

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E TUTELA DA CONFIANÇA: UMA ANÁLISE DA MITIGAÇÃO DOS PRÓPRIOS PREJUÍZOS E DA TUTELA DA APARÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Alunos: Mateus de Moraes Reis e Ruan Fernandes Castello

Orientadores: Aline de Miranda Valverde Terra e Carlos Nelson Konder

Introdução

Anteriormente ao advento do Código de Defesa do Consumidor, o termo boa-fé, apesar dos estudos doutrinários que já na época mencionavam seu aspecto objetivo, era utilizado predominantemente como sinônimo de um estado psicológico do sujeito, caracterizado pela ausência de malícia em sua atuação.

Foi apenas em 1990, com a entrada em vigor da Lei nº 8.078, que o ordenamento jurídico nacional passou a conter dispositivo que expressamente se referia à boa-fé objetiva (art. 4º, III). Àquela altura, no entanto, a jurisprudência ainda relutava em aplicar o instituto às relações paritárias, concebendo-o apenas como ferramenta de proteção da parte mais vulnerável: o consumidor. Tal cenário começou a se modificar com o Código Civil de 2002, cujo artigo 422 passou a impor a todos os contratantes a observância da boa-fé objetiva.¹

De fato, apontada por Judith Martins-Costa como *ôpauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais*,² a boa-fé objetiva encerra instituto fundamental para a atual compreensão do direito das obrigações.

Trata-se de conceito que se apresenta em diversas facetas, e que se desdobra em três funções clássicas. Nessa linha, a boa-fé objetiva se apresenta, inicialmente, tanto como parâmetro de interpretação e integração dos contratos, quanto como verdadeira fonte de obrigações, além de instrumento para a limitação do exercício de direitos subjetivos.

É a partir de sua aplicação que passa ser exigida, por exemplo, uma conduta cooperativa entre os contratantes. Entende-se como inadmissível, assim, a omissão de informações relevantes para o bom cumprimento do pactuado, bem como exige-se a atuação participativa do credor lesado pelo inadimplemento no sentido de minimizar os danos sofridos.

Ademais, contemporaneamente o instituto assume papel importantíssimo na ressignificação e atualização de diversas categorias jurídicas, a refletir, inclusive na seara da responsabilidade civil contratual. A atenção por ele atraída gerou profundas

¹ Analisando a jurisprudência nacional antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, Judith Martins-Costa percebe que os operadores do direito, na ausência de uma previsão específica, se valiam de outros institutos, como a equidade, o equilíbrio social e o enriquecimento sem causa para atingirem resultados que, hoje, decorrem da boa-fé objetiva. O recurso a diversos institutos, de maneira desordenada, ainda segundo a autora, dificultava o desenvolvimento sistemático do direito civil. Nesse sentido, o artigo 422 da nova codificação permitiu *ôa promoção, progressiva, de tipificações normativo-jurisprudenciais de comportamentos contrários à boa-fé, através da formação, via jurisprudencial, de grupos de casos típicos de sua aplicação*. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 426-427)

² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 42

consequências, colaborando, inclusive, com a ruptura de uma visão clássica e estática das obrigações.³

Nesse contexto, surge a teoria da aparência e o dever de mitigar o próprio prejuízo, institutos diretamente relacionados com a boa-fé objetiva e que atraem para a proteção conferida pelo ordenamento situações que, possivelmente, estariam fora da tutela jurídica.⁴

Exatamente por apresentar tamanha potencialidade, os estudos sobre o tema, apesar de profícuos, ainda deixam espaço para novas pesquisas. Ora, a boa-fé objetiva é cláusula geral, e como tal precisa ser constantemente preenchida no caso concreto. Assim, torna-se necessário definir os seus limites com mais clareza, evitando seu uso atécnico, verdadeira ameaça à perpetuação do instituto no direito brasileiro.

Objetivos

A pesquisa teve como objetivo principal analisar as construções doutrinárias acerca da boa-fé objetiva, sobretudo no que se refere à mitigação do próprio prejuízo e à teoria da aparência. Na investigação empreendida, o grupo buscou compreender o conteúdo dos referidos princípios, percebendo como se relacionam com a boa-fé objetiva e porque relevam para o estudo da responsabilidade civil contratual.

O estudo voltou-se, ainda, para as principais controvérsias a respeito dos dois temas acima mencionados, para entender as mais relevantes lacunas que ainda remanescem, bem como qual a direção a ser seguida pela doutrina no sentido de conferir contornos mais precisos aos institutos.

De maneira complementar, buscou-se entender como a mitigação do próprio prejuízo e a proteção da aparência podem ser aplicadas aos mais diversos casos concretos.

Metodologia

Inicialmente, o grupo abordou os principais institutos relacionados com a responsabilidade contratual e a tutela da confiança, quais sejam: (i) deveres anexos; (ii) violação positiva do contrato, (iii) teoria da aparência; e (iv) dever de mitigar o próprio prejuízo. Contudo, na medida em que os estudos foram sendo aprofundados, a pesquisa foi dividida em dois blocos, para facilitar o aprofundamento de questões específicas a cada um dos institutos. Assim, foram produzidos dois trabalhos: *Deveres Anexos e Consequências do seu Descumprimento* e *Uma Análise da Mitigação dos Próprios Prejuízos e da Tutela da Aparência no Direito Brasileiro*.

A pesquisa se deu em duas fases. Na primeira, ocorreram encontros quinzenais nos quais os orientadores encaminhavam ao menos dois textos a respeito do tema escolhido com posições divergentes, complementares ou provenientes de momentos históricos diferentes para que os alunos pudessem compará-los e analisá-los à luz do Código Civil de 2002 e dos casos concretos. Em primeiro lugar, cada aluno fazia breves comentários a respeito dos textos encaminhados para, em seguida, iniciar-se um debate com

³ Anderson Schreiber, nesse sentido, demonstrando o alcance da boa-fé objetiva nos países que a acolheram, percebe que o instituto *foi se investindo, em todo o mundo, da tarefa de oxigenar os códigos civis, realizando, em sua aplicação concreta, aspirações antiindividualistas e antiliberais* (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 121-122).

⁴ Alguns autores, como Carlos Nelson Konder, compreendem a teoria da aparência como um princípio autônomo, que, *embora partilhe do mesmo fundamento do princípio da boa-fé objetiva ó a confiança, não é mero aspecto de sua aplicação* (KONDER, Carlos Nelson. *A proteção da aparência como princípio*. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111-133).

questionamentos e propostas interpretativas, sempre em face de casos trazidos pelos orientadores.

Em um segundo momento, foram analisadas decisões de Tribunais brasileiros acerca dos diversos princípios relacionados à boa-fé objetiva, o que incluiu a teoria da aparência.

Os julgados que mais chamaram a atenção dos alunos foram adicionados a uma planilha, posteriormente encaminhada aos orientadores. Ao final, os alunos tiveram a oportunidade de apresentar e debater os julgados de maior relevância.

No que se refere especificamente à mitigação dos próprios prejuízos, o estudo se deu em momento posterior, no qual foram analisados textos doutrinários sobre o assunto e a potencial influência prática do instituto.

Resultados

A pesquisa realizada abordou, como já levantado anteriormente, diversos institutos que decorrem ou se relacionam com a boa-fé objetiva. Como o espectro do presente relatório está limitado à teoria da aparência e à mitigação do próprio prejuízo, serão analisados abaixo os resultados encontrados referentes a esses dois temas.

1. A mitigação do próprio prejuízo como decorrência da boa-fé objetiva

Quando contratam, é evidente, as partes têm por objetivo o cumprimento das obrigações estabelecidas no vínculo. É esta a atitude esperada do devedor.⁵ O inadimplemento, no entanto, constitui patologia inevitavelmente corriqueira, presente no dia-a-dia dos negócios e, por isso mesmo, relevante para o direito civil.

Ao tratar do descumprimento das obrigações, o legislador brasileiro teve por objetivo dotar o credor dos meios necessários para garantir a satisfação de seus interesses. Nesse sentido, o ordenamento previu mecanismos que podem ser aplicados tanto antes do descumprimento, com vistas a coibi-lo e gerir previamente seus riscos ó a exemplo as cláusulas penais⁶ ó, como também após a quebra do contrato, para garantir, o cumprimento específico da obrigação ou a reparação do prejuízo sofrido, por meio do pagamento, pelo inadimplente, das perdas e danos.

A mitigação dos prejuízos importa exatamente para esse segundo momento, já que atua na quantificação da indenização, devida ao credor, nos casos de atraso na entrega da prestação principal, ou quando esta não lhe é mais útil ou seu cumprimento não mais possível.

Reconhecê-la implica colocar o credor em posição mais participativa na relação obrigacional, impedindo sua inércia e exigindo sua colaboração no sentido de òempregar

⁵ A doutrina mais contemporânea caminha no sentido de ressignificar o conceito do adimplemento, entendendo que òo adimplemento não se subordina apenas à execução do comportamento devido, mas depende, também, da efetiva produção do resultado útil programadoö (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82-83). Isto é dizer: não basta, para que se desincumba de seus deveres contratuais, que o devedor simplesmente entregue a prestação principal abstratamente considerada. Dele se exige, também, a atuação no sentido de implementar o programa contratual e garantir a observância dos interesses do credor.

⁶ Apesar do que entendem alguns que, inspirados pelo direito anglo-saxão, pretendem ver na cláusula penal uma alternativa a escolha do devedor (PELA, Juliana Krueger. Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, vol. 11. n. 2/2016, p. 77-88), o ordenamento jurídico brasileiro a concebe como um instituto para não apenas pré-fixar as perdas e danos, mas também para garantir o cumprimento das obrigações e òproteger o contratante contra os riscos do inadimplementoö (TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 105).

esforços razoáveis para reduzir o prejuízo que o inadimplemento contratual lhe causarö.⁷ Caso não atue de acordo com tal standard, o devedor pode exigir a minoração da indenização por ele devida, na proporção dos prejuízos que o credor poderia evitar se tivesse empregado as medidas plausíveis.

Apesar de ser caracterizada, por diversas vezes, como um dever, a mitigação do próprio prejuízo se adequa mais facilmente ao conceito de ônus jurídico,⁸ definido por Fábio Siebeneicher de Andrade e Celiana Diehl Ruas como òo vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para a satisfação de seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa aplicação de sanção, mas apenas desvantagens econômicasö.⁹

Com efeito, òa norma de mitigação não gera para o credor um dever no sentido próprio do termo, no qual vem geralmente atrelado à noção de direito subjetivo da outra parteö.¹⁰ Nesse sentido, o devedor não pode exigir do credor inerte que este adote alguma medida para minimizar suas perdas, haja vista que o inadimplente não sofre qualquer dano direto em seu patrimônio.

Rememore-se, aqui, que o descumprimento da norma de mitigação tem como consequência apenas a minoração da indenização a ser paga pelo devedor, uma simples òdesvantagem econômicaö para o credor. Não há, portanto, o interesse jurídico necessário para obrigá-lo a adotar qualquer prática que atenuie seus prejuízos.

Seja como dever ou ônus, a situação criada pela incorporação da mitigação do próprio prejuízo ao direito brasileiro é, de fato, *sui generis*. O devedor efetivamente deu causa aos prejuízos sofridos pelo credor, uma vez que, cumprindo o vínculo obrigacional, estes não se manifestariam. Há, no entanto, uma omissão do credor que rompe a cadeia do nexo de causalidade, e impede que o titular do direito à indenização seja ressarcido pelos prejuízos que razoavelmente poderia evitar.

Apenas para que fique claro, permita-se mencionar o clássico exemplo do taxista que contrata adquirir um carro de uma concessionária, mas a empresa entrega o veículo apenas seis meses depois do acordado. Em uma visão clássica da responsabilidade civil contratual, a indenização devida ao motorista seria calculada considerando, a título de lucros cessantes, o montante que teria auferido caso o veículo tivesse sido entregue no termo ajustado.

Admitindo-se a existência de um ônus de mitigar o próprio prejuízo, entretanto, pode-se considerar referida parcela de lucros cessantes plenamente evitável, caso o taxista não tivesse se mantido inerte mesmo após o decurso de longo prazo sem a entrega do carro. Assim, assumindo que o motorista poderia ter, por exemplo, alugado outro veículo para continuar a trabalhar, a indenização devida pela concessionária será calculada sem considerar os prejuízos sofridos a partir do momento em que não era mais razoável

⁷ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre a concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de direito civil contemporâneo*, São Paulo, vol. 7/2016, p. 119-146.

⁸ Há, no entanto, vozes em sentido contrário. Para Judith Martins-Costa, por exemplo òEm vista do sistema do Direito brasileiro referente às consequências do inadimplemento imputável, o <<dever de mitigar>> resta, efetivamente, a meio caminho entre as categorias de ônus jurídico (no sentido tradicional) e a do dever de proteção, razão pela qual ou se deveria admitir a categoria do encargo de direito material ou expressar a particularidade pela díade ônus/dever de proteção.ö (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 557).

⁹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre a concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de direito civil contemporâneo*, São Paulo, vol. 7/2016, p. 121.

¹⁰ LOPES. Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 194.

permitir que o taxista continuasse a esperar passivamente o cumprimento, sem adotar nenhuma medida para tentar impedir novas perdas.

A consequência acima exposta somente pode ser alcançada quando se entende estar o credor obrigado a minimizar seu próprio prejuízo, ou seja, a atuar de maneira cooperativa com o devedor, com vistas a realizar o resultado útil programado do vínculo, no maior grau possível e ainda que haja o inadimplemento.

Exatamente porque a mitigação dos próprios prejuízos não foi prevista pelo legislador de 2002 como regra geral e constando do Código Civil apenas uma esparsa menção na disciplina dos contratos de seguro (art. 771) e a aplicação da teoria aqui tratada depende de base jurídica robusta.

A doutrina discute qual seria seu fundamento, apto a exigir do credor conduta mais participativa em face do inadimplemento de seu devedor. A boa-fé objetiva surge, nesse contexto, como o principal fundamento do instituto,¹¹ a despeito das demais justificativas que possam surgir.¹²

Isso porque, a boa-fé objetiva, como visto na introdução deste trabalho cria os chamados deveres anexos, que precisam ser seguidos pelos contratantes. Dentro desses parâmetros de conduta obrigatórios, insere-se a exigência de efetiva cooperação entre as partes, com vistas à realização da finalidade por elas almejada com o contrato. Nesse sentido a doutrina:

Assentando este ponto, observa-se que se poderia vislumbrar que uma concepção cooperativa do contrato, ligada a uma percepção solidária da relação contratual, imporia à parte o ônus de atenuar o prejuízo, a fim de não exacerbar o valor a ser pago pelo devedor. Assim, considerando a concepção cooperativa de contrato, a mitigação dos prejuízos surgiria naturalmente do princípio da boa-fé objetiva, no qual encontra seu fundamento jurídico.¹³

Assim, o ônus de mitigar o próprio prejuízo consiste em uma exigência da boa-fé objetiva, impedindo condutas (ou omissões) em desconformidade com a eticidade exigida dos contratantes, evitando, inclusive, prejuízos desnecessários no âmbito da relação obrigacional.¹⁴ Caso descumprida essa prescrição, o credor se verá privado da indenização pelos prejuízos que poderia, pelo emprego de métodos razoáveis, ter evitado.

¹¹ A questão foi tratada pela III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, a qual aprovou o enunciado 169, segundo o qual o princípio da boa-fé deve levar o credor a evitar agravamento do próprio prejuízo.

¹² Christian Sahb Batista Lopes identifica outras possíveis causas para o instituto: a repressão ao abuso do direito, a causalidade *tout court*, a culpa exclusiva da vítima e a culpa concorrente, além do *venire contra factum proprium*. Entende referido autor, no entanto, imperativa a conclusão de existir no Brasil a norma de mitigação dos danos decorrentes do inadimplemento, extraída dos quadrantes da boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil, em razão da qual fica o credor impedido de ser indenizado por danos que poderia ter evitado com esforços razoáveis (LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166).

¹³ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre a concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, vol. 7/2016, p. 122.

¹⁴ Fábio Siebeneichler de Andrade e Celiana Diehl Ruas enfatizam que a expectativa, portanto, de que a vítima reduza os prejuízos não se constitui, propriamente, em um benefício apenas ao devedor. Ela se configura em uma benesse para a economia contratual, na medida em que impede o desperdício de meios que poderiam ser salvaguardados (ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre a concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, vol. 7/2016, p. 123)

A despeito das controvérsias sobre a efetiva existência do ônus de mitigar o próprio prejuízo no direito brasileiro,¹⁵ mesmo dentre aqueles que aceitam o instituto, são muitas as discussões que ainda remanescem, a revelar o fértil campo para o desenvolvimento doutrinário sobre o assunto.

A definição do que está ou não abrangido pela mitigação do próprio prejuízo é, talvez, o exemplo mais marcante das lacunas que ainda precisam ser preenchidas. Isto é, a fixação dos parâmetros a serem utilizados para determinar o limite entre aquilo que pode e aquilo que não é razoável se exigir do credor é fundamental para que tal instituto possa seguir sem que sua aplicação perpetue as injustiças que almeja evitar, impondo um duplo ônus ao credor, que, além de já sofrer com o inadimplemento, pode se ver privado da indenização integral sem justificativa plausível.

A forma pela qual a indenização devida deve ser contabilizada, nos casos em que o credor inadimplente efetivamente adota medidas para limitar suas perdas se insere, também, entre os debates que precisam ser travados com maior clareza.

Em primeiro lugar, é possível que o titular do direito à indenização pratique atos irrazoáveis: medidas que, concretamente, jamais poderiam alcançar o resultado exigido, ou seja, a limitação dos prejuízos; ou ainda, aquelas que, consideradas em si mesmas, demandam investimentos tão elevados que superam o valor que alcançariam as perdas e danos caso o credor se mantivesse inerte.¹⁶ Nessas hipóteses o montante despendido pelo credor não será ressarcido, por óbvio.

Dificuldades maiores surgem para as situações em que a medida escolhida para mitigar o prejuízo pode ser considerada razoável, mas, no caso concreto, não atinge os objetivos que dela se poderia esperar.

Revolvendo o exemplo em que a concessionária não entrega o veículo contratado pelo taxista, imagine-se que o credor acorda com um terceiro a operação substitutiva consistente na locação de um táxi para que possa continuar a exercer sua atividade profissional. Caso o novo carro apresente defeito, sem culpa do locador ou do locatário, e, portanto, não possa ser utilizado durante todo o período do inadimplemento, a concessionária em mora deverá indenizar o credor no valor que este despendeu para alugar o automóvel.

A conclusão decorre de interpretação lógica. Se o ordenamento exige que o credor adote medidas para mitigar seus prejuízos, e, abstratamente, estas eram aptas a minorar suas perdas, não pode atribuir àquele que já sofreu com o inadimplemento o risco do insucesso, desde que o credor para ele não tenha contribuído.

Há, ainda, a possibilidade de que o credor simplesmente mantenha-se inerte. Para essas situações, parcela da doutrina defende que indenização pelas perdas e danos deverá ser quantificada por um critério abstrato.¹⁷ Para desenvolver esse raciocínio, Cristian

¹⁵ Apesar das críticas à incorporação da mitigação do próprio prejuízo no direito brasileiro, Judith Martins-Costa percebe na adoção do instituto, se utilizando de expressão criada por Pierre Mayer, õuma evidente convergência de todos os direitos das nações civilizadasã como dá conta o cuidadoso exame da jurisprudência arbitral feito por Yves Derains e por Pierre Mayer, sendo expressamente versado na Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadoriasõ (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 558-559).

¹⁶ Fábio Siebeneichler de Andrade e Celiana Diehl Ruas propõem que õas medidas e custos incorridos para minimizar os prejuízos também devem passar pela análise de razoabilidadeõ. Assim, nas situações em que õo credor adote condutas oportunistas e incida em custos irracionais nos quais, em outra situação, não incorreria, por saber que esses serão indenizados pelo devedorõ, nada lhe será devido. (ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre a concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, vol. 7/2016, p. 128.)

¹⁷ Nesse sentido Chistian Sahb Batista Lopes (LOPES. Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166)

Sahb Batista Lopes menciona casos em que poderia ser exigido do credor estático a realização de operação substitutiva consistente em uma obrigação de fazer. Nessa situação, a indenização será igual ao valor corrente no mercado para aquela prestação de fazer menos o preço pactuado no contrato inadimplido.¹⁸

O autor entende, portanto, que, para calcular a indenização devida nos casos em que não foi mitigado o prejuízo, deve-se pensar a que o credor faria jus caso houvesse se desincumbido do referido ônus. Em outras palavras, dever-se-ia pensar na quantia que seria despendida para contratar a operação substitutiva, e reduzi-la do valor que havia sido pactuado no contrato inadimplido. O resultado dessa operação aritmética seria o valor devido, quer a operação substitutiva tenha se realizado quer não.

Ocorre que, no direito brasileiro, vige a regra segundo a qual somente os danos direta e imediatamente decorrentes do inadimplemento devem ser ressarcidos (artigo 403 do Código Civil). E a indenização precisa ser integral (artigo 944 do Código Civil). Nesse contexto, o ordenamento pátrio não parece acolher a tese acima disposta.

Melhor seria considerar que, se a inércia do credor interrompe o nexo de causalidade, nos casos em que nada foi feito para minorar os prejuízos, a indenização deverá ser calculada apenas em função dos prejuízos inevitáveis: aqueles que, mesmo se a operação substitutiva fosse contratada, continuariam ocorrendo.

Seja como for, certo é que o ressarcimento dos custos de mitigação e o quantum a ser indenizado são questões que não comportam definições generalizantes e estanques, de modo que deverá analisar-se caso a caso, conforme as circunstâncias, os esforços e os custos que se mostrarem razoáveis.¹⁹

Os exemplos acima apontados, tanto no que se refere à forma de cálculo da indenização devida quanto no que tange à melhor maneira de se determinar o que é ou não razoável de ser exigido do credor, apontam para as inúmeras lacunas que ainda remanescem na teoria da mitigação do próprio prejuízo. Parte das inconsistências decorre do fato de que o instituto não encontra positividade genérica do ordenamento, e, portanto, todo o seu desenvolvimento decorre do trabalho dos intérpretes.

É somente com o preenchimento mais consistente dessas lacunas, no entanto, que será possível caminhar em direção da aplicação mais uniforme e razoável do conceito, evitando, inclusive, certas incoerências ainda presentes na jurisprudência que trata do assunto.

2. A tutela da confiança e a teoria da aparência.

2.1. A aparência de direito e a tutela da confiança na sociedade contemporânea.

Na sociedade contemporânea, a atual organização econômico-social em que estamos inseridos denomin[ada] por alguns alta-modernidade (e, por outros, pós-modernidade), caracteriza-se pela multiplicação e extensão das atividades humanas.²⁰ Isto é, a partir do grande desenvolvimento tecnológico presenciado no último século, as relações comerciais passaram a cada vez menos se dar entre indivíduos, crescendo em importância o conjunto, os sistemas.

¹⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 216.

¹⁹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre a concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, vol. 7/2016, p. 129

²⁰ KONDER, Carlos Nelson. A proteção da aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111.

Não há dúvidas de que a existência desses diversos sistemas na sociedade aumenta a complexidade da vida cotidiana. No ramo negocial, estas novas formas de relação com a sociedade e com os sujeitos que a compõem se revestem de ainda maior relevo. Contemporaneamente, é possível afirmar, inclusive, que o profissional que, atuando de modo isolado, desempenhava função específica, se vê impossibilitado de continuar a exercê-la, sendo coagido pela complexificação a integrar variados e colossais sistemas abstratos²¹ ó é o conceito de funcionalização sistêmica.

A conjuntura acima exposta foi objeto de estudos por diversos teóricos da sociedade. Dentre eles, insere-se, talvez com maior destaque, Anthony Giddens, o qual desenvolveu o conceito de sistemas peritos, entendidos como aqueles sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social que vivemos hoje.²²

Formados por profissionais de variadas e específicas capacidades técnicas, tais sistemas tendem a se perpetuarem na sociedade. Isso porque trazem facilidades para ambas as partes envolvidas, o consumidor e o empresário. De um lado, permite-se que contratações ocorram remotamente, sem a necessidade de que o credor pesquise a fundo todas as características do próprio vendedor e, também, do produto adquirido. Por outro, viabiliza a densificação das relações comerciais, apresentando papel relevante no exponencial aumento das relações de consumo percebidas nas últimas décadas.²³ Tanto é assim que, cada vez mais, se investe no desenvolvimento de tais *softwares*, aumentando, também, a confiança em torno de seu correto funcionamento.

Nesse contexto, a confiança e a aparência assumem papel fundamental. Como visto, a atividade negocial contemporânea depende de que os indivíduos que integram as sociedades *pós-modernas* confiem que alguém está encarregado de verificar os procedimentos para que tudo funcione, caso contrário, as pesquisas sobre os pormenores que envolvem cada contratação tornariam as relações comerciais cotidianas insustentáveis.

Basta pensar que, ao entrar em um avião, os passageiros não verificam se a aeronave está em condições aptas para o voo; ao sacar dinheiro em um caixa eletrônico, os clientes não se questionam acerca da autenticidade daquelas notas; ao assinar um plano de telefonia, os consumidores não investigam a solvência da empresa.

De fato, a confiança está intrinsecamente relacionada ao modo de vida contemporâneo, permitindo que os sujeitos contratem sem a necessidade de pesquisar informações detalhadas a respeito de cada aspecto técnico específico dos produtos ou serviços que adquirem. Há a confiança de que o fornecedor conhece e cuidou desses pontos, e, até mesmo por isso, há a contratação.

²¹ Os sistemas são denominados abstratos em virtude de mesmo que sempre suponhamos que *alguém* se responsabilizou por fazer as coisas funcionarem, não há qualquer individualização desse *alguém*, não se podendo conhecer o dono, nem sequer o sujeito responsável.

²² GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, tradução R. Fiker, São Paulo, Unesp, 1991, p. 35 apud KONDER, Carlos Nelson. A proteção da aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 112.

²³ KONDER, Carlos Nelson. A proteção da aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 113.

Como fenômeno social que é, o direito passou a conceber a confiança como algo a ser tutelado. A partir dos inúmeros estudos empreendidos desde então, passa-se a proteger o indivíduo leigo que contratou com base em uma confiança fundada na correção de princípios dos quais se é ignorante,²⁴ desconsiderando-se eventual mácula que tornaria a situação inválida, caso adotados os parâmetros tradicionais.

O desenvolvimento da proteção da confiança, no sentido aqui tratado é não aquela fundada em um estado de fato, nas qualidades morais em quem se confia ou se deu por inúmeras razões. A principal delas, o amplo movimento de solidarização do direito, o qual teve como uma de suas principais consequências a mudança de foco do jurista, em que este passou a se atentar com maior interesse para a repercussão externa das condutas dos agentes sobre diversos centros de interesse, ou seja, para seus reflexos práticos.²⁵ Esse fato, por si só, já explica parcela da importância que esse novo conceito passou a desempenhar.

A tutela dos interesses do sujeito de boa-fé (aqui entendida por seu caráter subjetivo), que confia justificadamente na aparência do seu direito não passa sem maiores discussões, já que, para haver a proteção da confiança, há, necessariamente, um sacrifício a ser suportado por aquele que da confiança também se beneficia, ou seja, pelo verdadeiro titular do direito.

É o caso, por exemplo, de uma transferência patrimonial realizada pelo herdeiro aparente que, ao efetivá-la, permite que o adquirente de boa-fé goze de todas as faculdades próprias da situação jurídica de um adquirente em condições normais.²⁶ Percebe-se que para que isso ocorra, o vício interno da situação aparentemente válida é desconsiderado, fazendo com que a situação seja tida como perfeita e regular.

Relembre-se que estamos inseridos em uma sociedade cujas relações vêm se tornando cada vez mais complexas, em virtude da multiplicação e extensão das atividades humanas. A busca de informações contidas nos sistemas peritos e abstratos se tornam tanto temporal quanto economicamente inviáveis, fazendo com a própria conduta cotidiana individual revele a necessidade e conveniência de proteger-se a confiança fundada na aparência.

Considerada a velocidade e a especialidade das relações negociais realizadas na sociedade contemporânea, em especial no que se refere às relações de consumo, a confiança vem assumindo papel essencial no ordenamento jurídico brasileiro, a ponto de grandes doutrinadores, como Judith Martins-Costa, definirem o princípio da boa-fé

²⁴ KONDER, Carlos Nelson. A proteção da aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 113.

²⁵ Nesse ponto, deve-se atentar ao fato de que a tutela da confiança não surge apenas com o recente movimento de solidarização do direito, mas vem, com as suas devidas proporções, sendo tutelada desde os tempos de Roma, como bem leciona Gustavo Birenbaum: *ônão foram raras as oportunidades em que o direito romano relativizou a velha máxima nemo plus iuris ad alium transfere potest, quam ipse habet* regulando hipóteses de capacidade aparente, assim como a do mandato e a do credor aparente. (BIRENBAUM, Gustavo. *Teoria da aparência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p. 22-23)

²⁶ BIRENBAUM, Gustavo *Teoria da aparência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p. 139.

objetiva como õuma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta e virtuosaõ.²⁷

2.2. Fundamentos da teoria da aparência

Visto o papel central desempenhado pela confiança na sociedade contemporânea, do qual decorre a necessidade de proteção da aparência legitimamente criada, cabe agora demonstrar os fundamentos para a aplicação da teoria.

A contribuição mais significativa nesse sentido vem, atualmente, da doutrina de Ricardo Lorenzetti.²⁸ Referido autor, analisando as contratações de massa, parte do conceito de sistemas peritos já aqui mencionado, para entender que existem efeitos jurídicos que não decorreram de declarações de vontade das partes, nessas situações marcadas pelos contratos de adesão. Assim, o negociante ó na maior parte dos casos um fornecedor ó se obriga não por sua vontade, mas porque, de alguma maneira, foi criada uma situação da qual decorra a legítima confiança nos destinatários da oferta.

Como referido, a teoria da aparência é criada para proteger aquele que, de boa-fé, confia; impõe-se um ônus ao verdadeiro titular do direito. Embora este, em algumas situações, acabe tendo real prejuízo indevido, não se pode deixar de ter em mente que, nas relações de massa contemporâneas, os fornecedores atuam sempre na tentativa de que o mercado consumidor confie nos serviços prestados. Essa confiança, inclusive, é fundamental ó como também já analisado ó para que novos contratos sejam firmados.

Tome-se como exemplo a situação da companhia aérea que anuncia em todo o Brasil os seus padrões de qualidade, captando mais clientes. É evidente que aqueles que compram passagens aéreas dessa empresa, podem exigir padrões de qualidade maiores, mesmo que a companhia jamais tenha assumido o compromisso formal de se adequar a um *standard* mais elevado de conforto ou segurança.

Toda a teoria de Lorenzetti aponta para a substituição de uma ideia voluntarista do negócio pelo conceito da confiança como verdadeira fonte de obrigações.²⁹

2.3. A proteção da aparência como um princípio autônomo.

É importante consignar, logo de início, que a tutela da aparência pode ser vista como um instituto autônomo à boa-fé objetiva, chegando ao ponto de se cogitar a existência de um *õprincípio geral da aparênciaõ*.

E isso porque é possível perceber na tutela da aparência um caráter de generalidade, através do método indutivo. Nessa análise, parte-se das regras pontuais presentes no ordenamento que tutelam a aparência em diversas situações específicas, como aquelas que protegem o herdeiro aparente ou o credor putativo. Como elas existem em número considerável, permitem perceber uma preocupação subjacente do legislador com a proteção das situações aparentes, da qual se extrai a teoria aqui tratada.

Ademais, percebe-se que a existência de outros princípios no ordenamento que, à primeira vista, se contrapõem à aparência ó como é o caso daquele que determina que õninguém pode transferir direito que não lhe pertençaõ ó não impede que a tomemos por um instituto autônomo. Ora, a proteção à aparência tem base em valores constitucionais, mais especificamente a solidariedade social. Ademais, apesar de na teoria se contraporem, é no caso concreto que se deve definir qual dos deles será aplicado, por meio de um juízo

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29-30 *apud* SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 91.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 35. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 9-38.

²⁹ KONDER, Carlos Nelson. *Teoria da aparência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p. 125.

de adequação, tentando sempre aplicar cada princípio na maior medida possível, já que constituem comando de otimização, segundo Robert Alexy.³⁰

O descolamento entre boa-fé objetiva e aparência também atende a fins metodológicos. Com efeito, a separação entre os dois princípios evita uma superutilização da boa-fé objetiva que, como visto neste trabalho, constitui a principal ameaça para a consolidação e aplicação do instituto.

2.4. Requisitos para aplicação da teoria da aparência.

A partir dos textos analisados pelo grupo, foi possível perceber que diversos doutrinadores divergem acerca dos requisitos para que se possa invocar a teoria da aparência e aplicar o instituto ao real titular do direito. Para facilitar o exame, mencionam-se abaixo os três principais pressupostos.

O primeiro é a própria aparência, entendida como uma situação apta a ensejar objetiva confiança na legitimidade jurídica da situação aparente.³¹

O segundo requisito é a exigência de que a conduta adotada em conformidade com a aparência seja praticada por agente de boa-fé. Exigem-se, nessa mesma linha, legítimas justificativas para acreditar na situação aparente.³²

O terceiro requisito é mais controverso e, em determinados casos, é implicitamente deduzido.³³ Trata-se da exigência de que o real titular do direito tenha se omitido e, dessa omissão, tenha surgido a situação aparente. O melhor entendimento, no entanto, parece ser o que afasta essa exigência, e não analisa a conduta do real titular do direito.

Deve-se buscar entender, no caso concreto, apenas se existe uma situação fictícia que cria a aparência de direito, e se o sujeito que nela depositou a confiança agiu de maneira adequada às exigências da boa-fé subjetiva. Havendo esses requisitos, será possível aplicar a teoria, e proteger aquele que, legitimamente, confiou em uma situação que aparentava ser verdadeira.

Todavia, ressalta-se que, mesmo com a patente relação da teoria da aparência com o princípio da boa-fé objetiva ó já que

Conclusões

A partir das pesquisas realizadas, foi possível atestar a importância assumida pela boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo, que se manifesta tanto na sua aplicação imediata, como um princípio que apresenta tríplice função, quanto por meio de diversos institutos que com ela se relacionam, dos quais são exemplo a mitigação do próprio prejuízo e a teoria da aparência.

Especificamente quanto à mitigação do próprio prejuízo, percebeu-se que o princípio é decorrência direta da boa-fé objetiva, com a exigência de conduta leal e cooperativa entre os contratantes. Ademais, enquadra-se a mitigação como um ônus jurídico para o credor ó e não um dever propriamente dito. Daí decorre, portanto, que não

³⁰ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Iuris*. Oxford ó Boston, v. 13, n. 3, p. 294 *apud* BIRENBAUM, Gustavo. *Teoria da aparência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p. 124.

³¹ BIRENBAUM, Gustavo. *Teoria da aparência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p. 124.

³² *Idem*.

³³ *Idem*.

pode o inadimplente exigir do titular do direito à indenização uma postura ativa face ao descumprimento, pois carece de interesse jurídico para fazê-lo.

Com efeito, a consequência da norma de mitigação se manifesta apenas em uma fase posterior, quando se apura o valor da indenização devida. Nesse momento, serão calculadas as perdas e danos considerando-se apenas os prejuízos que inevitavelmente decorreriam do inadimplemento.

Constatou-se, ainda, que, até por se tratar de instituto de desenvolvimento recente no Brasil, a mitigação dos próprios prejuízos apresenta diversas lacunas. É o caso, por exemplo, dos critérios aplicados para o cálculo da indenização devida ao credor quando este não realiza qualquer ato para reduzir seu prejuízo.

A necessidade de mais estudos sobre o instituto é também demonstrada pela dificuldade em definir quais atitudes podem e quais não podem ser exigidas do credor para a redução de suas perdas. Em outros termos, o que é e o que não é uma medida razoável para minimizar os prejuízos decorrentes do inadimplemento. Não foram encontrados julgados ou teorias que apresentassem critérios rigorosos e universais para a fixação, com maior clareza, desses parâmetros.

Ademais, dúvidas ainda remanescem quanto à maneira correta de calcular a indenização devida ao credor, principalmente nos casos em que este adota uma medida de mitigação, mas ela não apresenta os efeitos que se poderia esperar, ou ainda quando queda-se inerte.

O melhor entendimento parece ser no sentido de que o credor ativo deve ser indenizado pelas medidas razoáveis que adotar, não importando que sejam bem-sucedidas ou não. Por outro lado, nos casos de sua inércia, o cálculo das perdas e danos ó de acordo com as conclusões a que se chegou nesta pesquisa ó será restrito àqueles prejuízos inevitáveis. Não é o caso, assim, de indenizá-lo pelo valor que lhe seria pago caso a operação substitutiva houvesse sido realizada, como defende parte da doutrina. Será sempre necessário entender quais os prejuízos não se consumariam se fosse adotada uma postura cooperativa, estes nunca serão indenizadas, pois evitáveis.

Na sequência, iniciou-se a análise da teoria da aparência traçando, preliminarmente, seu pano de fundo: a existência de õsistemas peritosõ em virtude da alta complexidade que caracteriza as relações jurídicas atuais. Nesse ponto, percebeu-se quais os fundamentos colocados pela doutrina para a proteção da aparência criada, e sua relação com a boa-fé objetiva.

Na análise da teoria da aparência também foram observados diversos pontos ainda controvertidos na doutrina, em especial no que se refere aos requisitos para sua aplicação ó no entendimento do grupo, é dispensável a análise da conduta do real titular do direito. Com efeito, o objetivo do instituto é a proteção da confiança legitimamente criada, e não a punição do comerciante por eventual falha em sua atuação.

No decorrer do projeto, os alunos puderam perceber o longo trajeto ainda a ser percorrido pela doutrina no sentido de definir com mais clareza os limites, não só para a aplicação da própria boa-fé objetiva, mas também dos institutos que dela decorrem, como a mitigação do próprio prejuízo.

É esse o caminho para a consolidação desses princípios, evitando a aplicação atécnica e meramente retórica da boa-fé objetiva, realidade muito presente na prática dos tribunais brasileiros.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. *Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre a concretização do princípio da boa-fé e consequência dos*

pressupostos da responsabilidade contratual. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 7/2016, p. 119-146.

BIRENBAUM, Gustavo. *Teoria da aparência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 12, 2002, p. 169-225.

COMPARATO, Fábio Konder. Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, nº 111, Ano XXXVI, 1998, p. 39-44.

KONDER, Carlos Nelson. A proteção da aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111-133.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 193-261.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*. n.º 35. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 9-38.

MALHEIROS, Álvaro. Aparência de Direito. *Revista de Direito Civil RDCiv* 6/41out-dez 1978, p. 41-77.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MONTEIRO, Antônio Pinto. O modelo aberto de cláusula penal no movimento de harmonização do direito europeu dos contratos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, vol. 6, p. 181-196.

PELA, Juliana Krueger. Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, vol. XI, n. 2, 2016, p. 77-88.

POSNER, Richard A. Let Us Never Blame a Contract Breaker, *107 Mich. L. Rev.* 1349, 1364 (2009), p. 1349-1364.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEINER, Renata C. *Descumprimento Contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2014.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 139-151.

TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da Crise Econômica na Execução dos Contratos. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.