

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

Alexandre Casanova Mantovani

**A MITIGAÇÃO DO PRÓPRIO PREJUÍZO NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

**Porto Alegre
2013**

ALEXANDRE CASANOVA MANTOVANI

**A MITIGAÇÃO DO PRÓPRIO PREJUÍZO NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

**Monografia apresentada ao Departamento
de Direito Público da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel.**

**Orientadora: Profa. Maria Isabel de
Azevedo Souza**

**Porto Alegre
2013**

ALEXANDRE CASANOVA MANTOVANI

**A MITIGAÇÃO DO PRÓPRIO PREJUÍZO NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

**Monografia apresentada ao Departamento
de Direito Público da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel.**

Aprovada em 17 de Dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Maria Isabel de Azevedo Souza
Orientadora

Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera

Professor Doutor Luís Renato Ferreira da Silva

AGRADECIMENTOS

Com imensa gratidão, aos meus pais, Renato Mantovani e Linéia Hoffmann Casanova Mantovani, por sempre terem acreditado em mim, e, por o fazerem de tal forma que acabaram me convencendo que nenhum objetivo é impossível de ser alcançado. Também agradeço por terem me fornecido, sempre, todo o suporte necessário, tanto afetivo quanto financeiro, para superar todos desafios, pequenos ou grandes que se apresentaram.

Aos meus irmãos, Anderson e Ana Cláudia, pela convivência diária e pelo compartilhamento de diversos momentos de grande relevância.

Aos meus avós, Nelson Casanova, Erneli Hoffmann Casanova, Ruy Mantovani (*in memoriam*) e Sônia Vianna Mantovani por sempre terem sido muito presentes em minha vida, apoiando e ajudando no que eventualmente fosse necessário.

Em especial, ao meu avô Ruy Mantovani (*in memoriam*), exemplo inquestionável de integridade e responsabilidade com a família, com o qual tive o privilégio de aprender incontáveis lições de vida, desde a minha infância até o ano que passou.

À colega e amiga Laura Marazita Lotti, pela grande ajuda com bibliografia, tanto me garantindo acesso à biblioteca da PUCRS, quanto ao seu acervo pessoal. Ao, também, colega e amigo, Rafael Branco Xavier, pelos frutíferos debates acerca do tema deste trabalho e pela ajuda com a jurisprudência sobre a boa-fé. A estes pela constante disposição em ajudar no que fosse preciso, e, da mesma forma, agradeço a todos os outros amigos que também contribuíram com este trabalho, seja dando dicas, revisando alguma parte do trabalho, motivando, tranquilizando quanto a prazos, ou simplesmente me ajudando a relaxar quando era necessário.

À profa. Dra. Vera Fradera, pelos diversos conselhos durante estes anos de faculdade, e por despertar meu interesse pelo Direito Privado – inclusive por me abrir os olhos às infinitas possibilidades do mundo dos contratos. Também não posso deixar de prestar homenagem a esta professora pela dedicação e coragem no desempenho do cargo de chefe do Departamento de Direito Privado, no qual tive a honra de presenciar, por dois anos (enquanto representante discente), uma atuação voltada à busca da excelência acadêmica e dos interesses dos alunos.

Ao prof. Dr. Rafael Maffini, pelos esclarecimentos e orientações, que foram de grande relevância para este trabalho.

Finalmente à professora e orientadora, Maria Isabel, que, enquanto professora, através de sua dedicação ao ofício e empolgação na apresentação do conteúdo, me fez perceber que o Direito Administrativo também tem seus atrativos, e, conseqüentemente, me levou à escolha do tema abordado neste trabalho; e, enquanto orientadora, sempre com entusiasmo, muito colaborou para a conclusão desta monografia.

RESUMO

O tema dos contratos administrativos é fonte de diversas discussões pela doutrina ao longo dos últimos séculos. Inclusive o termo contrato administrativo não é pacífico, pois parte da doutrina sequer o considera um contrato. Desta indefinição deriva a dificuldade de aplicar institutos de Direito Civil e a Teoria Geral dos Contratos aos contratos administrativos. Em 2004, foi aprovado Enunciado na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, cujo texto indica que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a mitigar o seu próprio prejuízo. O que se fará, no presente trabalho, é a análise da possibilidade da aplicação do ônus de mitigar o próprio prejuízo, também, nos contratos administrativos. Para isso, será demonstrado o reconhecimento deste ônus no direito nacional, nos casos de contratos privados, e depois será verificada a possibilidade da aplicação nos contratos administrativos.

Palavras-chave: Boa fé objetiva. Mitigação do próprio prejuízo. Contratos administrativos. *Duty to mitigate the loss*, Aplicação da teoria geral dos contratos aos contratos administrativos.

ABSTRACT

The subject of administrative contracts has been the source of discussion in legal scholarship for centuries. The term "administrative contract" is not itself an unanimous expression, given that part of the commentators does not consider it to be a contract. From this very contention derives the difficulty in applying institutes of Private Law and Contract Theory to administrative contracts. In 2004, the "Enunciado na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal", which is an authoritative source of the interpretation of national law, was approved, and its content indicates the principle of objective good faith must lead the plaintiff to mitigate his own losses. The purpose of this paper is to examine the possible application of the duty to mitigate the loss also to administrative contracts. In order to reach this objective, the recognition of this duty in national law in private contracts will be demonstrated, and subsequently the possibility of its application in dealing with administrative contracts.

Key words: Objective good faith. Duty to mitigate the loss. Administrative Contracts. Application of general contract theory to administrative contracts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO.....	11
2.1 PANORAMA HISTÓRICO-EVOLUTIVO DOS CONTRATO DE DIREITO PRIVADO	11
2.2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	18
2.2.1 Boa-fé objetiva x Boa-fé subjetiva.....	21
2.2.2 Funções do Princípio da Boa-fé	23
2.2.2.1 <i>A Função Interpretativa</i>	24
2.2.2.2 <i>A Função de Controle</i>	26
2.2.2.3 <i>A Função Concretizadora</i>	28
2.3 A MITIGAÇÃO DO PRÓPRIO PREJUÍZO	30
2.3.1 Duty to Mitigate the Loss	32
2.3.2 A Mitigação do Próprio Prejuízo no Direito Continental.....	41
2.3.3 A Mitigação do Próprio Prejuízo no Direito Brasileiro	44
3. CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	52
3.1 CONCEITO DE CONTRATO FRENTE AO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	52
3.2 REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	59
3.3 DEFINIÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO.....	63
3.3.1 Cláusulas Exorbitantes	69
3.3.2 O Inadimplemento nos Contratos Administrativos	72
3.4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO ADMINISTRATIVO	79
3.5 A MITIGAÇÃO DO PRÓPRIO PREJUÍZO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	86
4. CONCLUSÃO	93
5. REFERÊNCIAS.....	96

1. INTRODUÇÃO

A proposta principal do presente trabalho é verificar a possibilidade de aplicação do, conhecido como, “dever” de mitigar o próprio prejuízo aos contratos administrativos. Este ônus foi recentemente reconhecido em nosso ordenamento, pelo Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, como derivado do princípio da boa-fé objetiva, presente no art. 422 do Código Civil de 2002.

A questão que se põe em análise se refere à postura da Administração Pública frente a danos decorrentes do descumprimento contratual, pelo particular, em contrato firmado com esta, e à possibilidade da imposição, pelo ordenamento jurídico, de uma conduta diligente à primeira, no sentido de mitigar tantos danos quanto seja possível, por meio de esforços razoáveis. Esta conduta referida, sob a denominação de “dever” de mitigar o próprio prejuízo, já é exigida dos particulares, nos contratos privados, e o que será analisado é a possibilidade de ser aplicado, também, nos contratos da administrativos.

A justificativa é que diversas vezes percebemos uma inércia da Administração quanto a sanar problemas decorrentes do inadimplemento contratual: são inúmeras obras paradas sob a ação da degradação pelo tempo, falta de equipamentos por mal funcionamento, serviços mal prestados e que permanecem por anos inacabados, etc. Todos estes casos, teriam outro desfecho se a Administração tivesse uma postura menos inerte e mais proativa, no sentido de tentar reduzir seus prejuízos.

Isto posto, a primeira questão que surge - cujo desfecho será uma proposta secundária e necessária do presente trabalho - é o já antigo debate acerca da categoria contratual dos contratos administrativos. Estes, enfrentaram a resistência de parte da doutrina quanto a considerá-los contratos de fato. A consequência de não considerá-los contratos, seria a possibilidade de negar a incidência do ônus de mitigar, se, ao mesmo tempo, fosse ele entendido como ônus existente exclusivamente no Direito Civil.

Ainda, dentro das peculiaridades do contrato administrativo, poderia ser invocada a incidência de um preceito de Direito Público que impedisse a aplicação de tal dever.

Partindo destas considerações, será analisada a evolução dos contratos de Direito Privado, passando por todas as fases mais relevantes para, finalmente, identificar o momento que se deu o fenômeno tido como a publicização deles. Esta, assim como os

fenômenos que a antecederam e, de certa forma, fazem parte da sua concretização, aproximaram os contratos tidos como de Direito Privado dos contratos da Administração.

Em seguida será analisado o princípio da boa-fé, seu surgimento, sua evolução conceitual, a diferenciação da sua acepções - subjetiva e objetiva -, e, mais importante, a mudança na forma que os ordenamentos passaram a encarar a boa-fé objetiva. Deste ponto, parte-se para a análise de suas funções, seja na interpretação contratual, na vedação de comportamentos contrários a este princípio, e, na criação de deveres às partes contratantes.

Como parte final do primeiro capítulo será, finalmente, abordado o chamado ônus de mitigar o próprio prejuízo. De uma perspectiva geral passar-se-á à análise mais detalhada deste ônus na *common law*, porquanto as decisões judiciais que julgam segundo a necessidade de mitigação do próprio prejuízo, no Brasil, o fazem mencionando o “*Duty to Mitigate the Loss*”, que se moldou naquele sistema. Neste ponto, será visto o aspecto positivo e negativo da mitigação, bem como a doutrina da *evitabilidade* e diversos parâmetros que indicam, grosso modo, como se dá a aferição da *razoabilidade* da mitigação. Também serão analisadas, exemplificativamente, possibilidades de ações do credor para mitigar o seu prejuízo. Em seguida será analisado rapidamente, no direito continental, como ocorre a questão da *evitabilidade*, mais precisamente no direito Alemão, Italiano e Francês, e como se dá o juízo de razoabilidade nestes países. Por fim, será analisado tal dever no direito nacional, como se deu sua recepção, sua aceitação jurisprudencial e doutrinária. Será verificado, neste ponto, que a vocação de tal encargo, no direito contratual, é relativa à mensuração dos danos a serem indenizados pelo devedor – no caso de inadimplemento contratual.

No segundo capítulo, atentar-se-á aos contratos administrativos. De início, será repisada a questão da contratualidade, mais focado na avença travada entre a administração pública e o particular. Depois será definido o regime jurídico dos contratos tidos como administrativos, passando-se em seguida para a análise da lei 8.666/93, que regula tais contratos, e para as cláusulas exorbitantes, tidas como o grande divisor entre os contratos de Direito Privado e Direito Público. Em seguida abordaremos a questão do inadimplemento, porquanto causa ensejadora de indenização e, por isso mesmo, indispensável para se chegar ao dever de mitigar o próprio prejuízo.

No ponto seguinte será verificado como se dá a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito administrativo, mormente nos contratos administrativos. Em seguida

passaremos à análise da possibilidade e da exigibilidade da mitigação dos próprios prejuízo pela Administração nos contratos administrativos.

2. CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO

A importância dos contratos é algo inquestionável; servem como verdadeiro motor da civilização, na medida em que unem as partes, estas atuando como engrenagens, levando - como resultado desta atuação conjunta - à consecução do objetivo contratual. Nas palavras de BARASSI¹, os contratos são “*un strumento prezioso per la pacifica e feconda cooperazione tra individui*”. Eles são a fonte principal de obrigações e, sem dúvida, um dos institutos mais importantes do Direito Civil. São considerados um dos três pilares do direito, ao lado da família e da propriedade².

Para esta monografia, é importante seja narrada a evolução conceitual pela qual passaram os contratos de Direito Privado. Desde os seus primeiros contornos no Direito Romano, até o seu apogeu, em termos de força vinculativa e liberdade contratual, no período pós-revolução francesa. Dessa época de exaltação da liberdade individual no contrato – sendo este meio para a criação de verdadeira lei entre as partes -, passou-se pelo período do entre guerras, no qual o recém concebido Estado de bem-estar social estendeu seus braços àquele vínculo tão íntimo das partes, alterando profundamente seus contornos.

2.1 Panorama Histórico-evolutivo dos Contrato de Direito Privado

Os contratos podem ser identificados intuitivamente nos primórdios da civilização, ainda que não nas formas que tem-se hoje, ou com os contornos atuais. É inegável que eles existiam, se não como um acordo formal, como um simples acordo de vontades opostas com uma finalidade atingível por este acordo³.

No direito romano, já era possível identificar os elementos necessários à formação contratual, sendo eles o consentimento, o objeto e a causa da obrigação, mas com a peculiaridade da estrita dependência formal. O acordo, por si só, era insuficiente;

¹ “um precioso instrumento para a cooperação pacífica e fértil entre indivíduos” (tradução nossa) BARASSI, Lodovico. **La Teoria Generale delle Obligazioni**. Milano: Mvltà pavcis, 1948. p. 27

² CARBONNIER *apud* MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A noção de contrato na historia dos pactos. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas**. Sao Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 504

³ “*El cambio de consentimientos – acto intelectual – es acompañado del cambio de acciones o cosas – acto material –.*” BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p.11

ele dependia das formalidades para adquirir o caráter obrigacional. Desta maneira, a forma dos contratos romanos era sua parte essencial, ela atuava como proteção dada pelo direito às manifestações de vontade; uma vez observadas as formas, o contrato seria válido e geraria a obrigação.

Mais tarde, passaram a ser admitidos contratos apenas pelo consenso (*consensu*), independentemente, pois, das formas mencionadas, fechando o quadro contratual da época em quatro categorias⁴: contratos *re* (sendo que a formalidade era a entrega da coisa), contratos *verbis* (onde a formalidade era uma pergunta e uma resposta, feitas com emprego de palavras solenes), contratos *litteris* (formalizavam-se pela escrita), e, finalmente, os contratos *solo consensus* (bastava o acordo entre as partes).

Posteriormente, por influência dos canonistas, se somou a estes a importância conceitual do consenso entre as partes e a fé jurada, dando abertura para o que viria a desenvolver-se pelo conceito da autonomia da vontade. Eles assentaram a idéia de que a quebra da palavra constituía pecado, e libertava a outra parte do cumprimento da promessa⁵.

Mais adiante, na história, houve uma profunda modificação na estrutura da sociedade. A nobreza começou a perder poder frente à burguesia, classe que surgiu atuando no resíduo da atividade econômica vigente na era feudal – intermediando as escassas trocas daquela época, na qual a quase auto-suficiência dos feudos era a regra.

Pode-se dizer que a mudança que vinha ocorrendo progressivamente, de crescimento dos núcleos populacionais e de perda de importância dos feudos frente à vida nas cidades, teve sua conclusão nas revoluções burguesas. Estas buscaram alterar o regime vigente, limitando o poder do Estado por meio de leis superiores, o que tinha como propósito de restringir o, até então, poder absoluto dos governantes.

Com importância superior dentre as revoluções burguesas, pela influência que gerou no mundo, está a Revolução Francesa (no final do séc. XVIII). Como consequência dela, das mudanças na sociedade⁶, e, principalmente, da Escola de Direito Natural, houve profunda alteração no direito vigente à época na França e, como poderia

⁴ BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 12

⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A noção de contrato na historia dos pactos. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 501

⁶ “É, pois, em oposição ao mesmo tempo aos privilégios nobiliários e ao absolutismo real que o conceito de nação irrompe na história. A hierarquia social era fundada no nascimento e a monarquia no poder divino. A esta representação de sociedade e a esta concepção do poder, a Revolução francesa substituiu a imagem de uma associação voluntária e livre.” FINKIELKRAUT *apud Ibidem*, p. 505

se esperar, também, na área contratual. Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade atuaram fortemente nesta disciplina. Ao mesmo tempo, o crescimento da classe burguesa ajudou a proliferar as transações civis e comerciais e, por consequência, aumentou substancialmente a formação de contratos.

Pode-se dizer que nesta época o contrato teve a sua força potencializada de uma maneira tal que não encontraria equivalente no futuro. O contrato era a expressão das idéias do racionalismo e da liberdade individual, sendo essencial, portanto, (i) que as partes tivessem liberdade de contratar⁷, podendo escolher com quem, por qual finalidade e sob quais condições contratariam, e (ii) que os contratos vinculassem, garantindo a segurança das relações. Desta forma, deu-se a consagração do liberalismo – como ausência de intervenção estatal – do individualismo e do voluntarismo, como atos de disposição, ou seja, a possibilidade de determinar que tipo de contrato se vai firmar.

O apogeu se deu justamente por causa do advento do Código de Napoleão, em 1804, que foi a primeira grande codificação a prever o contrato naquelas formas. O contrato, segundo a letra do próprio *Code Civil*, era lei entre as partes contratantes⁸. A vontade individual era livre e soberana para dispor de todas as coisas, com escassas limitações legais, sem que as instituições pudessem obstaculizá-la⁹. Era a mais pura manifestação da autonomia da vontade na formação do ato jurídico e na determinação dos seus efeitos. Interessante e elucidativa, neste sentido, a constatação sobre a realidade da época por GOUNOT¹⁰:

la voluntad individual posee, en el dominio del derecho, un verdadero poder creador. Cada día, por contratos libres, nos creamos a nosotros mismo nuevas obligaciones y nuevos derechos. Nuestra voluntad de ayer dirige sin cesar nuestra voluntad de hoy y se convierte para ella en una verdadera ley. Es esta

⁷ JUDITH MARTINS-COSTA indica que “Deflui dessa concepção toda teoria das nulidades dos atos jurídicos pela qual são definidos certos “vícios da vontade” os quais, ferindo o ato em sua gênese acabam por conduzir à expulsão daquele ato, viciado, do mundo jurídico. A vontade viciada é considerada uma “vontade não livre” e, por essa razão, não tem força para produzir efeitos.” MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**: o editor dos juristas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 505

⁸ “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.” FRANÇA. **Code Civil**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>> Acesso em 30 de Outubro de 2013.

⁹ BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p.13

¹⁰ “A liberdade individual possui, no domínio do direito, um verdadeiro poder criador. Cada dia, por contratos livres, criamos para nós mesmos novas obrigações e novos direitos. Nossa vontade de ontem dirige, sem cessar, a nossa vontade de hoje e se converte para ela em uma verdadeira lei. É esta eficácia jurídica do querer individual que se designa com o nome de autonomia da vontade.” (tradução nossa) GOUNOT *apud. Ibidem*, p. 14

eficacia jurídica del querer individual que se designa con el nombre de *autonomía de la voluntad*

No mesmo sentido, e também em consonância com a visão liberal de mundo, havia o princípio da intangibilidade dos contratos, segundo o qual considerava-se a justiça contratual intrínseca ao exercício da liberdade individual, excluindo a possibilidade de revisão contratual. O contrato poderia dizer tudo, e a sua vontade era soberana.

A função contratual era a de garantir a segurança e certeza nas relações jurídicas daquela sociedade burguesa que se estabelecia. Desta forma, a obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*) também era um ponto central deste modelo contratual; se a pessoa é livre para se vincular pelo contrato, esta vinculação deve ser honrada.

A liberdade de contratar indica o exercício de um direito subjetivo, sendo este direito o *poder da vontade como expressão da liberdade humana*. Duas manifestações concordes entre si geravam um contrato¹¹, e dele vinham as obrigações (*solus consensus obligat*).

Chegou-se a afirmar que o objeto e o fim supremo do direito era assegurar ao homem o exercício dos seus direitos individuais¹². O Estado deveria atuar como protetor das liberdades individuais. Foi uma mudança completa; a saída do indivíduo do papel coadjuvante no mundo jurídico, passando a proclamar seus direitos individuais (de liberdade e igualdade) e, inclusive, opô-los ao Estado. Os contratos eram os “meios de auto-regulamentação dos interesses privados”¹³. As únicas limitações a estes contratos eram “*a lei imperativa ou interesses de ordem pública – noção de conteúdo variável e contornos imprecisos*”¹⁴(grifo nosso).

Como características fundamentais do contrato, nesta época, podem ser elencadas a (i) igualdade e liberdade entre as partes na formação, execução e dissolução; a (ii) imutabilidade das cláusulas (o que foi pactuado deve ser cumprido – *pacta sunt servanda*); e a (iii) limitação dos efeitos às partes contratantes¹⁵.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Notas Sobre o Princípio da Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.realeadovogados.com.br>>. Acesso em 30 de Outubro de 2013.

¹² BEUDANT. *apud* BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 15

¹³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A noção de contrato na historia dos pactos. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**: o editor dos juristas. Sao Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 508

¹⁴ MARTINS-COSTA, *op. cit.*

¹⁵ BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 16

BERÇAITZ afirma que o individualismo do século XIX encontrou neste contrato uma forma tão perfeita e categórica que, até a metade do século XX, parte da doutrina não conseguia enxergar contrato em nada que não correspondesse perfeitamente àquela noção¹⁶.

Entretanto, com a evolução da sociedade e a conjectura do período entre guerras, tornou-se difícil fechar os olhos às diferenças existentes entre os indivíduos, assim como a eles quando partes contratantes (problema da igualdade entre as partes). As formas contratuais também começaram a mudar. *As empresas* não mais estipulavam cláusulas contratuais juntamente com o contratante, mas *apresentavam o contrato para ser assinado* por esse. Da mesma forma, *operários organizados faziam contratos coletivos de trabalho*, os quais *submetiam à aceitação dos comerciantes e industriários*. São figuras típicas desta situação os contratos de adesão e os contratos coletivos de trabalho¹⁷. À igualdade de fato, substituiu a igualdade jurídica, enquanto a liberdade se reduziu a um *status libertatis*¹⁸.

Diante dessa situação que se apresentou, e ao mesmo tempo que os Estados passaram de postura mais liberal para uma mais intervencionista (*welfare state* – ou estado de “bem-estar” social), os contratos começaram a sofrer, também, com uma maior interferência estatal. Esta interferência se deu de forma mais definitiva na autonomia da vontade, sob a forma de dirigismo contratual. Nesta época foi invocado o termo “crise do contrato”, em reação ao profundo “golpe” num dos pilares do contrato, a autonomia da vontade. Surge, também, das preocupações solidaristas, mais uma oposição à liberdade contratual, a função social¹⁹. Esta atua negativamente nessa liberdade contratual, limitando-a²⁰.

Do dirigismo²¹, portanto, passa-se a uma publicização²² do contrato. Este deixa de ser do indivíduo, ou melhor dizendo, deixa de interessar apenas aos contratantes, ele

¹⁶ BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 13

¹⁷ *Ibidem*, p. 20-21

¹⁸ JELLINEK *apud. Ibidem*, p. 21.

¹⁹ Entendida como reflexo da constitucionalização do direito civil, enseja uma mudança do individualismo contratual para um fim mais público, pautado pela justiça social, solidariedade, proteção do mais vulnerável, etc.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Notas Sobre o Princípio da Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.realeadovogados.com.br>>. Acesso em 30 de Outubro de 2013.

²¹ A regulamentação e proibição, como meios tidos como abeis para a defesa da igualdade, além de intervenções buscando evitar que os contratos criassem obrigações e direitos contrários aos interesses superiores da coletividade. BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 30

²² *Ibidem*, p. 33

passa a ser de interesse da coletividade. Em outras palavras, *o contrato deixa de ser privado* – das partes -, *para ser público*, de todos. O Estado passa a dizer quem pode contratar, como pode contratar, passa a ditar valores, etc. Isto leva, sem dúvidas, a uma insegurança jurídica, na medida em que o contrato não é mais “a lei” entre as partes, mas há leis que definem o que pode ou não no contrato, os juízes podem definir o que é permitido ou não na análise do caso concreto, etc. Entretanto, entendeu-se esta insegurança como um mal menor frente às injustiças que se entendia que a liberdade contratual – como quase absoluta - poderia favorecer.

Extrapolou significativamente a figura contratual da época de Napoleão o fato de as legislações passarem a prever *conceitos indeterminados*²³⁻²⁴ (determináveis pelo juiz

²³ A questão dos *conceitos indeterminados* já suscitou muitas discussões. Apesar da referência feita no texto se centrar mais, pela relevância para o presente trabalho, no reflexo destes conceitos nos contratos e na apreciação judicial destes, não nos furtamos do expor a importante discussão em torno destes conceitos no âmbito administrativo. Teve especial relevância, neste âmbito, o conflito de idéias dos austríacos BERNAZIK e TEZNER. O fim da discussão era saber se tais conceitos eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos. BERNAZIK defendia que os conceitos indeterminados atribuíam discricionariedade à autoridade administrativa, enquanto TEZNER defendia que na interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados só poderia haver uma solução correta (o que impossibilitava a discricionariedade, já que esta pressupõe apreciação da Administração de ao menos duas soluções possíveis). A discussão proficua perdurou por muitos anos, mas é TEZNER quem teria estabelecido a diferenciação entre o *poder discricionário* e os *conceitos jurídicos indeterminados*. Ele criticava a Corte Administrativa da Áustria, que considerava como *poder discricionário da Administração Pública*, e, por isso, *insuscetível de revisão judicial*, a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* (como “interesse público”, “paz e ordem pública”, “conveniência”). Ocorre, contudo, que há uma diferença substancial entre os dois. O direito Alemão, por exemplo, possui uma separação de fato jurídico (*Tatbestand*) e consequência/efeito jurídico (*Rechtsfolge*). Enquanto os *conceitos jurídicos indeterminados* estariam inseridos no primeiro, onde os problemas se resumem à interpretação da regra jurídica, o *poder discricionário* estaria na segunda, ou seja, na eleição da consequência ou efeito jurídico. Dentro dessa divisão, fica clara a incidência do exame judicial no primeiro caso, na definição do fato jurídico (*Tatbestand*), enquanto que na segunda não – até porque a lei dá à Administração a liberdade de escolher uma dentre as disponíveis consequências (*Rechtsfolgen*). O *poder discricionário*, assim, é um poder de escolha da Administração dentro dos limites impostos pela lei (escolha de um Juiz em lista tríplice, pelo Governador, para um tribunal de alçada), neste caso, não cabe a interferência do judiciário, valorando a escolha de um ou de outro, pois esta escolha é típica do *poder discricionário* da Administração, e só a esta cabe este poder. O exame judicial nestes casos está, portanto, *a priori*, limitado por lei, que fixou quais são os limites, dentro dos quais a Administração atuará livremente. Ou seja, a Administração é livre para decidir dentro daqueles limites dados pela lei, desta forma, se ela se mantém naqueles limites, não cabe ao judiciário o reexame da escolha. A aplicação do *conceito jurídico indeterminado* não encontra um limite *a priori* estabelecido na lei. O julgador, no momento da decisão deverá verificar se há, ou não, limite ao controle judicial. Isto ocorre porque, se não submetido às balizas da lei, deve o administrador estar, ao menos, submetido ao julgamento imparcial do judiciário. Se o caso for complexo, com diversidade de opiniões e pareceres, impedindo que o juiz afira com clareza qual é a melhor solução, ele deverá pronunciar o *non liquet* e deixar a decisão administrativa intocada, pois, neste caso, é a Administração que possui as melhores condições de decisão. COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. p. 51 – 67, Rio de Janeiro, 179, Jan./jul. 1990. p. 57-61

²⁴ A passagem pelo período dos estado totalitários, do entre guerras, “acordou” os teóricos do direito para a necessidade de imposição de limites maiores à Administração Pública, trazendo uma atenção maior aos mecanismos de pesos e contrapesos, usando para isso, tanto um maior controle da Administração pelas

no caso concreto - por padecerem de polissemia, vagueza, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento²⁵ - como a onerosidade excessiva, interesse público, função social, por exemplo) e *cláusulas gerais*²⁶⁻²⁷ (princípio da boa-fé objetiva²⁸, por exemplo), ou, no caso das que já contavam com tais figuras (como é o caso da Alemanha, que já as previa a boa-fé no seu código civil, apesar de ser uma norma vazia, que até então não contava com aplicação expressiva – justamente por não ter lugar no conceito de *negócio jurídico*²⁹ e portanto não ter sido desenvolvida pela doutrina), a dar mais importância e um efeito diferente a elas³⁰.

Ocorreu, desta forma, a migração de um sistema fechado para um sistema aberto. Esta mudança foi fundamental no sentido de conferir mais maleabilidade aos ordenamentos, permitindo assim que eles se adaptassem mais rápida e adequadamente às novas exigências que as mudanças na sociedade exigiam. Por se tratarem de expressões vagas, os Juízes tiveram sua importância elevada e, de certa forma, sua função modificada – passaram a contar com mais subjetivismo, liberdade e

leis quanto o controle judicial. O controle judicial sobre os *conceitos indeterminados* foi uma das formas de reduzir o poder da Administração.

²⁵ GOMES CANOTILHO *apud* MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *In: Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 1177.

²⁶ Atuam como meio para concreção de princípios, “porquanto elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.” ESSER *apud* MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano. 1, n. 1. p. 13-32. Março, 1964. p. 21

²⁷ A diferença entre os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais, indica MARTINS-COSTA, é que os primeiros “integram sempre a descrição do ‘fato’ que a norma pretende abranger” assim “a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa.” As cláusulas gerais possuem abrangência maior, e a consequência também é indeterminada, cabendo ao juiz sua fixação. *Ibidem*, p. 22.

²⁸ A boa-fé objetiva, apesar de também poder ser considerada um conceito indeterminado, é uma cláusula geral, por estender sua atuação, a despeito de figurar no Código Civil, para as mais diversas áreas do direito. MENEZES CORDEIRO, a respeito da boa-fé, aduz que “ficou, como traço distintivo das cláusulas gerais, a amplitude de sua extensão, determinada em termos comparativos, pelo cotejo com os elementos que, num prisma juscultural, com eles se articulam”. Quanto à sua classificação como conceito indeterminado, refere que “Não oferece dúvidas a sua qualificação, muito focada, como conceito indeterminado e, nessa medida, carecido de concretização e valoração: uma referência à boa fé, só por si, não estabelece uma comunicação suficiente para solucionar casos concretos.” “A boa fé subjetiva não é uma cláusula geral. Ainda que dotada de conotações perceptivas, falta, no articulado legal, uma referência de conjunto. Nas situações variadas onde é chamada a depor, a boa fé subjetiva ordena-se com numerosas outras disposições, sem que se possa falar em disposição mais ampla, a seu favor.” MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 1189 *et. seq.*

²⁹ Este conceito, puramente jurídico, foi criado pelos pandectistas alemães e serviu para respaldar uma liberdade contratual que se queria sem limites. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A noção de contrato na história dos pactos. *In: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*: o editor dos juristas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 503

³⁰ *Idem*, *A Boa-Fé no Direito Privado*: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 293

discrecionariade³¹. A análise do caso concreto não mais se dedicava à mera subsunção do fatos à disposição legal, mas também à individualização de regras e seus efeitos no caso concreto, regras essas advindas dessas cláusulas gerais (metanormas jurídicas)³² - que necessitam do caso concreto para adquirirem forma.

A boa-fé como princípio é uma cláusula geral que serviu como forma de abertura do ordenamento jurídico brasileiro. Por meio dela se permitiu justamente esta maior interferência dos Juízes nos contratos na defesa da cooperação entre as partes. A boa-fé adquiriu importância tal, que se equipara à autonomia da vontade em sua essencialidade no contrato. Nas palavras de GERSON BRANCO, “*O princípio da boa-fé e a autonomia da vontade são a principal base sobre a qual se estrutura a malha contratual moderna em suas transformações.*”³³

Isto posto, passamos agora à análise da boa-fé.

2.2 O Princípio da Boa-fé

A idéia de boa-fé pode ser verificada ainda no direito romano, onde havia a noção de *fides*. MENEZES CORDEIRO cita três prismas semânticos desta, sendo eles: (i) *fides-sacra*, que referia-se à Deusa Fides³⁴ - da palavra dada, representante da fé jurada e protetora dos segredos, símbolo da entrega e da lealdade - mencionada na Lei das XII tábuas para cominar sanção religiosa contra patrão que defraudasse a *fides* do cliente – tratava-se de uma relação onde o *cliens* devia obediência e lealdade ao patrão, e este, por sua vez, devia proteção àquele; (ii) *fides-facto*, esta despida de conotações religiosas ou morais, trazia a noção de garantia, promessa confiança, lealdade, credibilidade; (iii) *fides-ética*, de cunho mais moral³⁵.

³¹ LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 132.

³² a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções no sistema. MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. P.327

³³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e a boa-fé. **Revista Direito e democracia/Universidade Luterana do Brasil – Centro de Ciências Jurídicas** - . Canoas: Ed. ULBRA, 2000. p.96.

³⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 55

³⁵ *Ibidem*. p. 54 *et. seq.*

A *fides* poderia ser verificada em seu sentido interno, aplicada nas relações próprias da cidade e dos seus habitantes, e externo, nas relações da cidade com outros povos. A *fides*, contudo passou, pela sua presença em situações diversas e às vezes contraditórias, a perder significado, que só seria encontrado quando dentro de um contexto. Além do mais, não havia qualquer sistematização do termo para que ele pudesse ser usado na prática jurídica. Desta forma não havia conseqüências jurídicas à *fides*³⁶, essas somente viriam mais tarde.

Após certo tempo, foi traçada por CÍCERO, com base na *fides*, inicialmente como *fides bona*, o conceito jurídico de *bona fides*, como uma regra de conduta do homem honesto – com aquela mesma idéia de fidelidade à palavra dada. Posteriormente, com a formação de uma *actio* com base da *bona fides*, a *bonae fidei iudicia*, passou-se ao juiz a incumbência de sentenciar conforme a boa-fé, surgindo assim um conseqüência jurídica à *fides*. Assim, diz-se que, no período clássico, a *fides bona*, reveste a natureza de norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfico³⁷.

O direito canônico introduziu a idéia de boa-fé como um contraponto à má-fé e ao pecado³⁸; deveria ser respeitado o acordado para não se incorrer em pecado. A boa-fé, entretanto, passou pelo período da idade média sem expressividade, o que se manteve até o advento do Código Civil Alemão, o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Segundo a doutrina³⁹, a boa-fé guarda íntima relação na história com princípio da autonomia da vontade. Nos momentos da história em que o voluntarismo jurídico foi mais forte – o século XIX, quando o liberalismo e individualismo pautaram o respeito quase que absoluto às disposições contratuais -, e a liberdade contratual juntamente com

³⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 70

³⁷ *Ibidem*, p. 105

³⁸ “Acrece que o direito canônico, por sua vez, permeando no direito romano “recepionado” a moral cristã, havia já assentado a idéia de que a quebra da palavra dada quando estabelecido um acordo constituía um pecado, e, por isso mesmo, a quebra da palavra alheia teria força liberatória da observância da própria promessa ...” In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A noção de contrato na historia dos pactos. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**: o editor dos juristas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p.501

³⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 34

o conceito de *pacta sunt servanda* imperou, verificou-se a não expressividade do princípio da boa-fé⁴⁰.

Ainda que o *Code Civil* trouxesse a boa-fé objetiva como *standard* - no art. 1134 - a escola da exegese, de forte apego à lei, limitava a interferência dos juízes nos contratos. Esta conseqüência era esperada, pois, se a boa-fé cria insegurança, por depender do juízo do juiz no caso concreto, e a época é de liberdade quase que irrestrita de contratar, e sendo o contrato verdadeira e (o mais importante) bastante lei entre as partes, é natural que haja uma preterição da aplicação do *standard*.

Com o advento do Parágrafo 242 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch de 1900*), pode-se dizer que a boa-fé objetiva iniciou escalada pela sua importância nas obrigações, sendo concebida como princípio. Como bem salienta JUDITH MARTINS-COSTA:

O mais célebre exemplo de cláusula geral, paradigmático, até, pela constância com que é lembrado e pela relevantíssima função que, desde o início deste século, tem cumprido, é o §242 do código civil alemão.⁴¹

Ele referia, e ainda hoje seu conteúdo é igual, “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”⁴². Desta forma, implica o parágrafo em epígrafe que a ação do devedor deve se dar em conformidade com a boa-fé. *Die Treu*⁴³, podia ser traduzida como lealdade, enquanto que *Das Glauben* significa fé, crença, confiança – passam assim, as duas palavras, a essência do significado da boa-fé.

Sendo aplicado mais como auxiliar de interpretação do contrato em um primeiro momento, com o passar do tempo, começou-se a reconhecer neste princípio uma fonte autônoma de direitos e obrigações⁴⁴, que passou a trazer elementos **cooperativos**

⁴⁰ Ao menos fora do direito das coisas, pois neste a boa-fé era utilizada, ainda que se tratando da forma que hoje é tida como subjetiva. Cf: *Ibidem*, p. 36.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 287

⁴² “O devedor é obrigado a [tem o dever de] cumprir a prestação conforme a boa-fé, com consideração pelos costumes usos de tráfego” (tradução nossa) ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**. Organização dos textos, índice detalhado e introdução por Dr. Helmut Köhler: 69. ed. München: Beck-Texte DTV, 2012. p.46

⁴³ O substantivo *Die Treu* caiu em desuso, existindo hoje apenas o adjetivo *treu*, que significa leal.

⁴⁴ Principalmente devido ao trabalho dos Pandectistas alemães.

necessários ao correto adimplemento contratual⁴⁵. Dessa forma, passa-se exigir dos contratantes os deveres tidos como secundários ou anexos, o que teria aproximado o direito germânico da *common law*⁴⁶.

Cita-se WILLISTON pela clareza com que define a forma que exsurtem do contrato esses deveres. Segundo ele, o devedor estaria obrigado “*not only to do what he has promised in express words but also to many things to which he must be understood to have bound himself in good faith.*”⁴⁷ Aqui é interessante o uso da expressão “*must be understood to have bound himself*”, pois indica claramente que há uma *presunção de que ao contratar ele cria deveres a si mesmo*, ainda que não estejam expressos no contrato. Como bem indica GERSON BRANCO:

O princípio da boa-fé tem o papel, justamente, de proteger as situações de ‘confiança’, que não são fortes ao ponto de constituírem-se em contrato, mas fortes suficientes para gerar danos, se frustradas, gerando responsabilidade.⁴⁸

É importante, antes de aprofundar a análise da boa-fé, que se diferencie a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva.

2.2.1 Boa-fé objetiva x Boa-fé subjetiva

A boa-fé subjetiva é uma qualidade atribuída ao sujeito⁴⁹, uma modalidade que respeita à expressão corriqueira de “*agir de boa-fé*”. É referente à expectativa do sujeito, sua convicção no momento em que agiu. Está presente principalmente nos direitos reais, como no caso do possuidor de boa-fé de um imóvel, ou o terceiro de boa-fé em um negócio jurídico. Segundo JUDITH MARTINS-COSTA, grande estudiosa do tema:

⁴⁵ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

⁴⁶ COUTO E SILVA, *loc. cit.*

⁴⁷ “não apenas a fazer o que ele prometeu expressamente, mas também tantas coisas quantas se deve entender que ele se obrigou de boa-fé” WILLISTON *apud* COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 38.

⁴⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e a boa-fé. **Revista Direito e democracia/Universidade Luterana do Brasil – Centro de Ciências Jurídicas** - . Canoas: Ed. ULBRA, 2000. p. 107

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 407.

A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem.⁵⁰

MENEZES CORDEIRO indica como concretizações da boa-fé subjetiva (i) a proteção da pessoa de boa-fé (adquirente de boa-fé, terceiros face a atos de associações, etc), e (ii) a penalização da má-fé (venda e doação de bens alheios, cônjuges em casamento putativo, etc)⁵¹.

Já a boa-fé objetiva pode ser entendida como um *standard* de comportamento imposto aos contratantes pelo dever de [agir segundo a] boa-fé. Trata-se de uma regra de conduta⁵², que impõe que o destinatário da norma aja da forma que se espera de um homem médio, probo, leal. Mais especificamente, no contrato, exige principalmente uma conduta cooperativa/colaborativa entre as partes. Também, nas palavras de JUDITH MARTINS-COSTA:

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjuntivo⁵³

Conclui-se, do exposto, que a boa-fé subjetiva diz respeito ao estado de consciência individual, à convicção da pessoa no momento do ato, por isso subjetiva; enquanto que a boa fé objetiva significa um modelo de conduta, um *standard* ético-jurídico a ser observado pelos contratantes.

No presente trabalho, importa a boa-fé objetiva como princípio, pois é ela que atua determinadamente nos contratos, indicando comportamentos de lealdade e respeito

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.411

⁵¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001., p. 510

⁵² *Ibidem*, p. 527.

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411

à confiança, de maneira vinculante para as partes. Esta colaboração é essencial para que se alcance a finalidade do contrato. Neste sentido, é válido lembrar do ensinamento de JUDITH MARTINS-COSTA:

boa-fé objetiva atua não como um vago cânone de ordem ética, um standard de cunho moral impreciso e incerto, mas como verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato.⁵⁴

A boa-fé objetiva na sua concepção como princípio⁵⁵, cria deveres não pactuados pelas partes, segundo COUTO E SILVA:

manifesta-se como máxima objetiva que determina o aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, *inclusive criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos.*⁵⁶ (grifo nosso)

Fica clara, portanto, a importância da função da boa-fé objetiva - motivo pelo qual será analisada mais profundamente no próximo ponto - sendo destacável, da citação, o trecho final, que se refere à criação de deveres para o credor, onde se situará (com as devidas ressalvas a serem vistas) o dever de mitigar o próprio prejuízo. A partir deste momento, nos referiremos à boa-fé objetiva apenas como boa-fé, mas sempre remetendo a essa - e não à subjetiva.

2.2.1 Funções do Princípio da Boa-fé

A boa-fé como princípio é um conceito aberto, tendo sua definição por meio da doutrina e da atividade do juízes⁵⁷ no caso concreto, permitindo a ponderação de

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 418.

⁵⁵ “a boa-fé desenhada (art. 422) como cláusula geral do comportamento contratual, coligada ao standard da probidade ou correção nos negócios”. *Idem*, Os Campos Normativos da Boa-fé Objetiva: as três perspectivas do direito brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascareli.** São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 400.

⁵⁶ COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A Obrigação como Processo.** 1964. 234 f. Tese para concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 30.

⁵⁷ “Com a adição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidos, móveis; de nenhum modo fixos.” *Idem*, O princípio da boa-fé no

valores, princípios e arquétipos de conduta. Como bem indica RUY ROSADO DE AGUIAR:

Cabe ao Juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a existência dos deveres acessórios, não expressamente previstos, mas inerentes ao negócio e à finalidade buscada pelas partes⁵⁸

A boa-fé é, em verdade, em correspondência à boa-fé prevista no BGB - citado no ponto anterior - uma verdadeira cláusula geral, influenciando em diversos ramos do ordenamento jurídico.

É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *Standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.⁵⁹

É como cláusula geral que a boa-fé objetiva exerce sua “*função produtiva*, isto é, mostra-se capaz de produzir *normas heterônomas* que são ‘detectadas’ pelo juiz à vista de determinadas situações típicas”⁶⁰(grifo no original).

As funções da boa-fé objetiva são divididas pela doutrina, normalmente, em três tipos, forma pela qual fica mais fácil a percepção da sua influência. Elas são nominadas de maneiras diferentes, dependendo da doutrina utilizada, mas a significação, ao fim, não difere. Passa-se, agora, à análise dessas três funções: interpretativa (ou cânone hermenêutico e integrativo⁶¹), de controle (ou limite ao exercício de direitos subjetivos) e concretizadora (ou fonte de deveres jurídicos).

2.2.2.1 A Função Interpretativa

direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 p. 39.

⁵⁸ AGUIAR, Ruy Rosado de. Em fundamentação do voto proferido na Apelação Cível n. 589073956, de 19.12.89 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da Boa-Fé. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 50, ano XVII, p 207-227,1990.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 274

⁶⁰ *Idem*. Os Campos Normativos da Boa-fé Objetiva: as três perspectivas do direito brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas**: Homenagem a Tullio Ascareli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 400.

⁶¹ *Ibidem*, p. 393.

Como o nome já evidencia, a função interpretativa presta-se a oferecer uma linha interpretativa a ser seguida, a da boa-fé. No código civil alemão, ela está presente no §157, que diz o seguinte: “*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”⁶². Indica ele, portanto, que os contratos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. Nosso código civil seguiu a mesma linha, em uma quase recepção do artigo do BGB, sendo a redação do art. 113 a seguinte: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.

Coligados à boa-fé subjetiva (de quem acreditou no *id quod plerunque accidit*) e à boa-fé objetiva (como standard de conduta leal) os usos terão, na acepção do art. 113, função integrativa da *fattispecie* contratual, não apenas para a colmatação de lacunas mas, inclusive, com possibilidade de derogar normas dispositivas, além da função propriamente interpretativa.⁶³

JUDITH MARTINS-COSTA entende que a função interpretativa serve a impedir que o contrato atinja finalidade diferente da almejada pelas partes:

a boa-fé objetiva é mais que apelo à ética, é noção técnico-operativa que se especifica como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado.⁶⁴

Desta forma, havendo duas ou mais interpretações para uma mesma estipulação contratual, deve o intérprete fazer prevalecer o entendimento que melhor represente a vontade das partes no contrato e que esteja de acordo com a exigência de atuação da boa-fé. Deve ser assegurada a finalidade da obrigação, neste sentido, “*a função integrativa está amarrada à concreta função econômico social do contrato, isto é, a sua causa concreta, e não abstrata (como seria a consideração de idêntica causa para todos os negócios de um mesmo tipo)*”⁶⁵. Esta função é fundamental nos casos de *venire*

⁶² “Contratos devem ser interpretados conforme exige a boa-fé levando-se em conta os usos de tráfego” (tradução nossa) ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**. Organização dos textos, índice detalhado e introdução por Dr. Helmut Köhler: 69. ed. München: Beck-Texte DTV, 2012. p. 31.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. Os Campos Normativos da Boa-fé Objetiva: as três perspectivas do direito brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascareli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 407.

⁶⁴ *Idem*. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 437

⁶⁵ *Idem*. *op. cit.*, p. 406.

contra factum proprium, por exemplo, oferecendo ao juiz uma alternativa de interpretação ao ato contraditório do contratante.

2.2.2.2 A Função de Controle

A boa-fé, na sua função de controle, ou de limitação ao exercício de direitos subjetivos, atua sobre as atitudes das partes contratantes. Há uma diretiva de comportamento na qual cada parte do contrato deve se manter, e que o juiz, na sua posição de julgador, aferirá se ocorreu ou não. Ela funciona como limitação à - ou impossibilita a - adoção de condutas contrárias à boa-fé, ou exercícios inadmissíveis⁶⁶. Esta função está expressa no art. 187 do Código Civil brasileiro preceituando o seguinte:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

JUDITH MARTINS-COSTA, na sua obra sobre a boa-fé no Direito Privado⁶⁷, foca-se em três hipóteses⁶⁸ de exteriorização desta função: a teoria do adimplemento substancial, a regra do *tu quoque* e o *venire contra factum proprium*.

Segundo a teoria do *adimplemento substancial*, na hipótese em que uma das partes cumpre substancial/expressiva parte do contrato, não se poderia invocar a exceção de contrato não cumprido; apenas poderia ser buscada a indenização pela parte faltante somada a perdas e danos. Citando voto de RUY ROSADO DE AGUIAR, JUDITH MARTINS-COSTA expõe que: “o cumprimento próximo do resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e o de perdas e danos; ‘mas não se permitiria o pedido de resolução, se essa pretensão viesse a ferir o princípio da boa-fé’”.

⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 719.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁶⁸ MENEZES CORDEIRO ainda menciona a (i) inalegabilidade de nulidades formais (propugna que não se possa invocar nulidades formais para desconstituir negócio firmado pela vontade), (ii) desequilíbrio no exercício jurídico (desproporcionalidade entre o benefício a uma parte e o prejuízo à outra), e (iii) *supressio* (será vista no texto). *op. cit.*, p. 719 *et. seq.*

A regra do *tu quoque* impede que quem dá causa ao inadimplemento, ao descumprir sua obrigação contratual, possa invocar esse inadimplemento para buscar a resolução contratual. Assim, se não cumpro minha parte do contrato, e a outra parte acaba por descumprir a sua, em resposta ao meu descumprimento, eu não posso pedir a resolução contratual com base neste inadimplemento da outra parte.

A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente⁶⁹, desta feita, a sua inadmissibilidade é uma vedação do ordenamento jurídico ao comportamento contraditório das partes. Se uma das partes do contrato demonstra uma intenção, por meio de um comportamento, não pode frustrar a expectativa criada na outra adotando um comportamento contraditório. Ainda que os dois comportamentos da mesma pessoa, diferidos no tempo, sejam lícitos, a contradição entre eles torna a conduta ilícita; trata-se da proibição da quebra da confiança pelo comportamento incoerente da parte. Como bem indica JUDITH MARTINS-COSTA:

o que o princípio proíbe como contrario ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mina a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial.⁷⁰

Há, também, a *supressio*⁷¹⁻⁷², que significa a supressão de um direito subjetivo não exercido durante certo lapso de tempo pelo titular. Esta supressão do direito se dá com vista à proteção da confiança gerada na outra parte de que aquele direito não seria mais exercido. Teve sua consagração no período pós-primeira guerra, quando a alta taxa de inflação tornou muito oneroso ao devedor ser acionado com atraso.

Pode-se mencionar, também, a *surrectio*⁷³, que atua justamente da forma inversa; o exercício reiterado de um ação cria na outra parte uma expectativa de direito não pactuado.

⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 742.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.470

⁷¹ *Supressio* é a expressão proposta para traduzir “*die Verwirkung*”, *i. e.*, a situação em que incorre a pessoa que, tendo suscitado noutra, por força de um não-exercício prolongado, a confiança de que a posição em causa não seria actuada, não pode mais fazê-lo, por imposição da boa-fé. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 378.

⁷² Sobre a *supressio*, cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.171, p. 35-48, maio 2009. p. 41.

⁷³ Do Alemão “*die Erwirkung*”.

Além destes exemplos, JUDITH MARTINS-COSTA indica⁷⁴ o caminho da boa-fé para enquadrar também os casos de abuso de direito – da mesma forma que ocorre no direito alemão. *O abuso de direito seria então, a marca da função de controle da boa-fé.*

o princípio englobaria a categoria do abuso, que, subsumido no princípio da boa-fé objetiva, não teria existência autônoma, mas demarcaria uma das três zonas funcionais do princípio.⁷⁵

2.2.2.3 A Função Concretizadora

A função concretizadora (*Konkretisierung*), como o nome indica, é aquela em que o dado abstrato será concretizado no caso específico em análise. Esta função deriva do artigo 422 do Código Civil, que diz o seguinte: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*”

Cabe apontar que, ainda que o mencionado artigo aparentemente limite o escopo da boa-fé à execução e à conclusão do contrato, é pacífico, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, que a boa-fé atua durante todas as etapas do contrato. No mesmo sentido:

Sua atuação se estende por todo o processo da contratação, desde a fase pré-contratual (responsabilidade pré-contratual), no curso do desenvolvimento dos deveres contratuais (em especial na violação positiva do contrato) e após a extinção das obrigações contratuais principais (*culpa pos pactum finitum*, ou responsabilidade pós-contratual).⁷⁶

Assim, a concretização se dará pela atividade do juiz e do advogado, que vão vestir⁷⁷ o caso concreto com os usos locais de boa-fé. Esta serve para preencher as lacunas e os comportamentos que deveriam ter sido cumpridos e não foram,

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela boa fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Questões Controvertidas: Parte gera do código civil**. Vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 505-544.

⁷⁵ LEVI, Giulio. *apud*. MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela boa fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Questões Controvertidas: Parte gera do código civil**. Vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 505-544. p. 540.

⁷⁶BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e a boa-fé. **Revista Direito e democracia/Universidade Luterana do Brasil – Centro de Ciências Jurídicas** - . Canoas: Ed. ULBRA, 2000. p. 107

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. P. 437

sancionando os comportamentos abusivos. É também conhecida como função de fonte de deveres de conduta - e atua de fato como norma de criação de deveres jurídicos –.

Inferese-se⁷⁸ que, nas relações contratuais, se alocam certos deveres de prestação, sendo eles: (i) deveres principais ou deveres primários de prestação, (são o núcleo da relação obrigacional e definem o tipo contratual); (ii) os deveres secundários, que podem, por sua vez, ser divididos em dois tipos: (a) deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal - que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal -, e (b) deveres secundários com prestação autônoma - como o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação -; (iii) **os deveres laterais, anexos ou instrumentais.**⁷⁹

Estes últimos, os deveres anexos, também tidos como instrumentais, laterais (*Nebenpflichten*) ou acessórios de conduta (*weitere Verhaltenspflichten*), de proteção (*Schutzpflichten*) ou de tutela – todos estes reportando direta ou indiretamente às denominações alemãs, já que foi a doutrina alemã a pioneira no seu tratamento-, *derivam* das cláusulas contratuais, dispositivo de lei *ad hoc* ou **da incidência da boa-fé objetiva**⁸⁰.

Ainda que tenham sido tratados pela doutrina alemã, a configuração quádrupla⁸¹ - fidelidade/lealdade, informação, declaração e proteção - têm origem pretoriana e complementa a boa-fé como controle que será vista em seguida; são um fundo de cooperação⁸² e derivam do dever de cooperação imposto pelo princípio da boa-fé. Esta cooperação ou colaboração

não há de ser ‘qualquer colaboração’, mas uma colaboração pautada pela finalidade econômico-social do negócio; pelo regramento legal incidente, ou pelo regramento negocial acaso pactuado, ou decorrente dos usos, no espaço que lhes é concedido ordem jurídica; pelos princípios constitucionais informadores da ordem econômica e os demais princípios do Direito das Obrigações, de modo especial pelo *respeito à legítima confiança* que, como valor social base, explica e garante a vinculabilidade jurídica. (grifo no original)⁸³

⁷⁸ ALMEIDA COSTA, Mario Julio *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 437

⁷⁹ *Ibidem*, p. 438

⁸⁰ ALMEIDA COSTA, Mario Julio *apud Ibidem, loc. cit.*

⁸¹ MENEZES CORDEIRO, por sua vez, faz uma divisão tripla: deveres de proteção, de esclarecimento e lealdade. **Da Boa Fé no Direito Civil.** Coimbra, Livraria Almedina, 2001. p. 604 e ss.

⁸² “Todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação.” COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A Obrigação como Processo.** 1964. 234 f. Tese para concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. Os Campos Normativos da Boa-fé Objetiva: as três perspectivas do direito brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo

JUDITH MARTINS-COSTA cita como exemplos desses deveres (a lista não é exaustiva, e nem poderia ser, dado que, como exposto, os deveres anexos se desenvolvem junto com a evolução da sociedade e de seus valores, sendo evidenciados pelo juiz no caso concreto): (i) dever de cuidado, previdência e segurança (ex. depositário que deve além de guardar a coisa, bem acondicioná-la); (ii) deveres de aviso e esclarecimento (ex. dever do advogado de mostrar as opções e os riscos e vantagens de cada opção, o mesmo para o corretor, dever do médico de expor os riscos do tratamento, etc); (iii) deveres de informação (ex. nas relações de consumo, avisar sobre o que há no produto, etc); (iv) dever de prestar contas (ex. que incumbe a gestores e mandatários); (v) deveres de colaboração e cooperação (ex. colaborar para o devido adimplemento contratual, não obstar o pagamento); (vi) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte (ex. dono de estabelecimento preparar o local arquitetonicamente para facilitar fuga em caso de incêndio, diminuir riscos de acidentes, etc); e (vii) deveres de omissão e sigilo (ex. dever de sigilo quanto a informações obtidas devido à contratação, etc)⁸⁴.

Como ônus, ou dever de menor intensidade, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, incumbindo o credor, têm-se, também, o de mitigar o próprio prejuízo, que será analisado no ponto seguinte.

2.3 A Mitigação do Próprio Prejuízo

Até o momento foi analisada, brevemente, a evolução da teoria dos contratos privados pela história, suas diversas concepções e princípios fundamentais. Do momento em que a liberdade contratual atingiu seu ápice, no final do século XVIII, ao processo que trouxe aos ordenamentos as cláusulas gerais. Em seguida, se analisou a questão da cláusula geral da boa-fé no direito brasileiro. Neste ponto, verificou-se o efeito que o princípio da boa-fé tem sobre os contratos, servindo como verdadeira fonte dos mais diversos deveres de cooperação entre as partes, desde a promessa até mesmo após a conclusão do contrato (como no dever de sigilo).

(Coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas:** Homenagem a Tullio Ascareli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 402.

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado:** Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. P. 438 *et. seq.*

Passa-se, então, a analisar o inadimplemento e a postura que a boa-fé exigiria do credor como resposta a este. Certo é que o inadimplemento contratual enseja a responsabilidade contratual por descumprimento de obrigação – esta, que tem seu fundamento em negócio jurídico⁸⁵. Desta responsabilidade retira-se o dever da parte faltante no cumprimento da obrigação de indenizar⁸⁶ o credor pelos prejuízos efetivos e lucros cessantes causados pelo descumprimento⁸⁷ – isso quando não houver possibilidade da execução específica da obrigação⁸⁸. Entretanto, a postura do credor é a que interessa ao presente trabalho. Deve ele permanecer inerte frente aos prejuízos, à espera da reparação pelo devedor? Ou a boa-fé, e o fundo de cooperação que esta busca e protege, exigiria dele um agir diligente com a finalidade de minimizar seus próprios prejuízos?

A resposta a esta questão poderia ser a primeira, se fosse considerado que o vínculo contratual quebrado pelo inadimplemento liberta a parte credora de qualquer obrigação para com a devedora, tendo apenas em haver sua indenização pelas perdas e danos e lucros que deixou de auferir em decorrência da quebra. Esta, sem dúvidas, seria a conduta esperada numa relação contratual pautada unicamente pelo individualismo, na qual uma parte deveria se preocupar com a sua incumbência no contrato e em aguardar o adimplemento da outra. Contudo, a evolução dos contratos na mesma direção de um Direito mais coerente com o bem da sociedade e, acima de tudo, com a elevação da cooperação/colaboração a valor determinante no mundo contratual, trazido pela boa-fé como cláusula geral, se espera mais do credor. Espera-se dele exatamente o que preceitua a boa-fé, agir lealmente e de maneira cooperativa. Desta forma, o credor deve ter uma atitude pró-ativa no sentido de empregar esforços razoáveis para evitar tantos prejuízos ao seu patrimônio quantos seja possível.

É, neste sentido, justamente que o “dever de mitigar o próprio prejuízo” é trazido ao nosso direito.

⁸⁵ COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 191-215. p. 197

⁸⁶ No Código Civil, Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 4 de Dezembro de 2013.

⁸⁷ É necessário que os prejuízos que fazem parte e integram o conceito de indenização sejam decorrência direta e imediata da execução. COUTO E SILVA, *op. cit.*, p. 199.

⁸⁸ No mesmo sentido indica PONTES DE MIRANDA: “Para a reposição ou estabelecimento do estado anterior, com os mesmos elementos ou elementos equivalentes, o princípio primeiro é o da reposição natural.” *apud. Ibidem*, p. 200.

Primeiramente, será analisado o *Duty to Mitigate the Loss*, dever originado na *common law*, porquanto é referenciado na maior parte da jurisprudência⁸⁹⁻⁹⁰ que reconhece à parte um **ônus** de evitar o agravamento do próprio prejuízo. Além do mais, faz-se necessária a sua análise, por ter sido na *common law* que se deu de forma mais criteriosa⁹¹ o estudo de casos, de maneira a delimitar mais satisfatoriamente este ônus. Por fim, será analisado como este conceito foi recepcionado pelo direito brasileiro.

2.3.1 Duty to Mitigate the Loss

Esta parte do trabalho fará diversas referências à tese de doutorado do Dr. Christian Sahb Baptista Lopes, que analisou – com base no acervo da Universidade de Columbia – detalhadamente o *Duty to Mitigate the Loss*.

Primeiramente, é importante pontuar que, nos países de *common law*, o descumprimento do contrato não é algo que viole a moral; pode-se dizer que é dada às partes a opção de cumprir o contrato ou não cumpri-lo e pagar perdas e danos⁹². Interessante desta visão da quebra de contrato é que ela permite a ocorrência do chamado *efficient breach*, ou inadimplemento eficiente, onde o contratante analisa, dentro das alterações de circunstâncias, se é mais vantajoso cumprir o contrato, ou indenizar as perdas e danos⁹³. No direito continental, contudo, a preferência, diante da inadimplência, é dada para a execução específica do contrato, e só diante da impossibilidade desta, se parte para a execução genérica⁹⁴ - indenização por perdas e danos - e, se for o caso, lucros cessantes.

⁸⁹ No TJ/RS são 17 casos, no TJ/SP 147, no TJ/MG 7, TJ/RJ 16. Consulta realizada no dia 16 de Novembro de 2013.

⁹⁰ Ainda que, em alguns casos, nada tenha que ver com o dever de mitigar, como bem expõe LOPES, Christian Sahb Batista. *In: A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 233 *et. seq.*

⁹¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 35, p. 28-36, jul/ago/set 2012. p. 35.

⁹² LOPES, *op. cit.*, p. 17.

⁹³ As partes, ao contratarem, calculam custos e riscos, estabelecendo o valor da prestação e contra-prestação correspondente. Criam, pois, através uma expectativa do futuro, obrigações mútuas. Como não se pode prever com perfeição o futuro, às vezes uma das partes pode concluir que o cumprimento do contrato trará prejuízo. Às vezes este prejuízo de se cumprir o contrato é tão grande que a melhor alternativa (mesmo diante de todas as conseqüências legais e extralegais) é o descumprimento do contrato. No *efficient breach* o devedor descumpre o contrato, indeniza a outra parte, que recebe todos os benefícios que esperava, e ainda assim isto representa vantagem para o devedor em relação a cumprir o contrato. *Ibidem*. p. 95.

⁹⁴ “A execução sob forma genérica só se justifica quando impossível a execução direta, por tornar-se a prestação inútil ao credor, ou importar intolerável constrangimento na pessoa do devedor. A regra é execução sob forma específica.” (grifos no original). GOMES, Orlando. **Obrigações**. Revista, atualizada

O ônus de mitigar a própria perda se baseia na limitação à indenização pela chamada *avoidability*, ou, *evitabilidade*⁹⁵, que consiste em não indenizar o credor pelos danos que ele poderia ter evitado – ou seja, pelos danos evitáveis.

Tal princípio foi diversas vezes invocado antes de passar a ser aceito pelas cortes, tendo sido estabelecido com o precedente *British Westlighthouse Electric and Manufacturing Company v Underground Electric Railways Co. of London* em 1912⁹⁶. A finalidade desta limitação, pontua LOPES⁹⁷, é buscar a racionalização da utilização dos recursos econômicos, evitando o desperdício que resultaria do fato de o credor prejudicado sofrer danos que poderia ter evitado. *Se o credor deixa de evitar um prejuízo, ele retira injustificadamente recursos econômicos do mercado, quando estes, diante da escassez, possuem um valor social que deve ser preservado pelo ordenamento jurídico*. Esta ação do credor pode ser vista como um deslocamento de um recurso útil e escasso - que poderia ser aproveitado produtivamente - para uma situação improdutiva – que é a reparação de um dano evitável⁹⁸.

Este *valor social* está atrelado à proteção dos recursos da sociedade e a busca da prosperidade, e para isso, deve-se desencorajar a inércia do credor, incentivando-o e até compelindo-o a tomar as medidas que sejam razoáveis para a mitigação do próprio prejuízo.

e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 215.

⁹⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. *In: A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 19.

⁹⁶ “There is an obligation to take reasonable steps to mitigate losses, which was laid down by the House of Lords in *British Westlighthouse Electric and Manufacturing Company v Underground Electric Railways Co of London* (1912)”. STONE, Richard. **Principles of Contract Law**. Great Britain: Biddles Ltd, 1997. p. 300

⁹⁷ LOPES, *op. cit.*, p. 20.

⁹⁸ Poderia ser traçado um paralelo com o capítulo A Vidraça Quebrada, do escrito O que se vê e o que não se vê de BASTIAT. A manifestação dele se dá no sentido de negar a corriqueira falácia de que a destruição de uma vidraça beneficia a sociedade, pois garante que o vidraceiro tenha sempre serviço – a mesma falácia é usada, para justificar que guerras são boas para a economia, assim como desastres naturais. BASTIAT demonstra que, o que se vê, quando o filho de Jacques Bonhomme quebra a vidraça, é que este bom burguês terá de trocar a vidraça por uma nova, dando dinheiro ao vidraceiro. O que não se vê, é que o dinheiro que Jacques dá ao vidraceiro, ele deixa de empregar em um setor produtivo, como comprar um livro que ele precisa, ou adicionar mais vegetais à mesa. Em suma, ocorre o deslocamento de recursos de um setor que traria algum ganho, tanto para Jacques Bonhomme quanto para o produtor, para o restabelecimento de algo que já existia, trazendo somente benefício ao vidraceiro. Resta claro que não haverá benefício à sociedade como um todo, pois ocorrerá o dispêndio de recursos para restabelecer uma situação anterior, enquanto que, se não tivesse sido quebrada a vidraça, o bom burguês poderia ter alocado os recursos em um setor produtivo. Desta forma, de mesma maneira que a “destruição não é lucro” – para a sociedade –, e que a sociedade perde valor dos objetos inutilmente destruídos, reparar um dano evitável também não o é bom para a sociedade, e se perde valor quando se repara um dano que seria evitável. BASTIAT, Frédéric. O que se vê e o que não se vê. GUASTI, Alexandre (ed). **Frédéric Bastiat**. Rio de Janeiro: Instituto liberal, 1989. p. 23

Além disso, identifica-se no credor o sujeito *com melhores condições* – com melhor acesso e mais informações - de, com menores custos (*least cost avoider*), *mitigar os danos causados a ele pelo inadimplemento da outra parte*⁹⁹. Esta justificativa é de grande importância, tanto que, *se provada equívoca*, no caso concreto, *há a incidência de uma exceção do “dever” de mitigar o prejuízo pelo credor* – esta será analisada mais à frente no trabalho.

Há diversas alegações na doutrina internacional¹⁰⁰ para o fundamento deste “dever”, passando pela doutrina do nexo causal (o dano que poderia ter sido evitado não é fruto do inadimplemento do devedor, mas da negligência do credor), danos evitáveis e imprevisibilidade, culpa concorrente, fato ou culpa do devedor, violação da boa-fé, abuso de direito, *venire contra factum proprium*, etc. A identificação do fundamento, contudo, não recebeu muita atenção da doutrina da *common law*, que se preocupou – como era de se esperar - mais em definir como se dá sua aplicação na relação contratual¹⁰¹ no caso concreto.

Apesar de ser tratado como um “dever”, há um quase consenso na doutrina¹⁰² no sentido de que não se trata de um verdadeiro dever¹⁰³. Este “dever” seria apenas uma limitação aos danos indenizáveis; *“se a parte contratante não adotar as medidas razoáveis para minimizar o prejuízo, a indenização ficará limitada ao que era inevitável”*¹⁰⁴. Seria uma espécie de ônus do credor, cuja consequência para a sua não satisfação é a redução do montante indenizável. Feita esta ressalva, apesar de ser tratado pela palavra dever, no restante do ponto, sempre que for feita referência a ele, a referência é, em realidade, a esta limitação à indenização, a um dever de menor intensidade, um ônus, e não um dever de fato. A partir deste momento, mesmo que a palavra utilizada seja dever, refere-se ao ônus de mitigar.

Desta forma, o dever consiste em agir de maneira diligente, não se deixando levar pela inércia - à espera da reparação do prejuízo -, de maneira a buscar a

⁹⁹ LOPES, Christian Sahb Batista. *In: A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 49.

¹⁰⁰ O direito continental europeu.

¹⁰¹ LOPES, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰² Por doutrina, aqui, considera-se a Alemã (teoria da *Obliegenheit* – que será vista adiante), Suíça (*incumbance*), a da *common law*, e na doutrina nacional, LOPES, FRADERA, ZANETTI, *et. al.*

¹⁰³ COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. 1964. 234 f. Tese para concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 98.

¹⁰⁴ LOPES, *op. cit.*, p. 23.

minimização dos danos, ou o seu não agravamento. STONE, apontando a delimitação do dever, feita jurisprudencialmente, refere que:

imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps. ...
 this ... principle does not impose on the plaintiff an obligation to take any step which a reasonable and prudent man would not ordinarily take in the course of his business. But when in the course of his business he has taken action arising out of the transaction, which action has diminished his loss, the effect in actual diminution of the loss he has suffered may be taken into account even though there was no duty on him to act.¹⁰⁵

Diante do exposto, fica claro que há a necessidade de mitigar o prejuízo, sob *pena de não ter ressarcido o prejuízo que poderia ter sido evitado*. Este é tido como o aspecto *negativo da mitigação*: como já referido anteriormente, o dano não evitado, mas que poderia ter sido, não é indenizável. É exigível do credor, contudo, que apenas tome as medidas *razoáveis*¹⁰⁶, ou seja, um esforço que não lhe traga “risco, ônus ou humilhação indevidos”¹⁰⁷. O aspecto negativo será tratado de forma mais intensa logo após tratar-se do aspecto positivo da mitigação.

Aduz-se que no **aspecto positivo da mitigação** (ou mitigação de fato), o dano evitado pelo credor não será mais alvo de ressarcimento pelo devedor, pois foi evitado; *somente se indeniza o dano que de fato ocorreu*. Somente serão indenizados os danos que permaneceram na situação, e os custos que o credor teve com a mitigação. Inclusive há a possibilidade de não haver mais dano a ser indenizado, no caso da mitigação do credor ser efetiva a ponto de extingui-lo¹⁰⁸. Ou seja, neste caso, os ganhos

¹⁰⁵ “impõe ao credor o dever de tomar todas as medidas razoáveis para mitigar o prejuízo resultante da quebra, e impede que ele exija a restituição da parte do dano que se deve à sua negligência em tomar tais medidas ... este ... princípio não impõe ao credor a obrigação de tomar qualquer medida que um homem prudente e razoável não tomaria normalmente no exercício do seu negócio. Entretanto, quando no curso do seu negócio, ele tomou as medidas decorrentes da transação, e sua ação diminui a perda, o efeito na efetiva diminuição da perda sofrida pode ser levada em conta, ainda que ele não tivesse dever de agir.” (tradução nossa) In: STONE, Richard. **Principles of Contract Law**. Great Britain: Biddles Ltd, 1997. p. 301.

¹⁰⁶ A razoabilidade é um exame feito pelo juiz, com base no que se esperaria da conduta do indivíduo frente ao caso concreto. Mais à frente serão melhor analisadas as condutas tidas como razoáveis.

¹⁰⁷ LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 28

¹⁰⁸ LOPES traz em sua tese de doutorado um exemplo ilustrativo desta possibilidade. Conta que: em um contrato de fornecimento de motores para o metrô de Londres, a fabricante descumpriu o contrato ao entregar equipamentos defeituosos. A compradora obteve outros motores, melhores, junto a outro fornecedor e requereu em juízo as perdas e danos contra a fabricante inadimplente. A indenização, entretanto, foi reduzida a zero, porque as novas turbinas adquiridas eram mais modernas e eficientes, economizando significativa quantidade de carvão em seu funcionamento. Assim, a economia

proporcionados pela mitigação (do prejuízo) levam à compensação completa dos danos causados pelo devedor, terminando com a necessidade de indenização.

O **aspecto negativo da mitigação** é aquele segundo o qual podem ser excluídos da indenização – deduzidos do valor a ser indenizado - os danos que *poderiam ter sido evitados com esforços razoáveis*. Segundo indica LOPES¹⁰⁹, no aspecto negativo, pode-se estar diante de um *custo evitado* ou uma *perda evitada*.

No primeiro caso, do *custo evitado*, deve o credor interromper a sua prestação *tão logo saiba ou tenha motivos para deduzir que a prestação não será cumprida*¹¹⁰. Necessário ressaltar que nem sempre a mitigação se dará da melhor forma pela interrupção da prestação. Às vezes pode ser mais vantajoso concluir a fabricação de um bem e vendê-lo a terceiros, e, às vezes, não é possível interromper a prestação. Assim, o que determinará o desconto ou não da indenização, e seu montante, será a *razoabilidade*¹¹¹ da medida no caso concreto.

Já no caso da *perda evitada* há duas hipóteses. Pode-se evitar dano *ao valor da prestação* ou *danos exteriores à prestação* (conseqüenciais)¹¹². No mais das vezes, a mitigação dá-se por meio de uma *operação substitutiva*. Esta, evidentemente, pressupõe a fungibilidade do bem alvo do contrato e a existência de concorrência naquele mercado, viabilizando, assim, que se contrate com outra parte. Ao agir desta forma, o credor minimiza seus danos decorrentes do inadimplemento, deixando subsistir apenas as despesas decorrentes da operação de substituição e o valor que perdeu pelo atraso no recebimento da mercadoria ou pagamento. Às vezes, também, acaba havendo um prejuízo decorrente da diferença de preço entre o primeiro contrato e o substitutivo; este prejuízo também será indenizado pela parte inadimplente.

No *Uniform Commercial Code (UCC)*¹¹³ consta o seguinte artigo:

proporcionada mais que compensou as perdas e danos sofridas pelo descumprimento inicial. *Ibidem, loc. cit.*

¹⁰⁹LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 28

¹¹⁰Nesta hipótese traz, o supramencionado autor, o exemplo que se copia: Um empreiteiro foi contratado por um município para construir uma ponte. Depois de iniciada a construção, o município notificou o empreiteiro para que parasse as obras, pois tinha desistido de construir a estrada. O empreiteiro finalizou a ponte e iniciou ação judicial para receber todo o preço devido. O Tribunal entendeu que o empreiteiro não poderia receber nada que remunerasse os custos supervenientes à notificação do município. *Ibidem, loc. cit.*

¹¹¹*Ibidem*, p. 29

¹¹²*Ibidem, loc. cit.*

¹¹³Trata-se de uma lei contendo diversos preceitos de direito comercial, editada pelo congresso Norte-Americano, para ser adotada uniformemente pelos estados da federação, uma vez que o direito privado é competência estadual. *Ibidem, loc. cit.*

§2-706. Revenda pelo Vendedor, incluindo contrato para revenda

- (1) Sob as condições estabelecidas na seção 2-703 sobre os remédios à disposição do vendedor, este pode revender as mercadorias respectivas ou qualquer saldo não entregue. Quando a revenda é feita de boa-fé e de forma *comercialmente razoável*, o vendedor pode *recuperar* a diferença entre o preço de revenda e o preço contratual, além de quaisquer danos incidentais permitidos de acordo com os dispositivos desse Artigo (Seção 2-710), mas *descontadas as despesas economizadas em razão do adimplemento do comprador*. (grifo nosso)¹¹⁴

A razoabilidade da revenda será analisada, no caso concreto, relevando todos os fatores que podem influenciar no preço (necessidade de venda rápida pela perecibilidade dos bens, alteração do valor de mercado, etc). Ainda que seja feito o juízo de razoabilidade, bastará ao credor comprovar que agiu *diligentemente* para obter um bom preço, não sendo necessário comprovar que realizou a operação pelo melhor preço disponível no mercado¹¹⁵. Isto implica dizer que *o devedor não poderá tentar diminuir o valor a indenizar alegando que o credor poderia ter vendido o bem por valor superior*, salvo em caso de preço manifestamente irrazoável.

Importante também deixar claro que, no caso de vendedor que realizaria as vendas independentemente do contrato com o comprador inadimplente – ou seja, que apenas diminuiu a quantidade de vendas pelo descumprimento do contrato pela outra parte -, não pode ser deduzido do valor a ser indenizado o lucro obtido pelas vendas subseqüentes, pois estas não são uma *substituição* ou revenda, são a operação normal de comércio daquele credor. Neste caso, a apuração da indenização desconsiderará o desconto – das vendas subseqüentes - e será calculada com base na perda do volume de vendas pelo credor. Neste sentido, indicam CORBIN e PERILLO que os

ganhos feitos pela parte prejudicada em outras transações depois do inadimplemento não devem ser deduzidos dos danos que são indenizáveis, a menos que tais ganhos não pudessem ter sido realizados se não tivesse havido o inadimplemento.¹¹⁶

O mesmo se dá com o comprador que não recebeu sua mercadoria; ele pode buscar outro fornecedor no mercado e ser indenizado pela diferença de preços entre o valor do contrato descumprido e o novo valor - do contrato com a parte substituta. Da

¹¹⁴ LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 31

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 32

¹¹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

mesma forma, o valor da compra substitutiva deve ser razoável, e a outra parte não pode alegar que havia oferta de produto com preço inferior no mercado para diminuir o montante a ser indenizado. No caso de não mitigar o prejuízo, a medida das perdas e danos se dá pela diferença do valor contratual (do contrato inadimplido) e do valor de mercado dos produtos¹¹⁷ – além de outros danos possíveis, decorrentes do inadimplemento, a serem analisados no caso concreto.

Deve-se, aqui, indicar uma diferença entre esta solução (norte americana) e a solução adotada na Inglaterra. Nesta, havendo mercado para o produto em questão, é irrelevante, para a apuração de perdas e danos, se o comprador fez, ou não, a operação substitutiva, porquanto a indenização sempre é calculada com base na diferença entre o preço de mercado e o preço contratual – não havendo mercado, será calculada pelas efetivas perdas e danos. Desta maneira, há um incentivo à mitigação do credor, pois se este não quiser ficar suscetível às oscilações do mercado, buscará imediatamente a substituição. Se, ao mitigar, adquiriu produto com valor acima do de mercado, não será considerado razoável o seu esforço para a operação substitutiva; se adquiriu produto com valor menor do que de mercado, deve ficar com os lucros decorrentes de sua própria competência¹¹⁸.

Além dos contratos de compra e venda, a mitigação por substituição pode ser buscada em caso de demissão indevida (pelo esforço razoável de procura de um novo emprego¹¹⁹), uso de local publicitário (o credor procurará outro anunciante para ocupar o espaço), locação de imóveis, locação de veículos, etc. Em todos estes casos o valor a ser indenizado considerará a diferença de preço – do preço obtido na substituição frente ao preço contratual¹²⁰.

Além das medidas substitutivas, o credor pode buscar qualquer outra que o ajude a reduzir o seu prejuízo, desde que ela seja razoável. O comprador de uma galeria que,

¹¹⁷LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 33

¹¹⁸*Ibidem*, p. 34.

¹¹⁹Interessante, para ilustrar, o caso do empregado que recebia em torno de 1 milhão anual, sendo demitido injustamente, e que arrumou outro emprego com remuneração anual de 15.000,00. Esta obtenção de novo emprego não foi considerada alvo de esforço razoável, porquanto o salário era muito inferior ao que o nível do profissional permitia a ele conseguir. Segundo a decisão judicial, ele poderia ter mitigado o próprio prejuízo se tivesse feito esforço razoável para conseguir emprego na sua área de atuação, onde a remuneração seria mais alta. *Ibidem*, *loc. cit.*

¹²⁰*Ibidem*, p. 35-36.

depois de uma chuva intensa, verifica goteiras pode retirar as obras dos pontos em que há entrada de água, preservando assim a integridade do acervo¹²¹.

O contratante pode também se furtrar de realizar uma ação por verificar a ausência de um bem prometido pelo outro contratante¹²² - como, por exemplo, não sair de carro quando verifica que há vazamento de óleo.

Em suma, o esforço feito pelo credor no sentido de minimizar o próprio prejuízo, assim como a necessidade de tomar medida para a mitigação, serão analisados, no caso concreto, pela *razoabilidade*¹²³ – seja da medida tomada, ou das que se apresentavam possíveis, no caso de haver a possibilidade da minimização. Com base na jurisprudência da *common law*, pode-se afirmar, segundo esta razoabilidade, que *não será exigido*¹²⁴ *que o credor sacrifique seus interesses*¹²⁵, *renuncie a direitos seus, arrisque-se em demasia, passe por dificuldades financeiras, despenda valor desproporcional ao contrato inadimplido, cometa ato ilícito*¹²⁶, *assuma risco de litígio com terceiro*, etc.

¹²¹LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011., p. 37.

¹²²É o caso de um comprador de uma terra em que estava prometido o acesso a canal de irrigação, mas que, no qual, contudo, o credor verifica a inexistência de tal acesso e, não obstante, planta em toda área, perdendo todo investimento feito, devido à impossibilidade de irrigar a plantação. O credor deveria não ter plantado, e cobrado nas perdas e danos o valor acrescido por não ter podido plantar. Neste caso, em que o credor plantou mesmo sabendo da inexistência do acesso à água, não foi dada indenização pelos custos da plantação perdida. *Ibidem, loc. cit.*

¹²³ HUBERTO ÁVILA indica como opera a razoabilidade citando três acepções dela, que considera as mais importantes. Essa opera: pelo estabelecimento de relação das normas gerais com as (i) individualidades do caso concreto; (ii) com o mundo ao qual elas fazem referência, esse sendo ou um suporte empírico e adequado ao ato jurídico, ou uma relação critério-medida; e (iii) como equivalência entre duas grandezas, ou seja, da medida com o critério que a dimensiona. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 154.

¹²⁴“Nesse sentido, afirma-se que o prejudicado: (i) não está obrigado a arriscar demasiadamente seu dinheiro; (ii) não está obrigado a proceder a uma cirurgia excessivamente arriscada; (iii) não necessita tomar um risco de um litígio contra terceiro; (iv) não está obrigado a prejudicar a sua reputação comercial; e (v) não deve padecer por sua incapacidade financeira em adotar as medidas necessárias à eliminação ou mitigação do dano.” ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 35, p. 28-36, jul/ago/set 2012. p. 35.

¹²⁵Há um caso emblemático inglês, que demonstra bem o limite do dever de mitigar quando a mitigação vai de encontro com o interesse do credor: Um empreiteiro, ao saber de licitação pública para construção de prédio, fez consulta com empresa hidráulica especializada. Após a formação do preço e vitória da licitação, a empresa hidráulica se negou a fazer o serviço. A empreiteira, não obstante, contratou outra empresa hidráulica e, após realizada a construção da obra, cobrou perdas e danos da primeira hidráulica. Esta alegou que se a empreiteira não tivesse assinado o contrato com a Administração Pública, os danos teriam sido evitados. O argumento, contudo, não foi aceito, pois a empresa estaria sacrificando seus próprios interesses. Cf. LOPES, *op. cit.*, p. 40.

¹²⁶*Ibidem*, p. 190.

Em decisão da Suprema Corte Americana, há também a demonstração de que *não é possível*, na existência de mais de uma alternativa razoável para a mitigação do prejuízo, o devedor exigir – em juízo – que o credor tivesse escolhido uma ou outra.¹²⁷

Exclui-se dessa limitação, evidentemente, os casos em que uma medida é claramente mais adequada e escolhe o credor a mais arriscada e incerta. Tudo depende das condições do momento, das circunstâncias durante a tomada de decisão pelo credor¹²⁸ – o que não pode é a doutrina da *evitabilidade* ser usada para limitar as opções disponíveis ao credor para mitigar seu prejuízo.

Além do controle por meio da *razoabilidade*, é considerado um limite ao dever de mitigação por parte do credor, a *oportunidade de mitigação frente ao dano*. Se a presunção de que o credor é o *least cost avoider*¹²⁹ for refutada no caso concreto, o ônus de mitigar não recairá sobre ele; *à parte em melhores condições de mitigação incumbirá o ônus de mitigar*. Assim, se o credor e o devedor estão em iguais condições de evitar o dano, ou ainda, o devedor têm melhores condições de fazê-lo, entende-se que, a despeito de não mitigar o seu prejuízo, o credor tem direito à reparação integral dos danos decorrentes do inadimplemento¹³⁰.

Como consequência da mitigação pelo credor está - além da exclusão do valor efetivamente mitigado do montante a ser indenizado (o já abordado aspecto positivo mitigação) - a necessidade de o devedor *indenizar as despesas com a mitigação*.

¹²⁷Quando é exigida a escolha entre duas medidas razoáveis, a pessoa cujo inadimplemento forçou a escolha não pode reclamar que uma foi adotada ao invés da outra. A regra de mitigação dos danos não pode ser invocada pela parte inadimplente de um contrato como fundamento de uma análise excessivamente crítica da conduta da parte prejudicada, ou meramente com o propósito de mostrar que a parte prejudicada poderia ter adotado ações que pareceriam mais inteligentes ou que seriam mais vantajosas para o inadimplente. Ninguém é obrigado a exaltar os interesses do inadimplente em seu próprio provável detrimento. *In re Kellert Aircraft Corp.*, 186 F.2d 197, 198-99 (3rd Cir. 1950). Citado por FARNSWORTH *apud*. LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 41.

¹²⁸O juiz deve sempre ter em mente a situação do credor no momento do inadimplemento, pois este não era previsto, é uma exceção, assim a reação em busca da mitigação não foi planejada com antecedência; há pouco tempo para tomar decisões, há perigo de mais perdas, incerteza quanto à solução tomada, etc.

¹²⁹Mencionada na página 33 deste trabalho.

¹³⁰Caso emblemático neste sentido é trazido também por LOPES em sua tese. Um empreiteiro subcontratou uma empresa vendedora de concreto, visando à construção de uma ponte com terceiro. A empresa vendedora de concreto entregou, por vezes reiteradas, quantidade insuficiente de concreto. A despeito disso, o contratante não buscou substituto à empresa que vinha descumprindo o contrato. Ao fim, buscou reparação de perdas e danos pelo reiterado descumprimento contratual. Em primeira instância entendeu-se que o contratante não estava mais legitimado a acreditar que a vendedora de concreto cumpriria o contrato da forma acertada e, portanto, deveria ter procurado outro fornecedor. A decisão foi, entretanto, reformada, pois houve o entendimento de que, no caso concreto, as duas partes tinham iguais condições de minimizar os danos, não sendo portanto exigível que a mitigação partisse do credor. *Cf.* LOPES, *op. cit.*, p. 49

Da mesma forma que limita o direito do credor prejudicado de ser indenizado por danos que poderiam ter sido evitados, permite que o credor possa recuperar os custos e despesas incorridas com os esforços razoáveis de mitigação.¹³¹

Há, desta forma, dois incentivos ao emprego de esforços razoáveis para mitigar, primeiro a impossibilidade de opor os danos evitáveis ao devedor e segundo a possibilidade de reaver os custos que tiver na mitigação. Estas despesas também passarão pela análise de razoabilidade, e serão reembolsadas mesmo que não atinjam o efeito mitigatório esperado, desde que haja uma economia ao devedor nos danos a serem indenizados¹³².

2.3.2 A Mitigação do Próprio Prejuízo no Direito Continental

Importante situar, também, o Dever de Mitigar no direito continental. Neste tópico nos focaremos nos Direitos Alemão, Italiano e Francês. Com essa finalidade, procurou-se exemplos legais da (mencionada no ponto anterior) *evitabilidade*¹³³ nos países citados.

No direito alemão, a *evitabilidade* (ou o dever de mitigar), pode ser encontrada, em seu aspecto negativo¹³⁴, no §254 do BGB, na segunda alínea.

§254 Mitverschulden

(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

(2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder mindern. Die Vorschrift des §278 findet entsprechende Anwendung.¹³⁵

¹³¹ LOPES, Christian Sahl Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 50.

¹³² *Ibidem*, p. 51.

¹³³ No sentido de não ser indenizado o dano que, por meio de esforços razoáveis, era evitável pelo credor.

¹³⁴ O aspecto negativo já foi abordado no presente trabalho, e se refere ao abatimento do valor da indenização no montante dos danos que, a despeito de serem evitáveis por esforço razoável, não foram mitigados.

¹³⁵ § 254 Culpa concorrente

Na primeira parte do dispositivo, está a culpa concorrente – ou negligência concorrente (*Mitverschulden*) - propriamente dita, situação na qual o credor contribui (*mitwirkt*) para a causa do dano (*Schaden*). Assim, o parágrafo 254, indica que a responsabilidade e a extensão da indenização dependerão da contribuição do credor para o dano, e, no trecho final da penúltima frase da alínea (2), consta que o mesmo se dá quando o credor “falhar em evitar ou reduzir o dano”. Desta leitura percebe-se que, apesar de constar no mesmo dispositivo que a culpa concorrente, não se trata de uma modalidade dela, porquanto não ocorre a contribuição para a causa do dano, mas, após a ocorrência ou do dano, ou do inadimplemento, a não redução dele. Há portanto o mesmo efeito para os dois casos, ainda que sejam espécies diferentes. LOPES indica que na Alemanha a aplicação se dá majoritariamente nos casos de responsabilidade civil não contratual – ou aquiliana.

Quanto à conduta do credor, no caso de não mitigação, ela somente viola o mandato de atender devidamente seu próprio interesse. Seria uma omissão da diligência exigida no tráfico¹³⁶. A conduta do credor em não minimizar o dano também é aferida por meio da *razoabilidade* no caso concreto¹³⁷.

No Código Civil italiano, tal disposição também está presente juntamente à culpa concorrente. Não se deve, contudo, concluir que trata-se da mesma coisa; *a doutrina e a jurisprudência italianas firmaram entendimento de que esse artigo trata de duas hipóteses diferentes*.¹³⁸

(1) Quando a culpa da pessoa prejudicada contribui para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos e a extensão da compensação a ser paga dependem das circunstâncias, em particular, de qual extensão do dano é causada preponderantemente por uma ou pela outra parte.

(2) Isso também se aplica, se a culpa da parte prejudicada se restringe a falhar em chamar a atenção do credor para o perigo de um dano de extensão incomum, quando o credor não estava ou não deveria estar ciente do perigo, ou em falhar em evitar ou reduzir o dano. O disposto no artigo 278 se aplica com as necessárias modificações.(tradução nossa) ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**: 69. Auflage 5001. Beck-Texte DTV, 23, Januar 2012. p. 48.

¹³⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 57.

¹³⁷ Traz o caso de um artesão que, após tratar lesão com médico, teve gangrena. A solução que se apresentou foi a amputação do dedo, à qual se negou o artesão. O *Reichsgericht*, ao examinar o caso, para aferir se houve falta ao dever de minimizar os danos, levantou os seguintes questionamentos: (i) se a operação, aos olhos dos *experts* é livre de risco; (ii) se a cirurgia envolve dor significativa, pois o princípio da boa-fé não impõe que a o credor tenha que se submeter a dor excessiva em benefício do devedor; (iii) se e possível assegurar, por *experts*, que a operação trará benefícios para a capacidade de trabalho do artesão; (iv) se o devedor se comprometeu a pagar a cirurgia, ou pagou os custos antecipadamente. *Ibidem, loc. cit.*

¹³⁸ *Ibidem*, p. 62.

Art. 1227 Concorso del fatto colposo del creditore

Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (2056 e seguenti).¹³⁹

A primeira parte refere-se à hipótese da culpa concorrente, que será “pesada” juntamente com a culpa do devedor para que se calcule o valor devido a ser indenizado; e, a segunda *exclui a possibilidade de indenização* no caso de o credor ter podido evitar o dano, sendo ordinariamente diligente, e não o fez. Quanto a este artigo, BARASSI afirma que:

La colpa del danneggiato può invece influire sino a escludere la responsabilità quando si tratti di danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare se avesse usato l'ordinaria diligenza.¹⁴⁰

Ou seja, é *excluída a responsabilidade referente aos danos* que seriam evitáveis através da “*ordinaria diligenza*”, esta que ele, posteriormente, conceitua como fazer o que faria, nas mesmas condições, *um bom pai de família* para aliviar ou, se possível, fazer cessar o dano causado pelo devedor¹⁴¹. Trata-se da adoção de cautelas elementares através das quais se pode reduzir o dano e que qualquer um *pode e costuma (può e suole)* tomar sem dificuldade¹⁴².

Esse reflexo na quantia a ser indenizada é uma forma de reprovar a inércia do credor. Para demonstrar esta reprobabilidade, BARASSI questiona:

il danneggiato dovrà rimanersene inattivo, inoperoso, evitando le cautele anche più elementari, per sua negligenza?¹⁴³

¹³⁹ Art. 1227. Concorso de fato culposo do credor. Se o fato culposo do credor concorreu para a causa do dano, o ressarcimento será diminuído na medida da gravidade da culpa e da magnitude das conseqüências que dela derivam. *O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado usando diligência ordinária.* (grifo nosso - tradução nossa) ITÁLIA, **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.studiocelestano.it/codici/cc/IIvfl.htm>>. Acesso em 25 de Novembro de 2013.

¹⁴⁰ A culpa pode afetar e até excluir a compensação/indenização no caso de danos que o lesado/credor poderia evitar se tivesse usado o cuidado ordinário. (tradução nossa) BARASSI, Lodovico. **La Teoria Generale delle Obligazioni**. Milano: Mvlt a pavcis, 1948. p. 552.

¹⁴¹ “Si é proclamato, cioè, che il danneggiato deve in via *generale fare ciò che nelle sue condizioni il buon padre di famiglia farebbe* per lenire o addirittura, se ciò sia *ragionevolmente possibile*, far cessare lo stato dannoso in cui il fatto altrui l’ha collocato.”(grifo nosso) *Ibidem*, p. 553

¹⁴² “cautele elementari mercè le quali si può diminuire il danno e che ognuno ‘può e suole’ prendere senza difficoltà”. *Ibidem*, p. 554

¹⁴³ “o credor deverá permanecer inativo, inoperante, se furtando de tomar as cautelas, até as mais elementares, pela sua negligência?” (tradução nossa) *Ibidem*, *loc. cit.*

Ao questionamento, ele responde:

Allo stato odierno della nostra coscienza giuridica – illuminata dalla sensibilità odierna – crediamo che si possa dire **P'inazione**, in siffatto caso, **essere contraria alle regole della onesta convivenza sociale**. (grifo nosso)¹⁴⁴

No ponto da consequência à não mitigação, há diferença, portanto, entre o Direito Alemão e o Italiano. Enquanto o primeiro submete a mitigação ao mesmo juízo da culpa concorrente, onde o juiz avaliará a contribuição dos atos do credor e do devedor para os danos não mitigados, o segundo simplesmente impede que o credor seja indenizado pelos danos que eram evitáveis.¹⁴⁵

No direito Francês não há previsão expressa do dever de mitigação, havendo contudo alguns casos de aplicação semelhante à da *evitabilidade*, mas tratados por culpa concorrente, danos remotos e imprevisíveis, violação da boa-fé, ausência de nexo causal, etc.¹⁴⁶

2.3.3 A Mitigação do Próprio Prejuízo no Direito Brasileiro

O instituto acabou sendo trazido à atenção dos juristas e doutrinadores nacionais por dedicação dispensada por VERA FRADERA que, ao se deparar com tal ônus na Convenção de Viena, vislumbrou a possibilidade da sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Na convenção de Viena de 1980, está presente no art. 77, que afirma:

A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.¹⁴⁷

¹⁴⁴ “No Estado atual da nossa consciência jurídica – iluminada pela sensibilidade de hoje – acreditamos que se possa dizer que a inação, em tais casos, é contrária às regras da honesta convivência social.” (tradução nossa) BARASSI, Lodovico. **La Teoria Generale delle Oblbligazioni**. Milano: Mvlt a pavcis, 1948. p. 554.

¹⁴⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 62.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 66 *et. seq.*

¹⁴⁷ “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas que forem razoáveis nas circunstâncias para limitar o prejuízo, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela deixa de tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.” (tradução nossa). CISG, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html>> Acesso em: 22 de Outubro de 2013.

Assim, preceitua o artigo em questão que a parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, tendo em conta as circunstâncias do caso, para diminuir a sua própria perda, inclusive o lucro cessante, que resultar da quebra contratual.

No Código Civil brasileiro de 2002, há apenas uma previsão no sentido de mitigação dos prejuízos, referente ao contrato de seguros, que preceitua:

Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as conseqüências.

Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüente ao sinistro.

A possibilidade de recepção deste dever, como regra em caráter geral, foi questionada no artigo de título: “Pode o credor ser instado a diminuir o seu próprio prejuízo?¹⁴⁸”. Neste artigo, VERA FRADERA aduz que:

O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática de foro, com situações em que o credor se mantém inerte face ao descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.¹⁴⁹

O artigo teve grande repercussão e, posteriormente, houve a sua aprovação, como enunciado da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, em 2004, favorecendo assim a adoção deste instituto no direito brasileiro. Este enunciado refere o seguinte:

169. art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Esta recepção deu-se, portanto, como um ônus derivado do princípio da boa-fé objetiva, expressa no art. 422 do Código Civil de 2002. Assim, da mesma forma que incidem os deveres anexos, e que se veda o comportamento contrário à boa-fé, o ônus de mitigar o próprio prejuízo acompanha o contrato, ainda que não pactuado, pois se

¹⁴⁸FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, padma, v. 19, p. 109-122, jul/set, 2004.

¹⁴⁹*Ibidem*, loc. cit.

trata de uma incumbência ou encargo que se origina do ordenamento jurídico, mais precisamente da cláusula geral de boa-fé, não da vontade ou disposição das partes.

O fundamento para este ônus pode ser retirado tanto do artigo 422 do Código Civil, como um dos deveres de cooperação derivados do princípio da boa-fé objetiva¹⁵⁰ (ainda que se trate de um dever de menor intensidade), quanto do artigo 187 do mesmo Código, onde se enquadraria na vedação de comportamento contrário à boa-fé, juntamente com a vedação do abuso de direito¹⁵¹ e do *venire contra factum proprium*¹⁵².

Deve-se lembrar, como abordou-se no ponto referente à boa-fé, que a adoção desta como cláusula geral possibilitou a abertura do sistema a princípios e valores – pois ela dá ao juiz uma função de criação de direitos [e deveres] no caso concreto -, permitindo maior maleabilidade ao ordenamento jurídico e a sua adaptação às mudanças da sociedade.

A prova disso está no fato de que já se aplicava, como bem lembra JUDITH MARTINS-COSTA¹⁵³, nos tribunais, antes mesmo da aprovação do supramencionado Enunciado, esta acepção da boa-fé (mitigação do próprio prejuízo), mesmo que tal ônus não fosse nomeado da mesma forma que é hoje. Foi o caso de uma decisão de 2000, do STJ, cujo acórdão foi da lavra do Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, no qual ele indica, referindo-se aos lucros cessantes, que:

Essa verificação deve ser feita de acordo com critérios definidos pela **boa-fé objetiva, que atribuem à vítima do dano o dever de colaborar lealmente, com o que está ao seu alcance, para impedir a continuidade dos efeitos do sinistro**. Não fosse assim, a ocorrência do dano poderia ocasionar prejuízo por tempo indeterminado, quando estava ao alcance do lesado a

¹⁵⁰“o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio da doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, padma, v. 19, p. 109-122, jul/set, 2004., p. 118

¹⁵¹Seguindo o entendimento de JUDITH MARTINS-COSTA, colocamos sob o escalpo da boa-fé objetiva a vedação ao abuso de direito. Tal posicionamento encontra-se em: MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela boa fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Questões Controvertidas: Parte gera do código civil**. Vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 540.

¹⁵²“... restam ainda, sob o influxo da jurisprudência francesa, duas possibilidades de justificar a recepção: o conceito de *venire contra factum proprium* e o de abuso de direito ...” FRADERA, *op. cit.*, p. 119

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexão sobre 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 559 – 595. p. 587.

possibilidade concreta de evitar seu prolongamento no tempo.(grifo nosso)¹⁵⁴

A boa-fé, entretanto, deve ser bem explicada, sob pena de significar tudo, e conseqüentemente nada. Como bem adverte JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁵⁵:

O grande inconveniente da boa fé, tal como tem sido desenvolvida, é o oposto da sua virtude: a sua excessiva extensão. Se se aplica a todos os setores do direito e em todas as circunstâncias, perde compreensão. Por isso dizemos que a boa fé, se é tudo, passa a não ser nada. Passa a ser um rótulo com pouca explicatividade.

Contra esta excessiva diluição há que reagir, distinguindo figuras que concretizem o critério geral.

Neste sentido, cabe sempre definir quais são as condutas vedadas pela boa-fé e quais são os deveres – e ônus – trazidos por ela aos contratos, por meio da definição das figuras que concretizam o critério geral. A caracterização do Dever de Mitigar e definição da sua forma da aplicação faz-se extremamente necessária, até para que se evite a sua menção em casos em que não há necessidade de sua invocação, o que banalizaria o instituto e prejudicaria sua compreensão.

Isto posto, enfatiza-se que este Dever [dever menor ou ônus] de Mitigar, da mesma forma que ocorre na *common law*, no direito brasileiro também não se trata de um dever, nem uma obrigação do credor, pois o devedor não dispõe de mecanismos para forçar a conduta do daquele, nem poderia “ser sancionada pela responsabilidade contratual, tendo como sujeito passivo o credor”¹⁵⁶. Desta forma, *este dever (tradução de Duty) seria mais um ônus do credor*, que, se não tomar as providências tidas como razoáveis, não terá direito à indenização completa dos danos sofridos.

No direito alemão, por exemplo, há duas palavras distintas para cada sentido. O dever, como conhecemos é chamado de *Pflicht*, enquanto que o dever de menor intensidade, não executável e que não sujeita quem o descumpra a indenizar por perdas

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4 T, Quarta Turma . REsp 256274/SP. Recorrente: Sul América Bandeirante Seguros S/A. Recorrido: Novo Hotel Cacique LTDA. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília 26/09/2000.

¹⁵⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 60-82, jan/mar, 2006. p. 70.

¹⁵⁶FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, padma, v. 19, p. 109-122, jul/set, 2004.

e danos é designado como uma *Obliegenheit*¹⁵⁷⁻¹⁵⁸, e esta correspondente ao dever de mitigar o próprio prejuízo.

No direito suíço, houve a cunhagem do termo *incombance*, que proviria do verbo latino *incumbere*, que equivaleria a um ônus. Já, no direito francês, se aplicaria também este conceito, ainda que com outras terminologias¹⁵⁹, retirando fundamento do princípio da boa-fé e do abuso de direito¹⁶⁰.

Desta forma, ainda que se chame de um dever, é importante ter em mente que não se trata de um dever, mas de um ônus¹⁶¹. Trata-se de uma conduta que visa preservar o próprio interesse do agente e, cuja não observância, acarreta como consequência, unicamente, a limitação da indenização, tendo por base o que poderia ter sido mitigado por esforços razoáveis. Opera como “*impugnação ou objeção à própria formação da relação jurídica indenizatória ou, em outros termos, na própria criação do direito subjetivo do credor à reparação dos danos evitáveis*”¹⁶².

O que se busca através deste ônus é uma conduta leal e honesta, de acordo com a qual o credor aja de maneira diligente e cooperativa, empregando esforço razoável de maneira a evitar os danos ou o agravamento deles. É claramente uma exigência de conduta pautada pela boa-fé diante da inexecução do contrato pela outra parte.

Em outras palavras, não se espera que o credor, diante a inexecução do contrato, permaneça inerte vendo seu prejuízo aumentar, ou assuma uma postura de oponente do

¹⁵⁷Necessário indicar que o termo *Obliegenheit* surgiu no direito alemão, na parte dedicada aos seguros, da mesma forma que no direito brasileiro, no art. 771 do Código Civil, referente a seguros, temos o ônus do credor de mitigar seu prejuízo.

¹⁵⁸Segundo WITZ: O direito alemão conhece uma forma mais leve de obrigações, a *Obliegenheit* que se pode definir como sendo uma obrigação (*Pflicht*) de menor intensidade. Enquanto o direito francês conhece apenas uma noção, aquela de obrigações, o direito alemão recorre aos dois conceitos, as *Obliegenheiten* e as *Pflichten*. Por oposição às *Pflichten*, as *Obliegenheiten* são insuscetíveis de execução forçada e não podem gerar uma condenação a perdas e danos. Ao não as respeitar, os devedores perdem apenas uma vantagem jurídica; também se denomina igualmente as *Obliegenheiten* e obrigações com relação a si mesmas (*Pflichten gegen sich selbst*). In: LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 182.

¹⁵⁹ A aplicação do dever de mitigar o próprio prejuízo se dá por outras vias, como já exposto (*venire contra factum proprium*, abuso de direito, etc), e não como uma figura própria de dever de mitigar o prejuízo.

¹⁶⁰FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, padma, v. 19, p. 109-122, jul/set, 2004. p. 118

¹⁶¹Segundo lição de Clóvis do Couto e Silva: Os deveres para consigo mesmo, aos quais já nos referimos, não constituem deveres nas sua verdadeira acepção. Somente podem ser considerados como **ônus**, algo que não pertence ao mundo jurídico, mas ao mundo dos fatos. Esses ônus, por não se constituírem em deveres no sentido jurídico, exatamente, porque dever é sempre dever para com alguém, podem, entretanto, constituir direito formativo. (grifo nosso) In: COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A Obrigação como Processo**. 1964. 234 f. Tese para concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 122.

¹⁶²LOPES, *op. cit.*, p. 186

devedor – somente vislumbrando o momento da indenização-, mas que coopere, tomando todas as medidas razoáveis para não permitir o agravamento do seu próprio prejuízo.

O “termômetro” para auferir que medidas deve ser tomadas pelo credor para reduzir seu dano, ou evitá-lo, como já mencionado, e em consonância com a *common law*, é a *razoabilidade*¹⁶³, que será analisada, e não poderia ser diferente, no caso concreto pela verificação das finalidades do contrato, das circunstâncias do mesmo e dos usos e práticas considerados relevantes¹⁶⁴, das opções que dispunha o credor e as pressões a que estava submetido no momento da decisão, dentre outros fatores¹⁶⁵.

Na jurisprudência brasileira, há casos em que o credor não teve a indenização completa por não informar ao banco do furto do cartão¹⁶⁶ ou da perda dele¹⁶⁷ e por demora em realizar penhora¹⁶⁸.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Des. UMBERTO SUDBRACK proferiu sentença¹⁶⁹ - para um caso de venda de máquina com defeito, que foi devidamente substituída, mas que, durante a substituição, gerou, pela sua falta, à empresa contratante, prejuízo (os lucros cessantes) - onde referiu que a autora não demonstrou ter se acautelado de eventual prejuízo ou por meio da compra de outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou entabulando contrato de prestação de

¹⁶³ZANETTI indica que: “Sempre que o intérprete se depara com um conceito dessa natureza, não tarda a sublinhar a necessidade de examinar o caso concreto. Trata-se, no entanto, de afirmação tão precisa quanto incompleta. Precisa porque o conceito jurídico indeterminado sempre requer a atenta consideração das circunstâncias. Incompleta porque mal disfarça a necessidade de identificar critérios que permitam aferir se o credor se desincumbiu daquilo que dele se podia legitimamente esperar.” In: ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 35, p. 28-36, jul/ago/set 2012. p. 32.

¹⁶⁴*Ibidem*, p. 33.

¹⁶⁵LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 191.

¹⁶⁶O furto se deu no dia 29.08, contudo, o credor somente avisou o banco no dia 05.09. In: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 18ª Câmara Cível. Apelação cível nº 7002928496. Apelante: Mario Ramos Ucha. Apelado: Banrisul – Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A.. Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá. Porto Alegre. 25.06.2009.

¹⁶⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 17ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70032014458. Apelante: Banco do Estado de São Paulo S/A. Apelado: Moacir Sylvio Dal Castel. Rel. Des. Liége Puricelli Pires. Porto Alegre. 25.06.2009.

¹⁶⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 1.288.546-0/2. Agravante: Nilo Sérgio Conglio Porta. Agravado: Banco Sudameris Arrendamento Mercantil S/A. Rel. Des Adilson de Araújo. São Paulo. 25.06.2009.

¹⁶⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70025609579. Apelante: Prakasa Indústria e Comércio de Utilidades do Lar LTDA. Apelada: Mercomáquinas Indústria e Comércio e Representações LTDA. Rel. Des. Umberto G. Südrack. Porto Alegre. 20.05.2009.

serviço com outra empresa com o fim de substituir a máquina danificada. E aduz, UMBERTO SUDBRACK, nas razões de decidir que:

a esse respeito, é imperioso suscitar o conceito do *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor, derivado da família jurídica anglo-saxônica, e recepcionado no Brasil como Enunciado nº 169, do Conselho de Justiça Federal

Do exposto, mostra-se o dever de mitigar onde a mitigação poderia ter sido feita pelo credor com a substituição do objeto - proveniente do contrato - com defeito, ou pela contratação de uma empresa que realizasse a substituição. Ainda, é apontado pelo desembargador que, esta conduta era a que seria *razoável* para uma empresa com a experiência com que contava a credora, ou seja, a razoabilidade da conduta foi aferida no caso concreto de acordo com as circunstâncias relevantes.

Cabe, ainda, especial menção à manifestação do STJ a respeito do tema. O caso é uma ação referente à retomada de imóvel abandonado¹⁷⁰. O autor alega ter firmado contrato de compra e venda com o réu. Este deixou de pagar as parcelas pactuadas em 1994, tendo abandonado o imóvel em 2001. Em 2002, o credor ingressou com ação de reintegração de posse, cumulada com pedido de indenização por perdas e danos. A reintegração de posse foi concedida, contudo, a indenização ficou limitada às perdas e danos que se deram até o momento do abandono do imóvel, em 2001. A decisão foi mantida pelo STJ, quando acionado por recurso especial. O acórdão¹⁷¹ aduz que:

avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo, ou, no direito alienígena, *duty to mitigate the loss*: as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Desse modo, **a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano**, pois sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade. (grifo nosso)

Desta forma, confirma-se o entendimento pelo nosso Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido do exposto neste tópico. O acórdão deixa claro em que sentido houve falta de razoabilidade na conduta do credor:

o promitente-comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do

¹⁷⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial nº 758.518-PR. Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. Apelado: Sérgio Meca de Lima. Rel. Min. Vasco Della Giustina. Brasília, 17.06.2010.

¹⁷¹ *Ibidem*

contrato de compra e venda em 1994, **abandonando**, posteriormente, **o imóvel em setembro de 2001. Contudo o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002**, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, **situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido. (grifo nosso)**

O STJ ainda referiu o *Duty to Mitigate the Loss* em outros 5 casos¹⁷². Estes, entretanto, foram *habeas corpus* - se deram no Direito Penal - remetendo à necessidade de colaboração¹⁷³ das partes no andamento do processo penal, de forma que não importam à presente análise diretamente, mas demonstram uma inclinação desta instância superior à aplicação deste dever em outras áreas do direito, e não apenas no Direito Civil. Ainda, demonstram que condutas fundadas na inércia e abuso de direito são reprovadas pelo Direito, considerado como um todo.

Pelo exposto, resta claro o posicionamento do STJ em sentido contrário à anuência com a inércia do credor frente ao crescimento dos danos em seu patrimônio, negando, nestes casos, a indenização pelos prejuízos evitáveis com um esforço razoável. Há um dever de cooperação entre as partes, derivado do princípio da boa-fé objetiva, que cria um ônus ao credor, que deve agir como diligência (a ser medida pela razoabilidade no caso concreto) no sentido de mitigar os seus prejuízos.

Estabelecida a mitigação dos próprios prejuízos nos contratos privados, passa-se à análise dos contratos administrativos.

¹⁷² São eles: HC 266426/SC, HC 171753/GO, HC 137549/RJ, HC 131830/SP e HC 255744/SP.

¹⁷³ Como, por exemplo, fornecer corretamente o endereço para citação e não exercer tardiamente posição processual. Outros casos de aplicação da boa-fé ao processo poderiam ser mencionados, como a proibição do *venire contra factum proprium*, do abuso de poderes processuais e finalmente a *supressio*. Segundo indica FREDIE DIDIER JUNIOR, a *supressio* (*Verwirkung* no direito alemão) seria um fundamento para o Dever de Mitigar o Próprio Prejuízo, pois veda a omissão – esta seria o comportamento abusivo - que leva ao aumento dos prejuízos. *In*: Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *In*: **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.171, p. 35-48, maio 2009. p. 47.

3. CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tendo sido analisado o contrato de Direito Privado, sua evolução histórica, o princípio da boa-fé objetiva e sua adoção como cláusula geral, finalmente, na última parte do capítulo anterior, chegou-se ao ônus de mitigar o próprio prejuízo. Passando por sua análise na *common law*, concluiu-se pela sua incorporação ao direito brasileiro como derivado do princípio da boa-fé objetiva, e sua aplicação aos contratos de Direito Privado. Cabe, agora, analisar os contratos da Administração, para que, então, possa-se verificar a possibilidade de utilização de tal instituto.

A primeira questão a ser posta é: há, de fato, uma diferença fundamental entre os contratos firmados pela Administração Pública e os contratos de Direito Privado que impossibilitaria a aplicação do ônus de mitigar o próprio prejuízo aos contratos ditos administrativos?

3.1 Conceito de Contrato frente ao Contrato Administrativo

A visão consagrada do contrato, como se analisou no primeiro ponto do presente estudo, é como uma figura de Direito Privado, onde impera a autonomia da vontade e se criam, em liberdade de estipulação de conteúdo, por consenso entre as partes - em isonomia -, obrigações vinculantes (*pacta sunt servanda*).

Apesar da aparente vocação privada, não somente particulares se utilizam deste instituto. O Estado acaba também fazendo uso desta figura para cumprir suas funções públicas, direta ou indiretamente. Interessante, quanto a esta postura do Estado, a análise histórica do fenômeno por BERÇAITZ.

durante muchísimo tiempo, el Estado satisfizo todas sus necesidades mediante procedimientos de fuerza y de coacción. Luego con el progreso de las ideas, la coacción y la fuerza cedieron su lugar a la colaboración espontánea y voluntaria de los particulares.

Esa colaboración se regulo en un primer momento mediante la concertación de contratos de derecho privado. El Estado todopoderoso, autolimita sus facultades de *imperium*, inclina su cabeza respetuosa ante la ley y la igualdad, y se coloca en un mismo plano jurídico con sus súbditos, cuya colaboración obtiene para la satisfacción de sus necesidades en forma voluntaria y contractual.¹⁷⁴

^{174c} Durante muito tempo, o Estado satisfez todas suas necessidades mediante procedimentos de força e coerção. Depois, com o progresso das idéias, a coerção e a força cederam lugar à colaboração espontânea e voluntária dos particulares. Essa colaboração se regulou, em um primeiro momento, pela celebração de

O Estado democrático de direito impõe à Administração Pública o respeito à liberdade individual¹⁷⁵, à lei e à igualdade, fazendo com que aquela tenha de buscar a satisfação de suas necessidades por meio de acordos, aos quais os particulares se vinculam segundo sua vontade – voluntariamente, portanto – por meio de contratos.

O problema é que quando o Estado - por meio da Administração Pública - contrata, devido às suas características, e de acordo com o interesse público inerente a cada contrato, acompanham o pacto prerrogativas¹⁷⁶ - estas graduadas também de acordo com a relevância para o interesse público - à Administração – advindas da autoridade imperativa desta¹⁷⁷-, causando desigualdade entre as partes, alterando o equilíbrio e a isonomia contratual. Como bem explica BERÇAITZ, nestes casos “*se crean entonces derechos y obligaciones recíprocos de indiscutible tipo contractual: pero con características distintas de las que tipifican los contratos de derecho privado*”¹⁷⁸.

Estas características distintas significam, para parte da doutrina, a desfiguração ou desnaturação do instituto, levando, inclusive, à impossibilidade da definição do contrato administrativo como contrato, e criando uma figura nova e desvinculada dos contratos da Teoria Geral dos Contratos, o que faria com que essa fosse regida por legislação e princípios próprios.

Na teoria “privatística” excludente, por exemplo, o contrato, para ser definido como tal, não poderia carecer de (i) igualdade e liberdade das partes em todas as fases contratuais (formação, execução e rescisão), (ii) imutabilidade das cláusulas e (iii) limitação dos efeitos aos contratantes.¹⁷⁹

contratos de direito privado. O poderoso Estado auto-limita suas faculdades de *imperium*, inclina sua cabeça respeitosamente perante a lei e a igualdade, e se coloca em um mesmo plano jurídico que seus súditos, cuja colaboração obtém para a satisfação de suas necessidades de forma voluntária e contratual.” (tradução nossa) BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. pg. 117.

¹⁷⁵“La libertad individual no tollera l'imposicion de un'assunzione di pubbliche funzioni ...” BARASSI, Lodovico. **La Teoria Generale delle Obligazioni**. Milano: Mvlt a pavcis, 1948. p. 34.

¹⁷⁶Sendo a Administração, por definição, tutora do interesse público, não poderia ela igualar-se ao privado. Disso decorreria: (a) a ausência de igualdade entre as partes; e (b) as prerrogativas de intervenção unilateral nas condições pactuadas (subjacentes às cláusulas exorbitantes). NETO, Floriano Azevedo Marques. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**. São Paulo, nº 107, p. 74-82, Dez. 2009.p. 76

¹⁷⁷ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madri: Civitas Ediciones, 2000. p. 675.

¹⁷⁸“são criados direito e obrigações recíprocos de tipo contratual indiscutível: contudo, com características diferentes das que tipificam os contratos de direito privado”(tradução nossa) BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁹*Ibidem*, p. 105.

No Brasil, BANDEIRA DE MELO¹⁸⁰ também não reconhece no contrato administrativo um contrato, porquanto careceria de (i) igualdade entre as partes; (ii) teria objeto situado fora do comércio, voltado ao interesse da coletividade, o que levaria à impossibilidade de o interesse público se curvar frente ao interesse particular; (iii) não haveria autonomia da vontade, já que as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pela Administração; e, (iv) desrespeito à força obrigatória das convenções, dada a capacidade de alteração unilateral do contrato pela Administração.

Importante no sentido de desconstruir tais restrições é tomar em conta que esta visão de contrato tem por base uma concepção antiga, que, como bem indica BERÇAITZ, agonizou no século passado - e agoniza também no atual -, e não só não foi permanente em nenhum país, como nunca teve caráter universal.

Citando GOUNOT, ele explica que as diversas mudanças ocorridas no mundo acabaram por alterar a estrutura do que se tinha por contrato à época do código civil francês (*Code Napoléon*), como também foi demonstrado na primeira parte deste trabalho. Isto porque, quando o mundo real se transforma, os sistemas técnicos devem mudar com ele, sob pena de se distanciar tanto a realidade da abstração que o edifício jurídico ameaça despencar. Assim, copia-se, novamente, BERÇAITZ para, sucintamente, relembrar as grandes mudanças ocorridas no mundo dos fatos do âmbito contratual, e a resposta dada pelo direito:

Las grandes empresas ya no deliberan con quienes contratan: imponen sus condiciones en formularios impresos. El consentimiento se reduce a su aceptación o no. La ley del contrato privado la dicta el más fuerte; el equilibrio está roto.

La igualdad de hecho desaparece: la sustituye la igualdad jurídica, potencial. La libertad se reduce a un *status libertatis*, como dice Jellinek; a la simple opción de contratar o no.

El legislador pierde su confianza en la justicia del contrato y se produce entonces el debilitamiento de la autonomía de la voluntad, casi su quiebra, no sólo por la existencia de nuevas reglas legislativas de carácter imperativo que la limitan, si que también por una mayor intervención del juez en el proceso, que abandono su función mecánica para decir el derecho y hace human su conducta poniendo en su decisiones la Justicia por sobre todas las cosas ...

.....
 Más tarde adviene el intervencionismo del Estado, el dirigismo contractual, con lo que se dio en llamar la “crisis del contrato”, y, por último, ya en nuestros días, la “publicización del contrato”.¹⁸¹ ...

¹⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 568.

^{181c} As grandes empresas já não deliberam com aqueles com os quais contratam: impõem suas condições em formulários impressos. O consentimento se reduz à sua aceitação ou não. A lei do contrato privado é ditada pelo mais forte; o equilíbrio está rompido. A igualdade de fato desaparece; a substitui a igualdade

Na sua exposição aparecem as formas das figuras contratuais do contrato de adesão, de emprego (no caso de empresa contratando com um funcionário), nos quais, normalmente, a igualdade das partes se reduz à igualdade jurídica, e apenas uma das partes estabelece as condições de contrato e a outra a elas se submete¹⁸².

Como consequência dessas mudanças - ou constatação da sociedade das desigualdades¹⁸³ - e da necessidade de atuar para corrigir essas desigualdades, resguardando o interesse social, o Estado passa a intervir na autonomia privada através do controle das cláusulas contratuais, tanto por leis que limitem a o poder de disposição dos contratantes, quanto pela atuação do juiz no julgamento do caso concreto. Assim, o mencionado dirigismo contratual ataca o principal elemento da estrutura clássica contratual, a autonomia da vontade - para parte da doutrina, foi atacada diretamente a liberdade contratual, especificamente nas figuras da liberdade de contratar e de estipulação do conteúdo do contrato¹⁸⁴ -, ainda que não se possa concluir que ela tenha sido relegada a segundo plano¹⁸⁵.

Pois bem, quando há o confronto com essas alterações substanciais na teoria do contrato, invoca-se uma “crise do contrato”. Aqui, se faz inevitável a menção ao capítulo “*La crisis del contrato*” da “*Teoria General del Contrato*” de BERÇAITZ,

jurídica, potencial. A liberdade se reduz a um *status libertatis*, como disse Jellinek; à simples opção de contratar ou não. O legislador perde sua confiança na justiça do contrato e em seguida produz o enfraquecimento da autonomia da vontade, quase a sua falência, não somente pela existência de novas regras imperativas que a limitam, mas também por um maior intervencionismo do juiz no processo, abandonando sua função mecânica para dizer o direito e torna humana a sua conduta colocando em suas decisões a justiça acima de todas as coisas. ... Mais tarde surge o intervencionismo estatal, o dirigismo contratual, que se veio a denominar ‘crise do contrato’, e por ultimo, já em nossos dias, a ‘publicização do contrato’”(tradução nossa) BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 20

¹⁸²COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A Obrigação como Processo**. 1964. 234 f. Tese para concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 26.

¹⁸³“Tais desigualdades sempre existiram, mas ficaram flagrantes quando o processo de industrialização trouxe à baila questões relativas à fixação de salário, locação de habitações, contratos de adesão e elaboração unilateral.

O clamor geral pela justiça que se generalizou no período compreendido entre as grandes guerras deste século, além de mudanças na esfera pública, atingiu diretamente o contrato.” BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e a boa-fé. **Revista Direito e democracia/Universidade Luterana do Brasil**. Canoas: Ed. ULBRA, 2000. vol. 1, n.1 (1º sem. 2000), p. 100.

¹⁸⁴“A consequência foi a interferência estatal na esfera privada, ‘limitando’ a chamada liberdade contratual em dois aspectos: liberdade de contratar e liberdade de estipulação de conteúdo do contrato.” e continua “Porém, se entendermos a autonomia da vontade como um dogma construído a partir de que os indivíduos podem decidir sobre sua própria vida, auto-regulamentando suas relações privadas no contexto social, dentro de um sociedade constituída de cidadãos, a melhor leitura é outra.” *Ibidem. loc. cit.*

¹⁸⁵COUTO E SILVA, *op. cit., loc. cit.*

onde ele demonstra que esta “*crise do contrato*” não é, em realidade, uma crise do contrato, mas uma crise da definição de contrato obtida do código de Napoleão, quando confrontada com a nova realidade de Estado social.

La deliberación, la igualdad de hecho y de derecho de las partes y la libertad de contratar o no, se acomodaban perfectamente a las dimensiones del Forum, pero son desconocidas en el Rockefeller Center.

Ésta es la diferencia. Nos es, pues, el contrato lo que está en crisis, sino los postulados de la concepción civilista del código napoleón: hay una crisis de la libertad de contratar, una crisis de la fuerza obligatoria de los contratos y una crisis de su efecto relativo¹⁸⁶

Diante da mudança ocorrida, resta claro que nem os contratos entre privados preservam as características que esta parte de doutrina, defensora de um conceito excludente, tem como essencial¹⁸⁷. Os contratos devem, assim, ser analisados em um outro quadro, mais de acordo com a nossa realidade atual. O contrato seria, assim, não aquele surgido com a revolução francesa, mas algo mais abrangente, que surgiu nas primeiras épocas da humanidade e segue ela “*como a sombra segue o corpo*”¹⁸⁸. É o contrato na sua forma mais simples.

Esta forma de contrato - que atinge maior amplitude de situações - extrapola o âmbito das relações de Direito Privado, como bem afirma BARASSI¹⁸⁹, se propagando por todas as áreas do direito.

¹⁸⁶“A deliberação, igualdade de fato e de direito das partes e a liberdade de contratar ou não, se acomodavam perfeitamente às dimensões do Fórum, sendo, contudo, desconhecidas no Rockefeller Center. Esta é a diferença. Não é, portanto, o contrato que está em crise, mas os postulados da concepção civilista do código de Napoleão: há um crise da liberdade de contratar, uma crise da força obrigatória dos contratos e uma crise do seu efeito relativo.” (tradução nossa). BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. Pg. 81

¹⁸⁷ A respeito da *não desnaturação* da figura contratual, nem da anulação da sua natureza contratual pelas prerrogativas da Administração, MARIO MASAGRÃO adverte que: “É freqüentíssimo, no domínio contratual mesmo do Direito Privado, estatuir uma das partes as normas, e a outra as aceitar apenas. Nem por isso deixa de haver contrato. O passageiro não discute, na estação ferroviária, ao adquirir um bilhete, nem o preço, nem o horário, aos quais se submete. Estará excluído, na hipótese, o contrato de transporte? Os indivíduos que à porta de um teatro, adquirem ingresso não discutem o preço, a hora, a qualidade do espetáculo, previamente fixado pela empresa. Deixou, por isso de haver contrato?” *apud*. MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182.

¹⁸⁸BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 106.

¹⁸⁹entre las normas codificadas por las relaciones de derecho privado, existen normas fundamentales que abarcan igualmente tanto el derecho privado como el derecho publico; que son normas de derecho privado, en consecuencia, y normas de derecho publico; normas en conclusión, cuya universalidad las conduce a pasar de los limites de uno a otro campo, al que han sido aplicadas principalmente, situación que ocurre también con ciertas normas del derecho comercial que se aplican lo mismo en el derecho civil, porque se consideran, con razón, normas no peculiares del derecho comercial, sino normas universales a todas las relaciones del derecho privado y que, codificadas solo *ad occasione* del reglamento jurídico de una parte de ellas (relaciones comerciales), se comprende entonces propias también de derecho civil

A essência dos contratos não estaria, portanto, na limitação de efeitos aos contratantes, nem no caráter de negócio dos atos que o constituem, mas no mecanismo de formação da ordem, resultante do *encuentro de vontades arbitradas para a tutela dos interesses em oposição*¹⁹⁰.

Na mesma linha, BERÇAITZ afirma que “*en los dominios del derecho común existe en realidad un género que ese el “contrato” y varias especies de éste en el derecho publico y en el derecho privado.*”, concluindo ao fim que “*Contrato es todo acuerdo de voluntades opuestas que se combinan para producir un efecto jurídico*”¹⁹¹. Ainda, no mesmo sentido, JELLINEK afirma que o contrato é, tão somente, “*uma união de vontades com o fim de satisfazer interesses contrapostos e não congruentes entre si*”¹⁹².

Pode-se identificar o cerne do problema como a influência que exerceu a doutrina francesa na área dos contratos administrativos. ENTERRIA afirma que a distinção entre contratos administrativos e contratos privados é, em sua origem, uma distinção de *efectos jurisdiccionales e não substantivos*¹⁹³, pois a diferenciação iniciou-se na esfera processual – na França –, por razões pragmáticas, quando se optou por submeter alguns contratos celebrados pela Administração à jurisdição contenciosa administrativa¹⁹⁴. A partir deste momento, a esta eram submetidos os contratos tidos

BARASSI *apud* BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 107

¹⁹⁰la nota esencial del fenómeno – contrato – no está en el carácter de negocio de los dos actos simples que lo constituyen; ni, por otra parte, en la limitación de sus efectos a los contratantes; sino en el mecanismo de formación de la orden, que resulta del encuentro de dos voluntades arbitradas para la tutela de los intereses en conflicto. *Cuando esta nota común se produce, vale la pena señalarla con el uso de la misma palabra*. Con esto no se niegan diferencias, pero se pone en evidencia la semejanza de elementos. Ciertamente, pasando del derecho privado a público, y en éste, del derecho administrativo al derecho procesal y derecho corporativo, *la figura del contrato se transforma profundamente. Pero esa nota común subsiste*”CARNELUTTI *apud. Ibidem*, p. 109.

¹⁹¹“nos domínios do direito comum existe em realidade um gênero que é o “contrato” e várias espécies deste no direito público e no direito privado. ... Contrato é todo acordo de vontades opostas que se combinam para produzir um efeito jurídico.” (tradução nossa). *Ibidem*, p.111.

¹⁹²JELLINEK *apud Ibidem*, p. 90

¹⁹³“*La distinción contratos administrativos-contratos privados es, pues, exclusivamente en su origen una distinción a efectos jurisdiccionales y no sustantivos*” ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madri: Civitas Ediciones, 2000. p. 676.

¹⁹⁴“La distinción contratos administrativos-contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y que carece de toda transcendencia en el plano material o sustantivos. La distinción surge inicialmente como una excepción al esquema estructural actos de autoridad-actos de gestión, que ha sido justamente llamada la primera sistematización del Derecho Administrativo: en éste – y en la jurisdicción contencioso-administrativa – se integran los actos dictados imperativamente por la Administración, en tanto que cuanto ésta prescinde del *imperium* y se somete a los modos de gestión del Derecho Privado es este último quien rige su actuación, sometiéndose correlativamente a los Tribunales ordinarios. El contrato se considera entonces como el tipo mismo de los actos de gestión, es decir, de aquellas actuaciones que la Administración realiza despojada de *imperium*,

como administrativos, e, à jurisdição comum, eram submetidos os contratos tidos como privados – inclusive os celebrados pela Administração que não eram considerados administrativos¹⁹⁵.

Na Espanha, em 1845, todos os contratos celebrados pela Administração eram submetidos à jurisdição administrativa, por questão de mera conveniência, tendo sido feita uma divisão interpretativa, justamente pela influência francesa, que limitou o acesso a essa jurisdição aos contratos de obras e serviços públicos¹⁹⁶. *A diferença nunca foi*¹⁹⁷, portanto, *substantiva, mas uma mera opção política de submissão à jurisdição administrativa*.

ENTERRIA afirma ainda que as prerrogativas dadas à Administração ocorrem como forma de tutelar mais rápida e efetivamente os interesses da coletividade - pois serviços públicos possuem certa urgência que exige reações rápidas, e, a responsabilidade de gestão é atribuição da Administração - mas que não constituem, aquelas, de forma alguma, direito à arbitrariedade por parte Administração¹⁹⁸. Todas as medidas tomadas pela Administração na condução do contrato têm “*un valor previo e inmediato (ejecutoriedad), pero no un valor definitivo*”¹⁹⁹, podendo, assim, ser alvo de revisão judicial, onde será considerado o que atine aos contratos – os mesmos institutos que se considera no Direito Privado.

Desta feita, tem-se o contrato como um grande gênero, que agrupa sob seu escopo todos os acordos de vontades opostas combinadas para persecução de um efeito jurídico. O contrato seria uma categoria jurídica que não pertence nem ao Direito Privado, nem ao direito público, com caráter de exclusividade²⁰⁰. Neste mesmo sentido ENTERRIA aduz que:

descendiéndola mismo nivel de los particulares y en igualdad con ellos, no obstante lo cual, por razones pragmáticas, se simple utilidad (no por razones dogmáticas), se atribuye el conocimiento de alguno de los contratos que la Administración celebra a la jurisdicción contencioso administrativa. A todo lo largo del siglo XIX, tanto la Ley como la doctrina y la jurisprudencia, lo mismo en Francia que en España, serán muy conscientes de que la única singularidad de los contratos administrativos es una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afecta en ningún caso ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que siguen siendo las propias de toda cuestión civil. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madri: Civitas Ediciones, 2000. p. 675.

¹⁹⁵ Aqui evidenciada a corrente do *dualismo* na França, doutrina pela qual se identifica dois tipos de contratos celebrados pela Administração, os privados, e os administrativos.

¹⁹⁶ ENTERRIA, *op. cit.*, p.676

¹⁹⁷ Nem quando se decidiu submeter todos os contratos da Administração a esta jurisdição nem quando se restringiu esta aos contratos chamados administrativos.

¹⁹⁸ Esta não pode dizer que é inadimplemento o que não é, criar uma situação de rescisão inexistente, etc.

¹⁹⁹ ENTERRIA, *op. cit.*, p. 683

²⁰⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Contrato Administrativo no Brasil. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.107, p. 156.

En el ámbito de la contratación de los entes públicos como en tantos otros, conviven ya sin escándalo el Derecho Administrativo y el Derecho Privado. **Cualquier contrato es capaz de reflejar elementos del uno y del otro**, sin que por ello varíe la esencia del instituto contractual.²⁰¹(grifo nosso)

Definido, assim, o contrato administrativo como um contrato, sendo aquele uma subespécie deste, importa, mais especificamente, definir o regime jurídico do contrato administrativo no direito brasileiro, para que possamos nos situar no contrato analisado pelo presente trabalho.

3.2 Regime Jurídico do Contrato Administrativo

A peculiaridade do contrato administrativo propiciou sua análise por diversas teorias, que buscaram definir sua categoria jurídica. Como exposto acima, pôs-se em dúvida, inclusive, se o contrato administrativo pertenceria à esfera contratual. Este seria o caso da concepção alemã, por exemplo, que se enquadraria nas **teorias unilaterais** de conceituação do contratos administrativos. Dentro desta concepção, o contrato administrativo²⁰² não seria contrato, pois o objeto da concessão está fora do comércio, sendo portanto uma emanção do poder de império. Ainda dentro das teorias unilaterais, outra corrente afirma existirem, em realidade, dois atos unilaterais de vontade, e não a conjugação de duas vontades para a persecução do fim, não se tratando, pois, de contrato²⁰³.

Diante do exposto no ponto anterior, restaram refutadas as teorias que excluem o contrato administrativo da subsunção aos contratos, justamente pela evolução da sociedade e pela necessidade de adequar os conceitos jurídicos à realidade – ou aos fatos. A conclusão no sentido de que é, o contrato administrativo, de fato, um contrato, contudo, não pode levar à afirmação de que, pela sua natureza contratual, será regulado exclusivamente pelo regime jurídico de Direito Privado. Isto seria um equívoco

²⁰¹No âmbito da contratação dos entes públicos, assim como em tantos outros, convivem sem escândalo o direito administrativo e o direito privado. Qualquer contrato é capaz de refletir elementos de um ou de outro, sem que por isso varie a essência do instituto contratual. (tradução nossa) ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madri: Civitas Ediciones, 2000. p. 686.

²⁰²Deve-se ter em mente, contudo, que os contratos tidos como administrativos na Alemanha são outros, e grande parte dos contratos que no Brasil são administrativos, naquele país são meros contrato de direito privado – a definição de um contrato se dá exclusivamente pelo seu objeto, independentemente do sujeito.

²⁰³BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Contrato Administrativo no Brasil. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.107, p. 156.

identificável nas **teorias bilaterais** (ou contratuais), onde é defendida a tese de que, havendo acordo de vontades, há contrato e, conseqüentemente, o Estado, ao contratar, se equipara ao privado, ficando adstrito exclusivamente às prescrições do Direito Privado.

Nos contratos administrativos tem-se a figura contratual privada, mas *informada por preceitos de direito público*²⁰⁴, o que é defendido pela **teoria mista**. Como bem conclui ENTERRIA:

El régimen jurídico de los contratos administrativos no es, por tanto, unitario y puro, sino variable e mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el Derecho Administrativo y el Derecho Privado.²⁰⁵

Segundo esta mesma teoria, nos contratos tidos pela doutrina como privados da Administração²⁰⁶, ocorre o mesmo fenômeno, mas com a *preponderância do regime privado sobre o público*, enquanto que nos “administrativos” se daria o contrário²⁰⁷.

Assim, o regime do contrato administrativo não poderia, sob pena de não haver correspondência entre a denominação do regime jurídico com a realidade, ser definido como público, dado que *nos contratos administrativos se entrelaçam invariavelmente o direito administrativo e o Direito Privado*.

Desta forma, não se nega que “*o contrato administrativo é instituto com contornos próprios, que o tornam distinto das figuras de Direito Privado*”²⁰⁸, mas a aplicação do direito administrativo não o liberta das características próprias do contrato e do Direito Privado. Pertence, o contrato administrativo, portanto, a uma categoria mista.

²⁰⁴BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Contrato Administrativo no Brasil. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.107. p. 157

²⁰⁵O regime jurídico dos contratos administrativos não é, portanto, unitário e puro, mas variável e misto, aparecendo sempre mezclados, em proporções distintas, o direito administrativo e o direito privado. (tradução nossa) ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madri: Civitas Ediciones, 2000. p. 695

²⁰⁶Esta é a situação de *dualismo*, que preponderou na França - onde há contratos privados da Administração, submetidos à jurisdição civil (*juge civil*), e contratos administrativos, submetidos à jurisdição administrativa (*juge administratif*) – e exerceu grande influência no direito brasileiro. O *dualismo* é praticamente pacífico na doutrina – como raras exceções, como BANDEIRA DE MELO – sendo verificável na obra de HELY LOPES MEIRELLES, DI PIETRO, CAIO TÁCITO, DIÓGENES GASPARINI, *et. al.*

²⁰⁷A doutrina brasileira sofreu forte influência da doutrina francesa e, conseqüentemente do *dualismo*, de maneira que são reconhecidos pela doutrina dominante dois tipos de contrato celebrado pela Administração, os de direito privado e os administrativos.

²⁰⁸JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 803.

Esta categoria mista, defende a doutrina, advém do interesse público que se coloca em questão, que leva a se mesclar com os institutos de direito privado as prerrogativas à Administração dentro do contrato. Além disso, justamente pelas características desta, e dos limites à sua atuação, *condicionada à autorização legal*, o contrato de direito público é mais restrito e possui requisitos formais mais rígidos. Como bem indica HELY LOPES MEIRELLES:

No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, ao passo que no Direito Público a Administração está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos, mas, em contrapartida, dispõe sempre dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para pôr fim ao contrato no meio de sua execução.²⁰⁹

Haveria também uma *supremacia*²¹⁰ de uma das partes, a Administração Pública, – ou, na conceituação mais precisa de BERÇAITZ²¹¹, *subordinação*²¹² *jurídica do particular em relação à Administração* - no contrato. CAIO TACITO indica que “*a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução e um fim de interesse público*”²¹³. Este deslocamento, subordinação jurídica do contratante à Administração, ou ainda, *supremacia de poder* da Administração para fixar as condições iniciais do ajuste²¹⁴, reflexo do regime jurídico diferenciado aplicado

²⁰⁹MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 180.

²¹⁰BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pg. 570

²¹¹BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. pg. 214

²¹² Subordinação – em oposição à coordenação, que pressupõe igualdade das partes-, indica sujeição de uma das partes à outra, ou seja, um vínculo entre duas partes desiguais. O particular ao contratar aceita este estado especial de sujeição à Administração – sujeição às cláusulas contratuais e às prerrogativas da Administração. Este conceito é mais preciso, pois há uma tendência, no direito brasileiro, a se atribuir tudo à *supremacia*, se entendendo esta como uma supremacia do interesse público, conceito esse que leva a muitos autores e juízes a justificar qualquer decisão em favor da administração – ou a favorecê-la com fundamentação nesta *supremacia*. De encontro com esta teoria, vale a leitura do artigo de HUMBERTO ÁVILA sobre o “princípio” da supremacia do interesse público. ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, no.7, outubro,2001.Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de Outubro de 2013.

²¹³TÁCITO. *apud*. BANDEIRA DE MELLO, *op. cit., loc. cit.*

²¹⁴ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 181

a estes contratos, se justificaria pela *prevalência do interesse público*²¹⁵, que está em jogo neste tipo de contrato, sobre o interesse do privado que contrata.

Não cabe, contudo, neste trabalho, debater a existência ou não de uma supremacia do interesse público sobre o privado, bastando para nós o fato de que existe um regulamento próprio que surge - alegadamente, como a doutrina parece preferir - desta supremacia e que se aplica aos contratos administrativos; interessa-nos este regime diferenciado existente.

Este regime jurídico diferenciado é chamado majoritariamente de regime de direito público, ainda que o mais adequado, como acima exposto, seria a denominação de *misto*. *O regime apenas não é privado pois contém os contratos regras exorbitantes de Direito Privado*²¹⁶, as *cláusulas exorbitantes, e incidem, também, sobre a Administração limitações proveniente de princípios de direito público*²¹⁷ e da lei, já que a atuação da administração é condicionada a essa.

Depois de definido o regime jurídico do Contrato Administrativo como misto, deve-se verificar qual é a sua definição no Direito Brasileiro e as regras que incidem sobre ele a ponto de tornar esse o seu regime.

²¹⁵Faz-se aqui uma ressalva quanto ao “princípio da supremacia do interesse público”. Este é tido como justificativa para maneira como o contrato administrativo é posto e para as cláusulas que exorbitam o direito privado. Este princípio é exteriorizado no caso concreto desta forma [por estas cláusulas], não se justificando por si só para favorecer à Administração. Este favorecimento iria de encontro com princípios fundamentais da Constituição Federal, como a proteção à liberdade, à igualdade, à cidadania, à segurança e à propriedade. Isto se deve ao fato de que, o interesse privado é, também, um bem comum de interesse da constituição, e, por conseguinte, parte do interesse público. De qualquer forma, não haveria uma supremacia do interesse público aplicável *a priori* a todos os contratos administrativos, até porque, se esta supremacia se trata de um conceito indeterminado, é o juiz quem dará os seus contornos no caso concreto, não havendo a possibilidade de assumir o favorecimento “a priorístico” do Estado. Além do mais o interesse público hoje é baseado e restrito ao princípio da legalidade. Antigamente ele era usado como justificativa para as prerrogativas do Estado, tendo sido usado ao máximo na Alemanha nazista, na Itália fascista, na ditadura franquista, etc. Hoje, a Constituição cumpre o papel de dar poderes à Administração e restringi-los, não sendo necessário um conceito abstrato como o “interesse público”. Para uma visão mais acurada sobre a “supremacia do interesse público”, e melhor compreender algumas das afirmações aqui feitas, cf. ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, no.7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de Outubro de 2013.

²¹⁶BERÇAIZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 248

²¹⁷Como a legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, etc.

3.3 Definição do Contrato Administrativo no Direito Brasileiro

Depois de analisado o conceito e abrangência do gênero do contrato, identificando o contrato administrativo como um contrato, e conceituando seu regime jurídico como misto, cabe neste ponto definir o contrato administrativo no direito brasileiro e identificar os elementos de direito público que o tornam misto.

A lei que se presta a regular, *prima facie*, o contrato administrativo é a 8.666/93. Ela indica, no Parágrafo único do art. 2º, que:

considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgão ou entidades de Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Da mesma forma que a menção freqüente no trabalho a “Estado” e “Administração” não é acidental, o parágrafo acima indica que a presença da Administração Pública como uma das partes do contrato é justamente um dos critérios para a definição do contrato administrativo.

Esta vinculação do tipo “contratos administrativos” ao contratos celebrados pela Administração se dava também no decreto-lei 2.030 de 1986, que regulava as licitações e contratos administrativos, mas foi revogado com o advento da lei 8.666, em 1993. Exclui-se, portanto, a possibilidade de um contrato entre dois particulares ser um contrato administrativo. Seria, pois, uma classificação **subjetiva**, já que vinculada ao sujeito contratante e não ao objeto do contrato – e o critério subjetivo, ainda que não obtido da lei supramencionada, foi o dominante no passado²¹⁸.

Entretanto, como já mencionado, dentro dos contratos celebrados pela Administração Pública a linguagem doutrinária corrente identifica ao menos dois tipos, os *contratos de Direito Privado* celebrados pela Administração e os *contratos administrativos*.

A diferença, indica MAFFINI, é que os contratos de direito privado celebrados pela Administração seriam aqueles cujos objetos *satisfazem de forma indireta ao interesse público*, sendo regidos, portanto, *predominantemente pelo Direito Privado* e não contando a Administração, nestes casos, com qualquer prerrogativa

²¹⁸ Antes da divisão dualística entre contratos privados da Administração e contratos administrativos.

extraordinária.²¹⁹ Seria o que STAINOFF descrevia como o Estado vestir-se de civil, para ter mais liberdade de atuação.²²⁰ Como conseqüência, *quando satisfizer o interesse público de forma direta* - ou tiver como objeto um serviço público – se trata de *contrato administrativo*.²²¹

Emerge aqui, conseqüentemente, um critério **objetivo**; contratos administrativos são aqueles cuja *satisfação do interesse público se dê diretamente por meio do contrato*, ou seja, o objetivo do contrato visaria à satisfação do interesse público – e por conseqüência contaria com a previsão de prerrogativas extraordinárias para Administração, decorrentes justamente do interesse público envolvido.

O critério objetivo, isoladamente, para definir os contratos administrativos, é o usado na Alemanha, por exemplo, onde a situação jurídica da parte contratante é irrelevante²²², sendo possível dois entes administrativos contratarem e este contrato ter natureza jurídico-privada - como ilustração, pode-se citar o caso em que um município compra um veículo de outro – da mesma forma que dois privados podem ter um contrato administrativo – é o caso de transferência contratual de um dever de limpeza de estrada jurídico-pública de um particular para outro.²²³

O critério objetivo de diferenciação é bem exposto por VELAZCO²²⁴:

Es el fin el que determina la forma generalmente observada en la contratación administrativa; en razón del fin se condiciona toda su vida y se da lugar a su constante *mudabilidad*. [sic] Este fin es el *servicio público*.²²⁵

²¹⁹MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pg. 187

²²⁰“el Estado, en un caso concreto puede quitarse su toga de soberano, y tal como un oficial que se pone de civil para estar más libre en sus movimientos, ponerse también ‘en civil’”. *apud* WALINE. *apud*. BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoría General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 170

²²¹“si hay contratos que dan lugar a la competencia de los tribunales administrativos, eso no puede ser más que en razón del fin en vista del cual ellos son hechos. Hay algo análogo a lo que pasa con los contratos comerciales. En cuanto al fondo, no hay diferencia entre un contrato civil y un contrato comercial. Lo que hace el contrato comercial y funda la competencia de los tribunales de comercio, es el fin comercial en vista del cual es hecho. No hay diferencia en cuanto al fondo entre un contrato civil y un contrato administrativo. **Lo que da a un contrato carácter administrativo y funda la competencia de los tribunales administrativos, es el fin del servicio público en vista del cual es hecho**”(grifo nosso) Essa é a definição de DIGUIT, que a fez com base na França, que possui tribunais administrativos. *apud*. *Ibidem*, p. 177.

²²²“... o contrato administrativo é um contrato pelo qual uma relação jurídica na área do direito público é fundamentada, alterada ou revogada. A lei refere-se, com isso, ao conceito de contrato geral e determina o contrato administrativo pelo seu **objeto**.” MAURER, Helmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 115.

²²³*Ibidem*, *loc. cit.*.

²²⁴A doutrina do serviço público, que acabou por influenciar a divisão de competência dos tribunais franceses no julgamento de conflitos atinentes a contratos celebrados pela Administração, foi importada para a Espanha, por Velazco, e esta foi de grande influência na doutrina e jurisprudência deste país.

Aparentemente não há, na doutrina, uma definição exata e inquestionável do conceito de contrato administrativo²²⁶. Isto se deve ao fato de que, apesar do intenso debate acerca dos contratos administrativos, em primeiro lugar ainda há resistência à aceitação como um contrato – como será demonstrado abaixo-, e, a diferença entre esses e os contratos de Direito Privado não é tão evidente conceitualmente - como também será demonstrado a seqüência –. A dificuldade é ainda maior no que se refere à diferenciação de contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos.

Um parte minoritária da doutrina nacional possui restrições inclusive a reconhecer no contrato administrativo uma figura contratual. Como amostra, traz-se a posição de BANDEIRA DE MELLO, talvez um dos mais influentes publicistas da atualidade, que, inclusive, ao conceituar o contrato administrativo se furta do uso da palavra contrato. Nas palavras dele, o contrato administrativo é:

uma avenca travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse publico, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.²²⁷

Ainda, o festejado publicista – aceitando, com a ressalva do ponto acima, a existência dos contratos administrativos - busca a definição na doutrina francesa - que, segundo ele, não difere da definição que é pacífica na doutrina brasileira – e nos traz os seguintes requisitos, dos quais o contrato administrativo, para ser considerado como tal, deveria atender a ao menos um:

²²⁵“É a finalidade o que determina a forma observada normalmente nos contratos administrativos; em razão do fim se condiciona toda sua vida e se da lugar à sua constante mutabilidade. Este fim é o serviço público.” (tradução nossa) VELAZCO. *apud*. BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 121

²²⁶As diversas teorias que surgiram na doutrina para conceituar os contratos administrativos (critério subjetivo, critério da jurisdição, critério formal, teoria do serviço público, teoria do contrato administrativo por natureza, teoria da finalidade de utilidade pública e teoria da cláusula exorbitante de direito comum) são analisadas de maneira intensa por BERÇAITZ, ainda que este conclua que nenhuma solução a questão de maneira irrefutável – e acabe trazendo sua contribuição em BERÇAITAZ, *op. cit.*

²²⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 570

- a) receber tal qualificação por lei;
- b) ter por objeto a própria execução de um serviço público;
- c) conter cláusulas exorbitantes.²²⁸

A consequência da denominação de um contrato como administrativo, segundo o mesmo autor, seria justamente o regime jurídico aplicado a ele; os contratos de Direito Privado celebrados pela Administração seriam regidos quanto a seus efeitos e conteúdo pelo Direito Privado; os contratos administrativos, pelo Direito Público²²⁹.

É importante salientar, e já foi aventado acima, que ainda que sejam regidos pelo Direito Público, são também regidos pelo Direito Privado – o que muda de contrato para contrato é a graduação da incidência de preceitos e normas de Direito Público e as de Direito Privado. Além disso, mesmo os contratos chamados de Contratos de Direito Privado da Administração são, em menor escala, também informados pelo Direito Público. Isto é evidenciado pelo artigo 54 da já mencionada lei 8.666/1993, que possui a seguinte redação:⁹

Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

À exceção do ponto relativo ao gênero contratual do contrato administrativo, já debatido neste trabalho, não se pode dizer que a definição trazida por BANDEIRA DE MELLO está errada na prática, mas ela acaba sendo redundante. Em primeiro lugar, na lei aplicada aos contratos administrativos há a escolha – e menção - dos contratos que são considerados administrativos. Estes são submetidos à obrigatoriedade de conter cláusulas exorbitantes, previstas na mencionada lei. E, por fim, o motivo pelo qual estes contratos figurariam na mencionada lei seria o fato de terem como objeto a execução de um serviço público (satisfazem de modo direto o interesse público²³⁰) – ainda que nada impeça que o legislador submeta tipos contratuais que não tenham por objeto execução de serviço público a alguma lei especial e a cláusulas exorbitantes – o que de fato ocorre. Além disso, a submissão ao regime jurídico administrativo é justamente a

²²⁸BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 566

²²⁹*Ibidem*, p. 564

²³⁰MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 187

aplicação da lei que se dedica aos contratos administrativos, que não se aplica aos contratos de Direito Privado.

BERÇAITAZ em conclusão a respeito dos contratos administrativos, acaba por defini-los como:

son, **por su naturaleza**, aquellos celebrados **por la Administración pública** con un **fin público**, o **que**, en su ejecución, **pueden afectar** la satisfacción de **una necesidad pública** colectiva, razón por la cual **están sujetos a reglas de derecho público**, **exorbitantes del derecho privado**, que colocan al cocontratante de la Administración pública en una **situación de subordinación** jurídica.

Y podemos decir, también que son contratos administrativos, aun cuando **no por su naturaleza**, aquellos que **el legislador ha sometido a reglas de derecho público**, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la Administración pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin publico, ni afectar en su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva.²³¹(grifo nosso)

Desta forma, se percebe a motivação para a escolha do legislador dos contratos que serão tidos como administrativos, que é justamente ter uma finalidade pública, que pode afetar a satisfação de uma necessidade pública. Esta característica leva ao contrato uma atenção maior do Estado, de maneira que, sobre ele incidem regras exorbitantes de Direito Privado, o que acaba colocando a outra parte contratante em uma situação de subordinação. Outro ponto interessante apontado por BERÇAITZ é a inclusão na lei de contratos que não possuem fim público, nem afetam diretamente necessidade pública, mas que foram escolhidos pelo legislador para se submeterem a esta atenção especial e à incidência dessas regras exorbitantes. Esta questão vai ao encontro da situação atual dos contratos administrativos no Brasil – como demonstrado acima-, e dá força à teoria mista, que, como, também, já visto, reconhece a incidência e convivência do Direito Público e Privado em todos os contratos da Administração. A lei que se dedica aos contratos administrativos, ao afirmar que todos os contratos submetidos a ela são administrativos, já prevê nesta categoria uma série de contratos que não caberiam no

²³¹... são, por sua natureza, aqueles celebrados pela Administração pública com um fim público, ou que, na sua execução, podem afetar a satisfação de uma necessidade pública coletiva, razão pela qual estão sujeitos a regras de direito publico, exorbitantes de direito privado, que colocam a outra parte do contrato com a Administração pública em uma situação de subordinação jurídica. E podemos dizer, também, que são contratos administrativos, embora não por sua natureza, aqueles que o legislador submeteu às regras de direito público, exorbitantes de direito privado, que colocam a outra parte do contrato com a Administração pública em uma situação de subordinação jurídica, apesar de não ser celebrado com uma finalidade público, nem afetar na sua execução a satisfação de uma necessidade publica coletiva.” (tradução nossa) BERÇAIZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 214

conceito²³², como contratos de compra e venda, locação, alienação, seguro, dentre outros, evidenciando a escolha legal como verdadeiro critério.

A explicação para este fenômeno, dada por HELY LOPES MEIRELLES, é que em todos os casos em que a Administração contrata²³³ ela deve atentar à finalidade e interesses públicos, o que não tornaria estes critérios hábeis a diferenciar os contratos de Direito Privado da Administração dos Contratos Administrativos²³⁴. A diferenciação entre os dois se daria no campo da preponderância, portanto, sendo os primeiros submetidos a um regime preponderantemente de Direito Privado, e os últimos, preponderantemente de Direito Público.

Aqui se percebe, mais uma vez, o problema da conceituação dos Contratos Administrativos no Direito brasileiro, que dificilmente chegará a um desfecho doutrinariamente, pois, ao mesmo tempo que a doutrina sente a necessidade de diferenciar a substância destes contratos, para explicar sua existência, os fatos vão evidenciando, cada vez mais, que se trata de uma escolha do legislador²³⁵, por diversas motivações, a aplicação de dispositivos estranhos ao Direito Civil nos contratos firmados pela Administração.

A submissão à legislação especial mencionada se deve – além da questão levantada no ponto anterior, referente à necessidade de celeridade na supressão de defeitos prestacionais²³⁶ -, acima de tudo, ao fato de que a atividade administrativa não é livre, e, desta feita, sua liberdade contratual também possui limites – da mesma forma que os acionistas de uma empresa restringem, de diversas maneiras, a liberdade contratual do administrador, as leis, tanto constitucionais quanto infra-constitucionais, restringem a da Administração Pública.

²³² Como exemplo de contratos administrativos “genuínos” teríamos: (i) contrato de obra pública, (ii) contrato de fornecimento, (iii) contrato de prestação de serviço, (iv) contrato de gerenciamento, (v) contrato de credenciamento, (vi) contrato de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda (lei 12.232/2010), (vii) contrato de gestão.

²³³ Excetuando-se, por óbvio, os contratos de empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que, segundo a CF, no art. 173, §§ 1º e 2º, são sujeitos ao regime próprio de empresas privadas.

²³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182 *et. seq.*

²³⁵ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26 de Novembro de 2013.

²³⁶ Quando foi referida, no ponto referente aos contratos frente ao contrato administrativo, a justificativa dada por ENTERRIA para a existência de prerrogativas à Administração.

Do exposto, verificou-se que a doutrina brasileira considera contratos administrativos, apenas os contratos firmados em que ao menos uma das partes é a Administração – ressalvada a divergência dos que não vêm no contrato administrativo a figura contratual. Ainda, dentro destes contratos, somente seriam administrativos os que possuem regime jurídico diferenciado - deslocando o equilíbrio contratual para o lado da Administração –, o que poderia decorrer ou (i) do fato do contrato ter como objeto a execução de serviço público, ou (ii) da escolha do legislador (por meio da lei supracitada, portanto), ou ainda (iii) do fato do contrato conter cláusulas exorbitantes de direito comum. Neste último ponto já manifestamos entendimento de que há, no fundo, uma repetição de um mesmo raciocínio, e o que realmente importa é a introdução no contrato, por lei, de cláusulas que exorbitam o Direito Privado, motivo pelo qual, no próximo ponto, nos dedicaremos às cláusulas exorbitantes.

Isto posto, passamos a analisar as cláusulas exorbitantes, dado que são elas o grande diferencial dos Contratos Administrativos²³⁷.

3.3.1 Cláusulas Exorbitantes

Como já mencionado, as cláusulas exorbitantes são características dos Contratos Administrativos (assim como os caracterizam), e assim se chamam por serem *exorbitantes do Direito Privado*²³⁸ - ou exorbitantes da teoria geral dos contratos²³⁹, ou também, como a doutrina brasileira costuma se referir a elas, cláusulas exorbitantes de Direito Comum²⁴⁰. Segundo a doutrina francesa, elas são “*la marque du Droit Public*”²⁴¹. São elas também o ponto relevante quanto à possibilidade de aplicação do ônus de mitigar o próprio prejuízo aos contratos administrativos.

²³⁷ Passa-se - motivado pelo que se referiu no ponto referente à definição do contrato administrativo no direito brasileiro - a tratar de Contratos Administrativos os contratos nos quais incide a lei 8.666/93, independentemente de um ou outro autor considerá-lo administrativo ou não, ou de ser substancialmente administrativo.

²³⁸ BERÇAIZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 248

²³⁹ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 188.

²⁴⁰ A expressão é praticamente pacífica na doutrina nacional, e não demos preferência a ela pois considerase mais adequada a expressão “exorbitantes de Direito Privado”.

²⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 189.

A fundamentação imediata das cláusulas exorbitantes está nas regras legais que as prevêm, enquanto a mediata está justamente no interesse público, que é também tida como a sua razão de existir.

A fundamentação mediata das cláusulas exorbitantes leva a uma conseqüência: se são fundamentadas no interesse público, e este é indisponível (pelo princípio da indisponibilidade do interesse público), então não pode a Administração abrir mão de tais prerrogativas. Aqui pode-se encontrar outra interpretação possível para o termo “exorbitantes”. Segundo MAFFINI, elas seriam exorbitantes também da vontade manifestada pelas partes, pois tais cláusulas decorrem das regras aplicadas aos contratos administrativos – ou seja, do Direito Posto – não podendo ser alvo de deliberação por parte da Administração ou do contratado²⁴². Elas limitam a liberdade de disposição do administrador no momento da contratação; são um verdadeiro controle exercido pelo direito à atuação administrativa, por isso não podem ser afastadas. Ainda, aponta o mesmo autor, que (i) se cláusulas exorbitantes forem porventura esquecidas, e conseqüentemente não constarem no contrato, ainda assim serão aplicadas, e, (ii) no caso de previsão da sua não aplicação ou aplicação parcial no contrato, estas cláusulas serão inválidas e se aplicará normalmente aquelas²⁴³.

Elas são prerrogativas que vinculam a Administração e encontram um contraponto no *equilíbrio econômico financeiro do contrato*, o qual preserva a natureza comutativa e sinalagmática contratual. Este funciona como um atrativo ao particular, sem o qual contratar com a Administração seria uma aventura²⁴⁴, se apresentando como uma contrapartida aos poderes da Administração. Esta conta com prerrogativas²⁴⁵ e

²⁴²MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 189.

²⁴³*Ibidem*, p. 188.

²⁴⁴Ainda que o seja, de qualquer forma, pois há mais fatores não tratados neste trabalho que tornam o ato de contratar com a Administração uma verdadeira aventura, na qual não se sabe se o contrato será pago, quando será, e de qual forma. Além do fato de que, diante de qualquer irregularidade, se for buscada a prestação judicial, conta a Administração com generosos prazos. Outra peculiaridade no direito brasileiro, além da tendência da Administração para o descumprimento da lei, é a existência de processo de execução também contra a Administração, que causa estranhamento aos alemães, por exemplo. Ou seja, o Estado, por meio do judiciário sentencia que o Estado (por meio da Administração), deve ao particular, e esta decisão transita em julgado. Após isso, o Estado (Administração), a despeito da sentença do próprio Estado (judiciário), não paga, mas aguarda que seja procedido o processo de execução, no qual o Estado (Judiciário) obrigará o Estado (Administração) a pagar o que deve, por constar em título judicial formado pelo Estado (judiciário). Depois de todo esse demorado procedimento, aceita-se, ainda, que a Administração, dependendo do valor, pague por meio de um precatório, o que significa, ao fim e ao cabo, que o particular receberá quando e se a Administração quiser.

²⁴⁵“Adicione-se que, a despeito das latentes “prerrogativas” da Administração na consecução dos ajustes, o regime publicista, ao menos em abstrato e em tese, é – ou deveria ser – o mais benfazejo e garantidor dos direitos fundamentais dos contratados, sobretudo quando se percebe que, em especial no Direito Público, ressalvadas patologias e situações anômalas reprováveis, impõe-se o cabal respeito ao *pacta sunt*

limitações tidas como necessárias à garantia da satisfação do interesse público, ao passo que o privado conta com a proteção dos interesses econômicos que o levaram à contratação com a administração. Segundo BANDEIRA DE MELO

é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo econômico de lucro buscado pelo contratante privado.²⁴⁶

Quais exatamente são as cláusulas exorbitantes é um dado incerto, já que parte da doutrina tende a “criar” modalidades novas. Faremos a opção pelo expresso na lei 8.666 de 1993, que é a aplicável, aos contratos administrativos, pois entende-se que as cláusulas exorbitantes devem estar previstas²⁴⁷ para que sejam invocadas nos contratos.

MAFFINI²⁴⁸, se detendo aos casos previstos na supramencionada lei, identifica: (i) alteração unilateral das cláusulas de **objeto** de contrato administrativo²⁴⁹, (ii) rescisão unilateral do contrato, (iii) fiscalização da execução do contrato, (iv) aplicação de penalidades administrativas, (v) ocupação provisória, (vi) aplicação relativizada da exceção de contrato não cumprido e (vii) exigência de garantias.

Já ao particular, que com o Estado contrata, é dada a garantia da manutenção da equação econômico-financeira do contrato, assegurando a preservação do seu interesse, ainda que só o econômico – no caso de alterações contratuais por parte da administração.

O que concerne ao presente trabalho, mais especificamente, são as peculiaridades trazidas pela lei 8.666/93, no que se refere ao inadimplemento contratual e as opções (ou, em alguns casos imposições) dadas à administração ou ao particular

servanda e à “lei” urdida pelas partes na avença.” FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 266.

²⁴⁶BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 572

²⁴⁷ Considerando que são prerrogativas da administração - para além do Direito Comum - de acordo com o princípio da legalidade, elas devem estar previstas em lei. Explica muito didaticamente o princípio da legalidade, MAFFINI: “No Direito Administrativo, portanto, a lei cumpre um *papel* positivo, no sentido de que não será somente o limite da atuação, mas também sua fonte. Dessa feita, no Direito Administrativo, a falta de norma jurídica primária tratando de um determinado comportamento não significará liberdade, como no Direito Privado, mas proibição. MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 44.

²⁴⁸*Ibidem*, p. 190 *et. seq.*

²⁴⁹ Esta prerrogativa não é uma porta para a arbitrariedade da Administração dentro do contrato, devendo ser aplicada com extrema restrição. Neste ponto convém citar JUAREZ FREITAS, que demonstra que “Devem ser mantidas, a todo transe, a confiança legítima, a boa-fé e a proibidade na relações contratuais, incompatíveis com mudanças disruptivas injustificáveis dos ajustes.” *In: O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 263.

diante deste, bem como o que pode trazer algum impacto no dever de indenizar (responsabilidade contratual), pois é aqui que se verificará o ônus de mitigar o próprio prejuízo.

3.3.2 O Inadimplemento nos Contratos Administrativos

Inexecução ou inadimplência do contrato é descumprimento parcial ou total de suas cláusulas²⁵⁰, e pode ser tanto da Administração, quanto do particular. Tanto por um, quanto por outro, pode ser (i) culposa ou (ii) independente de culpa.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, a primeira “*é a que resulta de ato ou omissão de qualquer das partes decorrente de sua negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia no atendimento das cláusulas do contrato*”²⁵¹; a segunda, “*é a que decorre de fatos ou atos estranhos à conduta do contratado, caracterizadores de força maior*²⁵², *de caso fortuito*²⁵³, *de fato príncipe*²⁵⁴, *de fato da administração*²⁵⁵ ou *de interferências imprevistas*²⁵⁶, que retardem ou impeçam totalmente o cumprimento do contrato”²⁵⁷.

²⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 234.

²⁵¹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵² *Força maior* é o evento humano, imprevisível e inevitável, que cria para o contratante um óbice insuperável para a execução do contrato. Ex. greve nos transportes. A análise do caso concreto é fundamental como meio de aferir se há impossibilidade de fato para a execução contratual.

²⁵³ *Caso fortuito* é evento da natureza, imprevisível e inevitável, que gera obstáculo à execução contratual. Este obstáculo deve causar a impossibilidade total do cumprimento do avençado para que exima o contratado de cumprir suas obrigações. Ex. enchentes.

²⁵⁴ “*Fato príncipe* é toda determinação estatal, **geral**, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.” “O fundamento da teoria do *fato príncipe* está em que a Administração não pode causar dano ou prejuízo aos administrados, e muito menos aos seus contratados, e quando isso ocorre por ato do Poder Público surge a obrigação de indenizar. Essa indenização resulta de uma responsabilidade objetiva da Administração – responsabilidade sem culpa – de natureza extracontratual, com base na repartição dos encargos públicos” (grifamos em negrito a característica que diferencia o fato príncipe do fato da administração) MEIRELLES, *op. cit.*, ps. 237-238

²⁵⁵ “Considera-se *fato da administração* toda ação ou omissão do Poder Público que, **incidindo direta e especificamente sobre o contrato**, retarda, agrava ou impede sua execução. Esse *fato* se equipara à *força maior* e produz os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do ajuste, ensejando ainda, as indenizações correspondentes.” (grifamos em negrito a característica que diferencia o fato da administração do fato príncipe) *Ibidem*, p. 239

²⁵⁶ São obstáculos materiais, naturais ou artificiais, depois de iniciada a execução do contrato. Ainda que sua existência seja anterior ao contrato, ela só é descoberta após ele. Pela maior onerosidade que resulta da descoberta desses obstáculos, é possível a revisão e adequação dos preços e prazos de acordo com a nova realidade. *Ibidem*, ps. 240-241.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 234

A Administração Pública tem o dever de fiscalizar a execução do contrato, dever este que consta no art. 58, II²⁵⁸, da lei 8.666/93, não se tratando, portanto, de mera faculdade²⁵⁹⁻²⁶⁰.

A conseqüência para o inadimplemento contratual nos contratos administrativos é a responsabilização da parte, seja por responsabilidade civil contratual, seja por responsabilidade administrativa²⁶¹.

Esta independe de qualquer outra responsabilidade e decorre do descumprimento de “*norma legal da administração em sentido lato (lei, regulamento, caderno de encargos, edital), ou do próprio contrato*”²⁶², pelo particular, e enseja, como conseqüência, *sanções administrativas*²⁶³ (Seção II – Das Sanções Administrativas, Lei 8.666/93). Estas são a (i) advertência²⁶⁴, (ii) multa²⁶⁵, (iii) suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração²⁶⁶, e, (iv) declaração de inidoneidade²⁶⁷⁻²⁶⁸ para contratar com a Administração. Já, “*a responsabilização civil*

²⁵⁸ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: III – fiscalizar-lhes a execução;

²⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 934

²⁶⁰ ressalva-se, evidentemente, os casos em que a fiscalização não é possível, e, os casos em que é possível fiscalizar-se satisfatoriamente no momento da entrega da prestação, etc.

²⁶¹ Ainda há a previsão de responsabilidade penal, que aparece na Seção III – Dos Crimes e das Penas, da lei 8.666/93, mas que não consideramos ter relevância para o presente trabalho.

²⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 244

²⁶³ Sempre garantida a prévia defesa no procedimento administrativo e são passíveis de revisão judicial. Constan na Seção II – Das Sanções Administrativas da lei 8.666/93 -.

²⁶⁴ art. 87, I - advertência;

²⁶⁵ art. 87, II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

²⁶⁶ art. 87, III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

²⁶⁷ art. 87, IV, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição, ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

²⁶⁸ “A declaração de inidoneidade é uma penalidade aplicável aos contratados inadimplentes de má-fé, ou reincidentes, e àqueles que, dolosamente e em razão do contrato ou do procedimento licitatório, praticarem atos ilícitos visando a fraudar o Fisco ou a licitação, ou dos quais se verifique não possuírem idoneidade para contratar com o Poder Público (Lei 8.666/93, art. 87, IV e 88).” continua “não é, a rigor, uma penalidade contratual, mas, sim, uma sanção administrativa genérica com a finalidade de impedir o acesso de pessoa física ou jurídica comprovadamente inidônea às suas licitações e contratações enquanto perdurarem os motivos que a ensejaram ou até que o punido promova a sua reabilitação. Sendo a mais grave das sanções administrativas aplicáveis ao particular interessado em contratar com o Poder Público, só pode ser aplicada pela autoridade indicada na norma legal que a consigna, nos casos e pela forma expressamente estabelecidos, sempre com oportunidade de defesa, como prescreve, corretamente, a lei atual (art. 87, §3º)” MEIRELLES, *op. cit.*, p. 246.

*obedece aos princípios de direito comum*²⁶⁹ e consiste no dever de indenizar a outra parte por danos causados pelo inadimplemento contratual, podendo ser aplicada tanto à Administração quanto ao particular.

Diante do inadimplemento, tem, ainda, a Administração, a prerrogativa de rescindir o contrato - por *meio de procedimento administrativo com submissão ao contraditório* - segundo a redação do artigo 77 da lei 8.666.

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Neste ponto, MARÇAL JUSTEN FILHO indica uma diferença do contrato de Direito Privado, no qual a medida cabível, em regra, diante do inadimplemento, quando a inexecução é parcial, é a indenização por perdas e danos²⁷⁰, enquanto que a Administração conta com a possibilidade de rescindir o contrato²⁷¹⁻²⁷².

ENTERRIA afirma que essas faculdades da Administração existem para que esta possa forçar o cumprimento estrito do pactuado²⁷³, partindo da imposição de

²⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 933.

²⁷⁰ “No direito privado, a regra é de que a inexecução parcial não acarreta a rescisão do contrato, excetuadas hipóteses específicas.” *Ibidem*, p. 954

²⁷¹ A rescisão contratual, contudo, não pode ser usada de forma indiscriminada, deve-se sempre ponderar qual a medida conferirá maior benefício aos interesses fundamentais que envolvem o contrato. MARÇAL JUSTEN FILHO aponta que “Quando o inadimplemento for irrelevante ou secundário e não envolver a satisfação de deveres fundamentais, a Administração poderá impor sanções ao particular. Mas não poderá decretar a rescisão.” *Ibidem*, p. 958

²⁷² Deve-se observar, contudo, que mesmo se tratando de contrato administrativo, temos presente a inferência da boa-fé objetiva, como será analisado no próximo ponto, e, havendo um rol de sanções administrativas, não pode a Administração simplesmente rescindir o contrato só porque a lei a autoriza. Neste sentido, mormente na questão da teoria do **adimplemento substancial**, analisado no ponto referente à boa-fé, deste trabalho, cola-se trecho do voto do ministro JOSÉ DELGADO, onde ele acolhe o que foi aventado no acórdão naquele momento recorrido, que referia o seguinte: “3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, **passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva**, transparência e razoabilidade **no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual**.

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, **o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.**” (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, T1 - Primeira Turma. REsp 914087 / RJ. Recorrente: União. Recorrido: Sari Distribuidora de Produtos Alimentícios LTDA . Rel. Ministro José Delgado. Brasília, 04.10.2007.

²⁷³ “se traduce en una facultad de opción de la Administración en orden a forzar el cumplimiento estricto de lo pactado mediante la imposición de sanciones o a acordar la resolución con pérdida de la fianza prestada por el contratista” ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madri: Civitas Ediciones, 2000. p. 751.

sanções até o caso mais extremo de rescisão contratual. O objetivo, antes de tudo, seria evitar que o interesse público fosse prejudicado em virtude da paralisação das obras ou serviços contratados²⁷⁴. Os casos em que se admite a rescisão contratual pela Administração são elencados em amplo rol, no art. 78 da Lei 8.666/93.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos²⁷⁵;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato²⁷⁶;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores²⁷⁷;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato²⁷⁸⁻²⁷⁹;

²⁷⁴ “Se trata pues, ante todo, de evitar que el interés público padezca a resultas de la paralización de las obras o de servicio contratados, que siempre comportan unos prejuicios generales que el cumplimiento por equivalente (incautación de la finanza y eventual responsabilidad por daños) puede no ser bastante para reparar.” ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madri: Civitas Ediciones, 2000. p. 751.

²⁷⁵ Deve-se fazer ressalva quanto ao conteúdo deste inciso, pois o contratante privado deve cumprir apenas as cláusulas contratuais, onde devem estar pactuados os prazos, e, se necessário, os projetos. As especificações são inerentes ao contrato ou se relacionam com o seu correto cumprimento, de forma que é também desnecessária sua menção.

²⁷⁶ Decorrente do personalismo do contrato administrativo, que, segundo indica a doutrina (MARÇAL JUSTEN FILHO), não cabe perfeitamente no ordenamento brasileiro. Desta forma, este inciso é aplicado quando de fato trata-se de obrigação *intuitu personae*.

²⁷⁷ Cabe ressalva, também, quanto a este inciso, pois o contratado da Administração não estão subordinados às ordens desta, mas aos deveres pactuados. A fiscalização visa a garantir o correto adimplemento, desta forma, este inciso somente remete aos II e VIII, que se referem a faltas na execução contratual.

²⁷⁸ Ressalva especial também deve ser feita a respeito deste inciso. A mera invocação do interesse público, como já referido algumas vezes no presente trabalho, não pode levar a Administração à arbitrariedade. MARÇAL JUSTEN FILHO lembra que o contrato administrativo produz direitos adquiridos, que devem ser respeitados, de maneira que não se pode admitir a rescisão motivada apenas na vagueza do “interesse público”. Também deve-se atentar para a presença da expressão “de alta relevância e amplo conhecimento”, desta forma, no caso concreto, o seguimento com o curso contratual,

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Deve-se, contudo, analisar com cuidado este dispositivo. Em primeiro lugar, como bem indica MARÇAL JUSTEN FILHO, se o descumprimento de qualquer cláusula contratual acarretasse a rescisão, como indica o inciso I, não haveria motivo para os incisos de número II e VIII²⁸⁰. Este raciocínio pode ser ampliado e, pode-se concluir que, a aplicação da rescisão contratual para todas as hipóteses do art. 78 tiraria o sentido também das sanções administrativas. A Administração deve, portanto, analisar bem o caso concreto, a razoabilidade da medida, o efeito dela e se não há outro mecanismo mais efetivo (*dever de proporcionalidade*²⁸¹⁻²⁸²⁻²⁸³), na persecução do interesse público, do que a medida extrema, que é rescindir o contrato. Além do mais, o particular que for prejudicado por pelo ato da Administração, poderá buscar, além da via administrativa – pela qual o procedimento de rescisão invariavelmente passará-, a via judicial para recuperar possíveis perdas de danos.

Também há motivos que podem levar o particular, que contrata com a Administração, a rescindir o contrato:

devidamente executado, causará conseqüências lesivas, sendo, pois, necessária sua extinção. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 975.

²⁷⁹ “... imprescindível notar que *o interesse público e o interesse do contratado* (e, quando for o caso, o interesse dos usuários) *não são necessariamente formuláveis em oposição*: figuram apenas no campo das contradições dialeticamente harmonizáveis. Em semelhante enfoque, *a assertiva de que, ao contratar, somente o interesse público deveria ser alcançado, em detrimento ou deposição do interesse particular legítimo, soa, sob determinado aspecto, tão falsa e disparatada como aquela tese que sustenta a primazia incontestável do interesse do contratado.*” (grifo nosso) FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 267.

²⁸⁰ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 959.

²⁸¹ O Dever de proporcionalidade é sempre presente na atuação da Administração, “trata-se de princípio que impele à realização de autêntico teste de qualidade da conduta administrativa.” FREITAS, *op. cit.*, p. 64.

²⁸² Para a efetivação do interesse público, frente ao interesse privado do contratante, também protegido pela CF (liberdade, propriedade, igualdade, etc), deve-se agir de acordo com a proporcionalidade, o que significa que “*o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo.*” ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Dialogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Dentro de Atualização Jurídica, v. I, nº4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de Outubro de 2013.

²⁸³ É consagrada doutrina e jurisprudencialmente a tríplice divisão do princípio da Proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) em subprincípios. O *subprincípio da adequação* (do alemão *Geeignetheit*) é o que exige que o meio que atinja o fim; o *subprincípio da necessidade* (*Erfordlichkeit*) é o que exige a escolha da medida que, confrontado com outras, resulta na menor restrição de um direito em detrimento do outro, ou seja, é a melhor medida disponível; e, o *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito* (se refere ao não excessivo, na exigência do meio acima), há a proibição do excesso (*Übermassverbot*), ou seja, o meio e o fim devem estar em relação de proporção. “O ônus para alcançar o fim não deve ser desmesurado.” FREITAS, *op. cit.*, p. 66 e *cf.* ÁVILA, *op. cit.*

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei²⁸⁴;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação²⁸⁵⁻²⁸⁶;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

Por fim, cabe apontar que, independentemente da lei 8.666/93, o direito à indenização por danos anti-jurídicos (evidentemente se o particular deu causa à rescisão, e esta foi apurada como uma medida razoável, não se cogita indenizá-lo mas, sim, acioná-lo para indenizar a Administração) é protegido constitucionalmente. Na Constituição Federal, o dever de indenizar consta no art. 37:

²⁸⁴ Para MARÇAL JUSTEN FILHO, a hipótese é impossível de ocorrer, pois a elevação ou redução superior aos limites legais é nula e não causa rescisão do contrato. Desta forma, se a Administração reputar excessivos os quantitativos inicialmente pactuados, deverá reduzir dentro dos limites da lei, ou rescindir o contrato pelo inciso XII. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 978.

²⁸⁵ O atraso da Administração é injustificável, pois, para contratar ela deve avaliar a necessidade da contratação, prever recursos orçamentários, desta forma, aquele é, em primeiro lugar, uma ofensa à lei orçamentária. *Ibidem*, p. 980.

²⁸⁶ É tido pela doutrina como uma aplicação relativizada da *exceptio non adimpleti contractus*. Ocorre, contudo, que esta relativização é inconstitucional e viola o Estado de Direito, pois permitiria à Administração a arbitrariedade de não cumprir com o contrato sem sanção pelo período de 90 dias. Desta forma, a Administração está obrigada a reparar – por meio da recomposição do equilíbrio econômico financeiro – os danos econômicos causados ao particular, independente do período de inadimplemento. Também, no caso de o particular usar a prerrogativa de rescisão contratual, não está, a Administração, por óbvio, liberada de indenizar todas as perdas e danos decorrentes de sua inadimplência. Cola-se decisão da 5ª Vara federal, que julgou caso em que a Administração tentou se escusar da responsabilidade do adimplemento completo de parte da sua obrigação, alterando a forma de pagamento, e usando como justificativa o *princípio da continuidade do serviço público*. A União foi condenada a indenizar a parte. Retira-se deste julgado, trecho fundamental: **“O atraso no pagamento gera dever de a Administração recompor o equilíbrio econômico-financeiro da contratação e indenizar perdas e danos sofridos pelo particular, mesmo que não seja caso de rescisão”** BRASIL. TRF 4. 5ª Vara Federal. Ap. Cível 1999.04.01.034581-0/RS. Apelante: RGM Ind. E Com. De Fios e Tecidos Ltda. e União Federal (Ministério do Exército) Apelado: RGM Ind. E Com. De Fios e Tecidos Ltda. e União Federal (Ministério do Exército) Relª. Silvia Goraieb. Porto Alegre, 14.11.2001.

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A própria lei mencionada indica que nos casos dos incisos XII e XVII a Administração deverá indenizar o particular, inclusive devolvendo o valor dado em garantia (art. 79, §2º, I e II).

Ainda, MARÇAL JUSTEN FILHO destaca que a indicação de que a indenização se dá por prejuízos comprovados não exclui a necessidade de indenizar os lucros cessantes²⁸⁷. Neste mesmo sentido, cola-se jurisprudência do STJ.

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO.

1. Trata-se de ação ordinária de cobrança de danos fundamentada em Decreto municipal n. 3553/92 e Ofício n. 106/92, os quais revogaram, por interesse público, todos os contratos de concessão e permissão de serviço de transporte coletivo do Município de Rio Branco, dentre eles o contrato realizado com o recorrente com o intuito de redistribuir as linhas de transporte.

2. A sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação intentada e, em grau de apelação, o Tribunal local a manteve ao fundamento de que a redistribuição das linhas baseou-se no interesse público, acrescentando que a pretendida indenização representaria pesado ônus a uma situação ocorrida dentro de estrita legalidade.

3. No entanto, o pedido de indenização por rescisão de contrato administrativo unilateral é cabível na espécie.

4. Esta Corte Superior já se pronunciou no sentido de que a rescisão do contrato administrativo por ato **unilateral da Administração Pública**, sob justificativa de **interesse público**, **impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes, como tais considerados não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes**. Precedentes.

5. É que, sob a perspectiva do Direito Administrativo Consensual, os particulares que travam contratos com a **Administração Pública devem ser vistos como parceiros, devendo o princípio da boa-fé objetiva** (e seus corolários relativos à tutela da legítima expectativa) **reger as relações entre os contratantes público e privado**.

6. Recurso especial provido.²⁸⁸

²⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 991.

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, T2 - Segunda Turma. REsp 1.240.057 - AC. Recorrente: Viação Aquiri LTDA. Recorrido: Município de Rio Branco. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 28.06.2011.

Por fim, cabe a, muito pertinente, observação de JUAREZ FREITAS, no sentido de que as cláusulas exorbitantes só serão lícitas²⁸⁹ se não trouxerem desequilíbrio desproporcional, nas suas palavras:

As cláusulas (de origem sistemática e, de modo oblíquo, ratificadas no instrumento contratual) que transcendem o direito comum **somente são lícitas quando não acarretam desequilíbrios desproporcionais, impondose**, se for o caso, **a plena justiça indenizatória e manutenção do intangível equilíbrio econômico-financeiro**, já que a “assimetria” entre as polaridades pactuantes não justifica a imposição de sacrifícios injustos sem a devida indenização.(grifo nosso)²⁹⁰

COELHO MOTTA bem lembra, ao se referir às prerrogativas da Administração na modificação dos contratos, que:

O salutar pressuposto da boa fé deve presidir à relação entre particular e o Estado, eliminando de si o risco do enriquecimento ilícito de qualquer das partes: O simples deslocamento de parcela patrimonial de um acervo que se empobrece para outro que se enriquece é o bastante para criar efeitos obrigacionais²⁹¹

Diante do acima exposto, conclui-se que a Administração possui amplo rol de opções, a serem tomadas pela via administrativa (processo administrativo), para forçar o melhor cumprimento possível do contrato, além de, no caso de inadimplemento, ou na eminência deste, contar com medidas capazes de reduzir o impacto deste (portanto os danos à Administração e ao interesse público). Qualquer das medidas tomadas pela Administração com base nas cláusulas exorbitantes poderá ser revista judicialmente e será submetida ao juízo de proporcionalidade e razoabilidade. Analisa-se agora a boa-fé no Direito Administrativo.

²⁸⁹ No direito administrativo só é lícito o que a lei permite, assim a conformidade com a lei é condição necessária à execução – não estar amparado pela lei torna o ato abusivo e ilícito. Este problema de cláusula, que teria solução na sua ineficácia, apenas, no direito civil, é ilícito no direito administrativo, o que, por sua vez, também causa a nulidade e ineficácia da cláusula.

²⁹⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 271

²⁹¹ COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas Licitações e Contratos: comentários à lei 8.666/93, à lei 8.987/95 e ao anteprojeto de lei de licitação**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 281

3.4 O Princípio da Boa-fé no Direito Administrativo

A boa-fé, apesar de ter sido desenvolvida mais expressivamente no Direito Privado²⁹², pode ser encarada – aqui tomamos a liberdade de subsumi-la à frase de LABAND -, como um dos princípios “*que han sido científicamente establecidos y desarrollados en el dominio del derecho privado, pero que, por su naturaleza, no son principios de derecho privado, sino principios generales de derecho*”.²⁹³

Essencial para demonstrar as justificativas de aplicação da boa-fé no direito administrativo é o trecho do voto do Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR:

No direito civil, desde os estudos de Jehring, admite-se que do comportamento adotado pela parte, antes de celebrado o contrato, pode decorrer efeito obrigacional, gerando a responsabilidade pré-contratual. O **princípio geral da boa-fé** veio a realçar e deu suporte jurídico a esse entendimento, pois **as relações humanas devem pautar-se pelo respeito à lealdade.**

.....
O que vale para a autonomia privada vale ainda mais para a Administração Pública e para a direção das empresas cujo capital é predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos. É inconcebível que um Estado Democrático, que aspire a realizar justiça, esteja fundado no princípio de que o compromisso público assumido pelos seus governantes não tem valor, não tem significado, não tem eficácia. Especialmente quando a Constituição da República consagra o princípio da moralidade administrativa. (grifo nosso)²⁹⁴

Ainda neste sentido, cabe mencionar JESÚS GONZÁLES PÉREZ, que defende a inexistência de diferenças substanciais entre o direito administrativo e o direito civil que impeçam a aplicação do princípio da boa-fé nas relações jurídico administrativas²⁹⁵. A boa-fé é um princípio que se dedica a influenciar o direito como um todo, vocação típica de uma cláusula geral.

²⁹² A doutrina a respeito da Boa-fé é vasta, tendo iniciado no Brasil pelos estudos de Clóvis do Couto e Silva, antes mesmo de existir como cláusula geral no nosso código civil, e sendo desenvolvida pelos seus discípulos. Além da doutrina nacional, conta a boa-fé, com vastos estudos, seja na Alemanha, onde a “lançaram” como cláusula geral, seja nos outros países do direito continental europeu. A bibliografia deste trabalho já mostra por si, pequena parte da numerosa produção doutrinária sobre este importante princípio no Direito Civil.

²⁹³ LABAND, *apud*. BERÇAIZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952. p. 107.

²⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, T4 - Quarta Turma. RMS 6183 - MG. Recorrente: Roberto Shitiro Sato. Recorrido: Banco do Brasil S/A. Rel. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 14.11.1995.

²⁹⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 265.

A boa-fé foi reconhecida, na Administração Pública, de forma expressa, pela Lei Federal nº 9.784 de 1999. Esta regula os processos administrativos e a prevê da seguinte forma:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

Se vale para o processo administrativo, não devem restar dúvidas de que se aplica no processo obrigacional envolvendo a Administração²⁹⁶. Como bem indica CARLOS ARI SUNDFELD²⁹⁷:

Uma lei geral de processo administrativo não regula apenas os chamados processos administrativos em sentido estrito, mas toda a atividade decisória da Administração, sem exceções, independentemente do modo como ela se expressa

E conclui:

O pressuposto lógico de uma lei assim é o de que, na Administração Pública, decidir é fazer processos – isto é, toda a atividade decisória é condicionada por princípios e regras de índole processual.

Além do mais, a aplicação da boa-fé vem em um crescente no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua positivação no Código Civil de 2002, como cláusula geral, tendo sido levada para os mais diversos ramos do direito.

Cabe ainda lembrar que sua aplicação já era defendida pela doutrina, mesmo antes de sua positivação²⁹⁸ no Código Civil.

²⁹⁶ No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 22, p. 228-257. Set. 2002. p. 237.

²⁹⁷ SUNDFELD *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. ps. 244-245.

²⁹⁸ COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A Obrigação como Processo**. 1964. 234 f. Tese para concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

KARL LARENZ, há muitos anos, na Alemanha, já indicava sua aplicação como cláusula geral, e em decorrência disto, sua incidência no direito administrativo:

A salva-guarda da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base de todo o tráfego jurídico e em particular de toda a vinculação jurídica individual. Por isso não se pode limitá-lo às relações obrigacionais, mas aplicá-lo sempre que exista qualquer vinculação jurídica, ou seja, **tanto de direito privado, como no direito público.** [sic] (grifo nosso)²⁹⁹

A boa-fé mostra-se atrelada à proteção da confiança, que deve estar presente em todas as relações, em todo tráfego jurídico. No mesmo sentido, JUAREZ FREITAS aduz que o princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas é “*manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança nas relações jurídicas*”³⁰⁰. HELMUT MAURER aduz que:

A proteção à confiança parte da perspectiva do cidadão. Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais.³⁰¹

É, portanto, ligada à segurança jurídica, esta como protetora da confiança legítima (*Vertrauensschutz*)³⁰² dos cidadãos, defendida constitucionalmente, não só como um dos valores fundamentais (constantes no preâmbulo) como também pelo artigo 5º³⁰³. A proteção da confiança está, inclusive, atrelada à idéia de Democracia, como indica CASTILLO BLANCO³⁰⁴, pois o bom sistema democrático deve ser esforçar para manter a confiança do povo nos governantes. Isto posto, se há uma promessa feita pela Administração, e esta gera expectativas nos indivíduos, a frustração destas é incompatível com a lealdade e a boa-fé – necessárias à promoção da

²⁹⁹ LARENZ *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 277.

³⁰⁰ FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.73

³⁰¹ MAURER, Helmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 67

³⁰² GIACOMUZZI, *op. cit.*, p. 267.

³⁰³ É segurança jurídica pois é referida como objetivo social que ultrapassa a dimensão meramente psicológica ou física; é protegida ao lado de outros valores jurídicos, como propriedade, liberdade e igualdade; e o fato de haver, no artigo 5º, diversas manifestações tanto em referência à segurança física/psicológica, quanto à liberdade, pressuporia uma maior amplitude do conceito segurança. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 255.

³⁰⁴ *apud. Ibidem*, p. 266.

moralidade³⁰⁵ - o que deve levar à indenização dos particulares que sofrerem danos em razão da confiança depositada naquela³⁰⁶. É uma clara referência ao não *venire contra factum proprium*.³⁰⁷ Da mesma forma, um ato reiterado que gera expectativas, é de fácil aproximação da *surrectio*³⁰⁸ (situação na qual a atitude de uma parte faz surgir, para a outra, um direito).

Segundo HUMBERTO ÁVILA, o ideal de segurança jurídica compõe-se de lealdade e seriedade, que, por sua vez, redundam *no respeito aos interesses privados e na observância da boa-fé objetiva*.³⁰⁹

A aplicação do princípio da boa fé objetiva, nos contratos de direito administrativo, pode-se dizer, já encontra aceitação, tanto doutrinária³¹⁰ quanto jurisprudencial³¹¹. E nem haveria motivo para que isto não ocorresse, tendo em vista que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral, aplicável, portanto, a todo Direito. Convém, neste sentido, trazer trecho do voto do ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

Na realidade, a verificação de quem detinha esse dever acessório deve ser estabelecida, com **fundamento no princípio da boa-fé objetiva, que estabelece uma diretriz ética para as relações jurídicas públicas e privadas**. Constitui a boa-fé objetiva um **modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento**, que **impõe**, concretamente, **a todo o cidadão que**, na sua vida de relação, **atue com honestidade, lealdade e**

³⁰⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 96.

³⁰⁶ No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, vol. 22, p. 228-257. Set. 2002. p. 238.

³⁰⁷ No mesmo sentido: “Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até como mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.” ROSADO DE AGUIAR, Ruy. REsp 184.487-SP *apud* COUTO E SILVA, Almiro *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 276-277.

³⁰⁸ Exercício em continuidade de situação jurídica, não pactuada e em contradição com o convencionado ou ordenamento, implicando em novo direito subjetivo à outra parte.

³⁰⁹ GIACOMUZZI, *op. cit.*, p. 235.

³¹⁰ Exemplificativamente: MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, vol. 22, p. 228-257. Set. 2002., NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002., GIACOMUZZI, *op. cit.*

³¹¹ Só mencionando casos do STJ, além da jurisprudência já citada no ponto anterior (REsp 1.240.057/AC e REsp 914087/RJ), pode-se referir o REsp 776790/AC, REsp 1003880/DF, REsp 859722/RS, REMS nº 6183-MG, REsp 184.487/SP, etc. Ainda pode-se mencionar o caso do TRF4, AC 255.509/RS, de relatoria da Juíza Vivian Josete Pantaleão Caminha, onde consta a violação da Boa-fé pelo *venire contra factum proprium*.

probidade. (grifo nosso)³¹²

Nestes mesmos termos, JUAREZ FREITAS relaciona a alteração injustificada dos ajustes contratuais, feitas com base no “poder” conferido à Administração por meio das cláusulas exorbitantes, com a violação da boa-fé, bem como da confiança legítima e da probidade.

Devem ser mantidas, a todo o transe, a confiança legítima, a boa-fé e a probidade nas relações contratuais, incompatíveis com mudanças disruptivas injustificáveis dos ajustes.³¹³

Parte da doutrina entende, inclusive, que a boa-fé já estaria presente no próprio Direito Administrativo – independente de se recorrer à Teoria Geral do Contratos”, ou à cláusula geral da boa-fé, portanto – implícita no conceito de moralidade³¹⁴⁻³¹⁵⁻³¹⁶, prevista no art. 37 da CF, que preconiza o seguinte:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ...

Isto sem que se esqueça que, mesmo que a boa-fé não estivesse atrelada ao princípio da moralidade, não fosse uma cláusula geral, e não estivesse prevista na lei dos processos administrativos – ou esta não pudesse ter sua interpretação levada aos

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, T3 - Terceira Turma. REsp 857.299 - SC. Recorrente: Tractbel Energia S/A. Recorrido: ELC – Electroconsult SPA. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 03/05/2011.

³¹³ FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 263

³¹⁴ “A origem da idéia de moralidade, ligada à de boa administração, relaciona-se com a boa-fé do tráfico jurídico-privado do Direito Alemão. A boa-fé a que se referia Hauriou, à época, era, ao menos uma vez expressamente, aquela do §157 do BGB (“os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”), que representa uma das cinco vezes em que o BGB se refere à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*)”. GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 231-232

³¹⁵ “a moralidade administrativa busca a obtenção de um estado de *honestidade* na Administração Pública, para o que *impõe*, em todas as suas relações jurídicas, *deveres de boa-fé*, probidade, lealdade, transparência, etc.” MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50

³¹⁶ “Compreendem em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 109.

contratos administrativos -, há menção no art. 54³¹⁷ da lei 8.666/93 a respeito da aplicação supletiva dos princípios da Teoria Geral dos Contratos (nos quais se enquadra o princípio da boa-fé objetiva) e das disposições de Direito Privado aos contratos administrativos.

Para além disso tudo, a mudança substancial pela qual passou o Estado nas relações que estabelece com os indivíduos³¹⁸ - superando a subordinação destes à Administração e iniciando uma época de cooperação, e, ao mesmo tempo, alterando a situação de obediência do privado em relação àquela em favor de uma complementaridade³¹⁹ mútua - não permite que se volte a condutas autoritárias e violadoras da legítima confiança. Neste sentido, BANDEIRA DE MELLO, em justificativa da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, aponta que:

Com efeito, **o Estado, não é especulador** e não se pode converter em explorador ganancioso. **Em relação que pressupõe um voluntário atrelamento de vontades convergentes, onde primam os deveres de lealdade e boa-fé**, descabe à Administração procurar esquivar-se ao dever de restaurar o equilíbrio econômico segundo cujos termos obteve a vinculação espontânea de outrem. (grifo nosso)³²⁰

Resta claro que o mencionado publicista considera a atitude da Administração, ao quebrar a confiança depositada pelo particular, desestabilizando o equilíbrio econômico sobre o qual se fundou o contrato, uma violação dos deveres de lealdade e boa-fé. A Administração tem, assim, um dever de cooperação, fundado na confiança. Como bem indica JUDITH MARTINS-COSTA, “*o princípio da confiança (por gerar o dever de agir segundo a boa-fé), terá também função positiva, mediante criação dos chamados deveres de colaboração e cooperação*”.³²¹ Desta forma, percebe-se que a boa-

³¹⁷ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

³¹⁸ Tratamos do ponto quando expusemos, por meio da citação de BERÇAITZ (na p. 53 deste trabalho, nota de rodapé nº 266), a evolução da atuação Estatal, quando este passa a trabalhar em conjunto com os indivíduos, contratando com eles, em vez de satisfazer suas necessidade pela força e coação.

³¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22. pg. 228-257. Set. 2002. p. 233.

³²⁰ BANDEIRA DE MELLO *apud* NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 216.

³²¹ MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22. pg. 228-257. Set. 2002. p. 238

fé impõe à Administração uma conduta de cooperação com a outra parte, que é estabelecida pelo standard comportamental da boa-fé objetiva.

Imperativa a menção a JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ³²², que considera a boa-fé o parâmetro para limitar o direito subjetivo da Administração, conferido pelas cláusulas exorbitantes, de rescisão unilateral do contrato nos casos de transgressões de menor impacto do particular³²³, o que podemos identificar como uma relação da boa-fé com o dever de proporcionalidade da Administração.

A exposição que se fez, neste trabalho, sobre a evolução do contrato, saindo das formas privadas consagradas e sofrendo influência do Direito Público (no que se chamou publicização do contrato), encontra a sua contrapartida: o Estado, dentro da já exposta mudança de uma postura de imposição para busca da cooperação, e com a finalidade de cumprir suas novas funções dentro da concepção do Estado de bem-estar social, foi buscar no direito privado os modelos e instituições que lhe permitissem atuar com eficiência e rapidez³²⁴. Estas instituições e modelos não puderam ser desvinculadas do Direito Civil³²⁵, trazendo consigo, pois, os princípios que as equilibram, e, nas palavras de ALMIRO DO COUTO E SILVA, “*Desta forma, o pêndulo que oscilava para o setor público, torna, agora, para o setor privado*”³²⁶.

3.5 A Mitigação do Próprio Prejuízo nos Contratos Administrativos

Como visto, os contratos administrativos são contratos, da mesma forma que o são os contratos de Direito Privado. A diferença é que, nestes, inexitem as cláusulas exorbitantes – que, como diversas vezes referido, exorbitam o Direito Privado. Isto posto, sendo a boa-fé aplicável ao Direito Privado, e o ônus de mitigar o próprio prejuízo um derivado do principio da boa-fé, o único impedimento possível à aplicação deste ônus ao próprio prejuízo seria um preceito de Direito Público ou uma cláusula exorbitante que fosse de encontro com o instituto.

³²² *apud* NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 218.

³²³ No mesmo sentido da necessidade de proporcionalidade, como já citado neste mesmo trabalho, na p. 75, MARÇAL JUSTEN FILHO.

³²⁴ COUTO E SILVA, Almiro *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 261

³²⁵ Como firmamento de um contrato, por exemplo.

³²⁶ COUTO E SILVA, Almiro *apud* GIACOMUZZI, *op. cit.*, p. 263

Dado que, na análise das cláusulas exorbitantes, nada foi encontrado no sentido de permitir a inércia da Administração, ou de escusá-la do ônus de mitigar, não se pode dizer que esta está desonerada do agir diligente. O que ocorre, aliás, é justamente o contrario. É *devido às cláusulas exorbitantes* que conta a Administração com mais mecanismos para, não somente forçar o estrito cumprimento do pactuado mas, também, diminuir seus próprios prejuízos.

Como foi aduzido no ponto referente ao *Duty to Mitigate the Loss*, atribui-se ao credor o ônus de mitigar porque se identifica nele o sujeito com as melhores condições de diminuir seu próprio prejuízo, ou quem consegue fazê-lo com os menores custos (o mencionado *least cost avoider*). Com base neste pressuposto, além de se encontrar nas melhores condições de mitigar o dano, a Administração também conta com as prerrogativas especiais que lhe conferem as cláusulas exorbitantes, não restando dúvidas, pois, de que a Administração deve sim ser submetida a tal ônus, porquanto possui mais possibilidades de mitigá-lo do que teria um (credor) particular. Um exemplo das facilidades com que conta a Administração é a possibilidade de ocupação provisória (art. 58, V), da qual se relembra.

Se se tratar de serviços essenciais, a Administração pode-deve ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando necessário acautelar apuração de faltas do contratado, assim quando da rescisão.³²⁷

No mesmo sentido, a prerrogativa de fiscalizar (art. 58. III), com a qual conta a Administração, impõe a ela um verdadeiro dever de fiscalizar³²⁸, e este deve ser considerado na mensuração da indenização, porquanto alguns danos podem ser evitados ainda durante a execução contratual³²⁹.

³²⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 271

³²⁸ Se todas as prerrogativas da Administração existem para assegurar a melhor efetivação do interesse público, não pode a Administração negligenciar essa prerrogativa, colocando este em risco. Segundo jurisprudência do TCU, “cuida-se, sem dúvida, de poder-dever fiscalizatório a operar no sentido de assegurar a melhor execução do contrato em prol do interesse público” *In*: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 935

³²⁹ Poderia se discutir, neste caso, se não seria uma culpa concorrente da Administração, no caso de um dano ocorrer e não ter havido fiscalização, porquanto tem aquela o dever de fiscalizar. Entretanto, não adentraremos neste ponto, pois a finalidade é demonstrar que a Administração possui mecanismos que a possibilitam evitar danos.

Ainda podem ser mencionadas as penalidades administrativas (art. 58 IV), que servem para forçar o devido cumprimento do pactuado e podem ajudar a evitar danos decorrentes da má execução contratual.

Sendo, a mitigação do próprio prejuízo, um ônus que incumbe ao credor de agir com uma conduta diligente, dentro da razoabilidade, consoante os deveres de cooperação entre as partes, no sentido de minimizar os seus prejuízos, após o inadimplemento do devedor, verifica-se que - de acordo com o exposto no ponto anterior - a posição da Administração Pública a obriga, *ainda mais*, a agir com lealdade e cooperação com o privado. Ela também não pode agir como se estivesse em “guerra” com o devedor, simplesmente observando o agravamento dos danos com vistas à indenização. Deve-se lembrar que *o interesse dos particulares faz*, ele também, *parte do interesse público*³³⁰, de forma que é função da administração resguardar, também, os interesses do devedor (principalmente como resguardo do princípio da confiança, conforme indica a boa-fé), agindo cooperativamente e com a diligência que seja razoável no caso concreto.

Além do mais, por representar o interesse público, deve, a Administração, atuar com ainda mais diligência na mitigação dos danos, porquanto estará efetivando aquele em maior grau ao evitar o agravamento dos seus prejuízos (que se refletem em prejuízos para a sociedade como um todo).

Poderia inclusive, ser vislumbrada a possibilidade de que, para a Administração, a mitigação do próprio prejuízo seja de fato um **dever**, e não apenas um ônus, porquanto ele não atua defendendo interesses seus, mas o interesse público, desta forma, o dever não seria em relação a si mesma³³¹, mas à coletividade – a mitigação é interesse público.

Os próprios princípios da economicidade³³² (art. 70 da CF), da eficiência³³³ (art. 37 da CF), e da eficácia³³⁴ (CF art. 74) exigem da Administração a otimização da ação

³³⁰ Adverte, e com razão, HUMBERTO ÁVILA que “O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. Preâmbulo e direitos fundamentais).” ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Dialogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Dentro de Atualização Jurídica, v. I, nº4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de Outubro de 2013

³³¹ Questão da *Obliegenheit (Pflicht gegen sich selbst)*.

³³² “otimização da administração pública no sentido de fazer mais com o menor custo possível.” FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 125

³³³ “determina que a Administração cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável os meios apropriados e pertinentes.” *Ibidem, loc. cit.*

pública, o cumprimento adequado das tarefas administrativas e a busca das metas constitucionais. Estes princípios “*vedam, terminantemente, todo e qualquer desperdício, assim como rejeitam as técnicas inapropriadas que distorcem as escolhas públicas.*”³³⁵

Neste ponto, é essencial lembrarmos que, quando se referiu à motivação para a existência do *Duty to Mitigate the Loss*, enfatizou-se a intenção, do ordenamento jurídico da *common law*, de *conter o desperdício de recursos, estes escassos e necessários ao desenvolvimento dos países*. Desta feita, resta claro o *fim público e social* que está por trás do ônus de mitigar. É justamente o Estado o maior interessado no melhor emprego dos recursos, em áreas produtivas, portanto, de maneira a incentivar o crescimento do país. Lembre-se que constitui um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional (art. 3, III da CF), protegido, na atuação administrativa, pelo, já mencionado, princípio da eficácia. Muito interessante, neste sentido, é o pronunciamento de JUAREZ FREITAS a respeito dos princípios supramencionados:

Com base nos princípios em exame não se está a pedir, em especial ao Poder Judiciário, o controle dos juízes de conveniência em si, mas *o controle das motivações obrigatórias*. Ou seja, *a vigilância quanto a aspectos que dizem respeito não ao merecimento, mas à compatibilidade do ato administrativo com a economicidade, com a eficiência e com a eficácia*, já que inexistem atos administrativos exclusivamente políticos e o administrador se vincula às escolhas efetuadas. (grifamos)³³⁶

Conclui-se que deve, portanto, o juiz, analisar a conduta da Administração, verificando se ela mitigou o próprio prejuízo, pois, assim como a teoria da *evitabilidade (avoidability)*, os princípios supramencionados também propugnam a adequada utilização dos recursos.

Pode-se mencionar, também, como referido no ponto anterior, que a moralidade obriga a Administração a agir com lealdade. Sendo o ônus de mitigar o próprio prejuízo, conforme aduzido no ponto que dedicou-se a ele, a *negação*, pelo direito, da *inércia* diante do agravamento do próprio prejuízo, e, portanto, da deslealdade, resta evidente a vinculação da Administração àquele. Quanto à violação da moralidade, cabe citar JUDITH MARTINS-COSTA:

³³⁴ “vedação do descumprimento dos objetivos ou metas constitucionais” FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 125

³³⁵ *Ibidem*, p. 125-126

³³⁶ *Ibidem*, p. 126

A deslealdade da Administração face aos cidadãos configura verdadeiro problema de moralidade administrativa. Essa não é a moralidade subjetiva do agente, nem se confunde com a moral dos indivíduos, mas se configura na adstrição de uma ética pública que afasta, de *per si*, a deslealdade, a mentira, o engodo, a torpeza. A idéia de moralidade pública conota, pois, correção de conduta, seriedade, lealdade, probidade, qualificativos sempre atribuídos à conduta segundo a boa-fé.³³⁷

O aplicação do ônus (ou dever) de mitigar o próprio prejuízo se faz ainda mais necessária nos casos de obra pública. Incontáveis são os casos com os quais nos deparamos no dia-a-dia, de obras paradas, submetidas à ação do tempo e às intempéries da natureza, sem que a Administração se preocupe em tomar as mínimas medidas para evitar sua deterioração. Ora, não pode o Estado, depois de quedar-se inerte frente ao agravamento dos próprios prejuízos, intentar a indenização completa pelo montante ao qual chegaram os danos.

Neste sentido, cabe, ainda, analisar um caso interessante, julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Trata-se da apelação de número 70048244339³³⁸. O município X assinou contrato com a empresa Y em 17.11.2000, para a construção de um hospital. Após início das obras, em 2005, estas foram paralisadas por dificuldades financeiras da Prefeitura. Desta forma, houve primeiramente a suspensão e a posterior rescisão antecipada e consensual do contrato em 30.06.2005. Depois de verificar problemas na obra, o hospital notificou a empresa Y extrajudicialmente para que procedesse os reparos, tendo a questão sido, em seguida judicializada.

À primeira vista, haveria responsabilidade da apelante pela reparação das fissuras e trincas apontadas, porquanto o contrato prevê, em sua cláusula oitava (Da entrega da obra), que *“a contratada responderá pela solidez e segurança dos serviços executados, e equipamentos aplicados na obra, durante o prazo de 05 (cinco) anos, em consonância com o artigo 1245 do Código Civil Brasileiro”* (fl. 49). Entretanto, **há de ser analisada a obra considerando-se que a sua entrega foi prematura por culpa do contratante, quando ainda não executado o acabamento.**

³³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22. pg. 228-257. Set. 2002. p. 247

³³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 22ª Câmara Cível. AC nº70048244339. Apelante: Cotica Engenharia Construções LTDA. Apelado: Fundação de Saúde Pública São Camilo de Esteio. Rel. Denise Oliveira Cezar. Porto Alegre, 14.11.2013.

Note-se que o que o hospital alega é uma responsabilidade contratual da contratada, que se incumbiu de responder pela solidez e segurança dos serviços prestados. O descumprimento desta incumbência significa o inadimplemento do contrato, antes mesmo da rescisão, esta decorrente da insuficiência de recursos da Prefeitura. Entretanto, segundo o perito:

“foram percebidas trincas e fissuras não estruturais e a solução para tais itens é a manutenção preventiva ou corretiva como pintura e tratamento e das superfícies quando da apresentação das movimentações por dilatação térmica”. E acrescenta: “o prédio com a devida manutenção preventiva e corretiva poderá ter vida útil ilimitada” (fl. 222).

A perícia constatou, portanto, a debilidade de algumas estruturas, que se deu devido ao abandono da obra ao relento sem qualquer cuidado, e não a uma má prestação da contratada. Diante de tais fatos, concluiu a Desembargadora que:

À toda evidência, o apelado não efetuou manutenção preventiva, falta que não pode ser imputada à CÓTICA. Por outro lado, não foram encontradas rachaduras no prédio, situação que seria grave por envolver a parte estrutural; o que existe, atualmente, são patologias próprias do desgaste predial ao longo do tempo.

O que se percebe do caso³³⁹ é que (i) houve uma rescisão contratual, causada pela insuficiência de recursos da Administração; (ii) houve a incidência de danos à edificação, pois esta estava inacabada; (iii) a Administração tentou imputar os danos à má execução do contrato antes da rescisão; (iv) constatou-se que os danos ocorreram por falta de diligência da Administração no sentido de preservar o prédio; (v) não foi concedida a indenização pelos danos ao prédio à Administração, porquanto estes não puderam ser imputados à empresa Y.

Não obstante o caso em tela não ser propriamente uma situação de dever de mitigar o próprio prejuízo - porquanto *não houve dano causado pelo inadimplemento da contratada*, já que sequer houve inadimplemento³⁴⁰ -, pode-se identificar elementos deste dever na análise desse. Ainda, é possível prever que, se, no presente caso, tivesse de fato ocorrido o inadimplemento, o cálculo da indenização dar-se-ia considerando o

³³⁹ Foi feito um corte no caso. Em realidade eram três situações de danos, diferentes e independentes. Uma, mencionada no corpo do texto, referente às trincas e fissuras; outra, referente ao descumprimento de uma cláusula dedicada à impermeabilização em um compartimento do prédio; e, finalmente, um dano causado pelo acúmulo de água na base do prédio, que levou à erosão do solo, também não tendo sido imputado à contratada.

³⁴⁰ em decorrência de rescisão prematura por insuficiência de recursos do apelado.

ônus de mitigar, referente aos prejuízos que poderiam ter sido evitados, estes sendo descontados do valor devido a título de perdas e danos. Com base neste raciocínio, para a análise, descarta-se da análise o primeiro ponto³⁴¹.

Pode-se retirar da decisão, a *falta de diligência* da Administração para com o seu patrimônio, e a conseqüente impossibilidade de imputar à contratada os danos supervenientes, relacionáveis, sim, com a situação de incompletude da obra, mas *evitáveis* através de uma conduta minimamente zelosa, de manutenção preventiva. Esta, a conduta exigida pela *razoabilidade* neste caso (concreto). Ao fim, não foi concedida indenização à Administração, referente aos mencionados danos, porquanto estes não puderam ser imputados à contratada.

Altera-se o caso em tela, com a finalidade de indicar como operaria o ônus de mitigar o próprio prejuízo. Supõe-se que houve inadimplemento da contratada, que ou não conseguiu finalizar a obra, ou não o fez da maneira acertada no contrato, causando danos a esta. A Administração queda-se inerte, pelo mesmo período do caso concreto, três anos. Durante este tempo, a ação das intempéries agrava os danos, agravamento este que seria evitado com a mínima diligência, seja pela cobertura da obra, ou mesmo com a contratação de uma empresa substituta tão logo quanto possível. Diante destes fatos, a indenização devida à Administração deverá ser reduzida no montante dos danos considerados, à luz da razoabilidade no caso concreto, evitáveis.

A conseqüência para a inércia da Administração é, assim, exatamente a aplicável nos casos em que o credor não cumpre com o ônus que lhe incumbe, que é a redução do quantum indenizatório na medida dos danos que poderiam ter sido evitado com a diligência ordinária, razoabilidade, conduta do homem probo, com o agir conforme a boa-fé.

³⁴¹ Aquele que se refere à rescisão, para a qual não contribuiu a contratada por meio de inadimplemento.

CONCLUSÃO

Do presente trabalho, se conclui que o contrato de Direito Privado foi submetido a significativas mudanças ao longo da história, passando pela sua mais traumática reconstrução no período pós-primeira guerra, com o surgimento do conceito do Estado de bem-estar social. Na seqüência veio a sofrer a limitação pela sua função social, pela criação de diversas leis regrado o seu conteúdo, no que se convencionou chamar de dirigismo contratual. Ao mesmo tempo ele deixou de pertencer às partes, tornando-se interesse da coletividade, resultando na proibição de tipos contratuais, surgimento de exigências de elementos para constituição do contrato, dentre outros, o que acabou ensejando a denominação do fenômeno da publicização do contrato. Finalmente, abordou-se, como parte do fenômeno acima, a adoção dos conceitos abertos e cláusulas gerais, pelos ordenamentos jurídicos, como forma de permitir a incorporação de novos princípios, deveres, exigências, etc, permitindo que os contratos acompanhassem a evolução da sociedade, sendo alvo do poder criativo dos juízes, dentro das singelas balizas dos conceitos indeterminados e de acordo com as cláusulas gerais.

Dado este pressuposto, se abordou a boa-fé e sua ação como cláusula geral. Foram indicadas suas funções, passando pela interpretação e integração do contrato, pela vedação de comportamento contrário a ela e, finalmente pela criação dos mais diversos deveres de cooperação entre as partes contratantes durante todas as etapas contratuais.

Por último, foi abordada a mitigação o próprio prejuízo, sua construção jurisprudencial onde foi dedicado mais tempo a definir seus contornos (*common law*) e por último como se deu sua incorporação ao direito nacional como decorrência do art. 422 do Código Civil, como corolário, portanto, do princípio da boa-fé.

Fez-se a ressalva no sentido de que, apesar de ser tratado por dever, não se trata de mais do que um ônus ao credor. Este, consiste na incidência da boa-fé, não durante o contrato, mas após o descumprimento de uma das partes, como exigência de cooperação na ocorrência de inadimplemento.

Foi esclarecido que o “dever” impõe ao credor um ônus de ser diligente, em respeito ao ideal de cooperação protegido pela boa-fé objetiva, evitando, por meio de esforços razoáveis, os danos ou o agravamento deles.

Como conseqüência da não observância deste ônus, a indenização devida ao credor é reduzida no valor dos danos que poderiam ter sido evitados com o emprego de medidas ou esforços razoáveis (aspecto negativo da mitigação).

Já, por outro lado, quando age de forma diligente, o credor tem direito a receber a indenização integral dos prejuízos efetivos – os evitados pela diligência do credor são evidentemente excluídos, por não serem prejuízos efetivos, já que foram evitados (aspecto positivo da mitigação) – além do reembolso dos valores gastos com a mitigação do prejuízo.

O fato de o credor ter o ônus de agir no sentido de mitigar, a escolha da medida para a mitigação e os gastos com elas serão todos verificados sob as lentes da razoabilidade no caso concreto. Neste sentido foram expostos diversos exemplos de como os juízes verificaram a razoabilidade das escolhas do credor. Valendo-se, para tanto, de todas as circunstâncias que envolveram a mitigação, não se exigindo do credor uma atuação perfeita nem contrária a seus próprios interesses.

Em seguida, no capítulo referente aos contratos administrativos, foi constatado que estes são, hoje, em realidade, produto da escolha legal, mais do que qualquer teorização possível. Também foi possível constatar que, à exceção da legislação a mais (exorbitante de direito civil), que é aplicada a estes contratos da Administração, trata-se do mesmo contrato de que dispõe os civis e a ele são aplicados os mesmos princípios.

Também, concluiu-se que, ainda que exista esta legislação específica, que enseja certas prerrogativas, ou deveres - já que a Administração representa o interesse coletivo e não pode se furtar de usar as ferramentas das quais dispõe em prol deste interesse -, à Administração, as medidas tomadas por esta no procedimento administrativo, poderão ser alvo de revisão judicial, onde será medida a razoabilidade e proporcionalidade das medidas.

No ponto seguinte verificou-se a aplicação do princípio da boa-fé à atuação administrativa, tanto decorrente da lei dos processo administrativos quanto dos princípios norteadores da Administração (eleitos constitucionalmente). A boa-fé nos contratos administrativos também foi constatada, seja pelos dois pontos acima, seja pela incidência dela como cláusula geral, aplicável a todo Direito.

Finalmente, do presente trabalho, concluiu-se pela possibilidade de aplicação do ônus de mitigar o próprio prejuízo nos contratos administrativos, porquanto este dever (i) já é plenamente reconhecido no âmbito dos contratos civis, sendo estendível aos contratos administrativos; (ii) não encontra óbice em nenhum dispositivo da lei dos

contratos administrativos; (iii) é pautado pelo princípio maior de cooperação e colaboração entre as partes no contrato, estandardizado pela cláusula geral da boa-fé; (iv) é justificado pela maior eficiência na aplicação de recursos, direção à qual converge também, o Estado nacional, e, pois, o interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**. Organização dos textos, índice detalhado e introdução por Dr. Helmut Köhler: 69. ed. München: Beck-Texte DTV, 2012. 796 pg.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 60-82, jan/mar, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Dialogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Dentro de Atualização Jurídica, v. I, nº4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de Outubro de 2013

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº.7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de Outubro de 2013

_____. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Contrato Administrativo no Brasil. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.107, p. 155-167, dez. 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARASSI, Lodovico. **La Teoria Generale delle Obligazioni**. Milano: Mvlta pavicis, 1948.

BASTIAT, Frédéric. O que se vê e o que não se vê. GUAUSTI, Alexandre (ed). **Frédéric Bastiat**. Rio de Janeiro: Instituto liberal, 1989. p.17 - 85

BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General de los Contratos Administrativos**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e a boa-fé. **Revista Direito e democracia/Universidade Luterana do Brasil**. Canoas: Ed. ULBRA, 2000. p. 95-112. Vol. 1, n. 1, 1º sem. 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de Novembro 2013.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de Janeiro de 1993. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 4 de Dezembro de 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 4 de Dezembro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 1.288.546-0/2. Agravante: Nilo Sérgio Conglio Porta. Agravado: Banco Sudameris Arrendamento Mercantil S/A. Rel. Des Adilson de Araújo. São Paulo. 25.06.2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 17ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70032014458. Apelante: Banco do Estado de São Paulo S/A. Apelado: Moacir Sylvio Dal Castel. Rel. Des. Liége Puricelli Pires. Porto Alegre. 25.06.2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70025609579. Apelante: Prakasa Indústria e Comércio de Utilidades do Lar LTDA. Apelada: Mercomáquinas Indústria e Comércio e Representações LTDA. Rel. Des. Umberto G. Südrack. Porto Alegre. 20.05.2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 22ª Câmara Cível. AC 70048244339. Apelante: Cotica Engenharia Construções LTDA. Apelado: Fundação de Saúde Pública São Camilo de Esteio. Rel. Denise Oliveira Cezar. Porto Alegre, 14.11.2013.

_____. TRF 4. 5ª Vara Federal. Ap. Cível 1999.04.01.034581-0/RS. Apelante: RGM Ind. E Com. De Fios e Tecidos Ltda. e União Federal (Ministério do Exército) Apelado: RGM Ind. E Com. De Fios e Tecidos Ltda. e União Federal (Ministério do Exército) Relª. Silvia Goraieb. Porto Alegre, 14.11.2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça, T1 - Primeira Turma. REsp 914087 / RJ. Recorrente: União. Recorrido: Sari Distribuidora de Produtos Alimentícios LTDA. Rel. Ministro José Delgado. Brasília, 04.10.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça, T3 - Tereira Turma. Recurso Especial nº 758.518-PR. Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. Apelado: Sérgio Meca de Lima. Rel. Min. Vasco Della Giustina. Brasília, 17.06.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça, T3 - Terceira Turma. REsp 857.299 - SC. Recorrente: Tractbel Energia S/A. Recorrido: ELC – Electroconsult SPA. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 03/05/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, T4 - Quarta Turma. RMS 6183 - MG. Recorrente: Roberto Shitiro Sato. Recorrido: Banco do Brasil S/A. Rel. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 14.11.1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça, T4, Quarta Turma . REsp 256274/SP. Recorrente: Sul América Bandeirante Seguros S/A. Recorrido: Novo Hotel Cacique LTDA. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília 26/09/2000.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas Licitações e Contratos: comentários à lei 8.666/93, à lei 8.987/95 e ao anteprojeto de lei de licitação.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 179, p. 51 – 67, Jan./jul. 1990. P. 57-61

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 191-215.

_____. **A Obrigação como Processo.** 1964. 234 f. Tese para concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.171, p. 35-48, maio 2009.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo.** Madri: Civitas Ediciones, 2000.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? In: **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro, padma, v. 19, p. 109-122, jul/set, 2004.

FRANÇA. **Code Civil.** Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>> Acesso em 30 de Outubro de 2013.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2009.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa.** São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 215.

ITÁLIA, **Código Civile.** Disponível em: <<http://www.studiocelentano.it/codici/cc/IIVtI.htm>>. Acesso em 25 de Novembro de 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012

LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 2011. 263 pg. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela boa fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Questões Controvertidas: Parte geral do código civil**. Vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 505-544.

_____. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Os Campos Normativos da Boa-fé Objetiva: as três perspectivas do direito brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascareli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 389-421.

_____. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano. 1, n. 1. p. 13-32. Março, 1964.

_____. A noção de contrato na historia dos pactos. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 497-513

_____. **Notas Sobre o Princípio da Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.realeadovogados.com.br>>. Acesso em 30 de Outubro de 2013.

_____. Princípio da Boa-Fé. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 50, ano XVII, p. 207-227, 1990.

_____. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22. pg. 228-257. Set. 2002.

_____. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexão sobre 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 559 – 595.

MAURER, Helmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

NETO, Floriano Azevedo Marques. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**. São Paulo, nº 107, p. 74-82, Dez. 2009.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

STONE, Richard. **Principles of Contract Law**. Great Britain: Biddles Ltd, 1997.

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html>> Acesso em: 22 de Outubro de 2013.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 35, p. 28-36, jul/ago/set 2012.