



O DIÁLOGO ENTRE O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO E AS “ESPÉCIES” DE ABUSO DO DIREITO

THE DIALOGUE BETWEEN THE DUTY TO MITIGATE THE LOSS AND THE "SPECIES" OF ABUSE OF RIGHTS

LENTE, Tainá Fagundes¹

TOMAZ, Loyana Christian de Lima²

Recebido em: 27 de fevereiro de 2024; disponível on-line em 19 de junho de 2024

RESUMO: O *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar o próprio dano) é um conceito originário do direito anglo-saxão, integrado no Brasil pelo Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal/2004. De forma genérica, se aplica em relações contratuais em que houve um dano provocado pelo devedor. O dever de mitigar demanda uma ação por parte do credor, diante desse dano, para evitar o agravamento dos prejuízos decorridos da situação. No Brasil, o *duty to mitigate* tem origem na função criadora de deveres anexos, típica do princípio da boa-fé objetiva. Entretanto, alguns autores afirmam que, na verdade, esse instituto se origina na vedação ao abuso do direito, que decorre da função de controle, também emanada pelo princípio da boa-fé objetiva. Diante disso, este trabalho objetiva traçar paralelos entre o dever de mitigar e o abuso do direito, estabelecendo quais são suas ligações. Para tanto, foi feito o uso da metodologia dedutiva, partindo da conceituação dos institutos para estabelecer os paralelos entre um e outro, por meio das figuras correlatas ao abuso do direito, como o *venire contra factum proprium*, a *tu quoque* e a *supressio*. Além disso, também foi utilizada a pesquisa bibliográfica. Como resultado, pode-se alegar que o dever de mitigar não se origina do abuso do direito, pois apesar de ambos terem origem no macro princípio da boa-fé objetiva, cada um decorre de uma função diferente (o primeiro da função de criação e o segundo da função de controle).

Palavras-chave: Dever do credor de mitigar o próprio dano. Abuso do Direito. Princípio da boa-fé objetiva. Funções decorrentes da boa-fé objetiva.

ABSTRACT: The duty to mitigate the loss is a concept originating in Anglo-Saxon law, integrated in Brazil by Statement 169 of the III Civil Law Conference of the Federal Justice Council/2004. Generally speaking, it applies to contractual relationships in which there was damage caused by the debtor. The duty to mitigate demands action

¹ Tainá Fagundes Lente. Mestranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (FCHS/Unesp) - Câmpus de Franca. Bolsista CAPES/DS. Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) - Unidade Frutal. Advogada regularmente inscrita na OAB/SP. E-mail: taina.lente.fagundes@gmail.com.

² Loyana Christian de Lima Tomaz. Doutora em Biocombustíveis pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Docente do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) - Unidade Frutal. E-mail: loyancl@gmail.com.



on the part of the creditor, in the face of this damage, to avoid worsening the losses resulting from the situation. In Brazil, the duty to mitigate originates from the creative function of annexed duties, typical of the principle of objective good faith. However, some authors claim that, in fact, this institute originates from the prohibition of abuse of rights, which arises from the control function, also emanated by the principle of objective good faith. Given this, this work aims to draw parallels between the duty to mitigate and the abuse of rights, establishing what their connections are. To this end, deductive methodology was used, starting from the conceptualization of the institutes to establish parallels between one and the other, through figures related to the abuse of rights, such as *venire contra factum proprium*, *tu quoque* and *supressio*. In addition, bibliographic research was also used. As a result, it can be argued that the duty to mitigate does not originate from the abuse of the right, because although both originate from the macro principle of objective good faith, each arises from a different function (the first from the function of creation and the second from the control function).

Keywords: Duty of the creditor to mitigate the damage itself. Abuse of rights. Principle of objective good Faith. Functions arising from objective good faith.

INTRODUÇÃO

O *duty to mitigate the loss* é um instituto jurídico típico dos países anglo-saxões e que foi adotado pelo Brasil oficialmente em 2004, através do Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Ele pode ser traduzido para o português como “o dever do credor de mitigar o próprio dano”.

Há intensa discussão entre a doutrina acerca da matriz do dever de mitigar no direito interno. Todavia, parece haver uma maior concordância ao se assinalar esse instituto como derivação da função de criação de deveres anexos que a boa-fé objetiva possui.

Apesar disso, alguns autores consideram a vedação ao abuso do direito, decorrente da função de controle, também emanada da boa-fé, como origem do dever de mitigar, sendo necessário o aprofundamento sobre o tema.

Ademais, também é importante estudar a relação entre o dever de mitigar e alguns outros institutos, como o *venire contra factum proprium*, a *tu quoque* e a *supressio*, pois alguns autores, como Lêda Teresa dos Santos Teixeira Pinto (2015, p. 9), pontuam que essas figuras são modalidades de abuso do direito. É preciso assinalar, entretanto, que a maioria, como Bruno Terra de Moraes (2019, p. 152-166), José Martins (2014, p. 92-99), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018, p. 104) as entendem como decorrentes diretas da boa-fé:

Tais figuras parcelares, também chamadas de “função reativa”/ou de subprincípios da boa-fé objetiva, consistem em verdadeiros desdobramentos



da boa-fé objetiva, de relevantíssima utilização, independentemente da denominação utilizada (Gagliano; Pamplona Filho, 2018, p. 104-105).

De qualquer modo, por guardarem estrita relação com a boa-fé, e serem figuras correlatas ao abuso do direito, também merecem atenção.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é estudar as relações entre o abuso do direito, suas figuras afins, e o dever de mitigar o próprio dano, estabelecendo diálogos importantes entre eles, pois guardam estrita relação com a boa-fé, que é a origem de todos.

Para tanto, foi utilizada como metodologia a pesquisa dedutiva, através do estabelecimento de premissas de estudo, por meio de uma abordagem qualitativa. Em face disso, o trabalho começa com a conceituação do dever de mitigar o próprio dano, passando, em seguida, para o estudo dos institutos já citados, podendo, por fim, estabelecer quais relações perfazem.

1 O CONCEITO DO DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO

De maneira geral, o *duty to mitigate the loss* é considerado um dever decorrente do princípio da boa-fé objetiva, com aplicação primordial em relações contratuais (mas também cabível em relações extracontratuais). Ele prevê que caso o credor esteja diante de um dano, ocasionado pelo devedor, deverá agir para evitar o agravamento desse dano, ou seja, não pode se manter inerte, vendo o prejuízo se agravar, para obter uma maior indenização posteriormente (Martins, 2014, p. 17).

O dever de mitigar preceitua que o credor deve tomar uma atitude, caso seja possível. Segundo Moraes (2019, p. 130), o agravamento do dano é responsabilidade do credor, pois é considerado um dano distinto do original causado pelo devedor. O dano provocado pelo devedor é chamado de inevitável, enquanto o dano agravado pelo credor é o dano evitável, do qual não há cabimento de indenização alguma.

Como já postulado na introdução, o dever de mitigar tem origem no princípio da boa-fé objetiva, mais precisamente na sua função criadora de deveres anexos de conduta. A boa-fé objetiva é um princípio que corresponde às práticas éticas que as partes devem adotar na sua relação jurídica. Ela possui três funções, a função interpretativa (os negócios jurídicos devem ser interpretados tendo em vista a boa-fé), a função de controle (visa coibir o abuso do direito) e a função criadora de deveres



anexos (cria deveres anexos de conduta para as partes) (Pamplona Filho, 2017, p. 37-38).

É ponto comum da maioria dos autores considerarem o *duty to mitigate the loss* nascido da função criadora de deveres anexos da boa-fé (Lente; Tomaz, 2023, p. 69-70), por conta da própria redação do Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, de 2004: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” (Conselho da Justiça Federal, 2004).

Apesar disso, há um debate sobre o dever de mitigar ter origem na vedação ao abuso do direito, pois ambos se relacionam, como será demonstrado.

2 HISTÓRIA E CONCEITO DO ABUSO DO DIREITO

O abuso do direito, como figura decorrente da boa-fé, também passou por algumas evoluções na história, suas origens remontam à França do século XIX, liberal e burguesa, onde o instituto foi primeiro uma construção jurisprudencial dos tribunais e não era positivado na legislação (Código de Napoleão de 1804):

A teoria do abuso do direito somente ganhou consistência e veio a surgir como doutrina autônoma e científica na segunda metade do século XIX, no contexto de uma sociedade liberal, em um ambiente em que se avultavam as contradições do já imperante sistema capitalista burguês. O abuso do direito não foi inserido, em França, no Código de Napoleão, que data de 1804. A sua formulação, a princípio, foi cunhada no seio dos tribunais. Com efeito, a jurisprudência francesa foi a primeira a reconhecer a existência do abuso do direito, já nos primeiros anos de vigência do *Code français* (Ferreira, 2006, p. 18).

A doutrina do abuso do direito ganhou relevância com a superação do Estado Liberal e a adoção do Estado Social. Isso acontece porque no liberalismo a autonomia privada era a regra absoluta nas relações entre particulares, ou seja, o sujeito não tinha “limites” no exercício de seu direito, mesmo que ofendesse outra pessoa. Com o Estado Social, a preocupação com a dignidade humana e o bem comum, alguns limites razoáveis começaram a serem impostos:

A noção de abuso do direito surge no século XIX, ganhando importância a partir do momento em que superam o individualismo e o voluntarismo que caracterizavam o direito civil até meados do século XX, passando-se a levar em consideração a repercussão que o exercício de determinado direito tem na esfera jurídica alheia. Essa concepção liberal de direito civil pressupunha uma utilização ilimitada do direito pelo seu titular. Com a teoria do abuso do direito, empresta-se limitações à autonomia de vontade, de modo a incorrer em abuso quem se utiliza de determinada posição jurídica com uma finalidade



distinta das finalidades econômicas e sociais que lhe são próprias (Moraes, 2019, p. 55-56).

No Brasil, alguns doutrinadores afirmam que o abuso do direito já era previsto no Código Civil de 1916, de maneira indireta, no art. 160, que previa que não eram considerados atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito, deixando subtendido que eram ilícitos os atos que extrapolassem o exercício regular do direito (Ferreira, 2006, p. 139).

Fato é que o abuso do direito foi reconhecido expressamente pelo art. 187 do Código Civil de 2002, que adotou a teoria objetiva/finalista do ato abusivo. Prevê o Código: “Art. 187. 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” (Brasil, 2002).

Antes de adentrar ao conceito de abuso do direito, é preciso explicar as duas principais teorias que o envolve, teoria subjetiva e teoria objetiva, compreendendo aquela que foi adotada pelo Código Civil brasileiro. Essas teorias trazem concepções diferentes para a configuração do abuso do direito.

A teoria subjetiva é aquela que exige que o ato antijurídico do sujeito tenha sido realizado com dolo (intenção) ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia):

Segundo a concepção subjetivista, para que se configure a ilicitude, além da presença do elemento antijuridicidade, ou seja, comportamento do agente contrário à ordem jurídica, exige-se, ainda, a imputação do ato antijurídico ao seu agente, a título de dolo ou culpa (Ferreira, 2006, p. 32).

Enquanto para a teoria objetiva não se exige a análise de elementos subjetivos, psicológicos, mas apenas a existência de antijuridicidade, que contraria o direito:

Para a concepção objetivista, a ilicitude prescinde da perquirição de elementos subjetivos, distinguindo-a da noção de culpa, sendo suficiente para a sua configuração a desconformidade formal da conduta com o comportamento definido na norma como obrigatório, ou seja, a infração direta e imediata de um preceito jurídico (Ferreira, 2006, p. 32).

Essa última teoria foi a adotada pelo Código Civil de 2002 em seu art. 187. Ela é sustentada pelo fato de que a legislação buscou, baseada nas diretrizes sociais trazidas pela Constituição de 1988, proteger que qualquer das partes da relação contratual tenha sua esfera jurídica individual invadida diante de abusividade no comportamento da outra. Deixar de exigir dolo ou culpa no exercício do ato abusivo é proteger a vítima da ilicitude, que não necessitará comprovar esses elementos para



ser reparada em caso de responsabilidade civil. A importância da figura do abuso do direito se deve ao seguinte:

Por meio da boa-fé objetiva, visa-se a evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Aliás, no atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a “tirania dos direitos”. Por isso, de uma vez por todas, não se pode mais reconhecer a legitimidade ou se dar espaço às denominadas “cláusulas leoninas ou abusivas” (algumas são tão terríveis que a denominamos jocosamente, em nossas aulas, “zoológicas”...), quer se trate de um contrato de consumo, quer se trate de um contrato civil em geral. (Gagliano; Pamplona Filho, 2018, p. 99).

Quanto ao conceito do abuso do direito, o art. 187 do Código Civil preceitua que é o exercício do direito que excede limites como fins econômicos ou sociais, boa-fé ou bons costumes, o que resulta em um ato ilícito.

Teoricamente o abuso do direito não fere a lei propriamente dita, formalmente; seu exercício ofende o conteúdo valorativo da norma, o seu sentido, os princípios que deram origem a ela. Traduz-se em possuir uma aparência/forma legal, mas que fere o direito, que não se reduz apenas à lei positivada, mas também às normas, aos princípios, dentre outros:

O abuso do direito evidencia-se quando alguém, embora atue em consonância formal e aparente com determinada norma, contraria os valores que norteiam o exercício do direito que lhe é conferido. [...] A sua nota característica consiste justamente em encobrir uma aparência de direito, pois se exerce um direito próprio, do qual se é titular (Ferreira, 2006, p. 31-37).

Nesse sentido, é importante ressaltar que o abuso do direito se diferencia do ato ilícito, visto que esse último apresenta uma ofensa direta à lei, de forma objetiva: “O ato ilícito, por outro lado, origina-se quando um indivíduo transgredir objetivamente os próprios limites traçados pela lei” (Ferreira, 2006, p. 31).

Assim, segundo Ferreira (2006, p. 31), abuso do direito e ato ilícito não são a mesma coisa, porque violam a norma de maneiras diferentes, mesmo que ambos constituam atos antijurídicos, ou seja, ultrapassam limites que foram impostos pelo ordenamento jurídico.

Por fim, Ferreira (2006, p. 180-181) assinala que a lei tratou de colocar os limites para o exercício do direito. Esse exercício não pode ofender os fins econômicos (assegurando a circulação de bens e serviços propiciada pelos contratos) e os fins sociais (aferíveis a depender do momento histórico em que se vive, atualmente, os valores do Estado Social). E, Ferreira (2006, p. 208-231) continua, também deve



respeitar a boa-fé (e todos os seus desdobramentos) e os bons costumes (que segue a moral que a sociedade tem como baliza).

3 O ABUSO DO DIREITO É FUNDAMENTO DO DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO?

O abuso do direito e o dever de mitigar guardam entre si algumas relações, a depender da conduta adotada pelas partes na relação jurídica.

Segundo Moraes (2019, p. 59), a parte que sofre um dano (vítima) aguardar a reparação pelo agente causador é exercer um direito de forma regular. No entanto, quando essa parte percebe que o dano causado está se agravando e se mantém inerte, mesmo tendo a possibilidade de minimizá-lo, estará agindo de forma abusiva, desrespeitando o *duty to mitigate the loss*.

O autor ainda analisa o dever de mitigar pelo aspecto subjetivo e objetivo do abuso do direito. No aspecto subjetivo (que leva em conta os vieses psicológicos do sujeito), quem deixa de mitigar os danos não consegue trazer benefício a si mesmo (pois não será indenizado pelo avultamento do dano) e provoca insegurança jurídica à outra parte. Já no aspecto objetivo (que observa apenas a existência de um exercício abusivo), a pessoa terá agido em busca de interesses ilegítimos, aumentando também a insegurança jurídica da outra parte e, se cobrar indenização pelos danos que não mitigou, estará buscando uma indenização mais alta do que a que merece receber (Moraes, 2019, p. 59-60).

Assim, para o autor, o dever de mitigar seria uma das exigências do abuso do direito:

Deve ser inibida, portanto, pelo ordenamento, a possibilidade de ocorrência dessa situação, que não deveria interessar nem ao credor, nem ao devedor e, por conseguinte, ao ordenamento como um todo. Eis, então, como se apresenta o dever de mitigação do próprio dano como uma imposição da vedação do exercício abusivo do direito (Moraes, 2019, p. 63).

Entretanto, visão diferente é apresentada por José Martins (2014, p. 91). O autor relembra que o abuso do direito decorre de uma das funções da boa-fé, qual seja, a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos, tanto é assim, que o art. 187 coloca a boa-fé como uma das balizas do exercício regular de um direito. Dessa forma, como o próprio abuso do direito possui como fundamentação a boa-fé, não seria lógico que o dever de mitigar se fundamentasse no abuso do direito, mas também na boa-fé. Explica-se:



Ora, se a boa-fé estrutura o abuso do direito, logo fundamentar o *duty to mitigate the loss* nele seria inadequado, já que a verdadeira raiz se encontra na própria boa-fé. Exercitar abusivamente um direito é agir de má-fé, haja vista que houve desrespeito aos deveres anexos que o princípio da boa-fé implica, sobretudo da cooperação. O titular do direito em exercício irregular não realiza a sua obrigação da melhor maneira, tampouco de forma simples. Igualmente, não observou a delimitação de direitos subjetivos também imposta pela boa-fé. Dessa maneira, entende-se que o abuso de direito nada mais é do que um dos desdobramentos do princípio da boa-fé, ou seja, uma das diversas facetas pela qual ele aparece no ordenamento jurídico (Martins, 2014, p. 91).

Outro ponto interessante destacado pelo autor é que, segundo ele, o sujeito que não mitigou cobrar os danos evitáveis da outra parte não seria hipótese de abuso do direito, porque não existe um direito a indenização por esses danos (evitáveis). Se não há o direito, não há como abusar desse direito. Pontua bem, dizendo “é contraditório afirmar que ao exigir a indenização, o credor está exercendo abusivamente seu direito, já que este não há. Não há como abusar de um direito que não possui” (Martins, 2014, p. 92).

O posicionamento de José Martins parece o melhor, visto que apesar de o abuso do direito poder guardar relações com o dever de mitigar diante do plano fático, o dever de mitigar tem, sem sombra de dúvidas, fundamento na boa-fé objetiva, como é também corroborado pelo Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

4 O VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM E O DUTY TO MITIGATE THE LOSS

O *venire contra factum proprium* é uma expressão vinda do latim, que significa proibição do comportamento contraditório. Consiste no fato de que uma pessoa age de uma maneira que cria uma expectativa legítima na outra parte, confiança, de que não agirá de certo modo e, apesar disso, procede de acordo com a conduta que não teria, contrariando seus próprios atos e ferindo a confiança que tinha despertado.

Trata-se de duas condutas distintas, em que a segunda contraria a primeira. Segundo Ferreira:

[...] expressa a ideia de que não é permitido ao contratante agir em contradição a um comportamento assumido anteriormente. Ainda que, aparentemente, a parte atue no exercício de direito, existe a violação do dever anexo de lealdade, e do princípio da confiança (Ferreira, 2006, p. 228).

O Código Civil guarda alguns dispositivos que expressam a proibição do comportamento contraditório. Como exemplo, Gagliano e Pamplona Filho (2018, p.



106), assinalam o art. 330, que coloca que se o credor tiver aceitado, em uma obrigação sucessiva, pagamento em local diferente do pactuado, não poderá dizer, posteriormente, que o contrato foi descumprido.

Quanto ao dever de mitigar, o *venire contra factum proprium* pode ser suscitado em três situações, afirma Moraes (2019, p. 155).

O primeiro ponto a ser analisado é se o *venire* seria fundamento para o dever de mitigar. Moraes (2019, p. 155) explica que não, isso porque, no caso de relações contratuais, não é criada no devedor a confiança/expectativa de que a vítima mitigaria os danos, visto que quem rompe com o adimplemento primeiro é o devedor. Na relação extracontratual a legítima expectativa de mitigação também não faria sentido, visto que nesse caso nem há relação jurídica preexistente entre as partes. Detalha:

O fato de o credor ter firmado o negócio jurídico com o devedor não acarreta para este a confiança de que o credor mitigaria os danos após o inadimplemento. [...] Após o seu próprio inadimplemento, não pode o devedor sustentar ter confiança de que o credor realizaria esforços para manter a relação obrigacional mais próxima daquilo que foi originalmente firmado. Não. Afinal, foi ele próprio, devedor, quem, inicialmente, se afastou do curso normal da relação obrigacional. Não havendo, pois, uma legítima expectativa a ser frustrada com a falta de mitigação, o dever de mitigar não se baseia na proibição de comportamento contraditório. [...] quanto mais no caso em que a obrigação se origina de um ilícito extracontratual, isto é, de uma situação não antecedida de negócio jurídico (Moraes, 2019, p. 155-157).

Apresenta José Martins também dois outros argumentos que assinalam que o dever de mitigar não tem fundamento no *venire contra factum proprium*. No primeiro, ele propõe que os dois institutos apresentam finalidades diferentes, “enquanto o *venire contra factum proprium* protege a confiança, o *duty to mitigate the loss* delimita o direito subjetivo das partes e de sua cooperação” (Martins, 2014, p. 93).

Desse modo, os dois não poderiam ser confundidos, pois teriam suas finalidades desvirtuadas. No segundo, o autor se vale do argumento de que tanto o *venire* quanto o *duty* possuem como fundamento a boa-fé, de forma que o *venire* não seria fundamento do *duty*: “não há razão para fundamentar o *duty to mitigate the loss* na proibição do *venire contra factum proprium* já que ambos estão estruturados no princípio da boa-fé” (Martins, 2014, p. 93).

O próximo ponto levantado por Moraes é se o fato de o credor cobrar indenização pelos danos evitáveis do devedor consistiria em comportamento contraditório. Moraes entende que sim, visto que a inércia do credor em mitigar seus



próprios danos geraria legítima confiança no devedor de que não seria cobrado pelos danos evitáveis. Continua:

Isso porque [...] a inércia da vítima em mitigar o seu próprio prejuízo gera na parte contrária a legítima confiança de que, pela reparação daqueles danos evitáveis, não será demandada. [...] Se a vítima causa danos a si, nada mais natural que o causador dos danos inevitáveis entenda ser tal conduta da vítima uma simples expressão da autonomia privada e que, por conseguinte, não será demandado por aquele montante (Moraes, 2019, p. 157).

Quanto a essa questão existe divergência. José Martins não entende a cobrança pelos danos evitáveis como exercício de um comportamento contraditório. Ele argumenta que não há a confiança de que o credor não vá exigir esses danos judicialmente, porque a Constituição coloca que lesão/ameaça a direito não se exclui da apreciação do Judiciário, mesmo que os danos evitáveis não sejam devidos:

A teoria dos atos próprios existe para a proteção da confiança entre as partes. Entretanto, inexistente a confiança que o credor não irá exigir indenização pelos danos sofridos, mormente que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (Martins, 2014, p. 93).

O último questionamento de Moraes é se a alegação do devedor de que o credor não mitigou os danos pode ser indeferida sob argumento de comportamento contraditório. Segundo Moraes essa possibilidade existe quando o devedor prometeu ao credor que repararia o dano e não o fez. Essa promessa do devedor gera no credor confiança no conserto, e é só por esse motivo que ele deixa de mitigar seus próprios danos:

[...] em caso de haver um fato danoso é possível que a vítima procure o agente causador para que este o repare. Uma das reações possíveis do agente causador é a de se comprometer a repará-lo. [...] quando o causador do dano se compromete em realizar a reparação, nada mais natural que surja a confiança, na vítima, de que os danos serão, de fato, reparados pelo causador do dano. Quando o causador do dano frustra essa confiança ocorre, indubitavelmente, uma violação de comportamento contraditório (Moraes, 2019, p. 158).

Assim, concluindo, pode-se dizer que o dever de mitigar não tem como seu fundamento a proibição de comportamento contraditório, mesmo que possa existir situação de *verine contra factum proprium* no contexto do *duty to mitigate the loss*.

5 A TU QUOQUE E O DUTY TO MITIGATE THE LOSS

A *tu quoque* também é um dos desdobramentos da boa-fé objetiva. É um instituto que consiste na norma de que aquele que viola a lei ou o contrato não pode, posteriormente, exigir da outra parte que cumpra aquilo que ele mesmo descumpriu.



Ou seja, a parte não pode se valer do argumento de que a outra inadimpliu para extinguir o contrato ou pedir perdas e danos. Define-se:

O *tu quoque* é uma outra categoria de exercício inadmissível, e exprime a idéia de que a parte que descumpriu uma prestação, posteriormente, não pode invocar o inadimplemento da outra para extinguir o vínculo contratual ou obter indenização. Há certa similitude entre o *tu quoque* e a *exceptio non adimplenti contractus*, prevista no artigo 476 do Código Civil, distinguindo-se as figuras, pelo fato de aquele advir de regra principiológica, e esta, de norma legal (Ferreira, 2006, p. 228-229).

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 107) a *tu quoque* “[...] *surpreende* uma das partes da relação negocial, colocando-a em situação de injusta desvantagem”.

Existem dois exemplos muito claros da *tu quoque* no Código Civil, os arts. 150 e 476. O primeiro, art. 150, pontua o dolo recíproco das partes na relação obrigacional, se ambas procederem com dolo nenhuma pode suscitar essa questão para invalidar o negócio jurídico.

Já o segundo, art. 476, corresponde à exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimplenti contractus*), aplicável aos contratos bilaterais, com obrigações recíprocas/interdependentes, onde se uma parte descumpra sua obrigação, a outra parte não é obrigada a cumprir a sua; como Ferreira (2006, p. 228-229) pontuou, a distinção entre a *tu quoque* e a exceção de contrato não cumprido reside apenas na origem (principiológica para aquela e norma legal para esta).

A existência da *tu quoque*, em um primeiro momento, parece ser obstáculo ao dever de mitigar o próprio dano, já que o *duty to mitigate* é uma invocação da parte que primeiro inadimpliu a obrigação. Para Moraes, a aplicação da *tu quoque* no contexto do dever de mitigar consideraria todos os danos como inevitáveis, indenizáveis à vítima:

O efeito mais claro do reconhecimento da aplicação da *tu quoque*, caso se entendesse por sua aplicabilidade ao dever de mitigar, seria o não reconhecimento, no caso concreto, do referido dever. Considerar-se-ia, assim, a totalidade dos danos como inevitáveis, devendo, pois, em sua integralidade, ser reparados em favor da vítima (Moraes, 2019, p. 159).

Explica, Moraes (2019, p. 160) que a *tu quoque* não é aplicável à todas as situações; quando se trata da exceção de contrato não cumprido, por exemplo, a *tu quoque* se aplica às obrigações contratuais recíprocas/interdependentes e que decorrem da autonomia da vontade das partes.



Como o dever de mitigar não se enquadra nesse padrão, o sujeito não pode invocar a *tu quoque* para deixar de mitigar seus próprios danos. O dever de mitigar tem origem na boa-fé objetiva, princípio de máxima importância positivado em lei, que não depende da vontade das partes e deve ser cumprido por ambas, mesmo que uma tenha descumprido. Dessa forma, uma parte não pode deixar de agir com boa-fé porque a outra assim o fez, e é por isso que o agente deve mitigar os danos mesmo que o devedor tenha inadimplido:

Em primeiro lugar, em se tratando de deveres com origem não voluntarista, não há que se falar em uma interdependência entre os deveres anexos das partes de uma relação jurídica. Vale dizer: agir conforme a boa-fé objetiva não depende do fato de a parte contrária assim também agir. Dessa forma, estando o dever de mitigar fundamentado na boa-fé objetiva, não se pode justificar o seu descumprimento no fato de a parte contrária não ter agido, igualmente, conforme a boa-fé objetiva. A exigência de que se aja conforme a boa-fé objetiva não é condicionada pela conduta da parte contrária de também agir conforme a boa-fé. [...] Se assim o é, a boa-fé objetiva de uma parte não encontra fundamento na boa-fé objetiva da outra. Não: o seu fundamento é o ordenamento jurídico como um todo, de modo que o indivíduo deve agir de acordo com ela independentemente de a parte contrária assim também agir. [...] A violação ou não do dever de mitigar, por conseguinte, deve ser verificada à luz daquilo que se entende ser uma conduta do prejudicado de acordo com a boa-fé, independentemente da conduta da parte contrária (Moraes, 2019, p. 160-162).

Ainda, para José Martins tem a visão parecida com a de Moraes, mas cuidou de analisar especificamente da relação entre a exceção de contrato não cumprido e o dever de mitigar. Para ele, a utilização da exceção de contrato não cumprido se daria apenas em relação à obrigação principal (aquela que as partes acordaram por meio da autonomia privada) e não a deveres acessórios, onde estaria enquadrado o dever de mitigar. Assim, o credor não poderia se escusar de mitigar seus danos argumentando sobre a exceção de contrato não cumprido:

Os danos agravados pela inobservância da norma de mitigação do credor não são, desde a sua origem, imputáveis ao devedor. Não há minimização de culpa pela menor extensão do dano, mas sim, ausência de qualquer responsabilidade pela atuação gravosa do credor em descompasso com a diligência ditada pelo princípio da boa-fé. Dessa forma, a inadimplência do devedor autoriza apenas que o credor invoque a *exceptio non adimpleti contractus* para se abster de cumprir a obrigação pactuada, e não para deixar de minimizar os prejuízos. [...] Vale lembrar o ensinamento de Couto e Silva, que não se pode deixar de cumprir o dever de cooperação pela *exceptio non adimpleti contractus*, pois isto se dá somente para a obrigação principal. Do mesmo modo, não é a norma de mitigação a obrigação principal e, por isso, não está submetida à exceção de contrato não cumprido (Martins, 2014, p. 96).



Dessa maneira, pode-se dizer que nem a *tu quoque* e nem a exceção de contrato não cumprido podem ser usadas como argumento para o credor se furtar do dever de mitigar os próprios danos.

6 A SUPRESSIO E O DUTY TO MITIGATE THE LOSS

A *supressio*, ou *verwirkung*, transmite a perda do direito por uma pessoa que deixou de exercê-lo por um tempo significativo, em virtude de ter gerado na outra parte a confiança de que não mais exerceria aquele direito. A *supressio* é mais um dos desdobramentos da boa-fé objetiva:

Decorrente da expressão alemã *Verwirkung*, consiste na perda (supressão) de um direito pela falta de seu exercício por razoável lapso temporal. [...] Na figura da *supressio*, o que há é, metaforicamente, um “silêncio ensurdecador”, ou seja, um comportamento omissivo tal, para o exercício de um direito, que o movimentar-se posterior soa incompatível com as legítimas expectativas até então geradas. Assim, na tutela da confiança, um direito não exercido durante determinado período, por conta desta inatividade, perderia sua eficácia, não podendo mais ser exercitado. Nessa linha, à luz do princípio da boa-fé, o comportamento de um dos sujeitos geraria no outro a convicção de que o direito não seria mais exigido (Gagliano; Pamplona Filho, 2018, p. 106).

A *supressio* não pode ser confundida com a prescrição ou a decadência. A prescrição e a decadência se caracterizam apenas pelo decurso do tempo, enquanto a *supressio* é marcada pela confiança gerada pelo transcorrer do tempo de que o direito não seria mais exercido:

[...] a prescrição ou decadência, cuja perda da pretensão ou do direito subjetivo se dá pelo mero ato objetivo do não-exercício durante certo tempo. Para a caracterização da *supressio*, além do não-exercício do direito, exige-se o surgimento de uma crença no devedor, originário do comportamento do credor, de que o direito não mais será exercido (Ferreira, 2006, p. 229).

Como exemplo da *supressio* pode ser citado o art. 330 do Código Civil, que prevê a presunção de renúncia do credor ao local de pagamento previsto em contrato se aceitou pagamento feito em local adverso, reiteradamente.

Além da *supressio*, é importante citar a *surrectio*, pois são institutos que possuem estrita ligação. Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 106) assinalam que se a *supressio* é a perda do direito que não foi exercido por um lapso temporal, a *surrectio* é o contrário, ou seja, é o nascimento de um direito em virtude de comportamento reiterado que gera na parte a convicção de que possui aquele direito. No caso do art. 330, por exemplo, é o direito do devedor de realizar o pagamento no local adverso em que o credor aceitou, reiteradamente, o pagamento.



Por fim, quanto à relação da *supressio* com o dever de mitigar, é preciso dizer que a *supressio* também não fundamenta o direito de mitigar. No entanto, a omissão do credor em mitigar seus próprios danos pode desembocar na *supressio*:

Note-se que está incurso em deslealdade quem protela abusivamente o exercício de um direito; durante esse tempo adota uma conduta que faz nascer na parte contrária a legítima expectativa de que o direito não será exercido, mas, ao fim e ao cabo, exerce esse direito. Portanto, a existência de *supressio* não é, propriamente, o fundamento da alegação do dever de mitigar. A relação entre ela e o dever de mitigar se dá seguinte maneira: ao falhar a vítima do dano em seu dever de mitigar, essa situação pode, sob determinadas circunstâncias, desaguar em uma situação de *supressio* (Moraes, 2019, p. 166).

Ainda lembra, José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins (2014, p. 99-100) que os motivos da *supressio* não ser fundamento do dever de mitigar consistem nos mesmos da *venire contra factum proprium*, ou seja, enquanto a *supressio* protege a confiança, o *duty to mitigate* demarca o direito subjetivo das partes e a cooperação entre elas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi traçar um paralelo entre o dever de mitigar o próprio dano e o abuso do direito, ambos derivados das funções do princípio da boa-fé objetiva. Nesse ínterim, foi descoberto o que se relata a seguir.

O abuso do direito, conceitualmente, é o exercício de um direito que excede os limites legais, quais sejam, os fins econômicos ou sociais, a boa-fé ou os bons costumes. O abuso do direito é coibido pela terceira função da boa-fé objetiva, a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos, ou de controle. Alguns autores pontuam que o abuso do direito é fundamento do dever de mitigar, algo que não se concorda, visto que ambos os institutos, na verdade, têm como base a boa-fé objetiva.

Além disso, outro questionamento seria se o descumprimento do dever de mitigar, juntamente com a cobrança pelo credor dos danos evitáveis em face do devedor, seria um ato de abuso; prefere-se a posição de que não, visto que não há o direito do credor cobrar pelos danos evitáveis, de modo que se não há esse direito, não tem como haver o abuso dele.

Ainda dentro da questão da boa-fé e do abuso do direito, encontram-se três figuras que também se relacionam ao dever de mitigar, são elas: o *venire contra factum proprium*, a *tu quoque* e a *supressio*.



O *venire contra factum proprium* se traduz na proibição de um comportamento contraditório, ou seja, o ordenamento veda que o sujeito aja em contrariedade à legítima confiança que tinha gerado na parte. Primeiramente, cabe dizer que o *venire* não fundamenta o dever de mitigar, já que, além de ambos se fundamentarem na boa-fé, possuem finalidades diferentes; o *venire* protege a confiança e o *duty* resguarda a cooperação entre as partes e delimita o exercício de um direito subjetivo. Além disso, não se pode afirmar que há nas relações jurídicas a confiança de que o credor mitigaria seus danos, visto que antes o próprio devedor não cumpriu com sua promessa.

Ainda, quanto ao *venire*, há outras duas discussões. A primeira é se a cobrança pelo credor dos danos evitáveis em face do devedor consistiria em comportamento contraditório. Há autores que dizem que sim, visto que se o credor não mitigou os danos criaria a expectativa de não demandar por estes, afinal os danos evitáveis cabem a ele próprio; entretanto, também há autores que dizem que essa confiança não existe, em face do fato de que o Poder Judiciário não pode excluir nada de sua apreciação. A última discussão é o fato de que a alegação de que uma parte não cumpriu com o dever de mitigar pode ser indeferida por ter ocorrido *venire contra factum proprium*; isso se dá na situação em que o credor informa que houve um dano originário ao devedor e o devedor se compromete a repará-lo, mas não o faz; a promessa do devedor gera confiança no credor, que deixa de mitigar os danos na expectativa da reparação ser concretizada pelo devedor, motivo pelo qual não pode ser demandado.

A *tu quoque*, por sua vez, consiste na proibição da pessoa que primeiro violar a lei/contrato exigir o cumprimento da outra parte. De primeira mão, pode-se imaginar que a *tu quoque* vedaria a aplicação do dever de mitigar, já que ele é uma invocação da parte que primeiro descumpriu a obrigação (devedor). Entretanto, cabe a ressalva de que a *tu quoque* muitas vezes se aplica às relações jurídicas recíprocas, em que as partes exerceram sua autonomia privada. Ocorre que o dever de mitigar não se enquadra nesse padrão, visto que é um instituto decorrente do princípio jurídico da boa-fé objetiva, imposto pela lei, e que, portanto, deve ser cumprido pela parte mesmo diante do descumprimento da outra, pois a boa-fé não depende de um comportamento recíproco.



Por último, a *supressio* é a perda de um direito pelo seu não exercício durante um tempo, esse não exercício cria a legítima confiança na outra parte de que o direito não mais seria reivindicado, essa confiança é protegida pela lei. É necessário dizer que a *supressio* também não fundamenta o *duty to mitigate*, visto que ambos têm origem na boa-fé e que possuem finalidades distintas. A *supressio* tutela a confiança e o dever de mitigar tutela a cooperação e a limitação do exercício de um direito subjetivo.

Dessa maneira, espera-se que o trabalho tenha atingido seu objetivo, pois deixou claro porquê o abuso do direito não é fundamento do dever de mitigar. Além disso, conseguiu estabelecer as relações que os institutos mantêm, pela análise do *venire contra factum proprium*, da *tu quoque* e da *supressio*. Ademais, almeja-se que o presente estudo possa auxiliar estudiosos e profissionais da área.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 29 set. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil.** 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>. Acesso em: 29 set 2022.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do direito nas relações obrigacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LENTE, Tainá Fagundes; TOMAZ, Loyana Christian de Lima. A natureza jurídica e o enquadramento do dever de mitigar o próprio dano no ordenamento jurídico brasileiro. **E-Civitas**, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 60-77, 2023. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3567>. Acesso em: 26 fev. 2024.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-04102017-120248/pt-br.php>. Acesso em: 03 out. 2022.

MORAES, Bruno Terra de. **O dever de mitigar o próprio dano: fundamentos e parâmetros no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 31-60.

PINTO, Lêda Teresa dos Santos Teixeira. **A aplicabilidade das modalidades de abuso de direito no direito privado**. 2015. Artigo Científico (Pós-Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/LedaTeresadosSantosTeixeiraPinto.pdf. Acesso em: 03 out. 2022.