

O *duty to mitigate the loss* e a possibilidade de sua aplicação no processo civil como meio de efetivação do princípio da boa-fé e do modelo colaborativo de processo

Duty to mitigate the loss and the possibility of it's application in the civil process as a means of effectiveing the principle of good faith and the collaborative process model

Lysllem Hellem de Oliveira Pessoa de Sá Lima¹

185

Resumo: Esta pesquisa analisa a possibilidade de aplicação do *duty to mitigate the loss* no direito processual civil, tal conceito surgiu e se desenvolveu nos países que adotam a tradição *common law* e foi se difundindo nos países com tradição *civil law*, ora decorrente da teoria do abuso de direito, ora decorrente da boa-fé objetiva, em relações do direito privado baseadas na autonomia da vontade. O atual Código de Processo Civil brasileiro, que adota o modelo de processo cooperativo, pautado no princípio da boa-fé objetiva permitiu a transposição de suas funções e de seus conceitos corolários a partir da proibição do comportamento contraditório. A pesquisa realizada defende que a adoção de um modelo de processo pautado na ética e lealdade permite a aplicação dos conceitos corolários da boa-fé, dentre eles o dever de o credor amenizar o próprio prejuízo, como forma de inserir e fortalecer a boa-fé na relação processual.

Palavras-chave: *duty to mitigate the loss*; *civil law*; processo civil; boa-fé objetiva; processo cooperativo.

Abstract: this research analyzes the possibility of applying the duty to mitigate the loss in civil procedural law, this concept emerged and developed in countries that adopt the *common law* tradition and was spreading in countries with a *civil law* tradititon, sometimes resulting from objective good faith, in private law relationships based on the autonomy of the will. The Current Brazilian Code of Civil Procedure, which adopts the cooperative process model, based on the principle os objective good faith, allowed the transposition of it's functions and it's corollary concepts based on the prohibition of contractory behavior. The research carried out argues that the adoption of a process model based on ethics and loyalty allows the application of the corollary concepts of good faith, including the creditor's duty to mitigate the loss, as a way of inserting and strengthening good faith in the procedural relationship.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Joaquim Nabuco. Bacharel em Direito pela UNIFACOL – Centro Universitário Facol. Advogada. Professora. Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-8376-0112>. E-mail: lysllem@hotmail.com

Recebido em: 04/09/2024
Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



Key-words: duty to mitigate the loss; civil law; civil procedure; objective good-faith; cooperative process.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação do *duty to mitigate the loss* no Direito Processual Civil brasileiro, em virtude do modelo de processo cooperativo adotado pelo atual Código de Processo Civil brasileiro.

O *duty to mitigate the loss* ou o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo, no Direito Civil, trata-se da obrigação que recai sobre o credor de adotar uma conduta razoável para amenizar o prejuízo causado pelo inadimplemento do devedor.

Sabe-se que o modelo de Estado Democrático adotado pela Constituição Federal de 1988, está fundado nos ideais de Justiça e Solidariedade e, por isso, adota um modelo de processo colaborativo ou cooperativo, impondo a participação de todos que integram a relação processual, em colaboração para que, ao final se obtenha uma decisão justa.

Dentro deste prisma, por força do artigo 5º do Novo Código de Processo Civil, um dos princípios norteadores do processo é o da boa-fé em sua perspectiva objetiva, que a partir de suas três funções, a de interpretação, a de criação de deveres anexos e a de delimitação do exercício de direitos subjetivos; todos com aplicação já sedimentada no Direito Civil, porém com possibilidade de caracterização no processo, em virtude da transposição do referido princípio para este ramo do direito.

O princípio da boa-fé surgiu destinado a analisar a intenção do agente em determinada conduta, com o desenvolvimento de seu conceito, acrescentou-se o prisma objetivo, que dá enfoque a análise da conduta adotada.

Esta particularidade da boa-fé permitiu o desenvolvimento de três funções: a de interpretação, a de criação de deveres anexos e de restrição do exercício de direitos, surgindo, então seus conceitos corolários, tais como a *surrectio* e *supressio*, *exceptio doli*, *tu quoque*, *venire contra factum proprium* e o *duty to mitigate the loss*.

A presente pesquisa enfatiza a aplicação da boa-fé objetiva já sedimentada no Direito Civil, ramo do direito privado por excelência, para o Direito Processual Civil, este último pertencente ao direito público.

Neste prisma, a problemática da presente pesquisa centra-se na análise da possibilidade de aplicação do *duty to mitigate the loss*, tendo como fundamento o modelo de processo colaborativo ou cooperativo, que tem como um de seus protagonistas o princípio da boa-fé sob

sua perspectiva objetiva.

A importância do presente tema centra-se no desenvolvimento do conceito do *duty to mitigate the loss* no Brasil, país que adota a tradição *civil law*, especificamente no Direito Processual Civil, ramo do direito público, a partir da adoção da boa-fé processual pela norma processualista vigente.

Tem-se como objetivo geral analisar a possibilidade de aplicação do *duty to mitigate the loss* no Direito Processual Civil, tendo em vista ser um instituto decorrente da boa-fé em sua perspectiva objetiva.

Para alcançar o objetivo geral elegeu-se como objetivos específicos estudar o desenvolvimento do conceito do *duty to mitigate the loss* e sua aplicação nas relações contratuais decorrente da boa-fé objetiva e analisar a aplicação de tal conceito no Direito Processual Civil.

A presente pesquisa assume como hipótese a possibilidade de provar, que é possível aplicar a regra de mitigação no Direito Processual Civil, tendo em vista a adoção do princípio da boa-fé objetiva, bem como a transposição de seus desdobramentos no Direito Processual Civil e Direito Civil.

2 A regra de mitigação na tradição *civil law*: sua aplicação no Brasil

Os aspectos fundantes da regra de mitigação são percebidos desde o direito romano, em situações específicas descritas no *Corpus Iuris Civilis*, porém é em países com tradição *common law* que o conceito se desenvolve e se fortalece (Martins, 2015, p. 25).

Nos países que adotam o sistema *common law* discute-se a proteção de três interesses o de expectativa, mensurado pelo ganho que a parte lesada teria auferido caso a avença tivesse sido cumprida; o de restituição, medido pelo lucro que a parte inadimplente obteve às custas da parte lesada, fazendo com que este último retorne a situação em que estaria caso o contrato não tivesse se realizado; e, por fim, o de confiança que representa a perda sofrida por ter confiado no inadimplente (Farnsworth, 1970, p. 1148).

Dessa forma, as perdas e danos baseados na proteção da expectativa equivaleriam a proporcionar ao credor o que efetivamente perdeu com o descumprimento da avença, posto que será indenizado como se o acordo fosse cumprido, tal posição é adotada pelos países de tradição romano-germânica, por entender ser a mais benéfica ao credor que é a parte prejudicada pela quebra contratual.

De outra banda, o interesse de restituição consistiria na devolução, ao prejudicado, dos valores recebidos pela parte que deu causa a quebra do contrato, enquanto o interesse de confiança se preocupa com as despesas que o lesado teve em virtude da quebra de contrato, bem como com o que deixou de lucrar por confiar na promessa (Fuller; Pardue Júnior, 1936, p. 55).

O *duty to mitigate the loss* impõe ao credor o dever de adotar uma solução razoável para minimizar o próprio prejuízo que decorreu da inadimplência do devedor, por isso, embora seja considerada uma regra autônoma por estar expressamente prevista na lei, inseriram seu conceito na *doctrine of avoidable consequences* ou doutrina das consequências evitáveis.

No sistema *civil law*, a regra de mitigação é adotada com vários aspectos que se diferenciam de um ordenamento para outro, como por exemplo, na Alemanha onde a regra possui previsão legal e é decorrente da boa-fé.

A peculiaridade do ordenamento alemão é a necessidade de analisar se o credor teve participação no inadimplemento, bem como determinar que o credor tem a obrigação de notificar o devedor, concedendo-lhe um prazo extra para cumprir sua obrigação, o que significa que privilegia as pessoas e não a questão econômica (Troncoso, 2011, p. 363).

Como se vê, no direito alemão existe a preocupação de analisar o motivo do inadimplemento e exigir que o credor, antes que ele adote qualquer medida, conceda ao devedor uma nova oportunidade de cumprir sua obrigação e só, a partir daí, escolher um meio de amenizar o próprio prejuízo.

No direito italiano, por sua vez, a regra de mitigação está ligada a responsabilidade civil que se preocupa em encontrar o culpado pelo dano para que seja obrigado a ressarcir-lo, não importando questões econômicas (Troncoso, 2011, p. 363).

Dessa forma, na Itália, o fundamento da regra de mitigação é a responsabilidade civil que se aplica em qualquer situação em que a conduta de uma pessoa prejudicou outra.

Na Bélgica, a previsão de uma obrigação de mitigar o prejuízo assume uma faceta interessante, tendo em vista que essa previsão é antiga no ordenamento jurídico e não se refere apenas as situações em que ocorreu um dano, mas também na diligência que a parte deve ter para evitar que o dano ocorra ou para amenizar caso venha a ocorrer (Troncoso, 2011, p. 364).

No direito belga, impõe-se, então, com base no *duty to mitigate the loss*, um dever de diligência, ou seja, as partes que celebram um negócio jurídico devem agir com a intenção precípua de impedir que o dano ocorra, para, em segundo plano, caso venha a ocorrer que seja amenizado o prejuízo.

Na França, a mitigação não encontra guarida na legislação, bem como a jurisprudência se mostra reticente à sua aplicação, porém existe uma regra constante na legislação que trata do contrato de seguro de transporte marítimo, fluvial ou lacustre, a qual determina que o segurado, em caso de algum acidente, deve ajudar a salvar os objetos assegurados, bem como deve ser diligente para conservar seus direitos (Troncoso, 2011, p. 366).

O direito francês o, recepcionou de forma restrita essa obrigação de amenizar o prejuízo, tendo em vista que prevê expressamente nos casos de seguro marítimo a obrigação do segurado de fazer o possível para salvar os objetos segurados em caso de acidente.

A partir da análise dos exemplos acima, percebe-se que cada país, embora adote a mesma tradição jurídica, possui uma forma de aplicar a regra de mitigação e de perceber sua natureza jurídica, pois ora se apresenta como integrante da boa-fé, ora inserida na responsabilidade civil e, em alguns casos, como um instituto com aplicação específica, como no caso do direito francês.

No Brasil não existe nenhum dispositivo legal que discipline a aplicação do instituto, por isso ainda se diverge acerca de sua adoção pelo ordenamento pátrio e, mesmo os que defendem, discordam no tocante a sua natureza jurídica.

O primeiro ponto de divergência que se destaca é em relação ao termo “*duty*” ou dever, tendo em vista a natureza jurídica do vocábulo, que se refere a algo que pode ser exigido sob pena de sanção a ser aplicada por órgãos específicos da sociedade (Gusmão, 2018, p. 85).

Desta forma, para que pudesse ser considerado um dever, juridicamente falando, o instituto deveria estar previsto na legislação deixando a disposição do devedor mecanismos para exigir seu cumprimento por parte do credor.

Por outro lado, o ônus pode ser definido como um vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para a satisfação do próprio interesse do credor e cujo descumprimento importa em prejuízos econômicos (Grau, 1982, p. 181).

No conceito de ônus encontram-se diversos termos condizentes com a ideia da regra de mitigação, já que esta se aplica em virtude do interesse do próprio credor e sua inobservância provoca perdas econômicas, pois não conferirá para o credor o direito à indenização, já que este não adotou uma atitude razoável para amenizar os prejuízos.

Somando-se a isto, o referido conceito, no Brasil, não possui previsão expressa na legislação, sendo recepcionado pelo ordenamento como conceito corolário da boa-fé, bem como o devedor não tem condições de exigir, através de mecanismos próprios, que o credor adote uma conduta razoável para mitigar o próprio prejuízo.

Desta forma, o “dever” do credor mitigar o próprio dano coaduna-se com a noção de um ônus que decorre do dever de cooperação, este último inerente ao princípio da boa-fé objetiva.

Cumprir salientar que o referido vocábulo, em que pese a discussão acerca de sua natureza jurídica de dever ou ônus, continuará a ser utilizado, tendo em vista já estar consagrado nos textos produzidos pelos estudiosos do direito.

Essa questão da natureza jurídica apresenta divergência, inclusive, na *common law*, tradição em que se desenvolveu o instituto, tendo em vista que nestes países, embora se empregue o termo “*duty*” e o instituto, na maioria dos casos, esteja previsto na legislação também não pode ser exigido por mecanismos próprios o seu cumprimento.

Insta salientar que chegou a se cogitar uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da regra de mitigação, nos países que adotam o *common law*, pois no artigo 77 da CISG, já mencionado no capítulo anterior, utiliza-se o verbo “deverá” em sua redação, ao mencionar as medidas razoáveis a serem adotadas pela parte que invoca o inadimplemento, embasando a teoria de que a referida regra poderia ser considerada um dever (Martins, 2015, p. 283). Tal posicionamento, no entanto, não prosperou já que a utilização do verbo dever não alterou as características de ônus na acepção jurídica da palavra.

Diante disto, pode-se afirmar que o dever de amenizar o próprio prejuízo trata-se de um verdadeiro ônus, tendo em vista que, mesmo nos países em que o conceito mais se desenvolveu, a legislação não apresenta mecanismos que estejam a disposição do devedor para que possam cobrar essa atitude razoável do credor prejudicado, restando, apenas, a possibilidade de sua alegação, caso exista a demanda indenizatória.

3 A adoção da regra de mitigação como conceito decorrente da boa-fé objetiva

Importa registrar, antes de tudo, que a aplicação da regra de mitigação no Brasil se deu através da transposição de seu conceito inspirado nos países em que mais se desenvolveu e consolidou-se, como os que adotam o sistema *common law*, por esse motivo ainda persistem algumas controvérsias que serão analisadas na presente pesquisa.

No caso brasileiro, a regra de mitigação fora aceita como um dever decorrente da boa-fé, sendo recepcionados, inclusive, os aspectos positivos e negativos do instituto, dessa forma, por sua natureza, no Direito Civil, encontram-se alinhados interesses tanto do devedor quanto do credor, acarretando consequências econômicas para estimular a cooperação entre os indivíduos, inclusive para resolver problemas que, porventura, surjam no cumprimento do contrato (Lopes, 2011, p. 194).

Independentemente da tradição jurídica a ideia central do instituto permanece, bem como os pressupostos de sua existência que são o inadimplemento, a existência de um prejuízo que deve ser imputado ao devedor e a possibilidade de o credor amenizar os efeitos do dano.

Dessa forma, a aplicação do *duty to mitigate the loss* no Brasil, mesmo sem previsão legal, tem se consolidado, em virtude da construção doutrinária e jurisprudencial permitida pela aplicação do princípio da boa-fé em sua perspectiva objetiva, que ao invés de buscar a intenção se preocupa com o fato da conduta das partes encontrar-se em consonância com a honestidade, probidade e lealdade.

O marco principal da chegada da ideia ao Brasil data de 2003, com o trabalho do ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que tem como título “Extinção dos contratos por incumprimento do devedor” sendo denominado de “doutrina da mitigação”, bem como tratado nesta obra com a utilização do verbo dever, embora apresentasse a fundamentação no direito italiano que adota a regra como um ônus decorrente da responsabilidade civil (Comino, 2015, p. 48).

Em sua obra, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior não se ocupa de estudar especificamente o instituto do *duty to mitigate the loss*, e inclusive não utiliza este termo restringindo-se a mencionar a *doctrine of mitigation*, tendo em vista que a obra se destina a falar das regras relacionadas a extinção do contrato, dispensando, apenas dois parágrafos para explicar em que consiste a referida regra.

Em suas palavras a regra de mitigação é imposta ao credor como um dever de colaborar para minimizar os danos, diante do descumprimento contratual, afirmando que o valor do prejuízo deverá ser auferido para se excluir o agravamento que poderia, mas que não fora evitado pelo credor (Aguiar Júnior, 2003, p. 136).

Neste momento, a regra foi apresentada de forma bastante superficial e sem nenhum posicionamento quanto a sua natureza jurídica, inclusive mesmo defendendo a aplicação da boa-fé com suas funções antes, durante e após a celebração do contrato não se percebeu a regra de mitigação com fundamento na boa-fé, dando a entender que seria um instrumento autônomo e que deveria ser observado como critério para estipular o ressarcimento cabível.

Mesmo não se posicionando no tocante a natureza jurídica da regra de mitigação é possível perceber em seu texto a ligação com o dever de colaboração do credor e tal dever é imposto, no caso brasileiro, em virtude da observância da boa-fé objetiva.

Desta forma, a menção referente à importância de se observar o instituto no caso do descumprimento contratual abre as portas para sua aplicação e permite o desenvolvimento da

ideia no Brasil.

A partir daí a regra começou a ser aplicada pela jurisprudência e, em que pese o termo dever, possui característica de ônus, pois embora o credor tenha que observá-la o devedor não pode exigir o seu cumprimento, como já visto no tópico anterior.

Em 2004, na III Jornada de Direito Civil editou-se o enunciado 169 que reconheceu a aplicação da mitigação dos prejuízos, com base no artigo 422, do Código Civil (Comino, 2015, p. 55), o referido artigo não impõe aos contratantes o dever ou ônus de amenizar o próprio prejuízo, mas impõe as partes a observância dos deveres de observação da probidade e da boa-fé.

Os enunciados não são considerados fontes do direito, como é o caso da lei, do pensamento dos estudiosos do direito e da jurisprudência, porém possuem a tarefa de atualizar a interpretação do direito a partir do debate temático que leva em consideração os pontos de vista de representantes das mais diversas carreiras jurídicas, por isso o respeito conferido a este instituto.

Diante disto, o enunciado consolida a recepção do *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro a partir da aplicação do princípio da boa-fé, tendo em vista o reconhecimento da regra ao tratar da observância da probidade e boa-fé inerentes aos contratantes.

Importante destacar que a perspectiva objetiva da boa-fé se desenvolve baseada na ideia de ser um indicador de condutas apreciadas de modo objetivo, sem preocupação com a intenção da parte, mas efetivamente o modo como se comportou na situação (ANDRADE, 2024).

É certo que a aplicação do *duty to mitigate the loss* pressupõe a existência do inadimplemento da obrigação, significando o desrespeito a uma obrigação pactuada anteriormente; em seguida caracteriza-se um prejuízo advindo da conduta do devedor, neste caso o devedor deve ser culpado pelo inadimplemento; e por fim deve haver a possibilidade do credor adotar uma conduta razoável para amenizar ou evitar o prejuízo.

Sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro se deu como conceito decorrente do princípio da boa-fé, este último por sua vez, institui, a partir do cumprimento de suas funções, conceitos corolários dentre os quais se insere o dever de mitigar.

4 *Duty to mitigate the loss*: um ônus decorrente da boa-fé objetiva ou do abuso de direito

Para o processo civil, os princípios, são “ideias fundamentais, que determinam globalmente o termo e o caráter de um processo judicial e definem o conjunto de orientação ao comportamento das partes” (Greger, 2012, p. 125), observando-se com clareza a importância da adoção de seus princípios norteadores, por isso, atendo-se ao tema proposto, destaca-se o princípio da boa-fé que por possuir grande amplitude apresenta muita abstração.

Neste diapasão, a boa-fé surge destinada a ser aplicada ao Direito Civil, principalmente nas relações contratuais, mas com o passar do tempo essa noção vai se expandindo e ela passa a ser vista “não como um instituto jurídico comum, mas como fator cultural importante, ligado, de modo estreito, a um certo entendimento do jurídico” (Cordeiro, 2001, p. 371).

Insta salientar que a boa-fé é considerada uma cláusula geral de conduta que passa a permear todo o ordenamento jurídico aos poucos, o que permitiu o desenvolvimento de seu conceito com a agregação de características importantes, não sendo diferente no Brasil.

Aos poucos a aplicação da boa-fé vai se expandindo e com isso vai se agregando valores aos seus conceitos, mas sempre tendo como pano de fundo um liame obrigacional que preza pela autonomia da vontade, diferentemente dos ramos do direito público, nos quais imperam a vontade e soberania do Estado.

Isto se dá porque as relações privadas estão permeadas pela liberdade, permitindo que o indivíduo decida se irá ou não participar daquela obrigação, por outro lado, no direito público, o indivíduo deverá respeitar a soberania do Estado, desta forma, caso este decida propor uma demanda perante o Poder Judiciário, deverá obedecer às normas, sem ter a liberdade de escolher quais delas irá acatar.

Insta salientar que, em virtude da autonomia da vontade, aplicada ao direito privado, a expansão da aplicação do princípio da boa-fé nestes ramos se deu com maior facilidade a exemplo do direito comercial e do direito trabalhista.

Por outro lado, no direito público o entrave inicial é a relação de submissão do particular à vontade do Estado, característica que não permite, por parte do indivíduo, a liberdade de escolher a quais regras se submeter.

Diante disso, a aplicação da presente perspectiva, no denominado direito público, teve início com o direito processual, atribuindo-se esse feito a sua natureza instrumental em relação ao Direito Civil (Cordeiro, 2001, p. 375), então, por se apresentar como regras procedimentais designadas a aplicação dos outros ramos do direito a referida transposição se deu sem tantos obstáculos.

A relação processual surge a partir da existência de um litígio que ao ser levado ao Poder Judiciário deve ser resolvido de forma justa, porém não se pode resumir a atividade do magistrado na decisão de um conflito, pois o direito processual é um direito fundamental, por isso é necessário que o juiz observe “[...] quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros consigo mesmo” (Dworkin, 1999, p. 04).

A conduta da parte possui grande relevo e deve sim influenciar o julgamento, podendo, inclusive, ensejar algum tipo de sanção para quem age em desconformidade com o que exige o princípio da boa-fé objetiva, assim o referido princípio observa as “[...] condutas de todos os que participam da relação jurídica processual, como valor que anima as garantias constitucionais processuais com especial relevo para a definição dos contornos do devido processo legal, bem como os corolários do contraditório e da ampla defesa” (Santos, 2012, p. 24).

Dentro deste contexto, resta evidente a importância da aplicação da boa-fé sob o prisma objetivo no direito processual, tendo em vista que impõe a todos, que de alguma forma participam do processo, a adoção de um comportamento ético e leal, inadmitindo-se, portanto, a utilização das garantias processuais, como instrumento de satisfação de interesses pessoais.

Permite-se que se fale em princípio da boa-fé processual, que exige de todos os sujeitos um comportamento pautado na lealdade e colaboração, transpondo tanto o princípio quanto seus conceitos corolários, já aplicados no Direito Civil, para a relação processual.

O aprimoramento do conceito de boa-fé, após a expansão de sua aplicação, foi responsável pelo acréscimo de conceitos corolários, como por exemplo a *supressio* e *surrectio*, *exceptio doli*, *tu quoque*, *venire contra factum proprium*, dentre outros.

Impende destacar que ao princípio da boa-fé foram conferidas três funções: a de interpretação, a de criação de deveres anexos e a de delimitação do exercício de direitos subjetivos, as quais devem ser analisadas pelo presente capítulo.

Em poucas palavras, a função de interpretação tem o dever de buscar o sentido mais justo, leal e honesto do que fora acordado (Martins, 2015, p. 71), o que importa na exclusão de pequenos vícios que porventura constem no que está escrito.

Na seara processual, o *códex* utiliza, expressamente, a boa-fé como norte de interpretação no artigo 322, §2º, ao determinar que “[...] a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé” (Brasil, 2015); bem como no artigo

489, §3º ao disciplinar que “[...] a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé” (Brasil, 2015).

Diante do já exposto, não resta dúvidas que a função de interpretação da boa-fé encontra-se sedimentada no processo, tanto em relação a interpretação realizada pelo magistrado ao analisar os pedidos da exordial, quanto no tocante às partes ao interpretar os comandos judiciais.

A segunda função é a de criação de deveres anexos, que impõe condutas destinadas ao cumprimento integral e correto das obrigações estipuladas no instrumento contratual (Martins, 2015, p. 73), tudo com a finalidade de proteger o cumprimento da obrigação principal e seus interesses correlatos.

Os deveres anexos não se encontram em um rol taxativo, pois são uma construção doutrinária, porém os que mais se destacam são o de lealdade e confiança recíproca, o de assistência e o de informação.

O primeiro dever citado, o de lealdade, se refere a adoção de um comportamento honesto (Martins, 2015, p. 76), ou seja, uma conduta ética, estando este ligado ao conceito de confiança recíproca, tendo em vista que tal comportamento pautado na eticidade promoverá a confiança das partes que estão se obrigando através de um instrumento contratual.

Ao aplicar o dever de lealdade ao processo, entende-se que tanto as partes quanto o juiz devem portar-se de forma leal, na busca da verdade capaz de solucionar o litígio, ou seja sem utilizar o processo como um difusor de estratégias, isto se dá em virtude do esforço que os sujeitos processuais devem empreender para conduzir o processo com o intuito de permitir que um confie na conduta do outro, chegando-se, assim, a uma solução justa.

Dessa forma, a criação de deveres anexos serve para reafirmar o núcleo conceitual do referido princípio, posto que promove a agregação de institutos que estão realmente ligados ao seu conceito.

O dever de assistência também é denominado de cooperação, se remetendo a necessidade da colaboração de todos os envolvidos para conseguirem realizar o objetivo comum (Martins, 2015, p. 82), desta forma, quando se fala em direito contratual, é obrigação de todos colaborarem desde as negociações até em um possível inadimplemento.

No direito processual o ideal de cooperação encontra-se impresso, inclusive, no modelo adotado, como visto no capítulo II do presente estudo, que busca a colaboração de todos os sujeitos processuais no desenvolvimento do processo a fim de se alcançar a justiça.

Ao se falar em informação, percebe-se esta como uma imposição moral e jurídica que é de comunicar a outra parte todas as circunstâncias e características do negócio celebrado para que não reste nenhuma dúvida, que acarretaria uma conduta de má-fé, não condizente com o direito (Pamplona Filho, 2017, p. 42).

O dever de informação é de grande importância para o processo, pois impõe o dever de as partes esclarecerem o que pretendem e o juiz, tanto de se esclarecer com as partes quando achar necessário, bem como de alertá-las sobre as consequências de suas condutas.

No Código de Processo Civil esta função criadora de deveres é perceptível, por exemplo, na caracterização do dano processual, ao deixar explícita as condutas que significam litigância de má-fé, no artigo 80, bem como as sanções aplicáveis no artigo 81, pois quem assume uma das condutas descritas age em desconformidade com o dever de lealdade e confiança, inerentes ao modelo de processo colaborativo.

A terceira função da boa-fé é a de delimitação do exercício de direitos subjetivos, que possui o condão de proibir os chamados comportamentos contraditórios, apresentando-se uma face negativa do princípio (Schreiber, 2016, p. 58).

No atual Código de Processo Civil brasileiro percebe-se a preocupação com a coibição dos comportamentos contraditórios, a partir da aplicação de multas e sanções processuais, tendo em vista todos os princípios adotados por esse modelo processual.

Em poucas palavras, a referida função, no Direito Civil, proíbe o comportamento contraditório, o qual encontra-se caracterizado a partir dos conceitos corolários da boa-fé objetiva, como por exemplo a *surrectio* e *supressio*, a máxima *tu quoque*, o *venire contra factum proprium*, a *exceptio doli*, dentre outros que também podem ser transportados para o Direito Processual Civil.

Desta forma, a aplicação da boa-fé processual, no Código de Processo Civil brasileiro, encontra-se, indubitavelmente sedimentada, tanto por sua importância para os ramos do direito, quanto pelo modelo de processo adotado, qual seja o colaborativo, inerente ao Estado Democrático, bem como a atual fase metodológica do processo civil, denominada de formalismo-valorativo, a qual confere ao processo o *status* de direito fundamental, a partir de sua constitucionalização.

Impende destacar que tais limitações não repercutirão em outras pessoas, mas, apenas, no patrimônio do próprio titular que agiu em desconformidade com o princípio da boa-fé, neste momento se identifica a natureza da regra de mitigação, a qual impõe ao titular do direito, o credor, a obrigação de minimizar o próprio prejuízo.

5 A regra de mitigação e o dever de cooperação

Como se percebeu, a partir da análise do tópico anterior, a boa-fé pode ser caracterizada como um verdadeiro norte para o ordenamento jurídico, tendo em vista que seu desenvolvimento permitiu a agregação de vários conceitos e deveres que se esperam da eticidade, lealdade e probidade, delineando condutas que permeiam os vários ramos do direito.

Neste prisma, o dever de cooperação traduz a ideia de união, ou seja, a junção de todos os interessados para se chegar a um objetivo que se coadune com suas aspirações individuais, seria, então, uma forma de se chegar à resolução de um conflito como o mínimo desgaste possível.

Sabe-se que as razões ensejadoras da propositura de uma demanda advêm de um litígio, posto que se não houver uma controvérsia não se terá necessidade de um pronunciamento do Estado, nesta perspectiva o atual Código de Processo Civil brasileiro reafirma sua intenção pacificadora ao adotar o modelo de processo cooperativo e consolidar a boa-fé que tem como um de seus deveres a cooperação.

No campo obrigacional, onde a boa-fé mais se desenvolveu, a cooperação deve estar presente em todas as fases dessa relação, desde as negociações até a sua implementação, bem como deve ser observado independente de reciprocidade (Martins, 2015, p. 86).

Desta forma, ao respeitar o dever de colaboração imposto em todas as fases das negociações os contratantes firmarão um pacto sólido e que, por isso, possui chances mínimas de ser objeto de insatisfações futuras, tendo em vista que nenhuma das partes se sentirá enganada.

Aplicando-se a regra de mitigação, em caso de inadimplemento, percebe-se que ao agir em consonância com o referido princípio, o credor, deve adotar uma conduta razoável para que o seu próprio prejuízo não aumente, mesmo na fase de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação avençada face o descumprimento por parte do devedor.

Pode-se dizer que o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo, ao ser adotado como conceito corolário da boa-fé, mostra-se como um dos meios de efetivação dos deveres anexos de lealdade, cooperação e confiança recíproca, tendo em vista que o credor que ameniza o próprio prejuízo beneficia o devedor.

É totalmente desconforme com o ideal de cooperação a conduta do credor de atuar de modo a aumentar o dano visando um valor maior de indenização, bem como, fere o mesmo ideal, a conduta do sujeito processual de utilizar o processo como um difusor de estratégias.

A regra de mitigação encontra-se em total consonância com o dever de cooperação que decorre do princípio da boa-fé, tendo em vista que este dever se impõe a todos que de alguma forma se obrigam em um contrato.

Claro que a relação processual se difere da obrigacional, posto que, com já afirmado, ao celebrarem um contrato, os contratantes, escolhem os direitos, obrigações e regras a que estarão vinculados, por outro lado, a relação processual obriga os seus sujeitos a cumprirem todas às regras procedimentais, independentemente de concordarem ou não.

Nesta toada, os participantes do processo não escolhem a quais regras estarão submetidos, mas se obrigam a cumpri-las e, dentre elas, constam a observância da boa-fé, que por sua vez, impõe a lealdade, a cooperação e a confiança recíproca.

6 Considerações finais

A pesquisa propôs-se a analisar o *duty to mitigate the loss* e a trajetória de sua incorporação ao ordenamento brasileiro, para discutir as possibilidades de sua aplicação no Direito Processual Civil na vigência do atual código brasileiro.

O Direito Processual Civil adotou o modelo de processo colaborativo que busca incorporar os valores da boa-fé, lealdade e cooperação, lastreado no neoprocessualismo, que enxerga o processo como um direito fundamental ligado a juridicidade, em virtude deste conceito estar ligado ao ideal de Justiça.

Frise-se que este processo cooperativo adota o princípio da boa-fé processual incluindo os deveres decorrentes de sua aplicação, como *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, *exceptio doli*, *venire contra factum proprium* extraídos do Direito Civil e aplicados ao processo.

Somando-se a isto, os sujeitos processuais, devem observar o princípio da lealdade que lhes impõe uma atuação ética e proba no processo, impedindo a utilização deste como um difusor de estratégias.

A construção da presente pesquisa permite apontar como resultado a possibilidade de aplicação do *duty to mitigate the loss* no direito processual, tendo como base a efetivação do princípio da boa-fé processual, inerente as condutas esperadas pelos sujeitos processuais no processo cooperativo.

O dever de mitigar o próprio prejuízo nasceu no sistema *common law*, baseado no dever de cooperação decorrente da relação obrigacional e aos poucos o instituto foi se disseminando, passando a ser adotado na tradição *civil law*, com fundamento ora na boa-fé, ora na proibição do *venire contra factum proprium* e ora na teoria do abuso de direito.

Outro aspecto importante funda-se na previsão legislativa da regra como um instituto autônomo aplicável as relações contratuais o que permitiu sua aplicação em diversas situações como contratos mercantis, mas sempre possuindo como pano de fundo um liame obrigacional.

Como visto, não existem critérios previstos na legislação para aferir a razoabilidade, tendo em vista a infinidade de situações que ocorrem tornando impossível prever-se quais condutas estariam inseridas em tal conceito, chegando-se ao consenso de que basta que a decisão amenize o prejuízo para que o credor cumpra com tal incumbência.

A pesquisa permite afirmar que o desenvolvimento do conceito de razoabilidade a ser aplicado nesses casos, possui como entrave tanto a infinidade de situações quanto as condições do credor no momento do inadimplemento e da adoção de sua conduta, isto porque deve se levar em consideração, também, as condições financeiras e fáticas do credor, não se podendo exigir um comportamento que exclua totalmente o dano, mas que ao menos o amenize.

Por outro lado, a tradição *civil law* dá ênfase a legislação como fonte principal do direito e, nestes casos, a regra de mitigação é enxergada como um conceito corolário da boa-fé objetiva, ou da teoria do abuso do direito ou da proibição do comportamento contraditório.

A pesquisa aponta que o vocábulo “dever” tem sido adotado em virtude da tradução do termo “*duty*”, porém sua natureza jurídica é de um ônus, pois mesmo que o credor tenha que observar a regra o devedor não tem um meio de exigir seu cumprimento, não se enquadrando, portanto, na definição de um dever.

Outra divergência abordada é a análise da sua natureza jurídica estar firmada na boa-fé objetiva ou na teoria do abuso de direito, arrematando-se que a boa-fé objetiva se expandiu agregando-se ao seu conceito três funções: a de interpretação, a de criação de deveres anexos e a de delimitação do exercício de direitos subjetivos.

É possível inferir que a adoção da boa-fé processual permitiu a transposição do conceito e de suas três funções para o processo civil, dessa forma a interpretação com base na boa-fé é imposta tanto ao juiz ao analisar os pedidos formulados pelas partes, quanto das partes em relação ao juiz ao interpretarem os comandos contidos nas decisões judiciais.

A função de criação de deveres anexos encontra-se imbricada, inclusive no modelo de processo colaborativo, que impõe às partes a observância a lealdade, a solidariedade e a confiança recíproca, já a delimitação de direitos subjetivos no processo civil é uma construção jurisprudencial que tem a intenção de coibir comportamentos que ferem a boa-fé e que se mostram contraditórios.

A teoria do abuso de direito fundamenta-se em quatro sustentáculos: fim social, fim econômico, bons costumes e boa-fé. Os bons costumes se fundamentam em regras de ordem moral, tendo em vista a relatividade do conceito de moral e volatilidade do conceito de bons costumes, pois este está ligado a região de celebração do negócio jurídico e a época em que fora celebrado.

De outra banda, a boa-fé encontra-se como pilar deste conceito, pois é evidente que quem se comporta abusando de um direito age de má-fé e por isso fere esse princípio que já é considerado um norte para o ordenamento jurídico.

Dentro deste prisma aparece, também, o que os germânicos elevam à categoria de princípio, denominado de *nemo potest venire contra factum proprium*, que não permite a adoção de posições que contrariem os próprios atos anteriormente adotados, pois, para alguns, o credor exigir a reparação por danos evitáveis se mostra uma conduta contraditória.

Por ter como um de seus pilares a própria boa-fé, é possível concluir que se mostra incoerente a adoção do abuso de direito como fundamento para o *duty to mitigate the loss*, sendo mais aceitável a adoção da regra como conceito corolário da boa-fé em sua perspectiva objetiva.

A pesquisa mostrou que no Brasil, aplicação da boa-fé processual encontra-se sedimentada, porém o conceito do *duty to mitigate the loss* surgiu destinado ao Direito Civil, encontrando como entrave na seara processual o fato de ter sido desenvolvido na tradição *common law*, e esta só admite sua incidência no direito privado.

No Brasil a regra de mitigação não se encontra prevista na legislação e sua aplicação tem se dado em virtude de construção jurisprudencial sendo aceito como um conceito corolário da boa-fé, especificamente no que diz respeito a função de delimitação de direitos subjetivos.

Com o advento do atual Código de Processo Civil, que adota o modelo cooperativo de processo, a boa-fé processual encontra guarida no artigo 5º, passando a estar previsto expressamente na legislação, o que permitiu seu desenvolvimento e aplicação nesta seara.

Neste diapasão, as três funções que foram agregadas ao princípio passam a ser vislumbradas nas regras processuais, ensejando assim a aplicação do *duty to mitigate the loss*, por ser um conceito decorrente da função de delimitação do exercício de direitos subjetivos da boa-fé.

O princípio da boa-fé, nos países que adotam a tradição *civil law*, permitiu a agregação de conceitos corolários que se traduzem como exemplos de comportamento ético, como é o caso do *duty to mitigate the loss*, pois o credor que não adota uma conduta capaz de amenizar o próprio prejuízo se omite para agravar o dano, agindo em total discrepância com o direito.

No Brasil, o que começou com uma menção tímida na obra do Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Júnior foi tomando maiores proporções para os estudiosos do direito e a ideia foi se inserindo tanto no Direito Civil quanto na jurisprudência.

Com o advento do Código de Processo Civil brasileiro, em 2015, surge a aplicação da boa-fé processual e suas três funções já mencionadas ligadas a lealdade, ética e cooperação, agregando-se a tutela da confiança e seus conceitos parcelares como *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, *venire contra factum proprium*, *exceptio doli* e o próprio *duty to mitigate the loss*.

Consignou-se, também, que o *duty to mitigate the loss* encontra obstáculo a sua aplicação no Direito Processual Civil, pois nos países em que o conceito nasceu, sua aplicação se dá tendo como pano de fundo uma relação obrigacional, fundamentada na autonomia da vontade, enquanto a relação processual se dá por iniciativa de uma parte que vincula a outra sob o manto de regras de direito público, impedindo que as partes possam escolher quais delas irão cumprir.

Mesmo com todos os obstáculos é possível comprovar a possibilidade de sua aplicação quando a parte, por exemplo, procura dificultar o cumprimento de uma decisão judicial para aumentar o valor da astreinte ou que, mesmo ciente do descumprimento do prazo, espera o tempo passar para informar ao juízo e, assim, aumentar o valor da multa se esta for diária.

Por isto, após todas as considerações realizadas é possível dizer, em conclusão, que a regra de mitigação do prejuízo pode e deve ser aplicada ao processo civil, por ser uma conduta pautada na lealdade processual que, por sua vez, é um conceito corolário da boa-fé, cuja aplicação encontra-se expressamente consolidada, permitindo então a aplicação de todos os seus aspectos.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção do contrato por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

ANDRADE, R. C. O. L. de. Aplicação do princípio da não maleficência às empresas de planos de saúde: a boa-fé objetiva e o cumprimento do dever de não lesar. **Duc In Altum - Cadernos De Direito**, Recife, v. 15, n. 35, 2024. Disponível em: <https://revistas.faculdaadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2659>. Acesso em: 15 de maio de 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105 (Código de Processo Civil). Geral livro i das normas processuais civis título único das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, a. 152, n. 51, p. 1, de 16 de março 2015.

COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo.** 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015.

CORDEIRO. António Manoel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARNSWORTH, Edward Allan. Legal remedies for breach of contract. **Columbia Law Review.** v. 70, n. 7, p. 1145-1216, 1970.

FULLER, L. L.; PERDUE JR, William R. The reliance interest in contract damages: 1. **Yale Law Journal**, [S. l.], v. 46, n. 01, p. 52-96, nov. 1936. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3828&context=yjl>. Acesso em: 26 abr. 2024.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 177-1836, 1982.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 206, 2012.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito.** 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual.** 2011. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf. Acesso em: 05 abr. 2024.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro.** São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: LÔBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). **A boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea.** Curitiba: Juruá, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

TRONCOSO, Maria Isabel. La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. **Revista de derecho privado**, n. 21, p. 353-391, dez. 2011.