS FUNDAMENTADAS NO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> .....	46
5.4 O <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> COMO MANIFESTAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO .....	51
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>57</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Sendo o contrato a mais difundida e a mais importante fonte das obrigações, a regulamentação das suas premissas basilares constitui, indubitavelmente, uma condição de desenvolvimento econômico e social.

Dessa maneira, tendo por esteio as constantes alterações oriundas da maior integração entre os mercados produtores e consumidores dos diversos países, é consequencial a multiplicidade das formas de apresentação e dos efeitos dos tipos contratuais.

Seguindo essa tendência, faz-se mister esclarecer e delimitar os deveres jurídicos das partes da avença, sobretudo no tocante a tempo e modo de cumprimento das prestações, sejam elas recíprocas ou não, e a responsabilidade decorrentes de eventual inadimplemento.

Para tanto, não se pode prescindir da ideia de boa-fé objetiva, que é delineada como um modelo jurídico, não sendo possível enumerar, a priori, as hipóteses em que ela é verificável, visto que é uma cláusula geral. Seu conteúdo não pode ser rigidamente fixado por ser demasiadamente amplo.

Insero nesse rol está o *duty to mitigate the loss*, tendência capitaneada pelos ordenamentos jurídicos alemão, suíço e francês e largamente desenvolvida pelo sistema jurídico norte-americano, de imprimir ao credor o dever de mitigar seus próprios prejuízos. Esse dever se materializa na adoção das medidas cabíveis para o sobrestamento do dano, variáveis caso a caso, na hipótese de quebra da base contratual, e na responsabilização do credor em caso de descumprimento do mesmo.

O *duty to mitigate the loss* é uma construção doutrinária e jurisprudencial inovadora, que garante uma mudança positiva no ordenamento jurídico nacional, no sentido de materializar uma aplicação de legítima justiça, ao visar o equilíbrio e a harmonia entre as partes da avença.

A incorporação desse dever desmitifica a antiga concepção de que a parte incumbida de agir durante a maior parte da execução contratual é unicamente o devedor e que este, além de arcar com o adimplemento da prestação, seria isoladamente responsável, na quase totalidade dos casos, pelo pagamento dos prejuízos de uma eventual mora.

Por tudo isso, o *duty to mitigate the loss* exige análise imediata. E é justamente isso a que se propõe o presente trabalho.

Nessa propensão, considerando as nuances do cenário jurídico nacional, indaga-se inicialmente em que bases seria possível a aplicação *do duty to mitigate the loss*.

Visando a responder esse questionamento, este estudo tem por objetivo geral analisar se a atual configuração do ordenamento jurídico brasileiro está apta a recepcionar o *duty to mitigate the loss*, e como objetivos específicos esclarecer a natureza jurídica do *duty to mitigate the loss* no âmbito nacional e internacional e definir os limites da responsabilidade civil decorrente da infração a este dever.

Logo, a opção metodológica da pesquisa reside no método hipotético-dedutivo, posto que há um problema-base e soluções propostas sob as quais irão se desenvolver os chamados testes de falseamento, ou seja, as tentativas de refutação para que, ao final, se averigüe se há corroboração ou rejeição das conjecturas previamente analisadas.

Objetivando materializar esse intento, recorreu-se ao uso da pesquisa bibliográfica e ao exame das decisões jurisprudenciais acerca do tema, utilizando-se o procedimento comparativo a partir da confrontação do ordenamento jurídico nacional com as legislações alienígenas.

Desta feita, o presente trabalho se divide em quatro capítulos. O primeiro deles aborda a evolução histórica dos contratos e parte da rudimentaridade do contrato de troca, abordando o consensualismo como fonte contratual; o contrato na formação do Estado, destacando as visões de Hobbes, Locke e Rosseau, e o intervencionismo estatal no direito contratual, para chegar, por fim, na chamada “crise dos contratos”, visando analisar a transformação dos pressupostos e princípios da Teoria Geral do Direito Contratual.

O capítulo segundo avalia a boa-fé objetiva como princípio do direito contratual. Estabelecendo de início um breve aparato histórico, conseqüentemente analisa os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que materializam esse princípio e enumera suas funções.

Na seqüência, o terceiro capítulo aborda o *duty to mitigate the loss*, conceitua-o, define sua natureza jurídica e elenca os dispositivos legais do Código Civil que o retratam.

Por fim, o quarto e último capítulo discorre sobre o descumprimento do *duty to mitigate the loss*, esboça as correntes doutrinárias acerca do tema e os aspectos gerais da responsabilidade civil, analisa decisões jurisprudenciais e, por último, estabelece a natureza da responsabilidade civil daí decorrente.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS

Tendo por esteio a retrospectiva histórica do direito contratual, impescinde ressaltar a troca ou escambo como a primeira de suas manifestações.

Com o desenvolvimento das antigas civilizações, esta modalidade de avença foi substituída pela compra e venda e houve o surgimento de outros tipos contratuais, que foram aos poucos se diversificando até serem legalmente sistematizados pelo direito romano.

Posteriormente, o fenômeno da publicização contratual culminou com as tentativas de explicar o surgimento do Estado a partir de um pacto fictício entre os indivíduos, o chamado contrato social.

Na sequência, dando um salto na marcha histórica impende destacar todas as mudanças pelas quais passou a teoria geral dos contratos, traduzida pela expressão “crise dos contratos”, que longe de significar a derrocada desse instituto, traduz a positividade da mudança de paradigmas do mesmo.

### 2.1 DA RUDIMENTARIDADE DA TROCA OU ESCAMBO AO CONSENSUALISMO COMO FONTE CONTRATUAL

O desenvolvimento econômico das sociedades primitivas materializou-se através da troca, também chamada escambo, que nada mais é senão a permuta de bens, sem que para tanto haja a intermediação do dinheiro. Este tipo de avença surge da necessidade de prover a subsistência dos povos que a praticavam, a partir da substituição do excedente pelo faltante.

Prelecionam Milhomens e Alves (2006, p. 396):

A permuta ou troca, também denominada escambo ou barganha, surgiu primitivamente entre os homens, pela necessidade de suprimento das utilidades que a vida exigia: cada um desfazendo-se daquilo que lhe sobrava, indo ao contato do que a outros faltava (...).

A partir dessa conjuntura é possível aduzir que as partes envolvidas no ajuste estipulavam livremente a quantidade e tipo de produto que poderia envolver as suas negociações.

Partindo dessa premissa é de todo coerente acompanhar a preclara circunspeção de Pereira (2006, p.199), ao afirmar que

Historicamente a troca foi o primeiro contrato, e a bem dizer o primeiro passo na escala dos valores jurídicos, porque traduz a aceitação da idéia de compreensão, substituindo a de apreensão, ou seja, o significado de que o homem passou da fase em que obtinha pela força os bens e as utilidades necessárias a uma outra que elegeu como técnica de obtenção o entendimento recíproco.

Posteriormente, determinou-se que as trocas seriam feitas mediante o uso de um produto comum a todos, como a cevada, na época sumérica. Na sequência, com a difusão do valor fiduciário da moeda, a troca foi substituída pela compra e venda e surgiram outros tipos contratuais.

As Leis de Eshnunna e o Código de Hamurábi são apontados pela História do Direito como os primeiros diplomas legais escritos a versarem sobre contratos de que se têm notícias.

Situadas em um período histórico que antecede o Código de Hamurábi (1825-1787 a. C), as Leis de Eshnunna compilam, na seção que compreende os parágrafos de trinta a quarenta e um, diversos dispositivos que retratam as nuances do direito contratual da época.

Nesse sentido, Bouzon (1981, p.36):

Começa com o § 15 proibindo ao tamk̄arum (comerciante) e à s̄ābitum (taberneira) receber prata ou «naturalia» a-di ma-di-tim (em pequena quantidade?) da mão de um escravo ou de uma escrava. O § 16, por sua vez, temática ou de terminologia, nos leva a descobrir uma mentalidade regida pela ciência das listas, tão comum entre os sumérios e babilônios. proíbe o tipo de empréstimo «qlptum» ao m̄ar awilim la zizu, i.é: o filho que ainda vive na comunidade da casa paterna, e ao escravo. Os §§ 15 e 16 proibem dois tipos de contratos, mas não prescreveu as sanções a serem impostas nos casos de infração da lei. Como observa Petschow, as conseqüências legais em casos de violação da lei eram certamente a anulação do contrato e a obrigação, no § 15, de restituir os bens recebidos.

(...)

Os §§ 18a a 24 reúnem diversas prescrições relativas a empréstimos. O § 18a determina as taxas de juros normais para empréstimos de prata e de cevada; o § 19 o prazo de vencimento e os §§ 20 e 21 a taxa de juros em casos especiais.

Seguindo a mesma tendência, o Código de Hamurábi (aproximadamente 1.700 a.C), apresenta inúmeros dispositivos que disciplinam uma considerável diversidade contratual, tendo como parâmetro a rudimentaridade do período histórico em que surge. O tipo contratual mais abordado é a compra e venda, como forma de transmissão da propriedade. Não obstante, a locação, o mútuo, os contratos de transporte e de depósito, além de definições sobre taxa de juros também são destacados nesta codificação.

A evolução das relações humanas no meio social culminou com a tendência à sistematização legal das relações contratuais, cristalizada, no direito romano, na pessoalidade do vínculo e no surgimento e consolidação de diversas modalidades de avença.

Na Roma Antiga, a *conventio* (convenção), como tradução de toda forma de negócio bilateral, era o gênero da qual eram espécies o contrato e o pacto. Os contratos (do latim, *contractus*: unir, contrair), nominados, com forma pré-estabelecida em lei (*stipulatio*) e dotados da faculdade de reclamação em juízo, tinham por finalidade criar relações jurídicas de cunho obrigacional (ALVES, 2006). Contratar era obrigar-se a honrar com os compromissos pré-estabelecidos livremente no momento da concretização da avença. Os pactos (do latim, *pacis si*: estar de acordo) eram utilizados para “denominar um acordo de vontades sem força cogente” (VENOSA, 2007, p. 334). Traduziam meras cláusulas acessórias do contrato, não eram nominados, não tinham formas previamente estipuladas por lei e comportavam apenas exceção, onde o devedor não negava o que era alegado pelo credor, contudo apresentava fato acessório e diferente que tinha por fulcro impedir a exigibilidade do cumprimento da obrigação que, a partir de então, passava a enquadrar-se como natural.

A depender do período histórico romano que se aborda – se Clássico, Pós-Clássico ou Justinianeu –, os elementos que compõem essa relação obrigacional originada do contrato e seus fatores consequenciais variam.

No Período Clássico o formalismo, traduzido muitas vezes pela entrega da coisa avençada, pela repetição de palavras estabelecidas em lei e pelo simbolismo de determinados gestos, é sobrelevado como elemento objetivo, sendo o acordo de vontades um elemento meramente secundário, sem tantos reflexos práticos. Este quadro, entretanto, sofre brusca modificação no Período Pós Clássico, pois surgem os contratos meramente consensuais, as obrigações decorrentes do simples acordo de vontades.

Sobre esse panorama, Pereira (2006, p. 46):

Entendia o romano não ser possível contrato sem a existência de elemento material, sem exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*. Primitivamente eram as categorias de contratos *verbis*, *re* ou *litteris*, conforme o elemento formal se ostentasse por palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou pela inscrição no *Codex*. Somente mais tarde, com a atribuição de ação a quatro pactos de utilização freqüente (venda, locação, mandato e sociedade) surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *solu consensu*, isto é, pelo acordo de vontades.

O formalismo contratual romano é positivamente caracterizado pela possibilidade de fixação do momento exato de estabelecimento do contrato, qual seja o da conclusão das

formalidades; pelo fato de o juiz, em sede de ação judiciária, limitar-se apenas a averiguar a obediência às formas sem, no entanto, analisar a intenção das partes; e pela delimitação precisa do objeto e do valor da obrigação, não havendo que se falar na escolha destes ser delegada ao arbítrio de um magistrado, em eventual demanda judicial, posto que já estariam rigorosamente determinados pelo ritual apropriado para tanto. Como aspecto negativo deste apego excessivo a forma tem-se a morosidade na conclusão do contrato, o fato de ao devedor não ser facultada a alegação de fatos supervenientes que o impediriam de cumprir o avençado e a impossibilidade de anulação dos contratos por vícios como erro, dolo, coação etc (CRETELLA JÚNIOR, 1998).

No Período Justinianeu, a partir do aumento no fluxo dos negócios em Roma, onde o comércio predominava como atividade econômica, a vontade das partes é conduzida ao patamar de elemento de validade dos contratos, sobretudo na fase final da codificação.

Assim, a partir de então, quatro são as modalidades dos contratos: os consensuais, que se aperfeiçoavam com o mero acordo de vontades, como a compra e venda, a locação, o mandato e a sociedade; os reais, que tinham como pré-requisito a tradição da coisa, como o depósito e o mútuo; os verbais, que exigiam a repetição de determinadas palavras que constituíam um ritual solene, como é o caso da promessa, feita pelo liberto, de prestar serviços; e os literais, consubstanciados pela forma escrita ou pela proferição de palavras, como o dote e o mútuo (RIZZARDO, 2009).

Um outro aspecto a ser destacado no contratualismo romano é a execução obrigacional, por seu efeito bastante peculiar que era a pessoalidade do vínculo. Quando se contratava, garantia-se o adimplemento da obrigação pela pessoa física do devedor, equiparado então a mero objeto de direito. O credor possuía então direitos sobre a pessoa do devedor, podendo inclusive tolher sua própria liberdade ou ceifar-lhe a vida em caso de descumprimento do que fora estipulado. Só muito mais tarde foi possível transferir os efeitos de um possível distrato para os bens do sujeito passivo da obrigação.

Um exemplo claro dessa conjuntura é o *nexum* que, como um negócio jurídico arcaico, na visão de Alves (2006, p.118),

era um ato *per aes et libram* pelo qual o devedor (ou este e sua família) se vendia (automancipação), ou se dava em penhor (autoempenhamento), ao credor para garantir o cumprimento de uma obrigação; (...) por ele, passava a ter o credor poder (semelhante ao dono com relação ao escravo) sobre o devedor – e se fosse o caso sobre os membros de sua família (...).

Após a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C), instaurou-se o período histórico conhecido como Idade Média, que se estendeu até a tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1453. No aspecto jurídico ressalta-se, neste período, a coexistência de dois ordenamentos jurídicos distintos: o visigótico (civil) e o canônico. O primeiro, de índole mais determinista, traduzia o direito como um sistema social, reflexivo das vicissitudes históricas. O último relevava o apego excessivo ao simbolismo ao destacar a essencialidade dos rituais para a validade das obrigações surgidas a partir dos contratos, traduzindo um retrocesso se comparado ao Período Justinianeu da Roma Antiga que legalmente admitia os contratos *solu consensu*.

Entre os supracitados rituais, o principal era a entrega do bem objeto do contrato: a coisa adquirida pela compra e venda, a *res* cedida por liberalidade do credor na doação etc. Tal configuração classifica os contratos dessa época como reais.

Entretanto, na Baixa Idade Média há uma inclinação para substituir os contratos reais pelos formais, a partir de três instituições que, consoante o ensinamento de Gilissen (1995, p. 734), seriam

- o *dinheiro de Deus* (fr. *le denier à Dieu*; lat. *Denarius Dei*), moeda de baixo valor entregue por uma parte a outra e destinada a um uso piedoso; não se trata de um princípio de pagamento. O processo subsistiu até o final do séc. XIX: assim, numa sentença belga de 1882, reconhece-se ainda o uso do dinheiro de Deus, no caso uma soma de dois francos entregue a uma criada aquando de sua admissão;

- o *vinho do mercado* (fr. *le vin du marché*): as duas partes entram numa taberna e bebem juntamente vinho ou outra bebida, muitas vezes na presença de testemunhas que participam nas libações. Ainda se encontram restos desta instituição nas zonas rurais de hoje.

- a *palmada* (fr. *paumée*; lat. *palmata*): as duas partes apertam a mão, ou então o comprador dá uma palmada na face do vendedor: « *férir la paumée* ». A palmada significa a entrega da coisa. O costume de Montpellier do séc. XIII (art. 100º) exige a *paumée* para validar uma venda: *emptio non valet sine palmata*; passa-se o mesmo com um costume flamengo do séc. XVI. Mesmo nos nossos dias, nos mercados de gado centro-europeus, a palmada é de uso corrente.

Nesse diapasão faz-se mister salientar que a noção de contrato foi difundida sobretudo pela Igreja, mormente através do casamento, que nada mais era senão “um contrato pelo qual o homem e a mulher se dão um ao outro e recebem um do outro o direito perpétuo e exclusivo sobre seus corpos”. O contrato era, em essência, matéria afeta ao direito civil (visigótico), no entanto o Estado que ascendia era o responsável pela sua execução (CICCO, 2006, p. 91).

No rol dos contratos formais sobreleva-se, pela sua importância prática, o contrato feudo-vassálico. Após a invasão do Império Carolíngio pelos Bárbaros, durante os séculos IX

e X, instituíram-se os feudos, consubstanciando núcleos de resistência a ataques desse tipo. Como um resquício histórico da administração descentralizada de Carlos Magno, que estabeleceu a autonomia local dos condados ao confiá-los a administração dos condes, os feudos eram comandados por um chefe, semelhante ao *pater familias* de Roma e Atenas, que geria com autoridade incontestada seus latifúndios, formando assim a nobreza feudal.

Em alguns casos, um nobre proprietário de uma grande área ou de um grande número de terras poderia conceder, mediante contrato, parte delas para outro nobre ou reservar-lhe a exploração de direitos de pedágio sobre estradas e pontes. Para tanto havia a chamada “cerimônia de homenagem” onde o nobre proprietário de terras, também chamado de suserano, concedia uma fração de suas terras ou algum privilégio econômico a outro nobre, a quem se chamava vassalo, que em troca, oferecia auxílio militar para a proteção das propriedades pertencentes ao suserano. Esta promessa materializava-se em um “juramento de fidelidade diante de uma relíquia religiosa ou perante os evangelhos” (VICENTINO E DORIGO, 2001). O juramento acompanhava as convenções para atribuir-lhes maior exigibilidade.

Já a influência da Igreja na Era Medieval fazia prevalecer as declarações de vontade emitidas sob a invocação daquilo que se considerava divino, o que gerava certa temeridade quanto às consequências morais de um eventual descumprimento do prometido, posto que a lei propriamente dita não previa nenhuma sanção jurídica. A quebra do acordo “constituía *peccatum*, faltar ao obrigado atraía as penas eternas” (PEREIRA, 2001, p. 44).

Afirma, com propriedade, Gilissen (1995, p. 735):

A Igreja mostrou-se desde cedo favorável ao respeito da palavra dada. Textos canônicos dos sécs. IV (Chromatius) e VI (Gregório, o Grande) assimilam já a mentira ao perjúrio; é preciso manter a promessa feita por simples *loquela* (enunciação) como a feita por juramento.

Isto posto, é passível de inferência que o ato de empenhar a palavra era irreversível e traduzia a obrigatoriedade daquilo que se optava por contratar. Nesse contexto é aclamado, sobretudo pelos jusnaturalistas, o princípio do *pacta sunt servanda*, impondo que os contratos devem ser cumpridos em respeito à vontade das partes avençantes. O contrato surge da acedência, do consenso dos sujeitos da relação jurídica que, por sua vez, é fruto da autonomia da vontade dos mesmos. Tal acepção é cristalizada, por exemplo, no Código Civil Francês, de 1804, quando imperava, em seu art. 1134º, que “as convenções legalmente formadas impõem-se como lei àqueles que as celebraram” (GILISSEN, 1995, p 738).

Dessa maneira, o princípio do consensualismo prevaleceu durante o século XIX e estendeu-se pelo século XX (PEREIRA, 2001), fazendo preponderar a anuência das partes como elemento suficiente para concluir validamente um contrato e conservando, apenas excepcionalmente, alguns contratos reais e formais que exigiam a tradição da coisa ou a execução de certas formalidades para imprimir-lhes legitimidade.

## 2.2 O CONTRATO NA FORMAÇÃO DO ESTADO: AS VISÕES DE HOBBS, LOCKE E ROSSEAU

Denomina-se contrato social ou contratualismo o pacto estabelecido entre os homens para a formação do Estado, como meio de libertação dos conflitos e instauração da paz e da segurança na sociedade. “O contrato, assim compreendido é ato de lógica política” (DIAS, 2008, p. 66).

Essa concepção se desenvolveu no período histórico a que se denomina Idade Moderna (1453-1789) e tem como principais teóricos Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Hobbes (1588-1679) acreditava que o egocentrismo humano conduzia os indivíduos ao caos social (estado de natureza) e pregava que a unidade e a harmonia em um meio comum somente seria possível através da centralização do governo que instituiria a sociedade civil organizada. Destarte, o Estado é compreendido como criação humana originada de um pacto fundado na razão, feito pelos indivíduos que o habitam, cujo objetivo é a segurança e a conservação individual, pessoal e patrimonial, a partir da transferência de direitos para o governante. Segundo o próprio Hobbes (1974, p. 107),

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros) ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos, sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita.

Os homens renunciam a liberdade ilimitada e ao exercício de qualquer direito que possa aniquilar a paz tão almejada, posto que “a liberdade absoluta implica morte, por ausência radical de segurança, e então a morte da liberdade: o direito natural deixado a si mesmo se aniquila como direito” (BILLIER e MARYIOLI, 2005, p.140). Esta renúncia há de

ser total, pois “o contrato é único, fixo e não pode consistir em outra coisa senão uma subordinação absoluta e incondicional dos indivíduos ao Estado-Leviatã” ((BILLIER e MARYIOLI, 2005, p. 140), de cunho absolutista, chamado de república.

Partindo dessa premissa conclui-se que não se admitia o distrato ou a insurgência de quaisquer indivíduos contra o pacto, ao contrário, mesmo os que votaram contra ele deveriam legitimar seus atos ao subjugarem-se aos mesmos por serem minoria. Nas palavras de Reinaldo Dias (2008), o descumprimento deste contrato equivaleria à injustiça.

John Locke (1632-1704), partindo de um estado de natureza onde os homens são livres e iguais, porém extremamente egoístas, esquematiza o contrato social como a cessão mínima de direitos a um governante, através do consentimento de toda a sociedade ou de sua maioria, que já equivaleria ao seu todo, como forma de reforço a salvaguarda ao direito de propriedade e a garantia da máxima liberdade para os indivíduos.

Nessa toada, o poder deixa de ser absoluto, como aquele apregoado por Hobbes, e passa a ser limitado pelo respeito aos direitos naturais fundamentais que são, para Locke, a liberdade, o trabalho e a propriedade. O contrato é sinalagmático e tem obrigações muito bem definidas. O homem cede seus direitos individuais em troca das garantias que pretende obter.

Nas palavras de Dias (2008, p. 69),

O Estado deve fixar as regras (legislação), difundir seu conhecimento (educação), evitar sua violação (segurança) e punir o seu não-cumprimento (justiça). Os indivíduos tem o direito de resistir a opressão do governante que se excedeu nos termos do mandato. O resultado do contrato, para Locke, é o Estado liberal, que deve exercer um mínimo de funções, garantir o direito dos habitantes e ter um nível baixo de intervenção direta na geração de políticas relativas à economia e ao aspecto social.

No mesmo sentido está a opinião de Billier e Maryioli (2005, p. 146), quando aduzem que

O contrato lockiano tem então um objetivo fundamental de preservação: trata-se de garantir esses direitos naturais no direito positivo. Para existir, uma autoridade pública deve ser investida. Mas esta se verá estreitamente ligada aos direitos que deverá garantir: se ela abusa do poder que lhe foi confiado, o povo conserva permanentemente a possibilidade legítima de reconquistar sua soberania. Em Locke tudo consiste em uma bilateralidade da obrigação política: a obrigação dos súditos de obedecer aos direitos positivos editados pelo Estado se afirma apenas na obrigação do Estado de respeitar os indivíduos. A submissão ao poder público não é jamais incondicional; pelo contrário, os direitos naturais fundamentais são a condição permanente do exercício do poder e da aplicação e do respeito às leis positivas.

Isto posto, resta clara a possibilidade de quebra do pacto, com a consequencial dissolução da associação política, se descumpridos, pelo Estado, os deveres que o legitimam.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) visualiza o contrato social como a maior expressão da democracia, ao instituir o Estado Democrático de Direito fundado na lei.

Rousseau, assim como Hobbes e Locke, também alicerça e fundamenta sua teoria contratualista no hipotético estado de natureza, que para ele nada mais é senão a bondade, liberdade e isonomia humanas em essência.

Não obstante, ao traduzir uma igualdade natural entre os indivíduos, o estado de natureza cria certas dificuldades no trato de determinadas matérias, pela ausência de sistematização legal. Nesta acepção, Rousseau (1997, p. 23) elucida que

Sendo a força insuficiente para conservar o que adquiriu, o rico, a fim de legitimar sua posse, imagina dar aos homens máximas e instituições além das naturais.

Daí a formação de associações e de governantes, daí a perda da liberdade e do direito natural.

A conquista não é viável sem convenções, a riqueza é a primeira forma de conquista e a convenção, que fundamenta a sociedade, é mais vantajosa para o rico do que para o pobre, que não tem nada a perder.

Destarte, o contrato social é considerado “um procedimento dialético no qual a totalidade das liberdades individuais naturais converge para o Estado, que vai redistribuí-las consagradas com o selo do direito positivo” (BILLIER E MARYIOLI, 2005, p. 148), como forma de igualar moralmente os indivíduos que já eram naturalmente iguais e proporcionar-lhe segurança e bem comum.

Na visão de Rousseau acerca do conteúdo desse contrato (1997, p. 71),

As cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato que a menor modificação as tornaria inúteis e sem efeito, de sorte que, embora talvez jamais tenham sido formalmente enunciadas, são em toda parte as mesmas, em toda parte tacitamente admitidas e reconhecidas; até que, violado o pacto social, cada qual retorna aos seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela.

Bem compreendidas, essas cláusulas se reduzem todas a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade. Pois, em primeiro lugar, cada qual dando-se por inteiro, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém tem interesse em torná-la onerosa para os demais.

Portanto, do estado de natureza que é direito natural em sentido estrito, marcado pela oposição de interesses particulares, avança-se para uma sociedade construída a partir do direito natural dotado de racionalidade, formado pela união daqueles mesmos interesses, que

revela-se na lei como instrumento da vontade geral. Só a vontade geral pode elaborar as leis que todos são obrigados a cumprir. Trata-se de um consensualismo extremado.

### 2.3 DO INTERVENCIONISMO ESTATAL NO DIREITO CONTRATUAL À “CRISE DOS CONTRATOS”: A TRANSFORMAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS E PRINCÍPIOS DA TEORIA GERAL DO DIREITO CONTRATUAL

Após um longo período de transmutações políticas, econômicas e culturais pelas quais passou o Estado Liberal, sobretudo a partir da industrialização, verifica-se no cenário jurídico uma expansão dos direitos com caráter social.

Surgida em meados do século XVIII, e tendo sido mais concretamente difundida no início do século XIX, a Revolução Industrial foi um marco no processo produtivo da economia mundial, caracterizando-se não só pelas inovações tecnológicas, mas, sobretudo, pelas mudanças sociais.

A partir de então, os trabalhadores, temerosos em perder sua posição na cadeia produtiva para o maquinário em ascensão, insurgiram-se inúmeras vezes contra a burguesia. Segundo Norberto Bobbio (*apud* MOTA e BRAICK, 1997, p. 275),

ludismo foi o nome usado para designar movimentos operários de protesto que se desenvolveram no final do século XVIII e início do século XIX em busca de melhorias salariais e da contenção da mecanização do ciclo produtivo, principalmente no setor têxtil.

É nesse cenário de revolta operária que, consoante o pensamento de Cláudia Lima Marques (2002, p. 151), “os problemas sociais crescem e dão origem à primeira intervenção poderosa do Estado Liberal nas relações privadas: O Direito do Trabalho”. Intervenção esta consubstanciada nos contratos de trabalho, instituidores de um novo regime na teoria contratual, pelo qual o trabalhador oferece sua força de trabalho ao empregador em troca de um salário.

Insta mencionar, porém, a vileza dos salários, encerrando a total desproporcionalidade entre as tantas horas de trabalho diário e a contraprestação recebida. Tal realidade, somada ao culto ao igualitarismo de todos os indivíduos, consolidado no contrato

social e mais tarde tomado como lema da Revolução Francesa, estabeleceu o conceito de hipossuficiência do proletariado.

Por conseguinte, aos excessos das doutrinas socialistas, que lutavam contra o capitalismo, por considerá-lo a causa das desigualdades sociais ao impossibilitar o acesso dos indivíduos as mesmas oportunidades de desenvolvimento pessoal, acopla-se o comedimento da Igreja Católica, mormente através de suas encíclicas, sugerindo “a mudança de uma moral individual para uma ética social” (MARQUES, 2002, p. 151), que deveria ser consolidada pela ingerência do Estado.

Essa ingerência, inicialmente protetiva, na busca de um equilíbrio nas relações contratuais, assume, na sequência, um caráter de direção, de dirigismo. O Estado passa agora a regular e fiscalizar os contratos porque estes devem atender a uma função social.

Levando em consideração esses novos delineamentos sociais, Cláudia Lima Marques (2002, p. 208) destaca que

No início, o intervencionismo estatal dar-se-á através da planificação de certas atividades, pela fiscalização e controle de certos negócios, pela fixação de quotas e preços mínimos. Mas, aos poucos, o intervencionismo estatal evolui de modo a fomentar a edição de leis limitadoras ao poder de auto-regulamentar determinadas cláusulas (p. ex.: cláusula de juros) e determinar o conteúdo de certos contratos, passando a ditar o conteúdo daqueles contratos em atividades imprescindíveis (por exemplo: transportes, fornecimento de água, luz).

Paulo Lôbo (1983, p. 43), abordando o contrato no Estado Social, assevera que o mesmo “deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também instrumento de política econômica”. Esta mudança de paradigma tem a sociedade de massas como fator de transformação.

As relações jurídicas de massa são despersonalizadas e há grande dificuldade na identificação dos sujeitos, o que resulta em uma reestruturação das premissas da autonomia privada, em suas duas vertentes: liberdade de contratar e liberdade contratual.

A liberdade de contratar liga-se à alternativa de estabelecer ou não a avença e à eleição do pólo subjetivo da relação contratual, ou seja, assenta-se também naquele com quem se pactua. Já a liberdade contratual relaciona-se a livre escolha do conteúdo do contrato, de seu objeto, de sua prestação. Esta última, de modo mais visível, esteve ao longo da evolução da teoria contratual, sob a influência de inúmeros preceitos de cunho restritivo, nomeadamente pelo princípio da função social do contrato. Tal inferência levou Marques (2002, p. 225) a garantir que

A limitação a liberdade contratual vai possibilitar, assim que novas obrigações, não oriunda da vontade declarada ou interna dos contratantes, sejam inseridas no contrato em virtude da lei ou ainda em virtude da interpretação construtiva dos juízes, demonstrando mais uma vez o papel predominante da lei em relação à vontade na nova concepção de contrato.

Os contratos concluídos sob a égide do individualismo eram assinalados pela importância dada as declarações de vontade dos contratantes, pelo respeito a palavra empenhada. Pontes de Miranda (1974, p.7) chegou a afirmar que “não há negócio sem vontade de negócio”.

Hodiernamente, para a conclusão da relação contratual as declarações ou manifestações de vontade não são consideradas elementos essenciais. Fatores como a lei propriamente dita ou outros imperativos estatais influenciam o conteúdo do negócio jurídico patrimonial. Muitas vezes a mera utilização da prestação ultima o contrato.

Acerca da configuração desse destaque secundário conferido ao elemento vontade, Tartuce (2010, p. 84) apregoa que

Do ponto de vista prático e da realidade, essa é a principal razão pela qual se pode afirmar que a autonomia da vontade não é mais princípio contratual. Ora a vontade tem agora um papel secundário, resumindo-se, muitas vezes, a um *sim* ou um *não*, como resposta a uma proposta de contratação (*take it or leave it*, segundo afirmam os americanos, ou seja, *é pegar ou largar*). Em reforço, diante dessa realidade negocial, não se pode dizer, às cegas, que os contratos fazem lei entre as partes, como era comum outrora.

Essa visão tradicional de força obrigatória dos contratos, que os equipara a preceitos legais imperativos, tem sua origem no Direito Romano, onde não era possível a revisão ou extinção dos pactos. Atualmente o que se verifica é justamente o oposto. Ao juiz, desde que provocado, é possível rever o conteúdo contratual e até mesmo determinar alterações na sua execução, mediante a ponderação entre a vontade das partes e o que se entende por equidade. E tudo isso só se torna viável em observância à máxima da função social dos contratos.

A função social dos contratos, consoante Tartuce (2007, p. 415) pode ser conceituada como sendo “um princípio contratual, de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade”. Seguindo essa mesma concepção, um tanto quanto determinista, Enzo Roppo (1999, p. 171) prega que

o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isso se exprime através da fórmula de relatividade do contrato (como, aliás, de todos os institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido.

Acompanhando o mesmo raciocínio, Marques (2002, p. 178) assegura que

o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas. É um estilo de pensamento cada vez mais tópico, que se orienta para o problema, criando figuras jurídicas, conceitos e princípios mais abertos, mais funcionais, delimitados sem tanto rigor lógico.

Destarte, tendo ganhado espaço a partir do fenômeno da personalização do direito, a função social do contrato é mais um meio de proteção ao vulnerável, por destinar-se a tutelar os direitos da pessoa humana a partir da restrição do conteúdo contratual. Essa restrição opera-se, de modo basilar, a partir do mister da boa-fé objetiva ou princípio da eticidade. Logo, é coerente afirmar que a função social do contrato encontra guarida no campo da eficácia contratual.

Entretanto, no que tange à delimitação da eficácia da função social do contrato há grande celeuma entre os estudiosos do tema. Doutrinadores como Flávio Tartuce, representando a orientação majoritária, defendem a dupla eficácia, a primeira de cunho interno, tão somente entre os pactuantes, e a segunda de cunho externo, perante terceiros e portanto com repercussão nas relações sociais. Outros como Fernando Noronha e Sílvio de Salvo Venosa entendem que o princípio sob testilha teria apenas eficácia interna. Há ainda quem aponte a eficácia meramente externa da função social do contrato. Esta é a visão de Humberto Teodoro Júnior (TARTUCE, 2010, p. 95).

A percepção da eficácia interna, na teoria de Tartuce (2010, p. 96) dá-se

*a)* pela mitigação da força obrigatória do contrato; *b)* pela proteção da parte vulnerável da relação contratual, caso dos consumidores e aderentes; *c)* pela vedação da onerosidade excessiva; *d)* pela tendência de conservação contratual, mantendo a autonomia privada; *e)* pela proteção de direitos individuais relativos à dignidade humana; *f)* pela nulidade de cláusulas contratuais abusivas por violadoras da função social.

Já a eficácia externa, segundo o mesmo estudioso, materializar-se-ia, por exemplo, pela tutela externa de crédito e pela função socioambiental do contrato.

A socialização do contrato conduz também a um fenômeno paradoxal, qual seja o ressurgimento do formalismo e a desmaterialização de certos pactos. A retomada das formas constitui um meio de garantir o interesse social num prisma material, consubstanciado num documento, por exemplo. Já a desmaterialização dos pactos é decorrência da sociedade de informação, da sociedade de consumo e suas relações instáveis.

Destoando das implicações do formalismo, essa última revelação social conduz a insegurança jurídica. As contratações por meio dos chamados meios eletrônicos, como a Internet e as telecomunicações de massa, a exemplo da TV a cabo, conduzem a uma verdadeira desumanização do contrato. Sua desregulamentação ou, em alguns casos, a regulamentação incipiente conduzem a sérios problemas, especialmente no que pertine a prova da existência do negócio, deveres dos pactuantes e a responsabilidade decorrente de eventual inadimplemento.

Ante a essas digressões, é passível de ilação que a chamada *crise* da teoria contratual nada mais é senão uma mudança de concepção para que se atenda o interesse jurídico dos contratantes de agora e não a derrocada daquele que é a maior expressão do direito privado. “O contrato não caiu em desuso nunca e, por isso, permanece vivo, sua força revela sua indispensabilidade no trato das relações jurídicas e na manutenção da segurança” (HIRONAKA, 2002, p. 2).

Como ensina Cláudia Lima Marques (2002, p. 167), trata-se a mencionada crise

de uma fotografia, de um momento guardado para ser estudado, mas que ainda nem denominação fixa tem. A verdade é que do modelo estático da compra e venda, de um dar, passamos para um modelo dinâmico, complexo, reiterado e de fazeres de longa duração, como nos contratos de serviços (...). Passamos de um contrato bilateral e comutativo, para o modelo de um contrato múltiplo, conexo, triangular ou plúrimo, onde nos pólos encontram-se uma variada gama de sujeitos, como o fornecedor direto e a cadeia de fornecedores indiretos e sujeitos protegidos (individuais ou coletivos).

Deste modo, o contrato é hoje muito mais do que um mero instrumento de circulação de riquezas. Ao se publicizar, o contrato é também um instrumento de proteção dos direitos individuais. No novo modelo contratual a autonomia privada e a força obrigatória dos contratos encontram-se mitigadas pela necessidade premente de conexão com a probidade e de adaptação a uma função social, que é sinônimo de maleabilidade em decorrência da sedimentação de novos valores.

### 3 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO CONTRATUAL

A boa-fé objetiva foi alçada pelo Código Civil de 2002 à categoria de princípio basilar de toda essa codificação. Materializada no art. 422 do mencionado diploma legal e tendo por fundamento constitucional a proteção à dignidade da pessoa humana, esse princípio traduz grande carga axiológica, razão pela qual é considerado cláusula geral.

Neste norte, não se pode olvidar que a sua delimitação só é possível a partir da interpretação do caso concreto, identificando-se quais os deveres anexos criados e qual é o alcance da limitação ao exercício de direitos subjetivos de cada uma das partes da avença.

#### 3.1 DA *FIDES* ROMANA AO SISTEMA DAS CLÁUSULAS ABERTAS

A boa-fé objetiva, como princípio basilar que incide atualmente sobre todas as relações jurídicas do meio social, tem suas raízes fincadas no direito romano, primeiro ordenamento jurídico a sistematizar logicamente as bases de uma teoria geral dos contratos.

Na Roma Antiga, a boa-fé estaria, a priori, intrinsecamente ligada àquelas relações as quais a lei não poderia proteger, como era o caso dos contratos consensuais, haja vista não serem dotados da possibilidade de ação.

Em torno da temática, Bruno Lewicki (*apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006, p. 63) estabelece que

*A fides seria antes um conceito ético do que propriamente uma expressão jurídica da técnica. Sua 'juridização' só iria ocorrer com o incremento do comércio e o desenvolvimento do jus gentium, complexo jurídico aplicável a romanos e a estrangeiros.*

Apenas no Período Clássico o quadro inicialmente desenhado sofreria alteração, por obra do direito pretoriano, implicando na prerrogativa de o juiz analisar o caso não apenas pela ótica das partes, mas considerando também outras questões eventualmente ligadas à contenda.

Acompanhando a marcha histórica, o direito alemão, aperfeiçoando a ideia romana, traduziria a boa-fé na expressão *Treu und Glauben*, que em vernáculo corresponderia

ao binômio lealdade e confiança, revestindo o princípio em comento de uma certa dose de objetividade.

Distanciando-se dessa linha objetivista, Judith Martins-Costa (*apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006, p. 64) estabelece que o direito canônico pregava a boa-fé “como ausência de pecado, ou seja, como estado contraposto a má-fé”.

No Direito brasileiro, a primeira previsão expressa da boa-fé no âmbito contratual situava-se no art. 131, I, do Código Comercial de 1850, ao estipular que “a inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras” (TARTUCE, 2010, p. 114).

Na sequência, o art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor fez imperar no cenário jurídico nacional que

A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Hodiernamente a boa-fé é considerada uma cláusula aberta, “dando idéia de um dispositivo que deve ser amoldado ao caso concreto, sob uma compreensão social e histórica” (VENOSA, 2007, p. 347).

Corroborando esse entendimento está o pensamento de Judith Martins-Costa (2000, p. 329):

As cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas. A sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e pautas de valoração que não estão descritos nem na própria cláusula geral nem, por vezes, no próprio ordenamento jurídico, podendo ainda o juiz ser direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como *arquétipo exemplar da experiência social concreta*.

Assim, a boa-fé que antes era um dogma, hoje é vista como um modelo jurídico. Modelo esse que foi incorporado ao cenário jurídico nacional por previsões da Constituição

Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, que sagrou a eticidade como um de seus princípios fundamentais.

### 3.2 O ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Ilustrando a tendência de previsão legal de cláusulas gerais, o art. 422 do Código Civil de 2002 fixa que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Apesar de o dispositivo ser expresso em limitar a ação dos contratantes, imbuída na boa-fé, apenas à fase contratual, o Enunciado 25 do Conselho de Justiça Federal, do Superior Tribunal de Justiça, da I Jornada de Direito Civil, explicita que “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. Seguindo essa premissa, o Enunciado 170, da III Jornada, esclarece que “a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato” (TARTUCE, 2010, p. 117)

Assim, as partes devem portar-se, no âmago da relação contratual, conforme os misteres do equilíbrio, da comutatividade das prestações, da transparência e clareza das estipulações do contrato, da justiça.

Todos esses ditames devem ser aferidos através de um parâmetro objetivo. A boa-fé, consagrada no art. 422 do Código Civil de 2002 é norma de conduta regulada por padrões sociais previamente estabelecidos, é o resultado de uma soma entre a intenção e a lealdade dos contratantes no âmbito da avença, é a boa-fé objetiva.

Nesse ponto, é indispensável distinguir a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva. Nas palavras de Judith Martins-Costa (2000, p. 412): “a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoística’ da literalidade do pactuado”.

Logo, a boa-fé subjetiva é um estado de consciência onde o contratante crê que sua conduta é correta por encontrar-se em conformidade com o Direito. De outro modo, a

boa-fé objetiva parte de um padrão de conduta comum, o do chamado homem médio, associada aos aspectos sociais de cada caso concreto.

A boa-fé objetiva, como mandatório infraconstitucional, encontra amparo na *Lex Mater* nacional. A propósito, Fredie Didier (2010, p. 65) leciona que

Há quem veja no inciso I do art. 3º da Constituição brasileira o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva. É objetivo da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um *dever fundamental de solidariedade*, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade. Nesta mesma linha de raciocínio, há quem veja a cláusula geral de boa-fé como concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal brasileira).

Analisando essas conjecturas e o direito civil constitucional, é passível de inferência que a segunda linha de pensamento – ao conceber a boa-fé objetiva como efetivação da proteção à dignidade da pessoa humana – é de todo mais coerente.

A previsão constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana é o corolário de toda ordem jurídica nacional. Surgida a partir da personalização do direito, consubstancia-se num complexo de direitos que visam a igualdade material entre indivíduos inseridos no corpo social. Esses direitos exigem as devidas garantias para efetivarem-se e uma dessas garantias é justamente a boa-fé, como princípio do direito contratual, ramo jurídico dos mais extraordinários por consolidar a mais importante fonte de obrigações.

### 3.3 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Consoante a doutrina majoritária, capitaneada por Judith Martins-Costa e seguida por doutrinadores como Flávio Tartuce (2010) e Cláudia Lima Marques (2002), dentre outros, o princípio da boa-fé objetiva tem por fulcro a materialização de três funções, quais sejam a de criação de deveres anexos ao contrato, a limitação ao exercício de direitos subjetivos e a concreção e interpretação contratual.

Os deveres anexos denotam a sujeição a uma determinada conduta, uma espécie de obrigação acessória, consubstanciando-se assim na necessidade de informar a outra parte acerca do conteúdo da obrigação e de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a confiança depositada, no mister de cuidado, respeito, lealdade e probidade, e na exigência de cooperação entre os contratantes (TARTUCE, 2010).

Nessa toada, Cláudia Lima Marques (2002, p. 181) assegura que

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização do interesse das partes

Ratificando este entendimento está a lição de Maria Helena Diniz (2002, p. 87):

O princípio da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) privilegia o respeito à lealdade, impondo aos contratantes um comportamento, que não pode ser abusivo nem lesivo, conducente ao dever de cumprir as obrigações assumidas, de informar, que abrange o de aconselhar e o de esclarecer, de cooperar e de colaborar, de diligência e de cuidado.

O dever de informar, destinado precipuamente ao credor, está presente nas tratativas iniciais que tem por finalidade gerar o contrato, na sua execução e também na fase pós-contratual. Inclui desde a necessidade de clareza na redação das cláusulas contratuais, evitando dubiedades e, conseqüentemente, prejuízos aos contratantes até a comunicação de eventuais vícios do produto verificada após a finalização do contrato.

Já o dever de cooperar, considerado por Clóvis do Couto e Silva (1976) como a síntese de todos os deveres anexos é, segundo Judith Martins-Costa (2000, p. 439), o ato de “colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, o qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento”. Para tanto, impescinde evocar o dever de vigilância, que abarca o de guarda, diligência, cuidado, e assistência.

Complementando essa abordagem há a função limitadora do exercício de direitos subjetivos, como norma que impede as partes contratantes de contrariarem o mandamento de agir com lealdade, probidade e respeito, segundo a confiança depositada no momento da feitura do pacto.

Ajustando-se a essas considerações, Cristoph Fabian (*apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006, p. 76) científica que “todo o direito é delimitado pela boa-fé. Fora ou contra a boa-fé não existe nenhum direito subjetivo. Tais interesses jurídicos não merecem proteção. O exemplo mais significativa para a limitação de direitos pela boa-fé é o art. 51 do CDC”.

Tal mecanismo legal trata das chamadas cláusulas abusivas, listando-as em seus incisos e fixando a pecha da nulidade para as disposições contratuais que contrariem o equilíbrio esperado nas relações entre as partes contratantes.

De tal modo, ao estipular previamente padrões gerais de comportamento e prever sanções para eventual descumprimento, o princípio da boa-fé objetiva limita a autonomia privada dos contratantes. É o caso do art. 187 do Código Civil ao instituir que “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”.

Por fim, como terceira função do princípio da boa-fé objetiva está a de concreção e interpretação contratual, apregoada no art. 113 do Código Civil de 2002, elucidando que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Decodificando o dispositivo legal, está o magistério de Clóvis do Couto e Silva (*apud* GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006, p. 70) consagrando que

O princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois da perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou a boa-fé.

Isto posto, proclama-se sem ressalvas que o princípio da boa-fé objetiva implica na visualização do contrato além da sua mera literalidade, buscando as reais aspirações das partes. Para tanto, tem-se como ponto de partida suas condições pessoais, o meio em que vivem e as influências sociais, culturais e econômicas que recebem.

## 4 DO DEVER DE O CREDOR MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO

O Enunciado nº 169 do CJF/STJ, de autoria da professora gaúcha Vera Maria Jacob de Fradera, incorporou de modo expresso ao sistema jurídico brasileiro o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo, já retratado timidamente nos arts. 769 e 771 do Código Civil, referentes ao contrato de seguro.

Sendo uma diretriz a ser seguida na seara contratual, o referido dever busca evitar que o credor, a partir de sua inércia em sobrestar os efeitos de uma eventual quebra contratual, agrave a situação do devedor e a sua própria.

### 4.1 PRIMEIRAS DEFINIÇÕES

O *duty to mitigate the loss* ou, em vernáculo, o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo é uma materialização do princípio da boa-fé objetiva, um modelo de comportamento a ser adotado pelas partes contratantes.

Essa diretiva tem suas origens no direito anglo-saxão, de onde se expandiu para os ordenamentos jurídicos continentais, até ser amplamente desenvolvida pelo direito norte-americano, ajustando-se aos fatores sociais de cada território onde foi recepcionada.

No Brasil, o *duty to mitigate the loss* ganhou destaque a partir da aprovação do Enunciado 169 do CJF/STJ, na III Jornada de Direito Civil, pelo qual “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

A proposta que resultou no Enunciado, de autoria de Vera Maria Jacob de Fradera (2003, p. 1), catedrática da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, inspirou-se no art. 77 da Convenção da ONU sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, assinada em Uncitral (Viena), que proclama:

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

Aprovada aos 11 de abril de 1980, por uma conferência diplomática especialmente designada para esse fim, a supracitada convenção não tem o Brasil como signatário, apesar de o mesmo ter participado das tratativas que culminaram no seu texto.

A Convenção de Viena versa sobre todos os contratos de compra e venda internacional de mercadorias que não se enquadrem nas exceções dispostas nos artigos 2º e 3º, quais sejam as mercadorias que forem adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, desde que o vendedor saiba ou deva saber desta tal intenção do comprador; as vendas realizadas em hasta pública e em execução judicial; e os contratos de compra e venda de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda, de navios, embarcações, aerobarcos, aeronaves e de eletricidade.

Além desses, não se sujeitam à Convenção os contratos de fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, desde que o contraente que as encomende tenha de fornecer uma parte essencial dos elementos materiais necessários para o fabrico ou produção e os contratos nos quais a parte preponderante da obrigação do contraente que fornece as mercadorias consiste em um fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.

O dispositivo em comento ao situar-se, no texto da convenção, no rol das disposições relativas às obrigações do vendedor e do comprador, traz modificações positivas ao âmbito da teoria contratual, considerando a reciprocidade que o mesmo visa estabelecer entre as partes no que tange delimitação de quem vai suportar as consequências da quebra do contrato.

Atualmente é tendência não se atribuir o efeito da quebra contratual apenas ao devedor, mas também ao credor, quando este é omissivo em agir de modo a evitar o aumento do seu próprio prejuízo. Desta feita, sendo o credor o responsável, com sua inércia, pelo aumento da quantificação dos danos decorrentes do inadimplemento, a sanção imposta é a diminuição do montante a ser recebido a título de perdas e danos, em proporção igual a sua participação para tanto.

Elucidando o alcance prático dessas proposições é possível citar um contrato de locação de imóvel urbano onde foi verificado o inadimplemento. “Ora, nesse negócio há um dever, por parte do locador, de ingressar, tão logo lhe seja possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos.” (TARTUCE, 2010, p. 132).

Outro exemplo, mais complexo, seria um contrato bancário onde se registra descumprimento. Imagine-se que uma determinada pessoa, a priori atraída por algumas vantagens oferecidas por certo banco, assina com ele contrato para abertura de conta corrente.

Uma das cláusulas contratuais estabelece uma taxa mensal a ser cobrada pela manutenção da conta e outra estipula um valor em dinheiro a ser disponibilizado ao contratante, o chamado *limite bancário*. Após a finalização do contrato, o banco envia à casa de seu novo cliente o cartão através do qual o mesmo fará suas movimentações bancárias. No entanto, por não ter necessitado efetivamente da conta, o correntista sequer desbloqueia o cartão e não faz nenhum depósito na mesma, desconhecendo o fato de que a taxa de manutenção é descontada no seu limite, incidindo juros em caso de não-pagamento. Não obstante, apenas meses depois o correntista recebe em sua casa uma carta-cobrança informando-lhe que seu débito para com o banco já atinge valores astronômicos.

Nesse caso, por ter o banco permanecido inerte meses a fio, abstendo-se de comunicar de imediato ao correntista sua condição de devedor, o montante da dívida deverá ser reduzido proporcionalmente ao *quantum* da perda que poderia ter sido abrandado.

#### 4.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

Há uma celeuma doutrinária de âmbito internacional acerca da natureza jurídica do *duty to mitigate the loss*, ante a conclusão da variabilidade da classificação de acordo com o sistema jurídico enfocado.

Consoante Vera Maria Jacob de Fradera (2003, p. 5), o direito alemão inclui o *duty to mitigate the loss* na categoria de *obliegenheit* (obrigação), conferindo-lhe um caráter de obrigação de menor porte, um dever anexo de “menor intensidade de coação”, o que traduz certa incerteza jurídica, ante a imprecisão conceitual. Já o ordenamento suíço entende-o como uma simples incumbência, expressão de significado ainda indefinido, mas visivelmente menos abrangente que o de obrigação e, por conseguinte, com efeitos menos impactantes.

Por outro lado, o sistema francês compreende o *duty to mitigate the loss* por duas óticas distintas: conseqüência da boa-fé objetiva e materialização do *venire contra factum proprium*.

Levando-se em consideração as nuances do ordenamento brasileiro, pode-se ultimar que nenhuma das classificações retroexpostas coadunam-se a sua realidade, à exceção da que considera o *duty to mitigate the loss* como conseqüência da boa-fé objetiva. Senão vejamos.

No sistema jurídico pátrio não há previsão legal das obrigações de menor porte (como há no direito alemão) e ainda que se tentasse enquadrar o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo na categoria de obrigações, não haveria êxito.

Conforme a lição de Arnaldo Rizzardo (2009, p. 4), “concebe-se a obrigação como um vínculo de direito que liga uma pessoa a outra, ou uma relação de caráter patrimonial, que permite exigir de alguém uma prestação”. Essa prestação deve ser economicamente apreciável.

Dessa maneira, faltariam elementos para caracterizar o *duty to mitigate the loss* como uma obrigação, posto que o seu conteúdo é dotado de maior amplitude. O dever de o credor mitigar o próprio prejuízo não é uma relação de crédito e débito nem tampouco uma simples prestação. É algo que vai muito além disso, é uma diretiva a ser seguida em todas as relações obrigacionais, é algo imprescindivelmente anexo à prestação para lhe conferir exigibilidade dentro de um padrão ético e justo.

Destarte, se não é viável, no sistema jurídico brasileiro, entender o *duty to mitigate the loss* como uma obrigação, é igualmente inviável enquadrá-lo como incumbência, por denotar esta menor intensidade de conteúdo que a obrigação.

Também não é possível rotulá-lo como *venire contra factum proprium*. Este nada mais é que uma determinação geral de não poder exercer um direito próprio que contraste com um comportamento anterior. Consiste na “circunstância de um sujeito de direito buscar favorecer-se em processo judicial, assumindo conduta que contradiz outra que a precede no tempo e assim constitui um proceder injusto e, portanto, inadmissível” (VENOSA, 2007, p. 349). Trata-se da proibição do comportamento contraditório.

Anderson Schreiber (*apud* TARTUCE, 2010, p. 128) esclarece que é possível elencar quatro pressupostos para aplicar-se o *venire contra factum proprium*. São eles: “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 esse sentido objetivo; d) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição”.

Assim sendo, para a constatação do comportamento contraditório faz-se mister a presença do elemento conduta, no sentido de ação acordada e esperada pelas partes, que não pode ser contrariada por atitudes posteriores. Nesse ponto reside a diferença crucial entre o *duty to mitigate the loss* e o *venire contra factum proprium*.

Ao passo que o *venire contra factum proprium* proíbe o exercício de um direito que contrarie uma conduta anteriormente expressa, o dever de o credor minimizar o próprio prejuízo implica na perda da posição de vantagem do credor. Sua omissão inicial não impede

que ele aja posteriormente, apenas impossibilita a aferição do lucro advindo de sua inércia, após a quebra contratual.

Isto posto, resta apenas a análise do *duty to mitigate the loss* como materialização do princípio da boa-fé objetiva.

Sabendo-se que a boa-fé objetiva desempenha três funções e que são elas a criação de deveres anexos ao contrato, a limitação ao exercício de direitos subjetivos e a concreção e interpretação contratual, é de todo coerente qualificar o *duty to mitigate the loss* como dever anexo ao contrato.

Na visão de Maria Helena Diniz (2010, p. 25):

O dever jurídico é o comando imposto, pelo direito objetivo, a todas as pessoas para observarem certa conduta, sob pena de receberem uma sanção pelo não-cumprimento do comportamento prescrito pela norma jurídica. (...) Se o dever jurídico não for cumprido, o lesado pela sua violação está autorizado pela norma jurídica a exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou de processos legais, o seu cumprimento ou a reparação do mal causado. Logo, o proprietário da coisa danificada ou o credor têm o *direito subjetivo* de defender seus direitos, visto que tem autorização, decorrente da norma, de coagir o violador a cumprir o preceito infringido, a reparar o dano que causou; tem, enfim, o direito de providenciar a aplicação das sanções legais.

Na relação contratual não é diferente. Credores e devedores, ao titularizarem direitos e pretensões precisam obedecer a certas normas de postura para efetivá-los. Nessa dinâmica uma posição ganha destaque: a do credor.

A propósito, as palavras ainda contemporâneas de Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 97):

A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é a de uma ordem de cooperação, em que se aluem as posições tradicionais de devedor e credor. Com isso, não se pense que o credor deixará de estar nitidamente desenhado como aquele participe da relação que é titular de direitos e pretensões. Amenizou-se, é certo, a pretensão deste último, cometendo-se-lhe também, deveres, em virtude da ordem de cooperação. Com isso, ele não deixou de ser o credor, sujeito ativo da relação, mas reconheceu-se que a ele cabiam certos deveres. Não caberá, a toda evidência, a efetivação da obrigação principal, porque isso é pensão precípua do devedor. Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como de indicação e de impedir que sua conduta venha a dificultar a prestação do devedor.

Neste impedimento, dirigido ao credor, de dificultar o adimplemento da prestação pelo devedor é que reside o dever de o credor minimizar as próprias perdas.

É, assim, o *duty to mitigate the loss* um dever de cooperação, que induz à ação voltada para a desobstrução das vias utilizadas pelo devedor para que a obrigação seja ultimada pelo adimplemento no tempo e modo previamente acordados. É o ato de recorrer a

medidas as mais diversas, desde que perfeitamente exigíveis, para que o objetivo central da avença seja concluído da forma previamente delimitada ou ao menos do modo menos oneroso e mais satisfatório aos anseios das partes contratantes.

#### 4.3 DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 RELACIONADOS AO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

O contrato de seguro, regulado no Código Civil em quarenta e cinco artigos, retrata em duas de suas disposições – arts. 769 e 771 – normas relativas ao dever de o credor minimizar o próprio prejuízo.

Ilustrando o princípio da operabilidade, o art. 757 do Código Civil qualifica o contrato de seguro como aquele em que “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos determinados”. O segurador é o devedor enquanto o segurado é credor deste tipo de relação obrigacional.

Por ser um contrato bilateral, dada a reciprocidade das obrigações, ambas as partes dessa avença tem deveres a cumprir. Nessa toada, o *caput* do art. 769 estabelece como dever do segurado o de “comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé”.

Cabe ao segurado informar à seguradora os fatos e circunstâncias suscetíveis de agravarem o risco assumido, o risco que vai além da álea normal desse tipo de contrato, sob pena de perder o direito ao seguro. Uma vez recebido o aviso do agravamento permite-se a seguradora resolver o contrato, se não lhe convier assumi-lo.

Tal configuração afasta a possibilidade de perdas materiais para a seguradora e impede que o segurado, ciente do fato agravador do risco, se locuplete indevidamente por sua omissão.

Ao se verificar o sinistro, deve o segurado providenciar a imediata comunicação à companhia seguradora para que a mesma adote as providências que considerar necessárias, variáveis de acordo com o caso específico, até mesmo para atenuar as consequências do ocorrido. Assim determina o art. 771 do Código Civil, *verbis*: “sob pena de perder o direito a

indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências”.

Complementando esse entendimento Flávio Tartuce (2010, p.589) se pronuncia nos seguintes termos:

Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado informará o sinistro ao segurador logo que souber, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Essa é a regra do art. 771 do CC que, ao mesmo tempo em que traz o dever de informar do segurado, consagra, mais uma vez, o dever de mitigação da perda por parte do credor (*duty to mitigate the loss*) relacionado com a boa-fé objetiva.

É dever do segurado adotar comportamentos preventivos, ter uma atitude proativa. Além da obrigação de comunicar a seguradora a ocorrência de certos fatos que possam agravar o risco coberto pelo seguro, deve o segurado fazer ciente o segurador da ocorrência do sinistro, adotando providências imediatas para atenuar suas consequências. Tais diligências ficam ao seu cargo por uma questão lógica: seu domínio sobre elas é bem maior que o da seguradora que de pouco dispõe para a atenuação das consequências do sinistro. São estes então, deveres jurídicos do segurado, que inadimplidos, a partir de sua inércia, de sua omissão em evitar ou minorar os eventos que podem conduzir ao sinistro, o sujeitam à perda do direito de garantia.

## 5 DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE O CREDOR MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO

Em caso de infringência, pelo credor, do dever de mitigação de suas próprias perdas a sanção estabelecida é o abatimento do *quantum* a ser recebido a título de perdas e danos, de modo proporcional à sua contribuição para a ampliação dos efeitos negativos da quebra contratual.

Para tanto, o parâmetro de responsabilidade civil utilizado é o abuso de direito, por coadunar-se melhor ao *duty to mitigate the loss* como cláusula geral.

### 5.1 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Na eventualidade de o credor não cumprir o seu dever de mitigação das próprias perdas este poderá ser sancionado. Essa sanção é de natureza econômica, implicando, pois, no pagamento de indenização por perdas e danos ou na redução do crédito, proporcional a omissão do credor em fazer cessar os efeitos da quebra contratual.

Sabendo-se que a responsabilidade pode ser de ordem objetiva – sem aferição de culpa – e subjetiva – com aferição de culpa –, resta averiguar qual será o parâmetro utilizado para sancionar o credor.

Vera Maria Jacob de Fradera (2003, p. 10) defende que a responsabilidade advinda do não-cumprimento, pelo credor, do dever de mitigação do próprio prejuízo é de ordem subjetiva, a depender, portanto, da verificação de culpa, por se tratar de um dever e não de uma obrigação estipulada em um contrato. O entendimento da mencionada doutrinadora institui que

No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral, permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo ao aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa vizinha daquela de natureza delitual.

Uma outra corrente, capitaneada por Flávio Tartuce (2010, p. 133) abaliza que “não seria o caso de culpa delitual, mas de responsabilidade objetiva”, tanto pela via da quebra do dever anexo como da caracterização do abuso de direito.

Acerca da quebra do dever anexo, Tartuce (2010, p. 132) expõe como fundamento o Enunciado 24 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil, afirmando que “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”.

Admitindo a possibilidade de não se trilhar esse caminho, o referido doutrinador, recebendo o apoio de outros estudiosos, a exemplo de Fredie Didier (2009, p. 46), explica que a violação ao *duty to mitigate the loss* poderia conduzir ao abuso de direito, conforme o estabelecido no art. 187 do Código Civil, com a interpretação dada pelo Enunciado 37 do CJF/STJ, também da I Jornada de Direito Civil, aduzindo que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Expostos os dois posicionamentos mais significativos da doutrina brasileira acerca da temática em questão, resta a análise em separado de cada um deles atrelada às decisões jurisprudenciais, para que se possa estabelecer qual a exegese mais lógica.

## 5.2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É a responsabilidade civil um dever jurídico sucessivo ou secundário que surge com a violação de um dever jurídico primário. Sua finalidade é recompor o dano decorrente dessa violação.

Na compreensão de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2002, p. 462), através da responsabilidade civil

o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não poder estimar patrimonialmente este dano (...)).

Nesse diapasão, são elementos da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade entre elas.

A conduta humana tem como ponto caracterizador a voluntariedade que, distanciando-se do propósito deliberado de provocar o dano, assemelha-se à ideia de consciência do ato que se pratica. A voluntariedade motivará uma conduta comissiva ou omissiva, que poderá estar maculada pela ilicitude ou situar-se nos limites da licitude e, ainda assim, ensejar a responsabilização do agente.

O dano é requisito indispensável para a configuração da responsabilidade civil e pode ser conceituado como sendo “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008, p. 36).

Para que haja a configuração do dano indenizável deve concorrer a violação a um interesse jurídico de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, titularizado por uma pessoa física ou jurídica; a certeza desse dano, ou seja, sua real verificação; e a subsistência do dano no momento de sua exigibilidade em juízo (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008, p.38).

Por último, o nexo de causalidade é o liame que une a conduta do agente ao dano por ele provocado.

Superadas as considerações aos elementos que caracterizam a responsabilidade civil, parte-se para o assentamento de duas de suas classificações doutrinárias, quais sejam responsabilidade objetiva e subjetiva e a responsabilidade contratual e extracontratual.

A responsabilidade de ordem subjetiva é qualificada pela culpa em seu sentido amplo, que abrange o dolo e a culpa *stricto senso*, materializada por uma conduta negligente, imperita ou imprudente.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz (2008, p. 41) consagra que

A culpa em sentido amplo, como violação do dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. (...) A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam a agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela.

Em todos esses casos, a prova da culpa do agente causador do dano é imprescindível para o surgimento do dever de indenizar.

Para tanto é necessário que haja, através da conduta do agente, o preenchimento de três requisitos indispensáveis: a voluntariedade de seu comportamento, a previsibilidade e a violação a um dever de cuidado (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008, p. 126).

A voluntariedade do comportamento do agente poderá revestir-se ou não de uma vontade direcionada à materialização do resultado danoso. Se assim o for, estará caracterizado o dolo. Caso contrário, a ação imbuir-se-á de uma culpa em sentido estrito.

No que pertine a previsibilidade, insta mencionar que o dano advindo da conduta do agente deve necessariamente ser previsível, imaginado ou conhecido antecipadamente. Não o sendo, a ação adentra a seara do fortuito e a responsabilidade do agente é afastada.

Por último, a violação a um dever de cuidado é a ação do agente que contraria um dever jurídico a que ele deveria conhecer e observar.

Em outra vertente, a responsabilidade objetiva afasta a reparação do dano da ideia de culpa, aproximando-a da teoria do risco. Nesse sentido, é possível que se identifique o elemento culpa, no entanto o mesmo será irrelevante para o surgimento do dever de indenizar. Assim, desde que exista o nexo causal entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima, haverá o dever de indenizar, tenha ou não o agente atuado culposamente.

Consoante apregoa Maria Helena Diniz (2008, p.50),

O agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção. O dever ressarcitório, estabelecido por lei, ocorre sempre que se positivar a autoria de um fato lesivo, sem necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada, ou melhor, se houve ou não erro de conduta. Com a apuração do dano, o ofensor ou seu proponente deverá indenizá-lo. (...) A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*).

Isto posto, cabe analisar a responsabilidade derivada de contrato ou de ato ilícito.

A responsabilidade contratual surge a partir do descumprimento de alguma obrigação contratualmente estipulada. Já a responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana, decorre da prática de um ato ilícito.

Partindo dessa premissa, Sílvio Rodrigues (2007, p. 9) explica que

Na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.

Além da preexistência ou não de uma relação jurídica entre o agente causador do dano e a vítima, outros pontos diferenciadores desta classificação da responsabilidade civil situam-se na incumbência do ônus da prova do ato causador do dano e na definição da indenização cabível. Acerca do primeiro aspecto Rodrigues (2007, p. 10) aduz que

Na responsabilidade contratual, demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *onus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá de evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou outra excludente da responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar, enquanto, se for aquiliana a responsabilidade caberá a vítima o encargo de demonstrar a culpa do agente causador do dano.

Na responsabilidade contratual, em regra, a indenização equivale à prestação contratada. Diversamente, na responsabilidade extracontratual a indenização engloba os danos emergentes e o lucro cessante. Em caso de acidente, por exemplo, os danos emergentes seriam as despesas com o tratamento da vítima até o seu total restabelecimento e o lucro cessante corresponderia a tudo aquilo que a vítima deixaria de auferir desde o acidente até sua recuperação. Ainda no que tange aos lucros cessantes, havendo redução da capacidade laborativa, o agente causador do dano também deveria pagar uma pensão mensal à vítima.

Feitas essas ponderações, é necessário ainda o exame do abuso de direito como fato gerador de responsabilidade civil.

Considera-se abuso de direito a extrapolação de uma prerrogativa em prejuízo de outro indivíduo ou da coletividade, o excesso no exercício regular de um direito.

Assim preceitua o art. 187 do Código Civil, *verbis*: “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”.

Em ratificação ao imperativo legal imprescinde citar as palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 55) quando afirma que

Dentre as várias fórmulas mencionadas pelos autores, observa-se que a jurisprudência, em regra, considera como abuso de direito o ato que constitui o exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por isso, reprovado pela consciência pública.

A partir de então se infere, inicialmente, que o abuso de direito situa-se no conflito entre o interesse privado e o interesse coletivo, buscando a prevalência deste último, visto que é punível o exercício do direito além dos limites permitidos pela sociedade.

Não obstante, para que haja essa punição é indispensável que se verifique a existência de três critérios que podem ser considerados como identificadores dos atos abusivos: a intenção de lesar outrem, a ausência de interesse sério e legítimo e o exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social (DINIZ, 2008).

Há um dever a todos imposto de não prejudicar a quem quer que seja. Logo, a partir do momento que um indivíduo age desprovido de um interesse plausível ou imbuído pela intenção de lesar a outrem, seu ato é eivado de ilicitude, afastando a legitimidade da ação, devendo, pois, a vítima ser reparada.

Isso ocorre porque todo direito conferido aos indivíduos caracteriza-se por algo que vai muito além da proteção individual.

Os direitos são conferidos a todos e a cada um para que exista uma harmonia social, para que atinjam, portanto, a uma finalidade social. Assim sendo, é abusivo, por exemplo, o ato que refuta os bons costumes ou a boa-fé, haja vista contrariarem preceitos de grande relevância social.

Neste diapasão, Sílvio de Salvo Venosa (2009, p. 539) apregoa que

avulta de importância o critério do julgador no caso concreto, pois ao concluir pelo abuso de direito, verificará ele se, além de transgredir a boa-fé objetiva aceitável na hipótese, a conduta excedeu os limites estabelecidos pelo fim econômico ou moral do direito que se discute, além dos bons costumes, também citados no texto legal.

É cediço na doutrina e na jurisprudência pátrias que a responsabilidade decorrente do abuso de direito é de ordem objetiva, bastando, apenas, o nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano provocado, podendo até se identificar o elemento culpa, porém sem maior relevância frente à estipulação do *quantum* indenizatório.

Ainda de acordo com Venosa (2009, p. 540),

O Código de 2002, de forma elegante e concisa, prescinde da noção de culpa, no art. 187, para adotar o critério objetivo-finalístico. É válida, portanto, a afirmação apresentada de que o critério de culpa é acidental e não essencial para a configuração do abuso.

Dessa maneira, conclui-se que, diferentemente da noção de culpa, o que funciona como critério limitador do ato abusivo do direito é tão somente a sua reprovabilidade social. Esta, por si só, gera a responsabilidade de indenizar.

### 5.3 ANÁLISE DE DECISÕES JURISPRUDENCIAIS FUNDAMENTADAS NO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

Apesar da ainda incipiente difusão do *duty to mitigate the loss* no âmbito jurídico nacional, já é possível verificar uma série de decisões jurisprudenciais pautadas no referido princípio.

Nesse rol, três delas merecem destaque. Duas da lavra do eminente magistrado paulista Silas Silva Santos e uma em sede de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça.

A primeira delas (Autos nº 473/2005), datada do ano de 2005, consistia em ação de conhecimento, com pedido de despejo cumulado com cobrança, proposta por Salvo Alves e Teresa Martins Alves em face de Bruno Romano, Dinah Zandonadi Romano, Giancarlo Romano e Márcio Romano.

Alegaram os promoventes que firmaram contrato de arrendamento, em 16 de abril de 2004, concedendo parte de suas fazendas aos réus, pelo prazo de seis anos, visando a exploração de culturas temporárias de soja e/ou milho de verão e inverno. Como contraprestação foi estipulada a entrega de 25 sacas de grãos por alqueire arrendado.

Com a revisão nos termos da avença ocorrida no final do primeiro ano de contrato, estabeleceu-se que a segunda parcela seria paga pelos réus em 30 de abril de 2005, mediante a entrega de 30 sacas de grãos por alqueire arrendado.

No entanto, antes do adimplemento dessa parcela, mais precisamente em março de 2005, os autores permitiram que os réus entregassem as sacas de grãos na *Empresa Eldorado Mercantil Agrícola Ltda*, o que não ocorreu, cumulando assim com a resolução do contrato e com a incidência da multa prevista na sua cláusula 9ª. Tal fato originou uma dívida avaliada em R\$ 187.655,40 (cento e oitenta e set mil seiscentos e cinquenta e cinco reais e quarenta centavos).

Ainda segundo os autores, os réus lhes enviaram uma notificação, informando-lhes que não realizariam a entrega dos grãos enquanto não fosse verificada a extração de

algumas árvores da área objeto do arrendamento, conforme estipulado na cláusula 10ª do contrato.

Tal cláusula estipulava que o arrendador providenciaria autorização legal “para o corte e extração de algumas árvores que se encontram no local destinado ao plantio, cuidando por si mesmo do plantio de quantas outras árvores forem necessárias, em local fora das áreas arrendadas”.

Não obstante, na visão dos promoventes, por ser a obrigação estipulada na supracitada cláusula de caráter acessório, não haveria qualquer dificuldade para que os réus adimplissem a obrigação, o que caracterizaria a mora.

Lastreados nesses argumentos, os autores requereram que fosse decretado o despejo dos réus e a condenação dos mesmos ao pagamento dos arrendamentos vencidos e dos que fossem vencendo no curso da demanda, além da multa contratual e da concessão de tutela antecipada, com vistas a afastar os réus dos imóveis, obstando o início de nova plantação.

Em sede de julgamento antecipado da lide, o juiz considerou a procedência da demanda, “reconhecendo a resolução do contrato de arrendamento por incumprimento dos arrendatários”, e decretou o despejo dos mesmos, bem como os condenou ao pagamento, em favor dos autores, do arrendamento vencido e daqueles que se vencessem até a efetiva desocupação e à multa contratual fixada na cláusula 9ª do contrato de arrendamento.

A título de fundamentação, o magistrado considerou que

incumbia aos réus, logo que verificaram os entraves ocasionados pela presença das árvores, uma atuação tendente a mitigar as próprias perdas, não aguardando o momento previsto para pagamento da retribuição (prestação principal) para notificar os autores quanto aos termos da cláusula 10ª do contrato

(...)

Aplicando-se ao caso dos autos o *duty to mitigate the loss*, tenho para mim que os arrendatários não pautaram suas condutas segundo os ditames da boa-fé objetiva. É que, embora favorecidos pela obrigação de os arrendadores conseguirem autorização para corte das árvores, os réus não adotaram conduta compatível com o interesse de atenuar o próprio prejuízo, na consideração de que não havia prazo para o cumprimento da famigerada cláusula décima. Por isso é que, uma vez mais, não se dá guarida à tese invocada pelos réus.

Outra decisão, também proferida pelo magistrado paulista Silas Silva Santos (Autos nº 467/2006), versava sobre a habilitação de crédito, de uma determinada empresa fornecedora de energia elétrica, nos autos da falência de Adilson Antônio Aguiar e CIA LTDA e de Lucienic Zacarias Aguiar ME. Arguia a mencionada empresa ser detentora de um crédito no valor originário de R\$ 34.009,82 (trinta e quatro mil e nove reais e oitenta e dois

centavos), referente ao fornecimento de energia elétrica para as unidades consumidoras de responsabilidade das falidas.

Após a manifestação do administrador judicial, do Ministério Público e da credora, deferiu-se a habilitação do crédito no valor de R\$ 49.743,88 (quarenta e nove mil setecentos e quarenta e três reais e oitenta e oito centavos).

Na sequência, a credora apresentou outras faturas em aberto e as que foram se vencendo após a decretação da falência, totalizando R\$ 12.243,98 (doze mil duzentos e quarenta e três reais e noventa e oito centavos).

Tomando prévia ciência deste fato e buscando minimizar seus prejuízos, as falidas haviam requerido administrativamente, em 21 de março de 2007, a alteração do antigo sistema de cobrança de tarifas, a chamada demanda tarifada, em decorrência de o consumo de energia elétrica no estabelecimento falido ter se tornado mínima. No entanto, essa solicitação não foi atendida pela supracitada empresa que alegou, em juízo, a impossibilidade de se operar qualquer redução de valores, ante o argumento de serem estes previstos em contrato cujo prazo não se teria expirado.

Após manifestação do Ministério Público requerendo o acolhimento do pleito das falidas, o juiz, julgando antecipadamente o mérito, determinou que a credora apresentasse novo cálculo da dívida, desconsiderando, nas faturas vencidas a partir do mês de maio de 2007 as disposições do contrato antes entabulado entre as partes, aplicando os ditames de uma contratação básica.

O magistrado assim procedeu por considerar que a notificação do administrador judicial à empresa, informando-a do desejo de não mais manter aquele sistema de fornecimento de energia elétrica, tinha por fulcro a mitigação dos prejuízos de ambas as partes, baseando-se em permissivos legais da Lei de Falência.

Assim se manifesta o insigne juiz:

Ora, diante dessa expressa manifestação de vontade, cabia à credora adotar o comportamento mitigatório de suas próprias perdas (*duty to mitigate the loss*), na consideração de que não era mais necessária a manutenção daquela demanda que ensejou a contratação inicial. Os deveres de cooperação, de lealdade e de probidade decorrentes do *princípio da boa fé objetiva* também impunham semelhante comportamento.

No caso sob testilha, o julgador, apesar de estabelecer uma certa diferenciação entre o *duty to mitigate the loss* e os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, manteve sua essência, punindo a empresa credora por sua omissão em adotar as providências

cabíveis para ajustar o fornecimento de energia elétrica na unidade consumidora da empresa falida.

Para tanto, esboçou apenas o nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o dano patrimonial que poderia ser causado às falidas na hipótese de haver o acolhimento dos valores ulteriormente apresentados no juízo da falência, referentes à cobrança de tarifa diferenciada, mesmo após a solicitação das falidas acerca da troca do regime de fornecimento de energia elétrica.

Outra decisão, também fundamentada no *duty to mitigate the loss*, recentemente foi destaque no repertório jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

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.

(REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010)

Inconformada com o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a empresa ré Muretama Edificações e Empreendimentos LTDA interpôs recurso especial em face do promissário-comprador de um imóvel de sua propriedade, argumentando que a demora no ajuizamento da ação de reintegração de posse em face do promovente

(promissário-comprador) não poderia acarretar penalidade para a empresa, na qualidade de vendedora.

O voto do relator – Ministro Vasco Della Giustina, desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – explicita que “o promitente-comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando posteriormente o imóvel em setembro de 2001”. Afirmou também que, mesmo frente a esse longo interregno, “o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido”.

Por isso mesmo, o Colendo Superior Tribunal de Justiça enquadrou como correta a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao asseverar que

Embora o contratante inadimplente cause danos com o seu comportamento, a contraparte também tem deveres, mesmo sendo vítima de um ato ilícito. Ela não pode concorrer para o agravamento dos prejuízos; tão logo se inteire do ocorrido deve, embora sem esforços excepcionais, procurar evitar ao máximo outras repercussões danosas, adotar prontamente as medidas necessárias à proteção de seus interesses:

(...)

Uma situação como a dos autos impunha um comportamento mais ativo da promitente-vendedora, principalmente em verificar se o promissário comprador continuava ou não na posse do imóvel. Embora este não a procurasse ou não a notificasse formalmente para restituir-lhe a posse do apartamento, ela estava adstrita a agir, ou ao menos justificar nos autos sua inércia, a demora em verificar o imóvel e adotar uma posição de defesa eficiente de seus interesses e, assim, evitar o agravamento do dano. Se fosse diligente e ajuizasse a demanda prontamente, por certo teria recuperado a posse do imóvel bem antes, e nessa medida, a despeito também da atitude do recorrido, ela concorreu para a não fruição da unidade por mais tempo. E isso influi decisivamente na determinação da indenização.

Nessa toada, a promissária-vendedora foi sancionada com a exclusão do ressarcimento à privação do uso por um ano, ante à sua desídia em propor a ação de reintegração de posse somente um ano depois de ter conhecimento do abandono do imóvel pela promissária-compradora.

Para a aplicação dessa sanção também foi considerado como parâmetro apenas o nexo de causalidade entre a conduta da promissária-vendedora e o dano por ela experimentado, o que enseja uma responsabilidade de caráter objetivo.

#### 5.4 O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* COMO MANIFESTAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

Depois de analisadas as correntes doutrinárias que buscam explicitar qual o caráter da responsabilidade civil decorrente da infração ao *duty to mitigate the loss*, seguidas da abordagem aos aspectos gerais da responsabilidade civil e da apreciação crítica das decisões jurisprudenciais sobre o tema, resta firmar qual o posicionamento mais adequado ante as peculiaridades da sistemática jurídica pátria.

O *duty to mitigate the loss* tem por fulcro encontrar o necessário equilíbrio entre as partes de uma determinada avença no tocante à equivalência de suas obrigações, sobretudo após a quebra contratual. Sendo, pois, uma manifestação do princípio da boa-fé objetiva, esse dever também tem contornos de cláusula geral, exigindo, portanto, a correta delimitação de seu alcance, principalmente no que pertine ao seu descumprimento.

Para tanto, imprecinde enquadrar o *duty to mitigate the loss* em um aspecto da responsabilidade civil igualmente aberto, apto a abarcar as inúmeras formas pelas quais esse dever é capaz de se manifestar.

Dessa maneira, a sistemática mais adequada é aquela imposta pela teoria do abuso de direito. Nesse sentido, colaciona-se o pensamento de Fabrício Castagna Lunardi (2008, p. 14) afirmando que

há perfeita intersecção da Teoria do Abuso de Direito com a Teoria da Boa-Fé Objetiva, a qual está relacionada com os deveres anexos de lealdade, proteção da confiança, de informação, de cooperação para a execução do contrato etc. Essa integração das duas Teorias decorre do fato de que ambas surgem com os mesmos propósitos: evitar abusos pelo titular de um direito (relativizando-o) e impingir eticidade e elementos valorativos ao direito.

Assim, a transgressão ao *duty to mitigate the loss* é um abuso de direito que viola deveres anexos aos contratos, de modo a exceder sua finalidade social e econômica e a boa-fé.

Tem o credor o direito de exigir o cumprimento da obrigação e de, em caso de inadimplemento contratual, receber o equivalente à prestação, acrescido de juros e correção monetária, além de uma indenização por perdas e danos.

Não obstante, não deve o credor, com sua omissão em adotar as medidas apropriadas para fazer cessar o inadimplemento, contribuir com o aumento de seu prejuízo. A sua inércia, nesse sentido, constitui um abuso de direito, posto que, além da extrapolação da

finalidade econômica e social desse direito, ainda há a violação aos ditames da boa-fé, haja vista o fato de ambas desenvolverem uma relação simbiótica. Essa extrapolação tem como consequência a verificação de dano à outra parte da avença.

Defendendo a questão da finalidade econômica e social do direito, assim se manifesta Maria Helena Diniz (2008, p. 580):

Como o direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, logo haverá ato abusivo, revestido de iliceidade, de seu titular se ele o utilizar em desacordo com sua finalidade social. Assim, se alguém exercer direito, praticando-o com uma finalidade contrária a seu objetivo econômico ou social, estará agindo abusivamente.

(...)

Não há violação aos limites objetivos da norma, mas tão-somente um desvio aos fins sociais e financeiros a que ela visa atingir.

Assim sendo, o comportamento do credor, apesar de ajustar-se, de início, à estruturação de seu direito subjetivo que é o direito de crédito, de exigir o cumprimento da obrigação, contraria a axiologia de tal direito. A infração ao *duty to mitigate the loss* retrata a negação à solidariedade, à justiça social, ao equilíbrio entre os contratantes, à vedação ao enriquecimento sem causa, eivando, assim, a conduta do credor de antijuridicidade.

Tudo isso conduz a violação ao *duty to mitigate the loss* a uma responsabilidade de ordem objetiva, onde é necessário o simples nexos causal entre a conduta do credor e o dano por ele causado, independente da verificação do elemento culpa.

Corroborando esse entendimento Lunardi (2008, p. 20) apregoa que

Com efeito, adota-se, na responsabilidade civil por abuso de direito, a Teoria Objetiva, prescindindo de culpa ou de uma finalidade específica do agente na prática do ato. Logo, quando uma parte descumpra os deveres anexos dos contratos, não se perquire se agiu com culpa, senão se inadimpliu tais obrigações e se causou prejuízo à outra parte.

Vale ressaltar que o elemento culpa não é necessariamente inexistente na teoria do abuso de direito. No entanto, é totalmente irrelevante para o delineamento da indenização daí decorrente.

Nesse diapasão, há que se enfatizar a irrelevância em cotejar se a omissão do credor em mitigar suas próprias perdas, no caso concreto, é ou não intencional, se provém de uma culpa em sentido estrito ou se é fruto do dolo..

Nas palavras de Sílvia Rodrigues (2008, p. 50):

De acordo com o critério objetivo, não há porque indagar a intenção do agente, bastando examinar o ato e o dano em si. Se o titular do direito poderia exercitá-lo por várias maneiras, mas por negligência ou imprudência o exercitou daquela que mais prejudicou a vítima, o exercício do seu direito foi irregular, e, por isso, deve o agente ser compelido a reparar o dano.

Isto posto, não se pode defender que a violação ao *duty to mitigate the loss* é uma mera negligência ensejadora de um dano patrimonial, como assim aduz a doutrinadora gaúcha Vera Maria Jacob de Fradera, posto que essa delimitação é por demais restrita e, por conseguinte, inapta para especificar a complexidade da transgressão a esse dever.

O descumprimento, pelo credor, do dever de minimização de suas próprias perdas não é apenas a omissão em observar os deveres de atenção, de cuidado, vistos por uma ótica individualista. É sim o abuso dos direitos de crédito, o exercício irregular e danoso dessas prerrogativas que, ao contrariar sua finalidade social e ferir os preceitos da boa-fé, adentra ao campo da reprovabilidade social, adquirindo, pois uma índole coletiva.

## 6 CONCLUSÃO

O princípio da eticidade, uma das máximas que norteiam o Código Civil Brasileiro, buscando compatibilizar a necessidade de sistematização lógica de seus institutos com valores éticos, consagrou a boa-fé objetiva como um de seus baluartes.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva, também alçada à categoria de princípio, foi inserida no rol das cláusulas gerais, como um modelo jurídico a ser preenchido de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Logo, devido a amplitude de seu conteúdo, muitas são as formas pelas quais o princípio da boa-fé objetiva pode se materializar no meio social. E uma delas é justamente o *duty to mitigate the loss* ou, em vernáculo, o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo.

É o *duty to mitigate the loss* a imposição, dirigida ao credor, de adotar as medidas adequadas para sobrestar suas perdas, sobretudo em caso de quebra da base contratual.

Com suas origens assentadas no direito anglo-saxão, o *duty to mitigate the loss* ganhou ênfase mormente após sua utilização pelo ordenamento jurídico norte-americano.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho monográfico teve por fulcro analisar a aplicação do *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro, esclarecendo sua natureza jurídica e definindo os limites da responsabilidade civil decorrente de seu descumprimento.

Tais objetivos restaram concretizados através do método hipotético-dedutivo, da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, representada pelo estudo de três decisões jurisprudenciais que aplicam o dever em testilha, e do procedimento comparativo por confrontar-se o ordenamento jurídico nacional com os sistemas jurídicos estrangeiros.

Inicialmente uma breve retrospectiva histórica avaliou o surgimento do direito contratual, suas primeiras manifestações e sua evolução, principalmente a partir do contrato como instrumento de formação do Estado e da chamada crise dos contratos, que analisa a mudança de paradigmas nessa seara específica do direito.

Na sequência analisou-se o princípio da boa-fé objetiva, suas raízes, as previsões legais de índole constitucional e infraconstitucional e suas funções.

Restringindo essa abordagem, partiu-se para a avaliação do *duty to mitigate the loss* em sua essência, sobremaneira pela definição da natureza jurídica e de seu eventual descumprimento, materializando-os no exame de decisões jurisprudenciais sobre a temática.

Nessa propensão, respondendo-se à indagação que orientou toda essa pesquisa, acerca das bases em que seria possível a aplicação do *duty to mitigate the loss* no cenário jurídico nacional, concluiu-se, inicialmente, que é o referido dever um consectário do princípio da boa-fé objetiva, inserido na categoria de dever anexo ao contrato, mais precisamente na classe dos deveres de cooperação.

Nessa toada, o *duty to mitigate the loss* contribui para solucionar a atual crise de cooperação existente no âmbito obrigacional, exigindo uma posição mais ativa do credor.

O referido dever requeira o afastamento da velha concepção que pregava que o credor, por ter seu direito ao crédito legalmente reconhecido, poderia assumir a cômoda posição de somente aguardar o adimplemento pelo devedor, sem a menor necessidade de, por exemplo, agir para evitar o agravamento dos efeitos da mora *debitoris*. Esta concepção sustentava-se no fato de que, mesmo com a configuração da mora e dos prejuízos daí decorrentes, seria reconhecido ao credor o direito ao recebimento do seu crédito inicial, acrescido dos juros da mora e de eventual indenização por perdas e danos, tudo devidamente corrigido de acordo com os índices monetários vigentes à época do recebimento.

Hodiernamente, o credor inerte que, com sua omissão, contribui para o aumento dos seus próprios prejuízos, deve ser sancionado.

Partindo dessa ponderação, concluiu-se também, a partir desta pesquisa, que o parâmetro utilizado para estabelecer a sanção ao credor que descumprir o dever de mitigar é o abuso de direito.

Considerando o fato que o *duty to mitigate the loss* é um modelo jurídico, uma cláusula geral, e que diversas e distintas são as formas pelas quais este pode se manifestar, faz-se mister, quando da análise das implicações de seu descumprimento, situá-lo no âmbito de uma forma de responsabilização igualmente ampla, igualmente aberta.

Justamente por isso não é possível limitar a responsabilidade decorrente da infração ao *duty to mitigate the loss* ao critério da culpa, seja ela *lato senso* – dolo – ou *stricto senso* – negligência, imperícia e imprudência.

Sendo uma cláusula geral, o *duty to mitigate the loss* é um modelo aberto, a ser preenchido pela concretude de uma ação específica e, assim sendo, exige uma interpretação valorativa.

O critério da culpa, por ser estritamente subjetivo, inviabilizaria o sancionamento do credor inerte, posto que não é capaz de explicar a amplitude das formas de descumprimento do *duty to mitigate the loss*.

Essa explicação só é possível a partir dos pressupostos da teoria do abuso de direito que são a intenção de lesar a outrem, a ausência de interesse sério e legítimo e o exercício de um direito fora de sua finalidade econômica ou social.

O credor que não age para evitar o agravamento de seu próprio prejuízo imbuí-se da intenção de lesar o devedor. Agindo assim, está desprovido de interesses legítimos porque exerce o direito fora de sua finalidade econômica e social, que é a de proporcionar o desenvolvimento das relações de mercado a partir de um padrão ético e justo.

Dessa maneira, é visto que, assim como o *duty to mitigate the loss*, a teoria do abuso de direito também é dotada de forte carga axiológica, o que possibilita a inserção de todos os casos de infração àquele dever no rol das hipóteses de sancionamento decorrentes dessa forma de responsabilização.

Isto posto, espera-se que essa corrente que ora desponta no cenário jurídico pátrio ganhe firmes contornos, principalmente a partir de sua aplicação pelos juízes e tribunais pátrios, para que seja possível conferir às relações obrigacionais uma ultimação mais equânime, mais justa.

**REFERÊNCIAS**

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Vol. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Washington Monteiro de. **Curso de Direito Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva: 1995.

BILLIER, Jean Cassien; Maryioli, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. São Paulo: Manole, 2005.

BOUZON, Emanuel. **As Leis de Eshnunna**. Rio de Janeiro: Vozes, 1981.

BRASIL. **Código Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 758.518**, do Tribunal de Justiça do Paraná. Brasília, 17 de junho de 2010. Disponível em: Acesso em:

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. **Autos nº 473/2005**. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/jurisprudencias/silas\\_duty.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/jurisprudencias/silas_duty.doc). Acesso: 14/08/2010.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. **Autos nº 467/2006**. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/jurisprudencias/silas\\_dity2.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/jurisprudencias/silas_dity2.doc). Acesso em: 14/08/2010.

CICCO, Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Multa coercitiva, Boa-fé Processual e Supressio: Aplicação do Duty to Mitigate the Loss no Processo Civil. **Revista do Processo**. Ano 34, n. 171. p. 35-48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. Vol. I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. II. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. VII. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FARIA, Maria do Carmo B. de. **Direito e Ética**. São Paulo: Paulus, 2007.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. Enunciado: De Acordo com o Disposto no Art. 422 do Código Civil o Credor Poderia Ser Instado a Mitigar o Próprio Prejuízo.[ S.l.: s. n.], 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. I. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. II. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil** Vol. III. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado**. Disponível em:  
[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda\\_Contrato.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda_Contrato.doc). Acesso em: 21/07/2010.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- LIMA, João Franzen de. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- LÔBO, Paulo. **Do contrato no Estado Social**. Edufal: Maceió, 1973.
- LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional: novos paradigmas para os contratos. **Revista de Direito Privado**. Vol. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MOTA, Myriam Becho. BRAICK, Patrícia Ramos. **História das Cavernas ao Terceiro Milênio**. São Paulo: Moderna, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. II. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. Vol. II, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. IV. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Vol. III. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. Vol. I. 3. ed. São Paulo: Método, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. II. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. Vol. I. 9. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para o Ensino Médio**. São Paulo: Scipione, 2001