

A cessação dos efeitos do inadimplemento obrigacional por não mitigação da perda pelo credor

Identificação:

Grande área do CNPq.: Ciências Sociais Aplicadas.
Área do CNPq: Direito.
Título do Projeto: O direito civil na pós-modernidade jurídica.
Professor Orientador: Lucas Abreu Barroso.
Estudante PIBIC/PIVIC: Carlos André Cassani Siqueira.

Resumo: Diante da eticidade, como princípio informador do código civil, ganhou enorme relevância a boa-fé objetiva, tendo entre seus desdobramentos a lealdade e a cooperação nas relações jurídicas obrigacionais. No entanto, mesmo após tal mudança paradigmática, a civilística permaneceu indiferente no tocante ao dever de mitigação da perda pelo credor, introduzido pela boa-fé objetiva e originário do direito anglo-saxão. Nessa seara, a doutrina estrangeira é mais avançada, havendo inclusive legislações estrangeiras que versam sobre o tema. Em decorrência disso, sua aplicação é mais disforme no cenário nacional, não se tendo ainda aprofundado acerca de sua natureza jurídica e da extensão de suas conseqüências. O objetivo deste estudo é reunir conhecimentos com vistas à ampla recepção e adaptação do instituto no contexto jurídico brasileiro. Por sua vez, a difusão desse instrumento possui finalidade pedagógica no que tange à evolução da consciência cooperativa e solidária entre as partes, contribuindo no campo prático para o afastamento da visão individualista e egocêntrica em torno do vínculo obrigacional, em particular para fazer cessar os efeitos da mora.

Palavras chave: Boa-fé objetiva. Lealdade. Cooperação. Mitigação da perda. Cessação dos efeitos da mora.

1 – Introdução

O presente trabalho tem o condão de elucidar e sistematizar informações e aplicações práticas acerca de um instituto pouco difundido na doutrina nacional: o *duty to mitigate the loss* ou o dever de o credor mitigar a própria perda.

A origem do abordado instituto deve ser atribuída ao direito anglo-saxão. Todavia, no que tange à sua recepção no sistema jurídico nacional, é notável que o vigente Código Civil Brasileiro não dispõe, expressamente, acerca da matéria em pauta. A despeito disso, nos deparamos com a dificuldade de introdução e de aplicação direta do dever de mitigar a perda em nosso direito nacional, no qual o tema em pauta encontra solo fértil por meio dos deveres gerais de boa-fé, norteadores de toda a esfera contratual.

Diante do panorama da nova Teoria dos Contratos, verifica-se a aproximação principiológica entre os sistemas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, que consagram o princípio da boa-fé objetiva como paradigma axiológico de regulação dos contratos. A nova codificação, marcada por seu caráter cogente, incorporou outros princípios jurídicos e cláusulas gerais no âmbito

contratual, adotando uma postura protetiva em relação aos contratantes tidos como fragilizados na relação negocial. Tal realidade civilista possibilita a introdução do *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro, por meio da concreção dos deveres de agir segundo os ditames da boa-fé. Assim, concretizou-se a conexão valorativa entre as referidas codificações e o espírito axiológico constitucional.

Ao ser comparada com o sistema jurídico continental europeu, a doutrina estrangeira apresenta enriquecidas construções sobre o tema. É expressa sua relevância em alguns ordenamentos, sobretudo, o alemão e o francês, bem como em convenções internacionais, leia-se a de Viena e a Carta de Princípios da UNIDROIT¹, aplicáveis a contratos internacionais. Válido é destacar que as doutrinas alienígenas trazem diferentes fundamentos de natureza jurídica para o instituto trabalhado.

Desse modo, o nosso maior intuito é realizar uma sistematização da tese, a fim de firmar as raízes do instituto dentro do direito brasileiro. Assim, pretende-se concretizar a naturalização do dever de mitigar a própria perda pelo credor, concedendo-lhe lugar dentro do contexto da teoria e da prática contratual brasileira.

2 – Objetivos

Demarcados os pressupostos em que se assenta esta pesquisa e as problemáticas de que ela trata, o estudo da temática proposta deixa entrever a necessidade de se identificar aonde repousam as raízes do dever de mitigar a perda pelo credor e até onde vão seus tentáculos de abrangência. Destarte, o subprojeto de pesquisa que se intentou elaborar teve como principal fito verificar se a partir da boa-fé objetiva e do plexo de utilidades que ela representa poder-se-ia extrair a ideia do dever de o credor tomar providências para minorar seus próprios prejuízos advindos do inadimplemento obrigacional ou contratual da outra parte pactuante, o devedor. Em última instância, sob um aspecto axiológico e principiológico, pode-se notar que tal dever representa e reflete uma necessidade no atual Direito brasileiro de que as partes cooperem na execução contratual conforme a boa-fé objetiva e com fulcro nos ditames constitucionais solidários.

Quanto aos objetivos específicos, pode-se condensá-los nos seguintes pontos: (i) realizar construções normativas fundamentando o instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Dentro deste objetivo, busca-se a delimitação do preceito trazido pelo instituto da mitigação da perda pelo credor como decorrência concreta da boa-fé objetiva. (ii) Buscar mapear a maneira como o instituto tem sido aplicado nos tribunais nacionais para, a partir dos resultados dessas pesquisas de campo, sistematizar balizas jurídicas sólidas de aplicação concreta do instituto. (iii) Verificar o potencial jurídico de abrangência do instituto da mitigação da perda dentro da prática forense. (iv) Preocupar em delinear as consequências jurídicas decorrentes da quebra do preceito em questão, bem como sua extensão dentro da relação jurídica em que incide. Nessa seara, (v) acabar com o hiato jurídico dentro do qual os magistrados aplicam a regra em voga, contribuindo para o florescer de fontes doutrinárias concretas das quais os juristas se socorram diante de casos de incidência do *duty to mitigate the loss*.

¹ International Institute for the Unification of Private Law.

Foram estas as finalidades deste subprojeto, as quais se espera terem sido alcançadas com êxito e consistência a partir da metodologia aplicada e dos referenciais teóricos utilizados.

3 – Metodologia

A pesquisa em torno do objeto de estudo proposto seguiu a linha *crítico-metodológica* (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 20-21), posto ter sido realizada com base em teses que surgiram a partir das renovações que incidiram no pensamento jurídico e na metodologia de realização do Direito na pós-modernidade. Dentro desta linha, escolheu-se a vertente *jurídico-teórica* (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 22), porquanto se buscou delinear um dever novo em nosso ordenamento jurídico, de caráter geral, a partir do cotejo entre as construções teóricas já realizadas acerca da boa-fé objetiva e as novas demandas oriundas da prática social contratual. Logo, o raciocínio estabelecido foi baseado no prisma de um Direito como ciência prática, voltada para a realização prática de seus valores e para a efetiva solução de problemas concretos. Adotaram-se, também, os tipos de investigação *jurídico-exploratório* e *jurídico-interpretativo* (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 28-29), na medida em que se objetivou traçar um panorama inicial do problema e, a partir disso, interpretar os dados da realidade jurídica e suas necessidades. Ademais, ganhou espaço o direito comparado, socorrendo-se ao método *jurídico-comparativo*, confrontando a aplicação da matéria em ordenamentos jurídicos alienígenas em face do brasileiro.

Apresentadas as vertentes adotadas no desenvolvimento do subprojeto, somado à escassez de doutrina e casos concretos, a reflexão sobre o tema proposto se pautou essencialmente em pesquisa bibliográfica nas obras listadas nas referências. Foram utilizados livros e artigos científicos de relevo. No que se refere aos contratos e à boa-fé objetiva, destacam-se as obras de António Menezes Cordeiro (2007) e Judith Martins-Costa (1999), referências necessárias neste assunto. Em relação às referências ao tema em específico, destacam-se as produções científicas de Vera Maria Jacob de Fradera (2004) e de Daniel Pires Novais Dias (2011), os quais foram essenciais no elucidar do tema, contribuindo ao desenvolvimento das balizas aqui propostas.

Ademais, foram realizadas reuniões semanais com o orientador e demais membros do grupo de pesquisa vinculados ao projeto principal. O objetivo foi possibilitar a troca de informações de comum pertinência aos orientandos e obter contribuições acadêmicas para a melhor compreensão do Direito no atual contexto histórico-cultural e suas reverberações no tema deste subprojeto.

4 – Resultados e Discussões

Como passo propedêutico a esse estudo, é prudente iniciar mediante a análise dos sistemas jurídicos estrangeiros para, posteriormente, partir para nosso ordenamento pátrio. Assim, pode-se notar que é difícil precisar a natureza jurídica do dever de mitigar a perda pelo credor de maneira uníssona. O grande problema é que não há consenso entre os diversos sistemas jurídicos que tratam do assunto. Cada um deles fundamenta o instituto de maneira diversa conforme melhor se adapte às suas realidades sociais

e matrizes jurídicas. Os principais expoentes que inspiram nossa análise de direito comparado são, principalmente, o direito alemão e o direito francês.

Na França, há larga aplicação do dever de mitigar a perda pelo credor, entretanto, eles não lhe atribuem denominação específica. O instituto é tido como mera decorrência da boa-fé, de modo que suas consequências sancionadoras são fundamentadas através do instituto do abuso de direito. De modo diverso, o Direito alemão adota postura peculiar. O *duty to mitigate the loss* é considerado uma *Obliegenheit*. É uma obrigação de menor intensidade, cuja coação é mais suave. A exigência de seu adimplemento tem menor intensidade, uma vez que, se comparada ao descumprimento de uma obrigação propriamente dita, a sanção tem natureza jurídica mais branda.

Para melhor aplicar o preceito no ordenamento jurídico brasileiro, adotam-se as mesmas bases da ordem jurídica francesa. No entanto, como se pode notar, o instituto toma feição própria e independente se comparado à forma como é utilizado na França. Inicia-se, aqui, portanto, a análise do dever de mitigar a perda pelo credor dentro do Direito pátrio.

O Código Civil de 2002 consagrou a boa-fé objetiva como mandamento básico contratual, conforme disposto no artigo 422. Confia-se no seu significado comum, reconhecido como a regra de conduta dos indivíduos na relação contratual, alicerçada sobre comportamento honesto e leal dos contratantes. Os valores legais abordados integram e unificam todas as fases contratuais, a saber, pré-contratação, conclusão, execução e pós-contratação. Apesar de tais fases não estarem expressamente dispostas no dispositivos em questão, a aplicação dessa tese torna-se possível a partir do entendimento sugerido pelo enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil.

Nesse panorama, já se observa os contornos com que a boa-fé é interpretada a partir do Enunciado 169, aprovado na III Jornada de Direito Civil em proposta ao art. 422 do Código Civil, que aduz: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do prejuízo”.

Sob essa perspectiva, importa o dever de cooperação e lealdade, além da consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual. Desse modo, emerge o paradigma da confiança de uma parte sobre a retidão de conduta da outra, tendo por base a doutrina da confiança.

No que tange às relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, III, ressalta a importância de aplicação do princípio da boa-fé não somente ao devedor, mas a ambos os contratantes. As partes são imersas em deveres inerentes ao ato de agir honestamente. Sob uma perspectiva histórica, antes do advento do Código Civil de 2002, apenas o Código de Defesa do Consumidor elucidava acerca da nova Teoria dos Contratos, elevando o princípio da boa-fé objetiva ao patamar de mandamento regulador das relações contratuais, além de intervir no conteúdo material dos contratos. Todavia, a nova codificação passou a abarcar, também, os novos princípios jurídicos e cláusulas gerais no âmbito contratual, sobretudo no que concerne à função social e à equivalência material.

O paradigma da boa-fé inova a relação contratual ao trazer novos deveres que independem da vontade das partes. Diferem-se dos deveres contratuais firmados pelos contratantes, já que sua existência e abrangência não são determinadas como melhor lhes aprouver. Seu papel é unificar as obrigações

pactuadas com o dever da boa-fé, renovando a forma do seu desenrolar ao longo da relação jurídica. Assim, as condutas concretas decorrentes da eticidade são precisadas casuísticamente.

Um dos deveres aludidos, a respeito das formas de casuísmo do princípio da boa-fé objetiva, é o dever de mitigar a própria perda pelo credor. A situação jurídica sobre a qual a boa-fé deve incidir e se corporificar é o inadimplemento contratual e a postura da parte prejudicada. Esse preceito significa que, havendo inadimplemento contratual por uma das partes (devedor), a parte contrária (credor) não deve permanecer inerte frente a essa situação esperando a dívida se avolumar em decorrência dos efeitos da quebra negocial. O credor deve, pelo contrário, tomar as medidas e as providências cabíveis para minorar seus prejuízos.

Os deveres de boa-fé dizem respeito a sujeitos determinados, permeando a relação entre eles. Na presente pesquisa, o foco não é a quebra contratual, mas a posição do credor em relação a ela, ocasionada pelo devedor. Nesse panorama, graças à nova teoria dos contratos, o fato de o credor estar numa posição de direito subjetivo em relação ao dever jurídico do devedor não permite que aquele não se importe com o devedor e instrumentalize sua posição de necessidade. O credor que não toma providências para minorar seus prejuízos, deixando o passivo se acumular, sem medidas, na esfera jurídica do devedor, pratica desrespeito para com a esfera jurídica de seu parceiro contratual.

O descaso do credor diante do inadimplemento, quando se pode agir, é completamente vedado pelo princípio da boa-fé objetiva, que tem o intento de colocar ambos os contratantes em igualdade e cooperação, sendo leais um para com o outro, visando à consecução de seus objetivos dentro da relação jurídica. Para realizar essa empreitada, surgem diversos deveres gerais que despem o credor de sua pretensa superioridade, criando prestações de auxílio mútuo em nome da lealdade, da confiança e, principalmente, da cooperação que permeia, ou que deveria permear, o vínculo obrigacional. Dentre esses deveres está o *duty to mitigate the loss*, cuja abstenção pelo credor pode causar excessivos danos à esfera do devedor; no caso, o agravo do passivo sobre seu patrimônio. Vale destacar que isso poderia ser evitado ou minorado pela observância de tal preceito.

A respeito da conduta do credor, as medidas cabíveis de mitigação do próprio prejuízo variam conforme o tipo de contrato e de obrigação. Nesse sentido, o corolário da boa-fé carece de mais uma etapa para se corporificar: a boa-fé se concretiza no preceito da mitigação, o qual se consagra na conduta inserida no negócio jurídico. Além disso, caso o credor não tenha êxito em minorar os prejuízos, o dever de boa-fé será considerado cumprido desde que a parte prejudicada tenha empreendido esforços suficientes a conseguir minimamente abrandar as perdas.

Sob a rubrica da boa-fé, nenhum direito subjetivo pode ser exercido de forma a não se preocupar com o parceiro, a quem é imputado o dever jurídico. A prática dos direitos concedidos pelo ordenamento deve ser ponderada nos valores de justiça, socialidade, cooperação, lealdade e de legitimidade formal e material, a fim de que seu uso não seja discricionário. Visa a impedir que o titular do direito utilize seu poder em descompasso com a razão de ser da norma que lhe confere legitimidade, transformando-o em ato substancialmente ilícito; a saber, abuso de direito.

A ilicitude do fato abusivo é caracterizada pelo anormal exercício do direito, excedendo os limites que lhe cumpre observar. Não se verifica motivação legítima que justifique a conduta afastada do

padrão ético e da finalidade a que o direito foi destinado. “Há uma contradição entre o modo e o fim com que o titular exerce o direito e o interesse a que o poder nele consubstanciado fica adstrito” (VARELA, 2000, p. 553). Diante disso, é nítida a semelhança entre o descumprimento do dever de mitigar a própria perda pelo credor e o conceito de abuso de direito, sendo este gênero daquele. Ao permanecer inerte e não tentar reduzir o potencial prejuízo, o credor, sob o pretexto de seu direito subjetivo em face do devedor, subverte a teleologia com a qual tal posição lhe foi concedida. Apesar de sua inércia ter aparente abrigo formal na lei, esta lesa ostensivamente seu teor axiológico, traduzido nos deveres anexos de boa-fé objetiva. A parte prejudicada excede os limites garantistas de seu direito ao permanecer indiferente em face da situação de agravamento do quantum devido sobre os bens do devedor, vindo, posteriormente, a cobrar o devido já potencializado pelos juros e multa decorrentes do inadimplemento. O verdadeiro abuso é concretizado na contradição entre esta conduta de cobrança e a anterior de abandono.

A consequência do ilícito do abuso de direito pode não gerar dano a outrem, de modo que as sanções podem ser diversas da conhecida indenização. Esse entendimento é abstraído da comparação entre os artigos 186 e 187 do Código Civil, os quais trazem as duas modalidades de ato ilícito. O art. 187, referente ao abuso de direito, não traz o dano como exigência para sua conformação ao contrário do art. 186, que o traz como requisito para ato ilícito. No caso em tela, se o credor não cumprir com seu dever de mitigação, o devedor não sofre dano diretamente a ser abarcado nas perdas e danos. Os efeitos deletérios da dívida é que se avolumam para além do razoavelmente esperado, o que não ocorreria se o credor tivesse feito uso do *duty to mitigate the loss*. Há um consequente excesso da dívida total que poderia ter sido evitado, não sendo um dano emergente autônomo. A sanção, nesse caso, é a perda de um direito material, o direito de receber os montantes decorrentes dos efeitos da dívida (juros e atualizações), recebendo apenas seu valor principal.

Uma vez que o credor assumiu conduta em conformidade com o dever em pauta, adotando medidas cabíveis para conter o próprio prejuízo, as despesas decorrentes desse dispêndio razoável são acrescidas aos danos suportados pelo inadimplido; ou geram um crédito distinto das perdas e danos. Esse acréscimo a ser restituído ao credor está fundado no fato de ter sido investido em favor do devedor, ao minorar seu *quantum debeatur*, e contribuindo, sobretudo, para o adimplemento da relação obrigacional.

Entretanto, se o montante investido pelo credor, a fim de dirimir as perdas e evitar o acúmulo do prejuízo, superar os efeitos deletérios da dívida, a aplicação do princípio torna-se desinteressante à parte lesada, ferindo o caráter útil da natureza do dever discutido, bem como o princípio da razoabilidade. Ao agir, o credor deve se balizar na proporção entre o dispêndio que subsidia a mitigação e o prejuízo que se quer abrandar. Caso o primeiro supere o segundo em valores econômicos, torna-se irrazoável a consecução do *duty to mitigate the loss*, sendo a inércia escusável. Além disso, o credor deve levar em consideração critérios objetivos – lesão patrimonial ou pessoal, a possibilidade de intervenção e de êxito, o custo pessoal ou econômico - e subjetivos – idade, estado psíquico e intelectual da vítima - para tomar a decisão de agir ou não agir em favor da mitigação.

Do aludido princípio da razoabilidade, extrai-se a noção de temporalidade. O tempo razoável de inércia do credor a ponto de ensejar a perda dos efeitos deletérios da dívida, total ou parcialmente, como consequência da não satisfação do dever de mitigação, deve ser sopesado conforme a unidade

temporal e a intensidade de aumento potencial do débito. Exemplo são os contratos bancários, os quais têm altas taxas de juros, visto que o limite legal estabelecido não se aplica a eles. Podendo os bancos dispor qualquer taxa de juros, elevando-as a altos patamares, o montante das dívidas bancárias aumenta rapidamente. Dessa forma, não se admite que longo período de tempo seja esperado para que o descumprimento da mitigação gere seus efeitos sancionatórios, mas, sim, tempo suficiente para que o *quantum* se avolume para além do esperado. Não é aceitável que o devedor seja deflagrado com o agravamento considerável do dano, o qual pode advir de ação dolosa do credor ou de negligência patrimonial.

Assim, o julgador analisará a concorrência da conduta do devedor para a ocorrência do dano em face da gradação da conduta do credor em sua inércia. Com isso, fixar-se-á em quanto a indenização será diminuída conforme a perda parcial ou total dos efeitos deletérios da dívida.

Inserido nessa perspectiva, importa detectar três formas de aplicação do *duty to mitigate the loss*, a saber: a) situação em que o credor se mantém inerte, isto é, não toma providências tendentes à minoração das perdas frente ao inadimplemento obrigacional da outra parte; b) circunstância na qual a parte lesada por dano extracontratual não assume postura em prol de evitar a continuidade do prejuízo; e, c) condição em que o direito é exercido tardiamente e há aumento considerável do débito.

Em relação à primeira situação de aplicabilidade mencionada, destaca-se um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referente a uma ação de indenização por lucro cessante, com base em dano diagnosticado em máquina.² No caso em pauta, a empresa comprou uma máquina industrial que se revelou defeituosa. Todavia, durante o tempo de inatividade da máquina, o autor não se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação de serviço com outra empresa, no afã de substituir a máquina danificada, no que não logrou êxito, a teor do art. 333, I, do CPC. Sendo assim, o relator empregou o entendimento do *duty to mitigate the loss*, excluindo a indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados, mas não o foram, em decorrência da inércia do credor.

No que tange à aplicação do instituto, no plano extracontratual, ressalta-se o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca de uma colisão de veículos.³ No caso, as vítimas do acidente de carro, quando no hospital, transferiram-se do ambulatório, cujos custos eram cobertos pelo plano de saúde, para um apartamento, que exigia gastos extras. E, em relação à reparação do veículo, o fizeram a um valor superior ao de aquisição de um similar em bom estado. O tribunal entendeu, portanto, pelo não reembolso do excesso nas despesas empregadas.

Nesse sentido, o instituto da mitigação da perda pelo credor, também, encontra aplicação na seara processual. O art. 461 do Código de Processo Civil trata da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. Para tanto, o legislador dispõe ao juiz uma série de instrumentos coercitivos para compelir a satisfação de tais obrigações sem que seja necessário convertê-las em perdas e danos. Um desses mecanismos são as *astreintes*, tratadas no art. 461, § 4º, que figuram como multas diárias a serem

² TJRS. AC n. 70025609579. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrak. 5º Câm. Cív. Julgado em 20 de maio de 2009, DJ, 27.05.2009.

³ TJMG. AC n. 1.0701.07.183692.1/001. Relator: Des. Wagner Wilson. 16ª Câm. Civ. Julgado em 11 de março de 2009, DJ, 17.04.2009.

cominadas em face do inadimplente e em favor do inadimplido. Os valores se acumulam até que o inadimplente cumpra a prestação ou até que o inadimplido venha a executar tais multas em face da parte contrária, mesmo com o adimplemento obrigacional. Essa regra tem se tornado lucrativa à parte inadimplida, uma vez que ela deixa que as multas se acumulem estratosféricamente, aproveitando-se do inadimplemento da parte contrária. O credor protela a execução com vistas ao enriquecimento fácil e abusivo à custa da parte contrária, visto que, tempo depois, quando o valor já está bem elevado, ele executa as multas sobre o patrimônio do devedor. Claramente, o dever de mitigação é aplicável a essa situação, de modo a vedar o recebimento dos valores das *astreintes* parcial ou totalmente, dissuadindo situações de descaso e de excesso de poderes para com o devedor.

Já no que se refere ao exercício tardio de direito pelo credor, com conseguinte aumento vultoso do débito, é válido fazer menção, novamente, ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁴ O julgado faz referência a uma administradora de cartões de crédito que permaneceu inerte por um período de quase cinco anos, até cobrar judicialmente o pagamento das faturas. A exigência tardia do cumprimento devedor ensejou o crescimento quase que duplicado do montante devido. Na decisão do Tribunal, do débito foram excluídos juros de mora, correção monetária e multa moratória, desde a data do inadimplemento da primeira prestação até a data do ajuizamento da ação de cobrança. A fundamentação do entendimento contemplado no caso em pauta está no preceito do *venire contra factum proprium*, o qual veda o comportamento contraditório.

Dentro desse panorama, é válido salientar a respeito do art. 402 do Código Civil, que prevê que as perdas e danos devidas ao credor inadimplido abrangem o que ele efetivamente perdeu, além do que razoavelmente deixou de lucrar. A partir do conceito de razoabilidade extraído do comando legal, entendemos que se trata de uma concepção objetiva para definição do lucro cessante, diante da qual o dever de mitigar a perda mostra-se em rota de colisão. A conduta do credor inadimplido que, injustificadamente, não assume posicionamento tendente à mitigação da perda, depara-se com a razoabilidade referida. O dano acarretado pela inércia da parte lesada não se inclui, portanto, nas perdas e danos, por tratar-se, conforme o art. 402 do Código Civil, de montante que irrazoavelmente se deixou de lucrar. Em complemento, o art. 403 do Código Civil versa que as perdas e danos incluem somente dano emergente e lucro cessante decorrente, direta e imediatamente, da inexecução obrigacional. Ao passo que o dano a ser mitigado é indireto, de modo que o devedor não responde por tais prejuízos.

Vale aludir novamente ao art. 333 do Código de Processo Civil, em relação ao ônus da prova. Extraí-se do dispositivo que ao autor (credor) da ação, cabe provar o seu direito constitutivo, baseado no dano sofrido, como decorrente do inadimplemento. Enquanto, ao réu, incide o ônus de provar a apatia do credor em face do dever de mitigar a própria perda, ou seja, a irrazoabilidade da postura do ofendido que permanece indiferente ao crescente prejuízo, quando poderia minorá-lo e não o fez, de modo a ensejar a diminuição da indenização devida. Nesse sentido, também, os estudiosos da Convenção de Viena se posicionam, favoravelmente, a esse entendimento, como decorrência da interpretação de seu art. 77.

⁴ AC n. 2009.022658-4/0000-00. Relator. Des. Rubens Bergonzi Bossay. Terceira Câmara Cívica. Julgado em 21 de setembro de 2009, r. 24.09.2009.

Por isso, Emilio Betti lecionava: “o credor conquanto insatisfeito em sua expectativa, não pode agir como se estivesse em guerra com o devedor e comportar-se de modo tal a acrescer o dano do inadimplemento, desinteressando-se das consequências prejudiciais que sua indiferença produz na esfera de interesses da contraparte. Há uma exigência de correção que lhe impõe, também nessa fase, tentar circunscrever os danos causados pelo inadimplemento” (BETTI, 2005, p. 124-125).

5 – Conclusões

Dado o relevo da boa-fé objetiva no desenho do atual perfil que hoje se encontram os contratos seu estudo se torna importante para o sentido que se almeja conferir às relações contratuais e às operações econômicas a elas subjacentes. Dentro desses contornos, advindo da boa-fé, foca-se o presente estudo no dever de mitigar a perda pelo credor. Ao fim desta pesquisa, portanto, é possível sintetizar as conclusões obtidas nos seguintes termos acerca de sua sistematização e aplicabilidade nas relações jurídicas:

i) O dever de mitigação da perda pelo credor consagra-se, numa perspectiva paradigmática, como desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, presente no art. 422 do Código Civil. Informado pela eticidade, o instrumento abordado no presente estudo adquire respeito e difusão na consciência coletiva e dimensão axiológica, no plano jurídico-social, alicerçado sobre os princípios de cooperação e lealdade entre os partícipes. Após sistematização crítica, o instituto em voga visa a uma relação de probidade entre as partes, de modo a garantir a consecução amigável dos interesses mútuos dos contratantes, sem que uma abuse da outra. Dentro do panorama do preceito trabalhado, o adimplemento obrigacional passa a ser visto como o escopo precípua da relação estabelecida, *ratio* a partir da qual a colaboração entre os contratantes encontra justificativa e impulso para evoluir. O fato de o credor empreender esforço para minorar as perdas advindas da quebra negocial, de modo a diminuir o débito do sujeito passivo, representa claramente evolução cooperativa no vínculo obrigacional.

ii) Uma grande barreira à difusão de tal dever pelas cortes jurisdicionais e práticas forenses privadas é a dificuldade de se precisar o limiar do cumprimento ou descumprimento. A grande variedade de situações jurídicas diversas acaba por trazer tal empecilho, de modo que não há como classificar toda a gama de possibilidades dentro das exigências do dever imposto pelo preceito. Assim, resta ao julgador grande contribuição hermenêutica para julgar casos que envolvam o *duty to mitigate the loss*.

iii) O instituto da mitigação da perda pelo credor se presta no Direito Civil aos mesmos objetivos para os quais nasceu no Direito do Consumidor. Diante de uma situação de superioridade do credor em face do devedor que é inadimplente, a dinâmica ordinária da relação jurídica é mudada por força do princípio da boa-fé objetiva que traz ao jogo contratual os ditames do *duty to mitigate the loss*. O objetivo último visado é a manutenção do equilíbrio e da cooperação os quais deveriam, normalmente, permear o mundo dos pactos jurídicos em geral.

6 – Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. O direito civil no paradigma da complexidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 40 e 41, p. 67-79, 1º e 2º sem. 2011.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

AMARAL, Francisco. Objeto e método no direito civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 29-44, 1º sem. 2009.

ARAÚJO, Valeska Donato de. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. *Direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 5: Responsabilidade civil.

BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 84, p. 149-169, out./dez. 2012.

BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoé. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BETTI, Emílio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2005.

BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: el contrato*. Tradução Fernando Hinestrosa e Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 413, p. 71-117, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O código civil de 2002 e a constituição federal: 5 anos e 20 anos. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 463-519.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5: Do inadimplemento das obrigações, t. II, arts. 389 a 420.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67-96.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código civil comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

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

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor*. Esboço do tema e primeira abordagem. 2005. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 12 de julho de 2014.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório (venire contra factum proprium non potest)*. 2006. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 12 de julho de 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. v. I e II.