

**APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR A PRÓPRIA PERDA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Karolyne Crepaldi Marinato¹

Alexandre de Oliveira Marchesini²

José Guilherme Semião Xavier³

Loren Dutra Franco⁴

RESUMO

Trata o presente de artigo de pesquisa acerca do princípio da boa-fé objetiva e seus conceitos parcelares, destacando-se dentre eles o conceito do “*Duty to mitigate the loss*” ou o dever de mitigar as perdas pelo credor. A análise do tema é de extrema relevância uma vez que é aplicado nas relações contratuais e sua inobservância pode ser causa de nulidade contratual. Desta forma, o artigo pretende expor de maneira teórica o conceito de boa-fé objetiva, distinguindo da boa-fé subjetiva, as funções que a boa-fé exerce nas relações contratuais, seus deveres anexos e conceitos par-

¹Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Instituto Vianna Júnior de Juiz de Fora/MG, karolyne@m.com.

²Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas Instituto Vianna Júnior de Juiz de Fora/MG, alexandre@m.com.

³Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas Instituto Vianna Júnior de Juiz de Fora/MG, jgsxavierr@m.com.

⁴Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCeub, Brasília- DF, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Unifenas – MG, graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Jr; professora de Direito Civil parte geral, obrigações e contratos pelas Faculdades Integradas Vianna Jr..Juiz de Fora-MG e pesquisadora do grupo de pesquisa Direito e Desenvolvimento sustentável do UniCE Brasília- DF. lorendfranco@m.com.

celares, dando ênfase à construção doutrinária do “*Duty to mitigate the loss*” e também sua aplicação nas relações privadas tendo como metodologia uma investigação descritiva que retrata as características do tema como abordagem qualitativa em relação a conceitos e princípios, pesquisa na mais recente bibliografia relacionada ao tema e na jurisprudência aplicada pelos Tribunais Superiores. Dentre as conclusões obtidas neste trabalho, ressalta-se a mitigação do “*pacta sunt servanda*” e a aplicação da boa-fé objetiva e seus conceitos parcelares em todas as fases contratuais, possibilitando ao Juiz, conforme estabelecido no Código Civil, afastar os atos que excedam os limites da boa-fé objetiva.

PALAVRAS-CHAVE: BOA-FÉ OBJETIVA-DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO-CONCEITOS PARCELARES DA BOA-FÉ OBJETIVA-DUTY TO MITIGATE THE LOST-DEVERES ANEXOS.

INTRODUÇÃO

Versa este artigo sobre o princípio da boa-fé objetiva nas relações de direito contratual e o conceito parcelar *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar o próprio prejuízo). O objetivo da pesquisa é fazer um estudo sobre o princípio da boa-fé objetiva com suas peculiaridades e os seus preceitos parcelares dando maior relevância e desenvolvimento ao preceito parcelar do *duty to mitigate the loss*. A importância é analisar a boa-fé objetiva nas relações jurídicas contratuais como a regra de conduta dos indivíduos durante a formação e o cumprimento do contrato (GONÇALVES, 2018). E será exposto também o dever de mitigar a perda (*duty to mitigate the loss*)

que consiste justamente no sentido de mitigação do prejuízo pelo próprio credor (TARTUCE 2017).

Mitigar o próprio prejuízo significa, segundo Tartuce (2018), uma construção inovadora, relacionada diretamente com a boa-fé objetiva, é justamente a mitigação do prejuízo pelo próprio credor. Já para Rosenvald, Farias (2017) esse preceito parcelar da boa-fé objetiva expressa que o contratante credor deve adotar as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado. Ainda vale ressaltar que para Fradera (1998) o não cumprimento do *duty mitigate the loss* implica em sanções ao credor, pois ocorre a violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral, permite um tratamento individualizado de cada caso.

Como se pode perceber no parágrafo anterior, os três autores mencionados têm visão parecida sobre o preceito parcelar da boa-fé objetiva o *duty mitigate the loss*. Assim sendo, para tais autores esse preceito é recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro como uma inovação e o seu descumprimento gera violação ao princípio da boa-fé objetiva. Enfim, possuindo a possibilidade de evitar o prejuízo por meios razoáveis, a conduta esperada entre contratantes é que ajam de forma a evitar que danos ocorram para ambas as partes.

Dessa forma, inicialmente, será abordado o princípio da boa-fé objetiva, que é pautado na probidade, na lealdade, cooperação, honestidade e confiança entre as partes, destacando a diferença entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva e a responsabilidade pré-contratual e pós-contratual.

Já no segundo tópico serão abordadas as funções do princípio da boa-fé objetiva (função interpretativa, função delimitadora do exercício de direitos subjetivos ou função controle e função criadora de deveres anexos), violação positiva do contrato e posteriormente os conceitos parcelares da boa-fé objetiva (*surrectio* e su-

pressio, tu quoque, vanire contra factum proprium nom potest, exceptio doli e duty mitigate the loss).

No terceiro e último tópico, será feita uma abordagem mais aprofundada sobre o preceito parcelar da boa-fé objetiva o *duty mitigate the loss*, que, conforme o enunciado nº 169 do Conselho de Justiça Federal, diz que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

O estudo proposto será realizado através de pesquisa bibliográfica tendo como fontes os manuais de direito civil, a legislação civil e constitucional pertinente além de análise jurisprudencial que exemplifica a aplicação do preceito parcelar diante de um caso concreto; orientada por uma abordagem qualitativa em que os autores são instrumentos essenciais, pois fazem a análise dos dados coletados, buscando os conceitos, princípios, relações e significados dos assuntos abordados. Ainda vale ressaltar sobre a metodologia que a investigação deve ser classificada como descritiva, retratando as características do tema a ser apresentado.

1 A BOA-FÉ OBJETIVA

Tem-se a gênese da boa-fé ao direito romano, onde usualmente era aplicada nas hipóteses em que não havia texto expresso em lei regulando determinada relação jurídica e que conferia ao magistrado um especial mandato para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas. Com isso, surgiu naquele momento o embrião do que atualmente conhecemos como boa-fé e que se denominou inicialmente de *bona fides* que se entendia como a fidelidade à palavra dada, com o dever de cumprimento da promessa. Assim consistia em exigir que os contratantes atua-

sem sem dolo e conforme as relações leais, exigindo-se de todos o comportamento honesto positivo.

Com efeito, o *jus genitum*, direito aplicado indistintamente aos romanos e estrangeiros, foi baseado em uso e costumes comerciais e representou o campo propício ao incremento da boa-fé dado a sua necessidade nas relações comerciais informais, onde a lealdade à palavra era a maior garantia.

Por conseguinte, o princípio da boa-fé transcendeu as relações *inter-vivos* sendo aplicada também no pensamento jurídico da igreja. A boa-fé canônica se traduzira na ausência de pecado, na linha de valores do cristianismo. O direito canônico, ao contrário do direito romano, o qual aplicava a boa-fé à posse e as obrigações, estendeu a boa-fé aos *nuda pacta*, ou seja, aos acordos meramente consensuais e que seriam abrangidos, em virtude da transcendência do respeito à palavra dada, a uma dimensão ética e axiológica por se situarem em uma escala que traduz a concretização da lei divina (ROSENVALD, FARIAS, 2017).

Outrossim, a boa-fé nas relações jurídicas contratuais é a regra de conduta dos indivíduos dos quais interessam as repercussões de certos comportamentos necessários para a confiança de quem com estes se relaciona. É a sinceridade nas palavras e a lealdade nas convenções (LÔBO, 2017)

Ademais o princípio da boa-fé exige que as partes, não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato, comportem-se de forma correta. Além disso, o princípio é presumido nas relações contratuais cabendo a parte que entende ter ocorrido uma violação provar o não cumprimento da parte contrária em agir com retidão, probidade, honestidade ou lealdade nos moldes do homem comum, devendo agir-se em conformidade com as peculiaridades dos usos e costumes do lugar (GONÇALVES, 2018).

2 DIFERENÇAS DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUBJETIVA

Para a análise do princípio da boa-fé objetiva, é de extrema relevância destacar as diferenças entre esta e a boa-fé subjetiva.

A boa-fé subjetiva era amplamente verificada no Código Civil de 1916, representava a intenção, o ânimo do sujeito que pratica um determinado ato, não tendo conhecimento de eventuais vícios que ele apresenta. (GAGLIANO e PAMPLONA., 2016).

O estado da boa-fé subjetiva reconhece que o sujeito praticou determinado ato sob o manto da ignorância, ou seja, no desconhecimento da real situação fática como ocorre nos casos do possuidor de boa-fé, que é aquele que não sabe dos vícios que inquinam sua posse, sendo protegido pelo legislador ordinário conforme arts.1.214, 1.217, 1.219 do CC/2002. Por outro lado, aquele que agiu de má-fé, ou seja, que sabia dos vícios que o ato possuía, não sofre o mesmo amparo (arts. 1.216, 1.218, 1.220 do CC/2002) (GAGLIANO e PAMPLONA, 2016).

Corroborando com o acima exposto Judith Martins-Costa (apud GONÇALVES, 2017, p. 65) esclarece:

a expressão “boa-fé subjetiva” denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.

Diante do exposto, temos que a boa-fé pode ser considerada tanto uma forma de conduta (boa-fé subjetiva) como uma regra de comportamento (boa-fé objetiva). Nesta última, representa honestidade, respeitabilidade e confiança, levando-se

sempre em conta o interesse da parte oposta na relação contratual (GONÇALVES, 2017).

3 DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E PÓS- CONTRATUAL

Por outro lado, temos como contrato um negócio jurídico bilateral, resultante de duas vontades, ou seja, a união de dois negócios jurídicos unilaterais: proposta e aceitação. Nos contratos bilaterais se opõe um figurante ao outro com interesses opostos, em posições antagônicas, mas objetivando uma composição de interesses, ancorada nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do negócio jurídico (ROSENVALD, FARIAS, 2017).

Do exposto, pela promessa, duas ou mais partes se obrigam à celebração de um contrato futuro, dentro da ampla liberdade de estabelecer a disciplina de seus interesses comuns e, firmam promessa de contrato pela manifestação bilateral de vontade que para ser válida é essencial a indicação da natureza do negócio jurídico a ser realizado, bem como, as suas condições básicas (NADER, 2016).

Ademais, quanto às fases contratuais, a própria Codificação Civil de 2002, versa em seu artigo 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Não obstante a omissão do legislador quanto à fase pós-contratual olvidou-se em definir toda aplicação e a demonstrar toda força e importância da boa-fé nas relações contratuais como um todo. Outrossim, a I Jornada de Direito Civil no enunciado 25, aponta que “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”. Além do mais, outro Enunciado, 170 CJF/STJ da III *Jornada de Direito Civil*, também versou sobre

o tema ao expressar 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”.

Acrescente-se que é possível identificar quatro fases na formação do contrato: a) *fase de negociações* preliminares ou de *puntução*: nesta fase ocorrem os debates prévios, tratativas ou conversações sobre o contrato preliminar ou definitivo. Saliente-se que a expressão *puntução* está relacionada a acordos parciais na fase pré-contratual. Há posicionamentos doutrinários que entendem não haver vinculação das partes por se tratarem de negociações preliminares, ou seja, conversações prévias, sondagens e estudos e desta forma não se poderia imputar a responsabilidade civil àquele que venha a interromper com as negociações, pois se não há de fato uma proposta concreta, nada existiria. Contudo em pensamento contrário, por força do princípio da boa-fé, há correntes que defendem ser possível a responsabilização contratual nesta fase; b) *fase de proposta*, *policitação* ou *oblação*: é denominada de fase de oferta formalizada, pois ocorre pela manifestação de vontade de contratar por uma das partes que solicita a aprovação da outra. Trata-se de uma declaração unilateral que só produz efeitos ao ser recebida pela outra parte. Está prevista no artigo 427 do Código Civil donde se extrai que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”; c) *fase do contrato preliminar*: também conhecida como *pactum contrahendo*, encontra-se elencado entre os artigos 462 a 466 do CC/02. Cumpre alinhar que não é uma fase obrigatória entre as partes, utilizada predominantemente em contratos de compra e venda de imóvel para dar mais segurança às partes. Assim há para uma das partes o compromisso unilateral, uma obrigação de fazer um contrato definitivo. Enquanto para a outra parte resta a opção de celebrar ou não o contrato definitivo; d) *fase de contrato definitivo*: é a última fase do contrato

definitivo e ocorre pelo choque ou encontro de vontades oriundas da autonomia privada. Destarte o contrato estará aperfeiçoado, gerando todas as suas consequências (TARTUCE 2017).

Todavia, no que tange a responsabilidade pós-contratual, a jurisprudência alemã construiu a *teoria da culpa post pactum finitum* que enuncia que continuavam a existir para as partes certos deveres laterais, acessórios ou anexos, mesmo após o cumprimento da obrigação, nos exatos termos do contrato, todos esses deveres decorrentes do princípio da boa-fé (DONNINI, 2011).

Sendo assim, a violação do contrato em sua fase pós-processual é o que a doutrina moderna denomina de violação positiva do contrato, que nada mais é do que o descumprimento de alguns deveres anexos que se extraem do princípio da boa-fé objetiva, tais como o dever de esclarecer, lealdade, cooperação, informação, etc. (GONÇALVES, 2017).

Em diapasão, O próprio Conselho da Justiça Federal reconhece a exigência do cumprimento dos deveres anexos do contrato, decorrentes da boa-fé objetiva, sob pena de atuação jurisdicional para a respectiva revisão, consoante enunciados n. 26 e 363.

4 FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A doutrina civilista destaca as seguintes funções da boa-fé objetiva (GAGLIANO E PAMPLONA 2016):

- a) Função interpretativa;
- b) Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos ou função controle;
- c) Função criadora de deveres anexos;

4.1 Função Interpretativa

A função interpretativa da boa-fé objetiva representa um referencial para o Juiz, quando aplicar o texto legal no caso concreto, extrair o sentido da norma em consonância com os fins sociais objetivados (GAGLIANO, PAMPLONA, 2016).

Neste diapasão, o art. 113 do Código Civil de 2.002 (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) estabelece *in verbis*: “art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Desta forma, a boa-fé objetiva se configura como um auxiliar ao intérprete da lei perante um negócio jurídico, de modo que o resultado de sua interpretação seja mais favorável àquele que estiver de boa-fé (TARTUCE, 2015).

4.2 Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos ou função controle

Por esta função, o sujeito que contraria os limites da boa-fé objetiva, que abusa no exercício dos direitos subjetivos, comete ato ilícito. O art. 187 do Código Civil de 2.002 (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) disciplina *in 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.”

Corroborando o entendimento, o Enunciado n. 37, aprovado na I Jornada de Direito Civil, determina que: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”. Aduz o referido enunciado que aquele que viola a boa-fé objetiva tem responsabilidade objetiva (TARTUCE, 2015).

Destarte, aplicação desta função busca evitar a inserção de cláusulas abusivas ou leoninas em qualquer tipo de contrato seja ele civil ou de consumo (GAGLIANO, PAMPLONA, 2016).

4.3 Deveres anexos

Com efeito, os deveres anexos são originários da boa-fé objetiva e excedem o dever de prestação das partes ao exigir destas a omissão nos atos que possam prejudicar a outra parte e a imposição de ações que cooperem para que a parte contrária possa adimplir da melhor maneira possível. Assim, são estes, deveres laterais ou anexos, denominados desta forma, pois ladeiam a obrigação principal (SANCHES, 2015).

Outrossim, o enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil assegura 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”. Desta forma, são exemplos de deveres anexos os deveres de proteção, informação, lealdade, transparência, probidade, fidelidade, respeito, cooperação, confiança, sigilo, cuidado, razoabilidade, equidade, etc. Inseridos à obrigação principal, por uma exigência ética do ordenamento jurídico, assentada na concepção da obrigação como processo e, portanto, orientada ao adimplemento, com resguardo das situações patrimoniais e existências dos parceiros contratuais. Sendo assim, adimplir significará atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, tanto os deveres ligados à prestação propriamente dita, como àqueles relacionados à proteção dos contratantes durante toda as fases pré-contratuais e pós-contratuais e, desta forma, conclui-se que a abstração e a generalidade do princípio da boa-fé, alargam por completo o conceito de inadimplemento (ROSENVALD, FARIAS, 2017).

Diante disso, a lesão aos deveres anexos repercute na chamada violação positiva do contrato que cuida de terceira modalidade de inadimplemento das obrigações. Enquanto o inadimplemento absoluto e a mora relacionam-se ao cumprimento do dever de prestação, a violação positiva do contrato exprime-se por uma série de situações práticas derivadas da inobservância dos deveres anexos que não se relacionam diretamente à obrigação principal.

5 VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Conforme exposto no tópico anterior, a violação dos deveres anexos da boa-fé objetiva resulta na violação positiva do contrato. De forma didática, explica Gonçalves (2017, p.69) “deveres anexos ou secundários excedem o dever de prestação e derivam diretamente do princípio da boa-fé objetiva”.

O descumprimento dos deveres laterais tais como proteção, informação e cooperação, provoca o inadimplemento e conseqüentemente a pretensão indenizatória ou no direito à resolução do vínculo contratual (ROSENVALD, FARIAS, 2017).

Trata-se de uma terceira modalidade de inadimplemento, ao lado da mora e do inadimplemento absoluto do contrato, especificamente voltada para o cumprimento dos deveres laterais (ROSENVALD, FARIAS, 2017). Cumpre ressaltar que para Tartuce (2015, p.342) a violação positiva do contrato não seria uma terceira espécie de inadimplemento, mas sim uma subespécie, vinculada à mora, uma vez que de acordo com o art. 394 do CC, a mora está configurada quando houver um cumprimento parcial: “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

Para Rosenvald e Farias (2017, p.194), o Código Civil de 2002 falhou em não dispor especificamente da violação positiva do contrato, no entanto, em consonância com o art. 422, do CC, o inadimplemento decorrente da violação dos deveres anexos é perfeitamente aplicável aos contratos estabelecidos na vigência da atual codificação civil.

Nesse diapasão, o Enunciado n. 24, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2002, com o seguinte teor: “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”.

6- CONCEITOS PARCELARES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Por conseguinte, a importância dos institutos oriundos do direito comparado aplicados no ordenamento jurídico brasileiro como função integradora são no intuito de suprir as lacunas dos contratos e trazer deveres implícitos às partes contratuais, sendo estes conceitos reconhecidos na V Jornada de Direito Civil, pelo enunciado de nº 412 (TARTUCE, 2015). Ademais pode-se extrair entendimento permissivo do enunciado nº 27 da I Jornada de Direito Civil, no emprego destes conceitos, pois aduz que “na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros **estatutos normativos e fatores metajurídicos**”, expandindo desta forma, a exegese e a aplicação da boa-fé objetiva. (grifo nosso)

Destarte as partes nem sempre regularem seus interesses por completo ao realizarem um negócio jurídico, deixando lacunas que deveriam ser preenchidas

quando da incidência de conflitos. Desta forma, a legislação pátria nada dispõe a respeito, sendo estas respostas encontradas no âmbito doutrinário e no Direito comparado (NADER, 2016).

A saber são estes os conceitos parcelares:

6.1 Durrectio e supressio

São estes conceitos, correlatos à boa-fé objetiva, expressões que exprimem o nascimento e a extinção de um direito. São materialmente vinculados, pois um surge ao desaparecimento do outro. Ademais devem ser utilizados como função integrativa para suprir eventuais lacunas do contrato, como forma de deveres implícitos às partes contratuais. Com isso ocorre a *supressio* quando um direito não é exercido por determinado lapso de tempo, contrariando a boa-fé. Quando um contrato de prestação duradoura permanece sem cumprimento durante longo tempo, por falta de iniciativa do credor, não poderá ser motivo de nenhuma exigência. Neste momento, com a preclusão deste direito, eis que surge a figura da *surrectio*, ou seja, nasce para a outra parte um direito que ora foi suprimido daquele, por não o ter exercido. Pode-se exemplificar do credor que sempre recolhia seus débitos na casa do devedor, mas que por alguma vicissitude, o devedor começa a ir até a residência do credor, de forma habitual. Neste exemplo, se o ato do devedor for reiterado, ocorrerá a *supressio* do seu direito de realizar os pagamentos em sua residência e para o credor a *surrectio*, ou seja, ficará a cargo do devedor se deslocar até ao local onde se encontra o credor (GONÇALVES, *apud* AGUIAR JÚNIOR, 2013).

6.2 Tu Quoque

Trata-se de uma regra de ouro, que versa sobre a proibição de aproveitar-se de uma situação originada no abuso do direito. Assim, é vedado que alguém faça com o outro o que não faria a si mesmo. Nas palavras de Flávio Tartuce, 2017 (*apud* GODOY p.88) a expressão *tu quoque* originou-se pelo grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava com os que atentavam contra sua vida (*'Tu quoque, filli'?* Ou *'Tu quoque, Brute, fili mi'?*), neste sentido, através dessa regra evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercê-la posteriormente, ou seja, num primeiro momento descumpri-la e, posteriormente exigi-la. Trata-se de regra de tradição ética que inibe que se faça com o outro o que não quer que se faça contra si.

6.3 Venire Contra Factum Proprium Nom Potest

A finalidade da celebração de um contrato entre partes distintas, independentemente da modalidade, desde que lícito ou não defeso em lei, converge para um fim comum. A celebração de um contrato possui uma finalidade, tanto que é nítida a força do princípio da função social dos contratos, que impera nas relações, impedindo que meras irregularidades ou atos contrários à boa-fé possam macular o negócio jurídico ajustado.

Malgrado, o princípio da proibição do comportamento contraditório trata-se de vedação de um agir contrário ao que foi prospectado. Desta forma pode-se definir que a vedação tem o intuito de manter a credibilidade e segurança nas relações sociais e jurídicas devendo o sujeito observar um comportamento coerente como um princípio básico de convivência. Com isso, o comportamento contraditório se apre-

sentada, no campo jurídico, como uma conduta ilícita, passível inclusive, conforme a situação concreta de prejuízo, de indenização por perdas e danos e dano moral (VENOSA, 2017).

6.4 Exceptio Doli

A *exceptio doli* se caracteriza com uma forma de defesa de uma das partes do contrato contra ações violadoras da boa-fé buscando repelir a pretensão do autor e propondo-lhe uma exceção por este ter incorrido em dolo. A doutrina defende que deriva da *exceptio doli* figuras como a *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque* (DE PAULA, 2011).

Dessa forma, são deveres de conduta aplicados contra o agente que se vale de uma atitude dolosa com o intuito de prejudicar a parte contrária, deixando, dessa maneira, de empenhar-se pela manutenção dos interesses legítimos e acordados.

6.5 Duty To Mitigate The Loss

O enunciado nº 169 do Conselho de Justiça Federal preleciona que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Com isso, pode-se afirmar que o sentido deste conceito parcelar está relacionado à obrigação do contratante mitigar seu prejuízo e não se valer da insolvência do devedor para auferir lucro (ROSENVALD, FARIAS, 2017).

Ademais, a seguir este conceito será mais aprofundado.

7 DO DEVER DE MITIGAR SEU PRÓPRIO PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE THE LOSS).

Segundo Tartuce (2017, pg.114) o dever de mitigar a própria perda (*duty mitigate the loss*) é compreendido como uma construção inovadora, relacionada diretamente com a boa-fé objetiva, justamente com sentido de mitigação do prejuízo pelo próprio credor. Sendo assim, o credor, prejudicado por um inadimplemento, não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e adequados às circunstâncias. Dessa forma, o *duty mitigate the loss*, como propõe Vera Jacob de Fradera (enunciado n. 169 do CJF/STJ na *III Jornada de Direito Civi* apud TARTUCE, 2017, pg.117) o não cumprimento a tal obrigação traz como produto sanções ao credor, precipuamente a imputação de culpa próxima à *culpa delitual*, como por exemplo, o pagamento de eventuais perdas e danos, ou a redução do seu próprio crédito. Entretanto, mesmo concordando com tal proposta, o renomado autor, entende que na verdade não seria o caso de *culpa delitual*, mas de responsabilidade objetiva, ou seja, quebra de dever anexo ou caracterização do abuso de direito.

O referido autor diz que a ruptura dos deveres anexos gera a responsabilidade objetiva daquele que transgrediu a boa-fé objetiva. Exemplo notório disso é a aplicação do *duty to mitigate the loss*, demonstrado no caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Assim, 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. Como ilustrado no exemplo acima, o credor que foi prejudicado por um inadimplemento, deverá tomar as medidas cabíveis para evitar um maior risco de prejuízo ao seu patrimônio.

Pode-se, pois, perceber que o citado autor ressalta ainda que a parte que expõe a ruptura do contrato deve tomar as medidas admissíveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, que nela está compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se a parte autora 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. Para Vera Jacob de Fradera (enunciado n. 169 do CJF/STJ na *III Jornada de Direito Civil* apud TARTUCE, 2017, pg.657) há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.

Enfim, o preceito parcelar exposto acima resume basicamente que o dever de mitigar nasce do princípio da boa-fé objetiva, onde o titular do direito deve sempre que possível atuar de forma a minimizar o âmbito de extensão do prejuízo. Evitando assim que a situação se agrave. Em razão disso, a ideia do dever de mitigar significa que o credor não pode querer piorar o estado do devedor, agravando assim o seu próprio prejuízo.

7.1 Origem

O *duty mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro (que possui o *Civil Law* como sistema jurídico) tem sua origem no direito contratual fundamentado na Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias (CISG), em seu artigo 77 que dispõe que:

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá

pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada. (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS, 1980, pg.23)

Nesse sentido o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do CJF, levando em consideração o artigo 422 do código civil de 2002, diz que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Assim sendo, de acordo com Lopes (2017, pg.158), as partes de um contrato devem agir de forma colaborativa em sua relação contratual. Pois, os limites impostos pela boa-fé objetiva não dizem respeito à funcionalização do direito, ou seja, não está em debate sua função, mas sim seu conteúdo. Desta forma, com o abuso do direito, impõe-se limites internos ao exercício, traçando diretrizes a partir das matrizes axiológicas da boa-fé.

Dessa forma, o mencionado autor exprime que a boa-fé traz as ideias de honestidade, lealdade e retidão na condução dos negócios, à maneira do padrão socialmente aceito de homem probo. Agir com boa-fé implica, no direito das obrigações, atitude cooperativa entre as partes contratantes. Portanto, exerce abusivamente o direito à indenização o credor que pretende ser indenizado apesar de não ter agido conforme a boa-fé, ou seja, que não agiu de forma cooperativa para evitar a ocorrência dos danos pelo emprego de esforços razoáveis. Diante do inadimplemento de uma obrigação, a boa-fé impõe que o credor colabore com o devedor e evite danos ao seu próprio patrimônio, de forma a evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes. Havendo possibilidade de evitar o prejuízo por meio de esforços razoáveis, a conduta socialmente esperada do homem probo é que aja de forma a que tais danos não ocorram. Se, entretanto, o credor não cumpre tal norma imposta pela boa-fé e posteriormente pretende obter reparação pelos danos sofridos

dos, o exercício ao seu direito à indenização é abusivo, pois excede manifestamente os limites traçados pela boa-fé.

O referido autor conclui que a teoria do direito de mitigar a perda, desde que tomada em seu aspecto objetivo e tendo sido desenvolvida a partir da boa-fé, pode ser observada como um dos fundamentos da norma de mitigação. Contudo, essa teoria não deve ser vista como um fundamento a mais, mas apenas como ratificação da conclusão a que se chegou anteriormente, que a norma de mitigação tem seu fundamento na boa-fé objetiva, pois apenas quando a teoria do direito de mitigar a perda se assenta nessa noção é que se encontra base de sustentação no ordenamento jurídico pátrio.

8 JURISPRUDÊNCIAS

No caso em tela, no recurso especial interposto no Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelo recorrente MURETAMA EDIFICAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que teria dado a apelação provida em partes. O fato exposto se trata de um contrato de promessa de compra e venda no qual o comprador não arcou com suas responsabilidades. Entretanto, o credor (vendedor) também não cumpriu com suas obrigações devidas. Em razão disso, o Tribunal de Justiça do Paraná deu provimento em parte, seguindo a seguinte tese:

A promitente-vendedora tem também o dever de evitar o agravamento do dano causado pelo inadimplemento e procurar recuperar a posse da unidade, abandonada pelo promissário-comprador, o mais rápido possível. Assim não procedendo, o

inadimplemento não responde pelo pagamento dos meses correspondentes à inércia da compromitente.

Dessa forma, o evento chegou ao STJ, mais precisamente em sua terceira turma onde ficou decidido por unanimidade pelo não provimento do recurso. De acordo com o relator, verificou-se que o recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase sete anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual, o pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda, evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais acelerada dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano.

Em vista disso, a conduta do credor (recorrente) para o colegiado viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte conforme decisão:

Superior Tribunal de Justiça.
RECURSO ESPECIAL Nº758.518 – PR(2005/0096775-4)
RELATOR: MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADODO TJ/RS)
RECORRENTE: MURETAMA EDIFICAÇÕES E
EMPREENDEIMENTOS LTDA.
ADVOGADO: PATRÍCIA NYMBERG E OUTRO(S)
RECORRIDO:SÉRGIO MECA DE LIMA.
ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS.

EMENTA

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.

Como foi demonstrada no caso exposto, foi utilizada a teoria do dever de mitigar a perda (*duty mitigate the loss*, como é conhecido no direito alienígena) com objetivo de ressaltar que as partes envolvidas em qualquer obrigação devem respeitar, como dita a boa-fé objetiva, os preceitos éticos de uma relação entre contratantes. Dessa forma, as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Assim sendo, a parte que está sofrendo prejuízos não pode permanecer inerte propositalmente diante do dano, pois a sua inércia acarretará gravame desnecessário e evitável ao próprio patrimônio.

Por esse motivo, o recorrente (MURETAMA EDIFICAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA) segundo o preceito do direito citado acima, poderia ter evitado parte de seu dano caso houvesse agido conforme o preceito parcelar da boa-fé objetiva o *duty mitigate the loss*. Assim, não cumprindo com o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor sofreu sanções, em razão de ter incidido em abuso de direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, este tipo de ato é condenado e sua punição tem fonte na invocação do princípio da boa-fé objetiva, na qual a natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso concreto, a partir de determinados elementos comuns, como por exemplo, a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa.

Com isso, vimos que pelo fato de o credor não ter entrado, no momento adequado para que se evitasse um maior prejuízo da parte contrária, com o pedido de recuperação de posse do bem que o pertencia, acabou perdendo o direito de pedir a indenização pela totalidade do período, compreendido entre a data da ocupação do imóvel até o cumprimento da medida de reintegração de posse do mesmo. Em virtude do ocorrido, o credor demonstrou falta de interesse pelo bem, e ainda, a não observância do princípio da boa-fé objetiva. Ocasionalmente desse modo, o não provimento do recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça.

Pode-se, dessa maneira, perceber que a teoria do *duty mitigate the loss* tem sido usada para que haja entre as partes pactuantes uma relação de retidão, ou seja, respeitar os mandamentos do princípio da boa-fé objetiva.

Adentrando a análise do princípio *Duty to mitigate* aplicado ao caso concreto, neste ato, por sua aplicação ao Resp. 1.325.862-PR, do qual decorreram-se os seguintes fatos: o Procurador do Estado do Paraná, no ano de 2006, ajuizou em face

da escrivã, da 1º Vara da Fazenda Pública de Falência e Concordatas da Comarca de Curitiba, ação de indenização por danos morais em razão de uma publicação equivocada do resumo de sentença, pelos embargos à execução interpostos pelo procurador em representação ao Estado, do qual julgara improcedente o pedido deduzido pelo Estado e que constou na súmula da publicação a condenação por litigância de má-fé, informação essa que não condizia com a realidade e não foi, de fato, colhida na sentença.

Nesse ponto, cumpre alinhar que não se adentrará ao mérito de ser possível ou não ação direta do lesado em face do servidor público, excluindo do polo passivo a figura do Estado, que via de regra possui responsabilidade objetiva. E tampouco serão analisadas questões processuais como interesse de agir e condições e pressupostos da ação, assuntos esses, abordados no Recurso Especial em tela.

Por conseguinte, entendeu o tribunal:

Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.862 - PR (2011/0252719-0)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO.

RECORRENTE: JOEL SAMWAYS NETO.

ADVOGADA: CLAUDIA BASSO CARNEIRO DE SIQUEIRA.

RECORRIDO: MARA REGINA DE OLIVEIRA TREVIZAN.

ADVOGADOS: MELINA BRECKENFELD RECK E OUTRO(S)
MANUELA SIMOES FALCAO ALVIM DE OLIVEIRA.

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrador de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale

dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

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

3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalcitrância Documento: 1261343 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/12/2013 Página 1 de 15 Superior Tribunal de Justiça injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador. 4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *Duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posterior-

mente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.

5. Recurso especial não provido.

Desta forma, ao que se refere ao princípio ora discutido e centralizando a atenção ao que aponta o relator deste recurso sobre este preceito, no caso em análise, observa-se que o Procurador nada fez para que fosse a publicação retificada, não buscou por meio de embargos, apelação ou procedimento administrativo a correção da publicação. Desta forma, acrescenta o relator que cabia ao autor mitigar as consequências do fato por força do evidente imperativo ético ancorado na boa-fé objetiva que permeia todas as relações, sejam elas contratuais, extracontratuais ou com o Poder Público.

Nesse sentido, o ministro finaliza seu voto (SALOMÃO, 2013 p.12) enfatizando que o “lesado” não deveria ter se mantido inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de buscar ressarcimento posteriormente com uma ação indenizatória. Nesse mesmo diapasão acompanharam os demais ministros o voto do relator sem nada mais acrescentar.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, no RESP nº 1.201.672, teve a oportunidade de decidir sobre a aplicação do princípio *duty to mitigate the loss*.

Em breve histórico, o Recorrente Banco BANESTADO ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA, teve seu pedido considerado parcialmente procedente em primeira instância, uma vez que foi negada ao banco a possibilidade de atualização monetária dos valores pretendidos em decorrência da suposta inércia da instituição, aplicando-se o princípio acima citado.

Interposta a Apelação, a instituição financeira teve seu recurso negado, mantendo-se a aplicação do *duty to mitigate the loss* em virtude da inércia do agente bancário.

Superior Tribunal de Justiça
RECURSO ESPECIAL Nº 1.201.672 - MS (2010/0133286-6)
RELATOR: MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)
RECORRENTE: BANESTADO ADMINISTRADORA DE CARTÕES
DE CRÉDITO LTDA
ADVOGADOS: NILZA RAMOS E OUTRO(S) - MS001129
FREDERICO AUGUSTO LIMA DE SIQUEIRA E OUTRO(S) -
DF031511
RECORRIDO: ANTONIO GENTIL RODRIGUES
ADVOGADO: ALMIR SILVA PAIXÃO - DEFENSOR PÚBLICO -
MS003445

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE
CARTÃO DE CRÉDITO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DUTY TO
MITIGATE THE LOSS. INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO.
JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE CONTRATO NOS
AUTOS. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. TAXA
MÉDIA DE MERCADO. RECURSO PROVIDO.

1. O princípio *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspecto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando deveres anexos aos contratos (v.g: lealdade, confiança ou cooperação), agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade.

2. O ajuizamento de ação de cobrança muito próximo ao implemento do prazo prescricional, mas ainda dentro do lapso legalmente previsto, não pode ser considerado, por si só, como fundamento para a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Para tanto, é necessário que, além do exercício tardio do direito de ação, o credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor.

3. A razão utilizada pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso o postulado do *duty to mitigate the loss* está fundada tão somente na

inércia da instituição financeira, a qual deixou para ajuizar a ação de cobrança quando já estava próximo de vencer o prazo prescricional e, com isso, acabou obtendo crédito mais vantajoso diante da acumulação dos encargos ao longo do tempo.

4. Não há nos autos nenhum outro elemento que demonstre haver a instituição financeira, no caso em exame, criado no devedor Documento: 1658300 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 27/11/2017 Página 1 de 36 Superior Tribunal de Justiça expectativa de que não cobraria a dívida ou que a cobraria a menor, ou mesmo de haver violado seu dever de informação. Não há, outrossim, elemento nos autos no qual se possa identificar qualquer conduta do devedor no sentido de negociar sua dívida e de ter sido impedido de fazê-lo pela ora recorrente, ou ainda qualquer outra circunstância que pudesse levar à conclusão de quebra da confiança ou dos deveres anexos aos negócios jurídicos por nenhuma das partes contratantes, tais como a lealdade, a cooperação, a probidade, entre outros.

5. Desse modo, entende-se não adequada a aplicação ao caso concreto do *duty to mitigate the loss*.

6. "Não juntados aos autos os contratos, deve o agravante suportar o ônus da prova, afastando-se as tarifas contratadas e limitando os juros remuneratórios à taxa média de mercado" (AgRg no REsp 1.578.048/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18/08/2016, DJe de 26/08/2016).

7. Recurso especial provido.

O STJ, em votação unânime, negou a aplicação do princípio no caso concreto. O eminente ministro relator LÁZARO GUIMARÃES decidiu que a aplicabilidade do princípio deve ser conjugada com a violação de outros deveres anexos ao contrato e que a inércia no ajuizamento da ação de cobrança pelo Banco, analisada de forma isolada, não é suficiente para a aplicação do princípio em tela, conforme ex-certo colado abaixo:

conclui-se que a demora no ajuizamento da ação de cobrança, mas dentro do prazo prescricional, não pode ser considerada, por si só, como fundamento para a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Para tanto, é necessário que, além do exercício tardio do direito de ação, o credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres ane-

xos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor.”

CONCLUSÃO

Desse modo, o princípio da boa-fé objetiva, que foi trazido pelo Código Civil de 2002, tem como primordial importância colocar em primeiro plano dentro de uma relação contratual a ideia de honestidade entre as partes fazendo com que determinados princípios que eram secundários, ou que sequer existiam, nas relações privadas (no direito privado/relações contratuais), comessem a ser colocados em prática, sem que, contudo, deixasse de se considerar a vontade das partes, ou seja, deixasse de se observar o princípio do “*pacta sunt servanda*” como sendo também um dos protagonistas da relação contratual. Sendo assim, o preceito parcelar da boa-fé objetiva o *duty mitigate the loss* advém desse avanço, pois essa construção inovadora veio com o objetivo de fazer com que dentro de uma relação contratual o titular do direito deva sempre que possível atuar de forma a minimizar o âmbito de extensão do prejuízo da outra parte. Evitando assim, que a situação se agrave.

Dessa maneira, o objetivo deste artigo tratou da análise do dever de mitigar a própria perda. Este conceito parcelar versa sobre a obrigação de se diminuir as perdas e evitar que o próprio prejuízo se agrave.

Este tema é atual e de suma importância em vista das relações contratuais que se desenvolvem hodiernamente. Não obstante, os julgados inseridos no presente artigo demonstram que o princípio *Duty to mitigate* está incorporado ao ordenamento jurídico e sendo aplicado em casos diversos.

Outrossim, os deveres anexos excedem o dever de prestação das partes impedindo atos que possam prejudicar a relação contratual. São também denominados

de deveres laterais, pois estão lateralmente, ou seja, acompanham as relações principais, e limitam os abusos ou práticas oriundas de má-fé. Com isso observou-se que os deveres colaterais como o dever de proteção, informação, lealdade, transparência, probidade, fidelidade, respeito, cooperação, confiança, sigilo, cuidado, razoabilidade, equidade, apesar de não serem postos no bojo dos contratos, não deixam de operar e de terem sua observância obrigatória por ambas as partes.

Ademais, no tocante aos deveres anexos temos que quando um direito não é exercido por determinado lapso de tempo, nasce para a outra parte um direito daquele que ora foi suprimido, por não ter sido exercido. Temos então simultaneamente o nascimento de um direito com a extinção de outro, assim tratados neste artigo pela figura da *surrectio e supressio*.

Por conseguinte, examinou-se o *Tu quoque*, conceito parcelar de grande importância nas relações contratuais que é amparado em uma questão ética-moral em que é vedado que se faça ao próximo o que não se gostaria que fosse feito contra si.

Não obstante, além de abster-se de fazer o que não se gostaria que fosse feito contra si, temos outro importante conceito parcelar que impede os atos contraditórios, ou seja, é vedado o agir contraditoriamente. Apesar da similaridade, o venire contra factum proprium *nom potest* revela ser em matéria fática uma vedação de simular uma conduta com o fito de obter vantagem com o erro da outra parte, ou seja, é demonstrar na relação contratual uma intenção e posteriormente não assumi-la.

Por conseguinte, a *exceptio doli* se caracteriza com uma forma de defesa de uma das partes do contrato contra ações violadoras da boa-fé buscando repelir a pretensão do autor e propondo-lhe uma exceção por este ter incorrido em dolo.

Por fim, conclui-se que a aplicação do princípio *Duty to mitigate the loss* permite ao julgador na *decisio litis* analisar se aquele que deveria ter agido contra a própria ruína o fez de forma imediata. Veda-se posteriormente a exigência de uma vantagem, maculada, desencadeada de uma obrigação ou dever de evitar a própria perda.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2.ed.Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**, Brasília,DF, jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

_____. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. CDC.Brasília,DF, set 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 31 mai. 2018.

_____. **ENUNCIADO n. 24, 25, 27, 37 CJF/STF da I Jornada de Direito Civil (2002)**. Disponível em : <http://www.cjf.jus.br/enunciados/> .Acesso em: 24 mai 2018.

_____. **ENUNCIADO n. 169, 170 CJF/STF da I Jornada de Direito Civil (2004)**. Disponível em : <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>> .Acesso em: 24 mai 2018.

_____. Supremo Tribunal Justiça. **Acórdão no Recurso Especial Nº758. 518 – PR (2005/0096775-4)**. Relator: GIUSTINA, Vasco Della. Publicado no DJ de 01-07-2010. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=983680&num_registro=200500967754&data=20100701&formato=PDF>. Acesso em: 24 mai 2018.

_____. Supremo Tribunal Justiça. **Acórdão no Recurso Especial Nº1.325.862 - PR (2011/0252719-0)**. Relator: SALOMÃO, Luiz Felipe. Publicado no DJ de 10-12-2013. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1261343&num_registro=201102527190&data=20131210&formato=PDF>
Acesso em: 24 mai 2018

_____. Supremo Tribunal Justiça. **Acórdão no Recurso Especial Nº 1.201.672 – MS (2010/0133286-6)**. Relator: GUIMARÃES, Lázaro. Publicado no DJ de 27-11-2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1658300&num_registro=201001332866&data=20171127&formato=PDF>. Acesso em: 24 mai 2018.

DE PAULA, Fernanda P. (Orgs.). **Direito das obrigações**: reflexões no direito material e processual. São Paulo: Método, 2011.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual**: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo 3. ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: contratos. 7.ed.rev.atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A Quebra Positiva do Contrato. **Revista da Ajuris: Associação dos magistrados do Rio Grande do Sul**. Vol.15, nº 44, p.144-152, 1998.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**.de acordo com o novo código civil. Col.Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO R.; **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**, Vol. 4, Tomo I. 12 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**.vol.3.14.ed.São Paulo: Saraiva,2017.

_____.**Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**.vol.3. ed.15. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**.3.ed.São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual. Belo Horizonte: Tese de Doutorado. **Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**.vol.3.ed.8.rev.atual.ampl.Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. vol.3.ed.12.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. vol.3.ed.13.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017

_____. **Manual de Direito Civil**. Vol.5.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: MÉTODO, 2015.

SANCHES, André. O princípio da boa-fé objetiva e a violação positiva do contrato na jurisprudência atual do TJ/SP e do STJ. **MIGALHAS**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230978,51045-O+princípio+da+boafe+objetiva+e+a+violacao+positiva+do+contrato+na>>. Acesso em: 29 mai. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**.17.ed. São Paulo: Atlas, 2017.