



**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

LYSLEM HELLEM DE OLIVEIRA PESSOA DE SÁ LIMA

**O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* E A TRAJETÓRIA DE SUA
APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

**RECIFE
2020**

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LYSLLEM HELLEM DE OLIVEIRA PESSOA DE SÁ LIMA

***O DUTY TO MITIGATE THE LOSS* E A TRAJETÓRIA DE SUA
APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Área de concentração: **História do Pensamento Jurídico**

Linha de pesquisa: **Historicidade dos direitos fundamentais**.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. **Flávia Santiago Lima**.

**RECIFE
2020**

RESUMO

Este trabalho analisa a possibilidade de aplicação do *duty to mitigate the loss* ou o dever de o credor mitigar o próprio prejuízo no direito processual civil, tal conceito surgiu e se desenvolveu com maior facilidade nos países que adotam a tradição *common law* ou anglo-saxã, como um instituto autônomo, com aplicação incontestável em relações com liame obrigacional, principalmente os contratos. Com o passar do tempo, o conceito foi se difundindo nos países com tradição *civil law* ou romano-germânica ora como decorrente da teoria do abuso de direito, ora como decorrente da boa-fé objetiva em virtude dos deveres anexos de lealdade e cooperação, mas sempre em relações obrigacionais baseadas nos ramos do direito privado que, por sua vez, possuem como pilar a autonomia da vontade. A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil brasileiro, que adota o modelo de processo cooperativo ou colaborativo, pautado no princípio da boa-fé em sua perspectiva objetiva permitiu a transposição de suas funções e de alguns de seus conceitos corolários a partir da proibição do comportamento contraditório. A partir de toda a pesquisa realizada o texto 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*. Processo civil. Boa-fé objetiva. Processo cooperativo.

ABSTRACT

This study analyses the viability to apply the duty to mitigate the loss or the obligation of creditors to mitigate their own losses in civil procedural legislation. This concept emerged and developed more easily in countries that adopt the Common or Anglo-Saxon Law as an autonomous institution with unquestionable application in relationships with an obligational bond, especially contracts. As time passed, the concept spread in countries with Civil Law tradition, or Romano-Germanic, both resulting from the theory of the abuse of rights and from an objective good-faith in virtue of the duty to loyalty and cooperation, always in obligation-oriented relationships based on the roots of private law, which in turn, is based on freedom of choice. The effectiveness of the New Brazilian Code of Civil Procedure, which adopts a cooperative or collaborative model, based on principles of good-faith in an objective perspective, enabled the transposition of its functions and some of its concepts derived from the prohibition of contradictory behavior. After all the research conducted, the study defends that the adoption of a process based on ethics and loyalty allows the application of concepts that derive from good-faith, among them the duty of creditors to lessen their own loss as a means to insert and strengthen good-faith in procedural relationships.

Keywords: *Duty to mitigate the loss. Civil Process. Objective good-faith. Cooperative Process.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO – O neoprocessalismo e a lealdade processual como direito fundamental.....	11
CAPÍTULO I – Marco teórico: neoprocessualismo, um modelo constitucional de processo.....	18
1.1 Da autonomia à constitucionalização	18
1.2 Pressupostos lógicos, sociais e éticos dos modelos de processo isonômico, assimétrico e colaborativo	23
1.3 O princípio colaborativo e sua aplicação ao neoprocessualismo	31
CAPÍTULO II – A lealdade processual: um princípio do Estado Democrático de Direito.....	38
2.1 A lealdade processual como princípio fundamental do processo colaborativo	38
2.2 A aplicação da boa-fé objetiva e o princípio da cooperação	46
CAPÍTULO III – A aplicação do <i>duty to mitigate the loss</i> na tradição <i>common law</i>	52
3.1 O <i>duty to mitigate the loss</i> e a doctrine of avoidable consequences ...	52
3.2 O problema da razoabilidade como centro do desenvolvimento da doutrina das consequências evitáveis.....	61
3.3 A aplicação do <i>duty to mitigate the loss</i> exclusivamente em relações obrigacionais.....	66
CAPÍTULO IV – A regra de mitigação na tradição <i>civil law</i> : sua aplicação no Brasil	72
4.1 Dever ou ônus? A divergência acerca da natureza jurídica do <i>duty to mitigate the loss</i>	72
4.2 A adoção da regra de mitigação como conceito decorrente da boa-fé objetiva.....	77
4.3 A aplicação do <i>duty to mitigate the loss</i> nos ramos do direito privado	80
CAPÍTULO V – <i>Duty to mitigate the loss</i> : um ônus decorrente da boa-fé objetiva ou do abuso de direito	86
5.1 A boa-fé objetiva, seus desdobramentos e funções	86
5.2 A caracterização do abuso de direito e suas estruturas de identificação	95
5.3 A regra de mitigação e o dever de cooperação	103
CAPÍTULO VI – CONCLUSÃO: O <i>duty to mitigate the loss</i> e a possibilidade de sua aplicação no processo civil como meio de efetivação do princípio da boa-fé e do modelo colaborativo de processo.....	106
REFERÊNCIAS.....	116

INTRODUÇÃO – O neoprocessualismo e a lealdade processual como direito fundamental

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 Novo 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.

Antes da análise do instituto, impende destacar que o desenvolvimento do direito processual é dividido em quatro fases metodológicas, o praxismo, momento em que as regras processuais se misturavam com o direito material; processualismo, fase em que o direito processual se transforma em ciência; o instrumentalismo que enxerga o processo como um instrumento com escopos sociais e jurídicos e o formalismo-valorativo marcado pelo fenômeno de constitucionalização do processo civil.

É certo que a atual fase metodológica do processo o enxerga como um instrumento que deve ser manejado sob a luz dos valores impressos na Constituição Federal, por isso adotou-se, a partir do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/16), o modelo de processo cooperativo ou colaborativo, pautado nos valores de lealdade e Justiça, como se pode observar, por exemplo, nos artigos 5º e 6º da referida norma.

Cumprе salientar que a perspectiva de atuação estatal adotada nas constituições de cada país, como produto do contexto histórico permeia todo o ordenamento jurídico, tratando-se da perspectiva de atuação estatal adotada nas

constituições de cada país, como produto do contexto histórico, por isso também deve estar impressa no modelo de processo civil adotado.

Neste diapasão na ideologia liberal, percebe-se uma postura abstencionista, por parte do estado, por isso o modelo de processo adotado é o paritário, este é marcado pelo protagonismo das partes já que o estado não poderia intervir eficazmente na vida das pessoas, por isto, no campo processual, o juiz apresenta-se como mero condutor da relação processual, denominando-se o processo de paritário ou isonômico.

Por outro lado, o Estado Social, busca um comportamento mitigador da desigualdade, por isso o modelo de processo seria assimétrico ou hierárquico, tendo como principal protagonista o juiz, que como legítimo representante do Estado, deve atuar para garantir a igualdade material entre as partes, conferindo-lhe maior autonomia podendo, inclusive, participar ativamente da produção de provas.

O Estado Democrático, por sua vez, tenta se fundar nos ideais de Justiça e Solidariedade, adota o modelo de processo colaborativo ou cooperativo, não existindo mais protagonistas, pois todos os que de alguma forma participam do processo devem colaborar para que ao final do procedimento chegue-se a 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 passar do tempo e o desenvolvimento de seu conceito,

acrescentou-se o prisma objetivo, desta forma, na primeira perspectiva preocupa-se com a intenção do agente, por outro lado, em seu prisma objetivo preocupa-se com a conduta adotada.

A presente pesquisa enfatiza a aplicação da boa-fé objetiva e sua transposição, abrangendo todos os conceitos corolários e suas funções, do Direito Civil, ramo do direito privado por excelência, para o Direito Processual Civil, este último pertencente ao direito público.

A partir da cisão apontada acima o conceito desenvolveu-se e atualmente apresenta-se como um verdadeiro norte para o ordenamento jurídico permeando ramos do direito público e do direito privado.

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*.

É certo que o dever do credor mitigar o próprio prejuízo se desenvolveu com bastante facilidade nas relações obrigacionais e, em especial, em países que adotam o sistema *common law*, tendo em vista a forte influência dos costumes e da jurisprudência no referido sistema, com a particularidade de ser considerado um instituto autônomo aplicado aos contratos; por outro lado os países com tradição romano-germânica permitiram a possibilidade de expansão da sua aplicação a outros ramos do direito, porém em situações que possuem como pano de fundo uma obrigação, mas não como um instituto autônomo e sim como um conceito decorrente da boa-fé, como se observa nos capítulos III e IV.

Isto ocorre porque a relação obrigacional se estabelece a partir da autonomia da vontade das partes que são livres para celebrarem o pacto dispondo de direitos e

obrigações como bem quiserem. Dessa forma, a presente pesquisa também analisará seu conceito e aplicação em países que adotam a tradição *civil law* e *common law*.

Outro ponto importante de análise consiste na divergência acerca da natureza jurídica da regra de mitigação, pois alguns entendem que seu conceito encontra guarida na doutrina das consequências evitáveis, outros na teoria do abuso do direito, em especial no *venire contra factum proprium*, outros na boa-fé objetiva, sob o prisma da lealdade e confiança.

De outra banda, no Direito Processual Civil, ramo do direito público, o autor pode até escolher se irá ajuizar ou não a demanda, mas uma vez que opte por ajuizá-la, estará se submetendo as regras de processo estabelecidas pela lei.

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.

No primeiro capítulo busca-se analisar as fases metodológicas de desenvolvimento do Direito Processual Civil enquanto ciência, apontando as características que se somam até chegar à constitucionalização, perpassando por seus pressupostos, apresentando a importância do princípio colaborativo ao neoprocessualismo.

Analisa-se, então, o praxismo momento em que regras processuais se

misturam com o direito material; o processualismo, que torna o direito processual um ramo autônomo que passa a ser visto como ciência; o instrumentalismo que é marcado pela inserção de finalidades ao processo a partir da inserção de princípios processuais na Constituição e, por fim, o formalismo-valorativo ou neoprocessualismo marcado pelo fenômeno da constitucionalização do processo civil.

A identificação dos pressupostos lógicos, sociais e éticos do processo também são objeto de estudo do primeiro capítulo e para possibilitar esse estudo, é necessário falar sobre as ideologias constitucionais e os valores que se propagam no ordenamento.

Finalmente, se analisará a diferença entre princípios e regras, permitindo a análise do princípio colaborativo e a importância de sua aplicação ao neoprocessualismo.

A lealdade processual como princípio fundamental do modelo de processo colaborativo será objeto de estudo do segundo capítulo, analisando sua amplitude para chegar à aplicação da boa-fé objetiva em conjunto com o princípio da cooperação.

Mostra-se importante para o desenvolvimento desta pesquisa abordar o conceito e o fundamento constitucional do princípio da lealdade, pois este impõe aos sujeitos processuais deveres ligados a moralidade e probidade, que estão intrinsecamente ligados a boa-fé e ao princípio da cooperação.

No terceiro tópico se analisará o *duty to mitigate the loss* e sua aplicação na tradição *common law*, a partir da análise da *doctrine of avoidable consequences*, bem como tratando da forma de aplicação em alguns dos países que optam pela referida tradição e as diferenças de sua aplicação nos ordenamentos de alguns paí-

ses.

Para conseguir cumprir com este conteúdo é necessário apresentar a problemática da razoabilidade, tendo em vista que o credor, segundo a aplicação do instituto nesses países, deverá adotar uma conduta razoável, porém a legislação sequer apresenta o conceito de razoabilidade ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência tal incumbência, sendo certo que trata-se de um conceito vago tendo em vista que para analisar seu cumprimento é necessário entender todas as nuances do caso concreto.

Por outro lado, o quarto capítulo, tratará da aplicação da regra de mitigação nos países que adotam o sistema *civil law*, com especial enfoque para o Brasil, perpassando pela divergência existente em sua natureza jurídica de ônus ou dever, até a aplicação da boa-fé como fundamento para sua adoção.

Dessa forma se abordará a incoerência do termo “dever” ao referido instituto, tendo em vista que o devedor não possui mecanismos para exigir o cumprimento da regra de mitigação, para daí apresentar a adoção da regra de mitigação como conceito decorrente da boa-fé objetiva e sua aplicação aos ramos do direito privado.

O princípio da boa-fé como natureza jurídica para dever de o credor mitigar o próprio prejuízo, será o escopo de pesquisa do quinto capítulo, analisando o conceito detalhado do supracitado princípio, suas funções, desdobramentos e conceitos correlatos.

O estudo deste capítulo se concentrará no conceito da boa-fé objetiva e de seus desdobramentos, tratando das três funções do princípio da boa-fé, já mencionados acima, bem como da ligação entre a regra de mitigação e o dever de cooperação.

De outra banda, a análise do abuso de direito, com seus três pilares de

estruturação, como uma possível caracterização da natureza jurídica do *duty to mitigate the loss*, será o tema do sexto capítulo.

Como já afirmado, a teoria do abuso do direito tem grande importância para o desenvolvimento da regra de mitigação, tendo em vista que alguns a defendem como uma possível explicação de sua natureza jurídica, por isso se abordará os quatro pilares da teoria, que são os fins sociais, fins econômicos, bons costumes e a boa-fé, para, por fim, analisar o *venire contra factum proprium* ou proibição do comportamento contraditório e sua ligação com o *duty to mitigate the loss*.

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.

CAPÍTULO VI – Conclusão: 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

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 novo Código.

Nesta perspectiva, todo o ordenamento precisa estar em consonância com os valores estabelecidos constitucionalmente, por isso a ideologia constitucional adotada sempre influenciou no modelo de processo.

Em sua versão liberal, o ideal de Estado mínimo com maior autonomia privada era perceptível em um processo paritário que tinha como protagonistas as partes; no Estado Social o ideal assistencialista se observava no modelo hierárquico, posto que o juiz assumia a função de tentar igualar materialmente as partes; por fim, no Estado Democrático a preocupação com a participação de todos se mostra no modelo cooperativo ou colaborativo de processo, no qual todos os seus sujeitos atuam com o escopo de alcançar um resultado justo.

Por outro lado, o direito processual, ao longo de seu desenvolvimento, passou por quatro fases, a primeira, o praxismo, momento em que as regras processuais estavam inseridas no direito material, o processualismo, quando passou a ser visto como uma ciência autônoma surgindo seus principais conceitos; o instrumentalismo quando o processo passou a ser visto como um instrumento com finalidades sociais e políticas; e finalmente o neoprocessualismo, atual fase em que se defende a constitucionalização do processo a partir da inserção de princípios processuais na Constituição Federal.

Pautado nestes ideais, o Direito Processual Civil adotou o modelo de

processo colaborativo ou cooperativo este, por sua vez, busca incorporar os valores da boa-fé, lealdade e cooperação, corroborando, também, com a atual fase metodológica, denominada de neoprocessualismo, que apresenta o processo como um direito fundamental com a finalidade de observar a juridicidade, em virtude deste conceito estar ligado ao ideal de Justiça.

Deve-se destacar a mudança de paradigma que ocorreu ao longo do tempo, pois o processo era visto, em poucas palavras, como um conjunto de regras que apenas ditavam o procedimento a ser adotado, porém atualmente passa a ser percebido como um direito fundamental, tendo em vista a inserção de finalidades a esta ciência, bem como seu caráter de garantidor de direitos.

Frise-se que este processo cooperativo apresenta como um de seus protagonistas o princípio da boa-fé processual que incluiu em seu bojo os deveres decorrentes de sua aplicação, dessa forma conceitos como *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, foram sendo extraídos do Direito Civil e aplicando-se ao processo.

A boa-fé processual, como é comumente chamada pelos estudiosos do direito, aplica-se sob a perspectiva objetiva do princípio, dessa forma não se preocupa com a intenção do agente, como ocorre em seu prisma subjetivo, e sim com a conduta adotada pela parte em determinada circunstância.

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.

Neste diapasão, 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 *duty to mitigate the loss* ou o dever de mitigar o próprio prejuízo nasceu no sistema *common law*, mais especificamente no direito contratual, baseado no dever de cooperação decorrente da relação obrigacional. Aos poucos o referido instituto foi se disseminando, passando a ser adotado na tradição *civil law*, porém ora com fundamento na boa-fé, ora com fundamento na proibição do *venire contra factum proprium* e ora com fundamento na teoria do abuso de direito.

Nos países que adotam o sistema *common law*, o costume e a jurisprudência são fontes importantes do direito, bem como meios de padronização das decisões judiciais. Um fator importante desta sistemática no desenvolvimento do conceito do dever de mitigar o prejuízo é a adoção da reparação dos danos decorrentes do inadimplemento contratual, ao invés da exigência de cumprimento da obrigação contratual, como ocorre no *civil law*.

Outro aspecto importante apontado neste desenvolvimento 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, relações trabalhistas, mas sempre possuindo como pano de fundo um liame obrigacional.

Um ponto importante analisado no capítulo III da presente pesquisa foi a questão da razoabilidade, tendo em vista a exigência de que o credor amenize o próprio prejuízo a partir da adoção de uma conduta razoável.

Ocorre que, como visto, não existem critérios previstos na legislação para aferir a tal 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 naquele momento, não se podendo exigir um comportamento que exclua totalmente o dano, mas que ao menos o amenize.

Por outro lado, na tradição *civil law* dá-se ênfase a legislação como fonte principal do direito e, nestes casos, mesmo vislumbrando-se a aplicação da regra de mitigação esta não é vista como um instituto autônomo, passando a ser inserida como conceito corolário da boa-fé objetiva, ou da teoria do abuso do direito ou como decorrente da proibição do comportamento contraditório.

Esta falta de autonomia demonstra, em regra, que o conceito não encontra-se expresso na legislação, mas que decorre da construção dos estudiosos do direito e da jurisprudência.

No direito francês, por exemplo, a divergência é bastante visível na jurisprudência, tendo em vista que aplicam o dever de mitigar o próprio prejuízo sob as duas óticas, a da boa-fé e a da proibição do comportamento contraditório (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 39).

Cumprе salientar que o dever de mitigação não encontra-se expresso de forma genérica no ordenamento francês, tendo aplicação legal, apenas, nos casos de desastres marítimos, por isso sua aplicação é fruto da construção jurisprudencial daquele país.

Em que pese tais divergências, 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 a sua disposição um meio de exigir que o credor a cumpra, não se enquadrando, portanto, na definição de um dever.

Essa discussão mostra-se importante tendo em vista que a noção de dever, juridicamente falando, pressupõe a previsão expressa de um conceito com a disposição de mecanismos que permitam a parte exigir seu cumprimento, enquanto que um ônus apenas exige da parte sua observância.

Outra divergência abordada na aplicação da regra de mitigação é a análise da sua natureza jurídica estar firmada na boa-fé objetiva ou na teoria do abuso de direito, ventilando-se, ainda, a possibilidade de estar fundamentada no *venire contra factum proprium* ou proibição do comportamento contraditório.

É possível concluir que o princípio da boa-fé mostra-se como um vetor importante do ordenamento jurídico, e deve-se aos estudiosos do direito alemão a bipartição de seu conceito em boa-fé subjetiva e objetiva, na primeira perspectiva busca-se analisar o sentimento do indivíduo em seu comportamento, já em seu segundo prisma não se preocupa com o sentimento e sim com a conduta adotada pela parte em determinada circunstância e se da referida conduta adveio um prejuízo a ser suportado pela outra parte.

Neste diapasão, arremata-se que a boa-fé objetiva se expandiu agregando-se ao seu conceito três importantes funções: a de interpretação, a de criação de deveres anexos e a de delimitação do exercício de direitos subjetivos, agregando-se, assim diversos conceitos ao princípio.

No direito contratual, a função de interpretação permite ao intérprete do direito o desprezo aos pequenos vícios que encontrem-se nas cláusulas do contrato com a finalidade buscar a real intenção dos contratantes no momento da celebração

do instrumento; já a criação de deveres anexos inclui ao conceito do princípio o cumprimento de deveres como a lealdade, a cooperação e a confiança recíproca, valores estes inerentes aos ideais constantes na Constituição Federal; por fim, a delimitação do exercício de direitos subjetivos se dá através da aplicabilidade de conceitos que traduzem condutas que ferem a boa-fé, como a *supressio* e *surrectio*, *tu quoque*, *exceptio doli* e o próprio *duty to mitigate the loss*.

É possível inferir, a partir da pesquisa, 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 ou cooperativo, adotado pelo atual diploma processual vigente no Brasil, que impõe às partes a observância a lealdade, a solidariedade e a confiança recíproca.

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.

De outra banda a teoria do abuso de direito se desenvolve bastante no direito francês, fundamentando-se em quatro sustentáculos: fim social, fim econômico, bons costumes e boa-fé.

É possível afirmar que os bons costumes se fundamentam em regras de ordem moral, apresentando um caráter subjetivo a referida ideia, 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, sendo importante esta análise, pois, para alguns, o fato do credor exigir a reparação por danos que poderiam ter sido evitados por eles se mostra uma conduta contraditória.

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

A importância e desenvolvimento do princípio da boa-fé no Direito Civil, ramo do direito privado por excelência, permitiu a sua expansão para outros ramos do direito e, no denominado ramo do direito público, o primeiro a ser contemplado foi o direito processual, tendo em vista a natureza instrumental tanto do processo quanto do princípio.

A aplicação da boa-fé processual encontra-se prevista no próprio Código de Processo Civil brasileiro, permitindo a transposição não só do princípio, mas de seus conceitos corolários também.

Tratando especificamente da possibilidade de aplicação do *duty to mitigate*

the loss no Direito Processual Civil, tendo como base a boa-fé objetiva, esta última inicialmente criada com o intuito de se aplicar ao direito contratual, mas que com o passar do tempo expandiu seus horizontes para os demais ramos do direito, inclusive o Direito Processual Civil

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

Em que pese o tratamento conferido ao instituto pelos países de tradição anglo-saxã, no Brasil a regra de mitigação não se encontra prevista na legislação e sua aplicação tem se dado em virtude de construção jurisprudencial e do pensamento de estudiosos do direito, principalmente no Direito Civil, 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 ou colaborativo de processo, a aplicação da 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, ao longo do tempo em que sua aplicação se deu em relações baseadas na autonomia da vontade, passam a ser vislumbradas nas regras processuais, ensejando assim a aplicação do *duty to mitigate the loss*, que trata-se de um conceito corolário decorrente da função de delimitação do exercício de direitos subjetivos da boa-fé.

Pode-se inferir, em conclusão, que a presente pesquisa reafirma a importância de um processo civil pautado na lealdade processual que exige das partes um comportamento ético e coerente do início ao fim da relação processual.

A elevação do princípio da boa-fé como norte do ordenamento jurídico demonstrou a relevância da expansão de sua aplicação que começou nas relações contratuais e foi conquistando espaço nos ramos do direito privado, até que conseguiu alcançar os ramos do direito público, como é o caso do Direito Processual Civil.

Neste diapasão o desenvolvimento do princípio da boa-fé, nos países que adotam a tradição *civil law*, permitiu a agregação de conceitos corolários, mesmo sem estarem previstos na legislação, que se traduzem como verdadeiros exemplos de comportamento ético, como é o caso do *duty to mitigate the loss*, pois o credor que, diante do inadimplemento, não adota uma conduta capaz de amenizar o próprio prejuízo se omite com a intenção de agravar o dano, agindo em total discrepância com o direito.

Como se viu ao longo da pesquisa, o instituto tem previsão e aplicabilidade nos ordenamentos de vários países, cada um com suas peculiaridades e, no Brasil, o que começou timidamente 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 passar do tempo, o tema foi despertando a curiosidade dos estudiosos do direito que começaram a discutir suas peculiaridades e formas de aplicação no Direito Civil.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil brasileiro, em 2015, surge a aplicação do denominado princípio da boa-fé processual que, acrescenta ao

processo suas três funções e conceitos já mencionados e sempre ligados 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, estabelecida com fundamento 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

ADEODATO, João Mauricio. Uma metodologia para compreender o crescimento do processo e do poder judiciário na sociedade complexa. In: ADEODATO, João Mauricio (org.). **Procedimentalização do direito e crítica do processo no Brasil**. Recife: Bagaço, 2008.

ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de direito do Estado (REDE)**. Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, Jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 26 abr.2019.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 6, n. 23, p. 25-65 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

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 março 2015.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN Editora, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da jurisdição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, n 21, v. I (1998), pp. 209-220. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21 /volI/Doxa21_12.pdf. Acesso em 04 out. 2019.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377-395.

CARPENA, Marcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. **Revista de Processo**. São Paulo: editora RT, nº 180, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil**: nascimento (e morte) de um brocardo. 2015. 113f. 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.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 209, 2012.

DANTAS, Iv. **Constituição & Processo**. 2. ed. rer., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. **Revista de processo**. v. 171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de processo**. v. 36, n. 198, p. 213-225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v.1

DUARTE, Ronnie Preuss. A boa-fé e abuso de direito no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mackenzie**. Ano 4, n. 2, p. 153-184, 2003. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7280/4941>. Acesso em: 26 abr. 2019.

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

ESTADOS UNIDOS. **Supreme Court da California**. Recurso nº 29705. Recorrente: Twentieth Century- Fox Film Corporation. Recorrido: Shirley MacLaine Parker. Setembro de 1970. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/3/176.html>. Acesso em: 20 de mar. de 2019.

FARIA, Marcio Carvalho. A lealdade processual, o projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. **Revista de Processo**, v. 230, p. 369-396, 2014.

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

FARNSWORTH, Edward Allan. **Farnsworth on contracts**. 3. ed. New York: Aspen, 2004. v. 3.

FEINMAN, Jay M. Good faith and reasonable expectations. **Arkansas Law Review**. v. 67, n. 3, p. 525-570, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2245144> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2245144> Impresso ou online? Acesso em 26 abr. 2019.

FORTIN, LISA a. Why there should be a duty to mitigate liquidated damages clauses. **Hofstra Law Review**. v. 38, p. 285-318, 2009.

FULLER, L. L.; PERDUE JR, William R. The reliance interest in contract damages: 1. **Yale Law Journal**. Vol. 46. Nº 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=yjlj>. Acesso em: 26 abr. 2019

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

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

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

HILLMAN, Robert A. Keeping the deal together after material breach: common law mitigation rules, the UCC, and the Restatement (Second) of contracts. **University of Colorado Law Review**, v. 47, p. 553-615. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1690&context=facpub>. Acesso em: 29 abr. 2019.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. **EWCA**. Civ 1452. Recorrente: Bulkhaul Ltd. Recorrido Rhodia Organique FNE Ltd. 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1f22c94e0775e7eeb2d>. Acesso em: 20 de março de 2019.

KLEIN, Kevin C.; HININGER, Nicole G. Mitigation of psychological damages: an economic analysis of avoidable consequences doctrine and its applicability to emotional distress injuries. **Oklahoma City University Law Review**, v. 29, p. 405-439, 2004.

LITVINOFF, Saúl. Damages, mitigation and good faith. **Tulane Law Review**. New Orleans, v. 73, 1999.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 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 de janeiro de 2019.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. **Revista de Processo**, v. 272. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-125.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

McCORMICK, Charles T. **Handbook on the law of damages**. St. Paul: West, 1935.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo – valorativo**. 2007. 147 f.. Tese (Doutorado em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 jan. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual da 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.

PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de *common law*. **Revista de direito GV**, v. 13, n. 03, p. 796-826. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/73326>. Acesso em: 07 jan. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso de direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REIFEGERST, Stéphan. **Pour une obligation de minimiser le dommage**. Aix-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

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.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; NOSCHANG, Patricia Grazziotini. Precedentes e jurisprudência no direito brasileiro: uma distinção necessária a partir dos sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, n. 72, p. 23-52, 2018. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1898/1800>. Acesso em: 26 abr. 2019.

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

SUIÇA. **Tribunal Federal**. Recurso: A3 2001 34. Autor: GmbH. Réu: O. AG. 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021212sl.html>. Acesso em: 20 mar. 2019.

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

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.