

A BOA-FÉ OBJETIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE DEDUZIR PRETENSÃO INDENIZATÓRIA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE GRAVÍDICA

Leonardo Valverde Susart dos Santos

Advogado associado ao escritório de advocacia HL advogados. Mestrando em Direito do Trabalho pela Universidade de Coimbra – Portugal.

Email: leosusart@gmail.com

leonardo@hl.adv.br.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a limitação da conduta da empregada titular de estabilidade gravídica que apenas após o término do período de estabilidade propõe demanda em face do seu ex-empregador, pleiteando indenização consistente no pagamento dos salários do período em que subsistia a garantia de emprego. A análise deve ser empreendida à luz do conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva, mais especificamente das suas funções

criadora de deveres jurídicos laterais e limitadora do exercício de posições jurídicas. Nesse ínterim, observa-se que o ajuizamento de ação indenizatória depois do fim do período de estabilidade representa uma violação do duty to mitigate the loss, na medida em que resta prejudicado o direito ao trabalho, elemento dignificante do ser humano, com sobrelevo para a contraprestação devida pelo tempo de serviço. Com isso, é gerada no empregador uma legítima confiança de que a pretensão não seria mais exercida, o que, aliado aos outros requisitos de aplicabilidade do instituto, acarreta a suppressio do direito da trabalhadora de exigir a indenização.

Palavras-chave: Boa-fé Objetiva. Duty to Mitigate the Loss. Suppressio. Estabilidade Gravídica. Pretensão Indenizatória.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é regida pelo princípio da solidariedade, consagrado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, de acordo com o qual é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse contexto, entende-se que as posições jurídicas ativas e passivas não podem ser exercidas de maneira absoluta, sendo limitadas por parâmetros objetivos insertos no ordenamento jurídico.

Assim, o Código Civil Brasileiro estabeleceu a obrigatoriedade da observância da função social do contrato, bem assim da boa-fé objetiva. Essas regras, consistentes em padrões mínimos de conduta, reforçam a idéia de limitação da autonomia da vontade e do recrudescimento do dirigismo contratual.

O entendimento comum insito à boa-fé é o do estado de consciência pelo qual o indivíduo ignora a adoção de um comportamento indevido, crendo, no seu íntimo, estar praticando a conduta mais adequada à situação de fato que o circunda. Para os efeitos do estudo a que se procederá, no entanto, é fundamental a mudança de perspectiva, de modo que se vislumbre a boa-fé como norma impositiva de um dever de conduta a ser respeitado por todos no desenvolvimento das relações jurídicas travadas cotidianamente.

No estudo do conteúdo material da boa-fé, assumem relevo as suas funções típicas: (a) a função hermenêutica e integrativa, pela qual a boa-fé é o parâmetro de interpretação das relações jurídicas e pode ser utilizada para suprir as lacunas de regulação do ordenamento jurídico; (b) a função criadora de deveres jurídicos laterais, dentre os quais merecerá destaque o duty to mitigate the loss; e (c) a função

limitadora do exercício de posições jurídicas ativas ou passivas, merecendo análise em apartado o instituto da *suppressio*.

Determinadas as premissas teóricas do duty to mitigate the loss e da *suppressio*, será examinado, no âmbito do Direito do Trabalho, o conteúdo da Orientação Jurisprudencial 399 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, verificando-se a compatibilidade do ajuizamento de demanda indenizatória após o término do período de estabilidade gravídica com a cláusula geral da boa-fé objetiva.

BOA-FÉ SUBJETIVA E BOA-FÉ OBJETIVA

O instituto da boa-fé, cujas origens remontam à idéia de bona fides do Direito Romano, traduz-se em um cânone moral e ético destinado, inicialmente, à garantia da estabilidade e da confiança nas relações jurídicas de direito privado.

Quando do seu surgimento, a boa-fé apresentou-se unicamente sob o aspecto subjetivo, exigindo, para que fosse aquilatada, a perquirição da consciência do indivíduo. Assim, o agente de boa-fé seria não apenas aquele que estivesse convencido da existência de seu próprio direito, mas também o que, por equívoco escusável, ignorasse estar lesando o patrimônio, material ou ideal, de outrem.

Sobre o tema, é pontual a lição de Menezes Cordeiro, para quem trata-se a boa-fé subjetiva de um estado de ignorância desculpável, em que o sujeito acredita, sinceramente, que adotou todas as cautelas necessárias para evitar danos a outrem, quando, em verdade, desconhecia algumas eventualidades que impunham-lhe outros deveres¹.

É fundamental o registro da utilidade do conhecimento da boa-fé subjetiva, porquanto ainda remanescem, no ordenamento jurídico brasileiro, normas que conferem proteção ao seu portador. Nesse sentido são os dispositivos legais que efetivam a tutela do possuidor de boa-fé², bem assim as hipóteses de consagração da teoria da aparência³ e de inclusão do erro escusável como causa de anulabilidade do negócio jurídico e extinção de punibilidade^{4,5}.

Contrapõe-se à boa-fé subjetiva a noção de má-fé, entendida como a vontade consciente de lesar o patrimônio de outrem. Nota-se que, conquanto inexista vedação expressa do comportamento de má-fé na esfera jusprivatística, a imputação das sanções em decorrência da atuação dolosa do agente permite inferi-la, na medida em que se outorga ao indivíduo um tratamento diferenciado – e mais rigoroso – relativamente àquele cuja conduta se opere em conformidade com a boa-fé.

A boa-fé subjetiva não detém mais o status de outrora no panorama jurídico vigente, em razão, sobretudo, da dificuldade de prova do elemento subjetivo-volitivo do indivíduo, o que, por certo, protraí no tempo a efetivação das normas postas. Atualmente, destaca-se a boa-fé na sua acepção objetiva, traduzida, como tal, em um dever de conduta ou padrão de comportamento. A valorização do instituto impõe uma breve retrospectiva histórica que permita a compreensão do contexto em que ela se operou.

1 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa-Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2001, p. 516.

2 Vide artigos 1.201, 1.202, 1.214, 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.220 e 1.222 do Código Civil.

3 CORDEIRO (op. cit., p. 1234-42) sustenta que a proteção da aparência foi um dos pilares da construção dogmática do princípio da confiança, uma das manifestações da boa-fé. Sobre o assunto, confira-se, por exemplo, no Código Civil Brasileiro, os artigos 662, 1.556 e 1.557.

4 Cf. o artigo 138 do Código Civil e os artigos 20, §1º, e 21, caput, do Código Penal.

5 Judith Martins-Costa elucida a questão: "A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável [sic], acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável [sic]) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.)" (MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 411-2).

Após a derrocada do Antigo Regime, ascendeu ao poder a classe burguesa e, com ela, adveio o fenômeno da codificação, consistente em um processo de sistematização de normas com vistas a compilar, em um único diploma, regras de caráter semelhante⁶. Por intermédio dessa técnica, buscou-se criar um sistema fechado de normas supostamente aptas à regulação de todas as situações de fato verificadas in concreto. Assim, a lei passou a representar a principal fonte do direito, limitando-se a atividade jurisdicional à sua reprodução, tendo em vista, inclusive, a pretensa inexistência de lacunas no ordenamento.

O sistema jurídico daquela época tinha, pois, como valor primordial, a segurança das relações jurídicas, sustentada na tríplice ideologia, apontada por Judith Martins-Costa, **da sociedade, da unidade legislativa e da interpretação**. Da primeira, depreende-se o conceito liberal da auto-regulação privada, expressão máxima da livre iniciativa do homem. Pela segunda, entende-se a pretensão de plenitude e totalidade do Código Civil. Por fim, a última se revela na preponderância da hermenêutica subsuntiva, consistente em um processo de “encaixe” do enunciado fático a uma previsão normativa geral e abstrata⁷.

Paradoxalmente, a ideologia oitocentista preconizava, com fundamento no princípio da igualdade formal, a necessidade de respeito à autonomia privada de um modo tal que não permitia às partes contraentes o questionamento sobre o conteúdo das avenças celebradas. Vigia, àquele tempo, o brocardo latino *pacta sunt servanda*, que impunha a cega observância, pelos indivíduos, aos pactos firmados com outras pessoas no desenvolvimento das relações privadas, independentemente do seu teor.

Toda essa rigidez sistêmica, que promovia uma visão do homem sem correlação com o seu contexto histórico, social e econômico, acarretou profundos desequilíbrios sociais, porquanto as pessoas de poderio econômico enfraquecido submetiam-se, comumente, a cláusulas abusivas e desleais, admitidas exclusivamente em nome da absolutização da autonomia privada.

Em função disso, ruiu o princípio da igualdade formal, retomando-se a noção aristotélica de igualdade material, pela qual deve-se tratar igualmente o que é igual, e desigualmente o que é desigual. A estrutura lógica da igualdade supõe, assim, diferenciações; com isso, vislumbra-se um conceito relacional, que pressupõe uma comparação entre dois indivíduos diferentes, tomando como parâmetro as características distintivas do quadro fático que se apresente⁸.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, de forma ácida, asseveram que “o princípio da igualdade formal, até então considerado como absoluto, converteu-se em princípio da hipocrisia”. E concluem: “[...] o contrato sofreu sensível transformação ao longo do século XX, havendo experimentado um inegável processo de solidarização social, adaptando-se à sociedade de massa que se formava⁹”.

A tendência individualista então reinante deu lugar, portanto, a uma concepção solidária de sociedade, recepcionada pela vigente Constituição Federal do Brasil em seu artigo 3º, inciso I. Sobre essa perspectiva, Manoel Jorge e Silva Neto assevera que uma sociedade solidária é aquela que não reduz a importância e o significado de cada indivíduo, buscando sempre alcançar o equilíbrio entre os interesses de grupos heterogêneos, e empenhando-se na consecução dos objetivos de todos eles¹⁰.

Em consonância com o entendimento supramencionado, entende-se, com lastro na doutrina de Anderson Schreiber, que o movimento de solidarização do direito valoriza a dimensão social do exercício

6 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. I, p. 33.

7 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 276-9.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427-8.

9 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. IV, tomo I, p. 41-2.

10 SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 230.

de posições jurídicas ativas, de modo a promover uma mais ampla tutela da confiança, objetivamente considerada, entre os indivíduos¹¹. Ainda segundo o mesmo autor,

Embora a construção inicial da boa-fé objetiva [...] tenha prescindido de fundamentações axiológicas precisas, não há, hoje, dúvida de que ela representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas. E, justamente, na esteira da ótica da solidariedade que se consolidou ao longo do século XX, a boa-fé alcançou amplo desenvolvimento, na medida em que os juristas e legisladores das diversas nações iam se sensibilizando à necessidade de conter o exercício desenfreado da autonomia privada dos contratantes¹².

A modificação de paradigma do pensamento jurídico, que deixou de vislumbrar o homem como um fim em si mesmo, dotado de absoluta liberdade de agir, para enxergá-lo como parte de uma teia social, foi objeto de resistências várias, sobretudo da classe burguesa, mas impôs-se devido à necessidade de o Direito alcançar um efetivo papel de regulação, se aproximando dos fatos por ele normatizados. Assim entende José Carlos Moreira da Silva Filho, para quem a pretensão de estabilizar a realidade mediante a edição de normas jurídicas acaba por afastar o Direito da realidade do homem em seu próprio ser¹³.

Foram criadas, então, normas que delinearão o conteúdo mínimo da relação jurídica contratual, de modo a que este pudesse atender à sua função social e aos ditames da boa-fé.

O § 242 do BGB (Código Civil Alemão) dispunha, em norma revolucionária à época da sua edição, que “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico¹⁴”. Nota-se que a boa-fé foi, ali, erigida à condição de norma cogente, determinando-se, inclusive, que a intenção das partes de uma relação jurídica obrigacional fosse analisada de acordo com critérios objetivos, prescindindo da verificação do animus dos agentes.

Na esteira da codificação germânica, o Código Civil de Portugal estabeleceu, nos artigos 227º /1, 239º e 762º /2¹⁵, o caráter impositivo da boa-fé, considerada então como efetivo dever dos indivíduos na condução dos negócios privados. Essa é a conclusão alcançada por Orlando Gomes:

Dentre as numerosas posições assumidas pelo codificador português ao reformar o direito privado do país sobressai o acolhimento, em textos incisivos, do princípio da boa fé erigido à condição de fulcro e meta derradeira do ordenamento jurídico, para aplicação nas situações singulares de maior receptividade, em consonância à regra geral condensada em elegante fórmula¹⁶.

Menezes Cordeiro possui entendimento semelhante ao de Orlando Gomes, na medida em que preconiza a natureza de dever legal das normas dos artigos 227º /1 e 762º /2, bem assim ao afirmar que este último dispositivo visa, precipuamente, à concretização material dos escopos visados, traduzindo um estágio jurídico de superação do formalismo estrito¹⁷.

Registre-se, ainda, o conteúdo cogente das normas inseridas no §1-302, “b”, e no §1-304, da terceira

11 SCHREIBER, Anderson. A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 88.

12 Ibid., p. 79.

13 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

14 No original: der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Tradução em SCHREIBER, op. cit., p. 76.

15 Art. 227º. 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. [...] Art. 239º. Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta. [...] Art. 762º. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé (grifos acrescentados). PORTUGAL. Código Civil e legislação complementar. 15. ed. aum. e act. Lisboa: Quid Juris? 2010.

16 GOMES, Orlando. Ensaios de Direito Civil e de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 50.

17 CORDEIRO, 2001, p. 646 et seq.

parte do artigo primeiro do Código Comercial Americano (Uniform Commercial Code), que dispõem, respectivamente: “Os deveres de boa-fé, diligência, razoabilidade e cuidado prescritos por este Código não podem ser afastadas por acordo das partes. As partes, por acordo, podem determinar os parâmetros pelos quais o cumprimento das obrigações ajustadas será balizado apenas quando esses parâmetros não forem manifestamente desarrazoados [...]” e “Todo contrato ou obrigação relativa a este Código impõe um dever de boa-fé na sua execução¹⁸”.

Posteriormente, o legislador brasileiro, curvando-se já à tendência do direito estrangeiro, editou o artigo 422 do Código Civil de 2002, cuja transcrição, pela relevância do seu teor para o desenvolvimento do presente estudo, se impõe: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. Em comentário ao inovador dispositivo, a melhor doutrina anota que o legislador, ao fixar os “princípios da probidade e da boa-fé”, prescreveu um dever de conduta, de obrigatória observância pelas partes contratantes¹⁹.

Consagrou-se, assim, no ordenamento pátrio, a boa-fé em sua acepção objetiva, isto é, com natureza de norma jurídica cogente. É correto afirmar, destarte, que a boa-fé se revela como um dever de conduta a ser respeitado pelos contratantes, na medida em que detém exigibilidade jurídica. Assevera Caio Mário da Silva Pereira que “a boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação²⁰ [...]”.

Constata-se, em verdade, que a boa-fé sofreu uma significativa alteração no seu conteúdo, tendo passado de uma regra eminentemente moral para uma norma de cunho ético. Ao se analisar a etimologia da expressão ética (ethos = modo de ser, comportamento), conclui-se que o agente de boa-fé é, igualmente, aquele que age de acordo com o padrão valorativo de comportamento da sociedade. Assim preleciona Menezes Cordeiro:

O dever de agir de boa-fé projecta nas obrigações e, em geral, nas áreas dominadas por permissões genéricas de actuação, a necessidade de respeitar vectores fundamentais do sistema jurídico, com realce para a tutela da confiança e a materialidade das situações subjacentes, avultando ainda um certo equilíbrio entre a posição das partes²¹.

É inelutável o reconhecimento da eficácia normativa da boa-fé, e da sua irradiação para todas as fases da relação obrigacional. Assim, manifesta-se a boa-fé na fase de tratativas preliminares, de conclusão e de execução do negócio jurídico, e mesmo após a sua extinção.

Clóvis do Couto e Silva relaciona a obrigatoriedade da atuação em consonância com a boa-fé com a finalidade objetiva da relação jurídica travada entre os indivíduos, de modo que, em função deste fim a ser alcançado pelos componentes da relação jurídica obrigacional, surja entre eles um vínculo de cooperação²². O mesmo autor salienta, adiante, que a finalidade da relação jurídica, para fins de incidência da norma da boa-fé objetiva, não se traduz no fim da atribuição, aferível subjetivamente. Antes, o objetivo

18 Tradução livre do autor. No original, “The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care prescribed by [the Uniform Commercial Code] may not be disclaimed by agreement. The parties, by agreement, may determine the standards by which the performance of those obligations is to be measured if those standards are not manifestly unreasonable [...]” e “Every contract or duty within [the Uniform Commercial Code] imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Uniform Commercial Code. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/ucc/1/>>. Acesso em: 01 out. 2011).

19 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 113.

20 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. III, p. 20. Fredie Didier Jr., em obra relativa à disciplina processual, chega à mesma conclusão: “Não se pode confundir o princípio (norma) da boa fé com a exigência de boa fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais. A ‘boa fé subjetiva’ é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas” (DIDIER JR., Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 81).

21 CORDEIRO, 2001, p. 1170.

22 SILVA, Clóvis do Couto e. A Obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 33.

perseguido deve ser perceptível à outra parte, sob pena de tornar insatisfatório e imperfeito o adimplemento da obrigação²³.

FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva, na qualidade de cláusula geral, tem aptidão para incidir em uma multiplicidade de casos concretos que pode até mesmo confundir o intérprete quando da sua aplicação. Para esse problema contribui, ainda, a origem moral do instituto, que remonta à fides romana, trazendo consigo aspirações sociais muitas vezes incompatíveis com a coercibilidade inerente ao sistema jurídico²⁴.

Nesse contexto, tornou-se necessária a limitação da esfera de incidência da boa-fé objetiva, a fim de proteger a finalidade a que se destina a norma, qual seja a de determinar que a conduta dos indivíduos se realize em conformidade com alguns parâmetros, positivos e negativos. Clóvis do Couto e Silva bem elucidou a questão, ao advertir que nem todo descumprimento de obrigação configura lesão à boa-fé, vez que se requisita, para tanto, que a inadimplência traduza uma violação dos deveres de lealdade de tratamento e de respeito à integridade do patrimônio jurídico alheio²⁵.

A doutrina, então, diante do quadro que se apresentou, classificou em três grupos as funções tipicamente exercidas pela boa-fé objetiva. Assim, confere-se à boa-fé ora a natureza de parâmetro hermenêutico e integrativo, ora de criadora de deveres jurídicos laterais à prestação principal, e ora de limitadora do exercício de situações jurídicas ativas. Esses quadros funcionais, embora não esgotem, a priori, o raio de incidência da boa-fé objetiva, permitem uma visão conjuntural de seu conteúdo material.

Para o estudo proposto, assume relevo a análise específica da segunda e da terceira funções, com foco especial no duty to mitigate the loss e no instituto de exercício inadmissível de posições jurídicas denominado suppressio.

CRIADORA DE DEVERES JURÍDICOS LATERAIS

Cumprida a boa-fé a criação de deveres jurídicos laterais²⁶ relativamente à prestação. Trata-se de deveres que não se originam da autonomia da vontade humana, mas de imposição da cláusula geral da boa-fé objetiva. A lateralidade destes deveres advém da independência que possuem relativamente à prestação pactuada pelas partes.

Surgem, pois, os deveres derivados da boa-fé ao lado da prestação, integrando, autonomamente, a obrigação complexa²⁷. O descumprimento dos deveres laterais pode, inclusive, acarretar os mesmos efeitos do inadimplemento da prestação, como bem afirma, em distintos momentos, José Carlos Moreira da Silva Filho:

Cabe ainda acrescentar que pode muito bem ocorrer a violação de um dever lateral de proteção sem que haja, necessariamente, um dano a ensejar o acionamento da responsabilidade civil, mas que mesmo assim justifique a resolução do contrato, como se dá no caso de o devedor agir de forma negligente na custódia da coisa. [...]

O não atendimento dos deveres laterais, conforme já foi tangenciado, é considerado pela doutrina e pela jurisprudência mais atualizada como descumprimento contratual, ainda que o dever de prestação principal tenha sido cumprido em si. Esta inobservância, classificada como violação positiva do contrato, poderá gerar, além do direito à indenização, o direito de resolução e a possibilidade da exceção do contrato não-cumprido. Tal se fundamenta na circunstância de que embora cumprida a prestação principal, o descuido quanto aos deveres

23 Ibid., p. 41.

24 SCHREIBER, 2005, p. 116.

25 SILVA, 2006, p. 37-8.

26 O termo deveres laterais é adotado por José Carlos Moreira da Silva Filho (SILVA FILHO, 2006, p. 209).

27 CORDEIRO, op. cit., p. 616-7.

laterais fere com **gravidade o fim da relação obrigacional**²⁸ (grifos acrescidos).

Os deveres laterais, como já fora afirmado, independem da vontade das partes, derivando da boa-fé objetiva. A sua origem é, exatamente, o que permite a afirmação de que não se revelam sempre da mesma forma, dependendo a sua incidência e grau de amplitude dos elementos fornecidos pelo caso concreto. Essa concepção coaduna-se perfeitamente com o conceito de obrigação complexa, na medida em que o conteúdo desta pode ser elástico pela aplicação da boa-fé.

Essa perspectiva foi adotada por Judith Martins-Costa na delimitação que promoveu da matéria, quando afirmou que os deveres laterais não integram a relação contratual desde o seu início, surgindo no curso do seu desenvolvimento sem um rol exaustivo nem conteúdo pré-fixado²⁹. Em sentido semelhante, Anderson Schreiber sustenta que os deveres laterais não são dotados de um conteúdo identificável in abstracto, variando em cada vínculo obrigacional a forma como se manifestam³⁰. Não há, portanto, dúvidas acerca da indeterminação conceitual dos deveres laterais, revelando-se possível, contudo, a formulação de hipóteses típicas de sua incidência.

A concreção dos deveres, registre-se, não é feita de modo [completamente] discricionário pelo operador do direito, porquanto lhe são fornecidos alguns parâmetros, a saber: a) a finalidade do contrato, objetivamente considerada, na esteira da doutrina de Clóvis do Couto e Silva, já citada³¹; e b) o nível de confiança alcançado pelas partes. É bastante razoável, nesse sentido, que se admita uma maior intensidade desses deveres no âmbito dos contratos onde uma das partes é hipossuficiente com relação à outra.

Cumprir apontar, ainda, que o estudo da incidência dos deveres laterais no caso concreto deve ter em vista o objetivo que eles buscam alcançar no bojo de uma relação jurídica cooperativa. Assim, assinala Fredie Didier Jr. que a finalidade a ser perseguida pelas partes é o adimplemento leal, ou seja, transparente, das obrigações, tendo em vista as razões que motivaram o surgimento do vínculo³².

A profusão de decisões sobre o tema permitiu o agrupamento de espécies de deveres laterais, adotando-se, neste estudo, a classificação de Menezes Cordeiro³³, que os subdivide em deveres de proteção, deveres de informação e deveres de lealdade.

Os **deveres laterais de proteção** têm conexão com o caráter cooperativo da relação jurídica obrigacional; assim, por eles, devem as partes abster-se de causar danos de qualquer natureza uma à outra. Manifestam-se esses deveres tanto in contrahendo quanto post factum finitum, ou seja, a sua incidência é mais ampla (em termos temporais) do que a da prestação pactuada pelas partes.

Os **deveres laterais de informação** impõem às partes, em todas as fases do contrato, a obrigatoriedade de se informarem mutuamente de todas as nuances relativas ao vínculo, ainda que estas digam respeito apenas a fatos acessórios ou a efeitos decorrentes da execução da avença³⁴. Trata-se de deveres cujo cumprimento se dá exclusivamente em benefício de outrem³⁵, relacionando-se, assim, com os deveres de proteção, na medida em que se busca, também aqui, ainda que mediatamente, evitar danos à contraparte. Pondere-se, todavia, que a obrigação de informar se limita aos dados de que tenha a parte prévio conhecimento³⁶.

28 SILVA FILHO, 2006, p. 210-1 e 214.

29 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 449.

30 SCHREIBER, 2005, p. 82.

31 Vide tópico 2 – Boa-Fé Subjetiva e Boa-Fé Objetiva.

32 DIDIER JR., 2010, p. 98-9.

33 CORDEIRO, 2001, p. 603-16.

34 CORDEIRO, 2001, p. 605.

35 SILVA, 2006, p. 94.

36 SILVA, loc. cit.

Finalmente, os **deveres laterais de lealdade** impõem às partes que se comportem de acordo com a vontade manifestada nas fases de tratativas e de conclusão do negócio jurídico, de modo a criar um elo de confiança objetiva que confira segurança jurídica aos contraentes³⁷.

O que se observa, em verdade, é um intercâmbio entre os deveres laterais, porquanto a sua aplicação prática dificulta, em muitas oportunidades, a fixação de limites precisos que promovam uma efetiva distinção entre eles. É possível, ainda, o alinhamento de alguns deles de modo a permitir o surgimento de deveres outros, a exemplo do duty to mitigate the loss, que traduz uma manifestação conjunta dos deveres de proteção e lealdade.

O duty to mitigate the loss, ou dever do credor de mitigar o próprio prejuízo, consiste em uma derivação da boa-fé lastreada no caráter cooperativo da relação obrigacional. Com efeito, a obrigação complexa alberga deveres do credor relativamente ao devedor, de modo a facilitar não apenas o adimplemento da prestação, mas o cumprimento de todos os deveres laterais que se impõem objetivamente³⁸.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda não contém dispositivo específico sobre o assunto³⁹, mas a doutrina e a jurisprudência já se inclinam à possibilidade de sua aplicação. Nessa linha, foi editado, na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado número 169, segundo o qual “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Flávio Tartuce, em artigo sobre o tema⁴⁰, menciona duas hipóteses de incidência do duty to mitigate the loss. Na primeira, entende que o locador de um imóvel urbano não pode, diante da inadimplência do locatário, quedar-se inerte, ensejando um aumento excessivo do total do débito; assim, deveria propor com a maior brevidade possível uma demanda de despejo. Na segunda, chega à conclusão de que é ilícita, igualmente, a inércia de instituição financeira diante da inexecução de contrato de mútuo em que estão previstas taxas de juros elevadas⁴¹.

37 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 107.

38 FRADERA, Vera Maria Jacob. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, 2004, n. 19, p. 112-3.

39 A idéia de um dever do credor de reduzir o seu prejuízo adveio do Direito Internacional, onde há consagração expressa a respeito do tema. Confira-se, nesse sentido, o artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, que regula a compra e venda internacional de mercadorias: “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendendo o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em 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” (grifos acrescidos). ONU. Convenção sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980). Disponível em <www.globalsaleslaw.org/_temp/CISG_portugues.pdf> Acesso em: 10 out. 2011.

40 TARTUCE, Flávio. A Boa-Fé Objetiva e a Mitigação do Prejuízo pelo Credor. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 07 set. 2011.

41 O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, reconheceu a existência de um dever do credor de mitigar o seu prejuízo: “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (REsp 758518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010).

Observa-se, dos exemplos mencionados, que a idéia da existência do dever lateral em comento se coaduna com o princípio da materialidade das regulações jurídicas, na medida em que tem como fim precípua a realização do direito do credor, que não pode ser impedida ou dificultada nem mesmo pelo seu titular. É possível sustentar, ainda, que o fundamento do *duty to mitigate the loss* se encontra no direito do devedor de cumprir a obrigação assumida⁴²; todavia, conquanto não se ignore a respeitabilidade desta tese, entende-se que o foco do dever em comento está na figura do credor, e na efetivação do seu direito.

Por fim, insta destacar, com supedâneo na doutrina de Vera Maria Jacob de Fradera, a possibilidade do credor diligente, que adotou todas as providências no sentido de ver reduzido o seu prejuízo e, conseqüentemente, ser de logo realizado o seu direito, ressarcir-se do devedor quanto aos custos efetuados, em decorrência, igualmente, da boa-fé objetiva.⁴³

LIMITADORA DO EXERCÍCIO DE POSIÇÕES JURÍDICAS

A boa-fé objetiva funciona, ainda, como limitadora do exercício de posições jurídicas⁴⁴. Se já é assente a idéia de que nenhum princípio jurídico é absoluto, o mesmo se aplica às situações jurídicas, cujo exercício deve ser pautado por parâmetros objetivos; o seu exercício deve se dar em consonância com a sua finalidade.

Nesse contexto, assume importância a figura do abuso de direito, consagrada no artigo 187 do Código Civil Brasileiro, cuja redação é a seguinte: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Observa-se que a atual configuração do abuso de direito no ordenamento brasileiro é eminentemente objetiva, em nítida evolução relativamente à sistemática anterior, quando os contornos do abuso exigiam a presença de um *animus* do agente de prejudicar outrem mediante o exercício de direito de sua titularidade. A atuação de um direito, destarte, deve atender diretamente à finalidade deste, de modo a revelar-se compatível com a boa-fé⁴⁵.

A idéia de culpa, antes tão cara à responsabilização civil dos indivíduos, tem sido mitigada no sistema jurídico contemporâneo. A sua exigência para a caracterização do abuso de direito seria um verdadeiro retrocesso, porquanto não haveria meios de sancionar a pessoa que infligiu danos a outrem sem dolo ou culpa, o mesmo ocorrendo nos casos em que é impossível, na prática, demonstrar a culpa do agente. Assim, torna-se imperiosa a edição de normas que fixem limites ao exercício das posições jurídicas, sem que haja a necessidade de averiguar a intenção do seu titular; verificando-se a possibilidade de serem causados danos, ou no caso da efetivação destes, isolada ou repetidamente, deve ser aplicada a cláusula geral da boa-fé objetiva para coibir o abuso⁴⁶.

Menezes Cordeiro sustenta que a noção hodierna de abuso deve partir do exercício disfuncional de um

42 É consolidado o entendimento de que o devedor tem um verdadeiro direito subjetivo ao adimplemento obrigacional. A posição foi consubstanciada, inclusive, no Enunciado 168 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação”.

43 FRADERA, 2004, p. 115-6.

44 José Carlos Moreira da Silva Filho (SILVA FILHO, 2006, p. 230-1) entende que é mais apropriado o uso da expressão posições jurídicas, uma vez que o uso do termo direitos poderia promover uma confusão com os direitos subjetivos, entendidos por Menezes Cordeiro como permissões normativas de aproveitamento específico (CORDEIRO, 2001, p. 661-70). Note, nesse sentido, que o abuso pode se aplicar a hipóteses em que inexistente direito subjetivo, e a sua correspondente pretensão – é o caso do adimplemento substancial, que limita o exercício do direito potestativo de resolver o contrato.

45 Consubstanciando esta posição, foi editado, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado de número 37, com a seguinte redação: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

46 VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-Fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 166-7.

direito⁴⁷. Para José Carlos Moreira da Silva Filho, a disfunção referida pelo português ocorre quando o comportamento efetivo do indivíduo contrasta substancialmente com a conduta prescrita normativamente pelo ordenamento jurídico, entendido este em sua totalidade sistemática⁴⁸.

É importante notar que a proibição do abuso de direito não aniquila o exercício deste; apenas estabelece parâmetros objetivos para tanto. Busca-se, com isso, sancionar o exercício desleal, conquanto aparentemente regular, de um direito – donde se verifica a proximidade da figura com o princípio da materialidade das regulações jurídicas.

A amplitude do abuso de direito fez com que surgissem, na doutrina e na jurisprudência, novos institutos que, igualmente, consubstanciam a função limitadora da boa-fé objetiva, e cujo estudo em apartado é necessário diante das especificidades que apresentam. Tratam-se dos exercícios inadmissíveis de posições jurídicas⁴⁹, que abrangem as seguintes categorias: venire contra factum proprium, suppressio, tu quoque e desequilíbrio no exercício de direitos.

O estudo realizado neste artigo terá como objeto específico a suppressio. Entende-se, contudo, que a absorção de breves noções dos outros institutos facilita a apreensão do conteúdo da suppressio.

O venire contra factum proprium consiste na conduta do indivíduo, em contradição a uma ação ou omissão anterior lícita, que desrespeita a confiança suscitada pela contraparte na situação jurídica até então verificada de um modo não admitido pela boa-fé. Assim, traduz-se o adágio no dever de agir em consonância com as expectativas geradas pelo comportamento pretérito⁵⁰.

Tu Quoque ("até tu", em tradução literal ao português) é o brocardo latino que traduz um exercício inadmissível de posição jurídica consistente na prática de um ato que surpreenda a contraparte, de modo a deixá-la em uma condição de injusta desvantagem⁵¹. Em precisa descrição, Menezes Cordeiro assevera que "a fórmula tu quoque traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído⁵²".

A doutrina elenca, ainda, como hipótese de exercício inadmissível de posições jurídicas, o desequilíbrio no exercício de direitos, que se verifica quando há desproporção entre a vantagem do titular do direito e os ônus suportados por quem se submete às conseqüências jurídicas do ato praticado. Trata-se de uma espécie de exercício inadmissível residual, em que se manifestam os principais vetores que permitem a concretização da boa-fé objetiva⁵³. O exercício desproporcional de um direito pode se dar de três formas distintas, a saber: desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, atuação com lesão intolerável de outras pessoas e desconsideração de situações especiais.

Finalmente, a suppressio, cuja expressão deriva do alemão *Verwirkung*⁵⁴, consiste na "situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé⁵⁵". Nesses casos, a demora para o exercício

47 CORDEIRO, 2001, p. 879-85.

48 SILVA FILHO, 2006, p. 231.

49 CORDEIRO, 2001, p. 719-860. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2010, p. 117) referem-se a desdobramentos da boa-fé objetiva. O termo não se revela equivocado, porquanto efetivamente as limitações decorrem diretamente desta cláusula geral. Entende-se, todavia, que a expressão exercícios inadmissíveis de posições jurídicas guarda uma especificidade mais compatível com a substância dos institutos que serão estudados.

50 Ibid., 2010, p. 119.

51 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 122.

52 CORDEIRO, op. cit., p. 837.

53 Ibid., p. 857-9.

54 O termo suppressio não é exatamente a tradução de *Verwirkung*, que significa perda. Trata-se de adaptação à língua portuguesa empreendida por Menezes Cordeiro, com o fim precípua de evitar a confusão do instituto com outras figuras, como a prescrição, decadência, caducidade, etc (CORDEIRO, op. cit., p. 797-8).

55 CORDEIRO, 2001, p. 797. O mesmo civilista português leciona que a consagração dogmática da suppressio adveio do de-

do direito gera na contraparte a legítima expectativa de continuidade do estado de inércia do seu titular. A *suppressio* emerge do caso concreto, de acordo com os elementos que se apresentem a quem o aprecie, quando for violada a confiança da pessoa que sofreu os efeitos da conduta contraditória. Não é razoável o estabelecimento de linhas dedutivas para que seja aferida a sua eficácia⁵⁶. Nota-se, inclusive, que as permissões do Código Civil Brasileiro ao comportamento contraditório se verificam apenas em contextos onde a confiança inexistente ou não prepondera sobre os demais elementos do quadro fático⁵⁷. A relação da inadmissibilidade do exercício de uma posição jurídica com a tutela da confiança permite a conclusão de que o seu fundamento é, em última instância, a boa-fé objetiva. A incidência do instituto, nesse sentido, deriva da análise do status do confiante, e não daquele que agiu contraditoriamente. Não se afere, portanto, se o indivíduo atuou com dolo ou má-fé, buscando-se, antes, verificar os efeitos decorrentes da sua conduta⁵⁸.

À primeira vista, o conceito de *suppressio* pode causar certa estranheza ao leitor, na medida em que a sua configuração remete a hipóteses previstas expressamente no ordenamento jurídico, como a prescrição e a decadência. Registre-se, de logo, que no caso da prescrição não se ataca o direito em si, mas a pretensão do seu titular, o que determina o seu afastamento da *suppressio*. Independente disto, trata-se a *suppressio* de inadmissibilidade de exercício de direito que se verifica antes mesmo do termo final dos prazos prescricionais e decadenciais, em decorrência da tutela da confiança promovida pela boa-fé objetiva. Sobre o assunto, dispõem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que “na figura da *suppressio*, o que há é, metaforicamente, um ‘silêncio ensurdecido’, ou seja, um comportamento omissivo tal, para o exercício de um direito, que o movimentar-se posterior soa incompatível com as legítimas expectativas até então geradas⁵⁹”.

A aceitação da *suppressio*, no entanto, não é pacífica, sendo razoável o entendimento de que é duvidosa a legitimidade da confiança quando há um prazo definido em lei que permita o exercício do direito pelo seu titular. Evidencia-se, destarte, a existência de um conflito entre os valores da segurança jurídica e da proteção da confiança, apenas superável mediante uma atividade ponderadora, da qual se conclui que a segurança jurídica cede em favor da tutela da confiança nos casos em que o conteúdo da boa-fé objetiva deva ser preservado acima e independentemente dos prazos legais⁶⁰. Conclui-se, assim, pela excepcionalidade da incidência da figura sob análise⁶¹.

Anderson Schreiber, atento à proximidade entre as noções de sistema móvel e *suppressio*, afirma, com propriedade, que nos sistemas onde a figura em comento é admitida, a mais relevante função que exerce é justamente a de reduzir a rigidez do sistema prazal, sobretudo os mais longos, que normalmente foram estabelecidos em épocas de menor dinamismo e celeridade das relações sociais⁶².

A proteção da confiança da pessoa que poderia sofrer os efeitos do exercício do direito pelo seu titular é,

sequilíbrio econômico causado após a Primeira Guerra Mundial. Com efeito, em um ambiente de instabilidade econômica e, conseqüentemente, de altos juros e inflação, o exercício tardio de uma posição jurídica ativa poderia causar um prejuízo desproporcional à parte contrária, em flagrante incompatibilidade com a boa-fé. Assim, se de um lado a correção monetária protege o valor do crédito, de outro a *suppressio* protege o devedor contra a indevida elevação do montante devido (Ibid., p. 801-2).

56 CORDEIRO, 2001, p. 770.

57 SCHREIBER, 2005, p. 90-3.

58 Judith Martins-Costa aborda a temática do venire à luz do artigo 187 do Código Civil Brasileiro. A autora assinala, de forma muito pertinente, que a nova sistemática consagra a ilicitude de meios, derivada do modo como é exercido um direito. A esta espécie de ilicitude, opõe-se a “de fins”, que sobrevaloriza o elemento volitivo do agente (MARTINS-COSTA, A Ilcitude Derivada do Exercício Contraditório de um Direito: o Renascer do “Venire Contra Factum Proprium”. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 376, 2004, p. 127).

59 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 120.

60 SCHREIBER, 2005, p. 184-5. O autor elenca, ainda, como hipótese em que a segurança jurídica deve ceder à tutela da confiança, o caso em que o titular do direito pratica atos comissivos em conjunto com as necessárias omissões. Trata-se, contudo, de situação típica de venire contra factum proprium em sentido estrito, e não de *suppressio*.

61 CORDEIRO, op. cit., p. 818-9.

62 SCHREIBER, 2005, p. 183.

como visto, o fundamento da *suppressio*. Prescinde-se, assim, para a sua ocorrência, da manifestação de vontade por parte do titular do direito. Nesse sentido, apontam Fredie Didier Jr. e Daniela Bonfim:

A *suppressio* é efeito jurídico decorrente da incidência do princípio da boa-fé, por meio do qual se tutela a confiança (estado de coisas). A extinção da situação jurídica não decorre de um negócio jurídico, sendo irrelevante a vontade daquele que não a exerceu. Apreende-se juridicamente a imagem de não exercício que legitimou a situação de confiança criada legitimamente por força do comportamento omissivo. Não se averigua, vale frisar mais uma vez, qualquer vontade do que permaneceu silente, mas, sim, a situação de confiança da outra parte. Nesse sentido também, é irrelevante a noção de irrenunciabilidade do direito⁶³ (grifos acrescidos).

A irrelevância da vontade do titular do direito é fator que diferencia a *suppressio* da renúncia tácita, porquanto nesta exige-se a manifestação livre da vontade para que se opere o efeito da perda do direito⁶⁴. Há, portanto, uma identidade de efeitos derivada de uma diversidade de fundamentos. A objetividade da confiança depositada pela parte contrária assume um relevo tão especial na configuração da *suppressio* que se afirma, em sede doutrinária, que o conhecimento da titularidade do direito, pelo inerte no seu exercício, é dispensável⁶⁵.

São elementos do instituto em estudo a confiança da outra parte na manutenção do quadro omissivo, e o decurso de certo lapso de tempo, suficiente para que se consolide o investimento de confiança. Registre-se que, conquanto seja o decurso do tempo um fator essencial para a comparação entre duas condutas, quaisquer que sejam elas, na *suppressio* o intervalo assume um relevo maior, tendo em vista a colisão com os prazos legais (sobretudo a prescrição e a decadência).

Um caso típico de *suppressio* é o do condômino, residente no primeiro andar do edifício, que, ciente do projeto de construção de um espaço gourmet no playground que irá afetar substancialmente a sua vista, não se insurge de imediato, deixando para fazê-lo logo após o término da obra. Note que a sua pretensão não estaria prescrita; a boa-fé, contudo, impede o exercício do direito em razão da inércia do titular. Do mesmo modo, o dono da obra que, após continuadas visitas, não podia ignorar o acréscimo dos serviços do empreiteiro, e jamais protestou quanto a isto, perde o direito de fazê-lo, obrigando-se a pagar os aumentos ocorridos^{66,67}.

O link entre *suppressio* e tutela da confiança instou os estudiosos do tema a se debruçarem sobre a relação existente entre aquele instituto e o *venire contra factum proprium*, sendo aceita a idéia de que a *suppressio* é uma espécie omissiva de *venire*⁶⁸. A análise dos institutos não deixa margem a dúvidas no sentido de que a inércia do titular do direito é flagrantemente contraditória com a pretensão de seu exercício, o que pode, dada uma situação de incidência da boa-fé objetiva, ser invocado pela parte con-

63 DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Exercício Tardio de Situações Jurídicas Ativas. O Silêncio como Fato Jurídico Extintivo: Renúncia Tácita e *Suppressio*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul./set. 2010, p. 213.

64 DIDIER JR. e BOMFIM, 2010, p. 213. E não se pense que a distinção tem relevância apenas acadêmica. Na prática, a tutela objetiva da confiança facilita a sua proteção, considerando-se, em especial, a dificuldade de provar o sentido da manifestação de vontade de um indivíduo.

65 SCHREIBER, op. cit., p. 181.

66 Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra. Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou (grifos acrescidos). (BRASIL, 2002).

67 Ao lado da eficácia extintiva, a *suppressio* acarreta, ainda, o surgimento de um direito na esfera da contraparte – trata-se do fenômeno da *surrectio*, que pode conferir ao beneficiário: a) um espaço de liberdade jurídica face a uma situação que o vinculava; b) um direito subjetivo inconciliável com aquele titularizado pelo indivíduo inerte; ou c) um direito potestativo (CORDEIRO, 2001, p. 824). Assim, o condomínio e o empreiteiro citados exemplificativamente se beneficiariam da vantagem prevista na alínea “a”.

68 Nesse sentido, Menezes Cordeiro (Ibid., p. 808-10 e 812-4), Fredie Didier Jr. (DIDIER JR. e BOMFIM, 2010, p. 209-11), Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2005, p. 183) e Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 121).

trária. Diante, no entanto, da peculiaridade da *suppressio*, e da gravidade dos efeitos que dela se pode extrair, impõe-se a individualização de seu estudo.

DUTY TO MITIGATE THE LOSS E SUPRESSIO: A IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE DEMANDA INDENIZATÓRIA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE GRAVÍDICA E A OJ 399 DA SDI-1 DO TST

Estabelecidas as premissas teóricas que permitem a compreensão dos institutos do *duty to mitigate the loss* e da *suppressio*, impende observar a sua incidência na seara do Direito do Trabalho, especialmente no que concerne às situações de fato subsumíveis ao conteúdo da Orientação Jurisprudencial 399 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho.

Um caso prático é de todo útil para a elucidação da problemática que se pretende destrinchar: suponha-se que uma empregada "X" de uma indústria do ramo têxtil "Y" tenha engravidado e no início do segundo mês de gestação, antes mesmo de conhecer o seu quadro biológico, tenha sido despedida sem justa causa. Não há dúvidas de que "X" é titular de estabilidade provisória de emprego, nos termos do artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com efeito, o marco inicial do período de estabilidade é o começo da gravidez, independentemente da ciência por parte da gestante ou do seu empregador.

Pois bem. A empregada "X", indevidamente desligada da indústria "Y", passou, por conta do ato arbitrário praticado pela empresa, a titularizar duas pretensões em face desta, quais sejam: (a) a de ser reintegrada ao quadro de funcionários de "Y"; e (b) a de ser indenizada por "Y" mediante o pagamento do número de salários correspondente ao período de estabilidade restante, considerando o seu término ao final do quinto mês após o parto.

Naturalmente, há um vínculo de subordinação entre as duas pretensões, visto que a segunda só pode ser exercida no caso de impossibilidade de efetivação, no plano dos fatos, da primeira. Isso porque a reintegração é medida mais benéfica não apenas para o empregador, que teria o mesmo dispêndio da indenização, mas contaria com a força de trabalho do empregado, como também para este, que continuaria inserido no ambiente de trabalho e, com isso, veria ampliada a sua dignidade.

Voltando ao caso concreto sobre o qual se debruça neste estudo, suponha-se que "X", mesmo despedida, não exerceu nenhuma das suas pretensões durante o período de estabilidade, tendo, no entanto, ajuizado demanda indenizatória em face de "Y" no início do sexto mês após o parto, quando já não possuía a referida garantia de emprego. Note-se que, na oportunidade da propositura da demanda, a única pretensão que poderia ser deduzida em juízo por "X" era realmente a indenizatória, visto que, terminado o período de estabilidade, não lhe seria dado exigir o retorno ao emprego.

Registre-se, ainda, que a demanda proposta por "X" respeitou o prazo prescricional de dois anos previsto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, e artigo 11, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que se deu doze meses após a sua despedida.

Diante disto, questiona-se: o exercício da pretensão por parte de "X" após o término do período de estabilidade é lícito? É possível sustentar a existência de um limite temporal ao ajuizamento de reclamações trabalhistas diverso do prazo prescricional?

Em resposta a estas perguntas, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da sua Seção de Dissídios Individuais I, editou a Orientação Jurisprudencial 399, cujo teor pede-se vênia para transcrever diante da sua importância para a compreensão do problema proposto:

399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário. (grifos acrescentados)

Observa-se, portanto, que se a situação da empregada "X" viesse a ser julgada pelo Tribunal Superior do Trabalho, certamente seria considerada lícita a propositura da demanda, na medida em que foi respeitado o prazo prescricional.

Não se concorda, no entanto, com este posicionamento.

Entende-se, sem embargos, que o reconhecimento da incidência da boa-fé objetiva nas relações de trabalho, de modo a criar deveres e limitar a conduta de ambas as partes integrantes do vínculo obrigacional, impõe a inadmissibilidade da reclamatória movida por "X", tendo em vista a demora desleal no seu ajuizamento, que representou uma violação ao *duty to mitigate the loss*, cujo efeito, no caso concreto, é a *suppressio* do direito de exigir o cumprimento da prestação por parte de "Y".

Veja-se, em primeiro lugar, que a conduta de "X", consistente no não exercício da pretensão reintegratória, colide com o seu dever de mitigar o próprio prejuízo, vez que deixou de adotar os meios necessários à garantia de direito fundamental ao trabalho que titulariza. Com efeito, as normas consagradoras de direitos fundamentais não admitem apenas a dimensão subjetiva, assim entendida a que se destina à outorga de garantias ao cidadão; trazem elas, em seu seio, uma dimensão objetiva, segundo a qual o exercício desta espécie de direito deve ser compatível com os valores consagrados no sistema jurídico-constitucional. O titular do direito deve, portanto, atentar para a sua fundamentação coletiva, conjugando-o com o interesse público e a vida em comunidade⁶⁹. Essa é a lição de Sérgio Pinto Martins: "O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização. Não pode receber sem trabalhar, quando dá causa a não ser reintegrada, pela expiração da garantia de emprego da gestante"⁷⁰.

O prejuízo de "X" não detém, no caso concreto, natureza econômica. Nota-se, a propósito, que a sua inércia lhe confere inclusive uma posição de vantagem sob essa perspectiva, visto que lhe possibilita auferir uma receita sem que tenha prestado o labor correspondente. A afetação do seu patrimônio jurídico revela-se justamente no tocante à garantia do direito ao trabalho, por cuja efetivação deveria zelar.

A *suppressio* exige, no entanto, além da inércia no exercício da pretensão, a legítima confiança do titular da posição jurídica passiva, no caso o empregador. A tutela da confiança, de seu lado, tem alguns requisitos, elencados na esteira da doutrina de Menezes Cordeiro: a) a prática de um ato juridicamente relevante que seja capaz de suscitar a confiança na contraparte; b) a adesão, em termos subjetivos, do prejudicado ao quadro que lhe é apresentado; c) a realização de um investimento de confiança, que caracteriza de forma incontroversa a expectativa do prejudicado e lhe causa prejuízos por vezes irreversíveis⁷¹; e d) a imputação do quadro de confiança objetivamente verificado àquele que agiu, omissiva ou comissivamente, de modo a gerar o investimento de confiança pela parte prejudicada⁷².

No problema em estudo, os quatro elementos da proteção da confiança estão presentes⁷³. A empre-

69 CANOTILHO, 2003, p. 1.256-7.

70 MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às orientações jurisprudenciais da SBDI- 1 e 2 do TST. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 171.

71 CORDEIRO, 2001, p. 758.

72 Ibid., p. 1248-9.

73 Ainda que não estejam presentes todos os elementos, a pujança de um deles pode suprir a ausência de outro. Assim, por exemplo, não seria necessário demonstrar um consistente investimento de confiança, se o grau de adesão à situação de fato

gada, ao quedar inerte e não postular a sua reintegração no emprego, cria no empregador a legítima confiança no seu desinteresse relativamente à manutenção do vínculo. Justamente por conta do ato omissivo da funcionária, é natural que o empregador realize um investimento de confiança consistente na contratação de outra (ou outro) profissional para ocupar o cargo desempenhado pela gestante⁷⁴.

Observa-se, do exposto, a presença dos dois requisitos da *suppressio*, quais sejam: demora objetivamente desleal no exercício de uma posição jurídica e violação da legítima confiança da contraparte da relação jurídica. Conclui-se, assim, ser inadmissível deduzir pretensão indenizatória após o fim do período de estabilidade gravídica, em função da boa-fé objetiva.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho, há cerca de dez anos, sufragou este entendimento, ao não promover a tutela de trabalhadora que retardou, injustificadamente, o exercício da pretensão indenizatória relativa ao período de garantia do emprego decorrente de gravidez⁷⁵.

Sérgio Pinto Martins é preciso ao relacionar a problemática em comento com o dever de agir de boa-fé, considerando que o exercício tardio da pretensão configura abuso de direito:

O abuso de direito é representado pelo fato de que a empregada esperou terminar a garantia de emprego da gestante para ajuizar ação. O fim social é a garantia de emprego para que a empregada possa cuidar da criança, se recuperar do parto e manter seu emprego no referido período, pois poderia ser dispensada por estar grávida. A boa-fé indica que a empregada deve postular a reintegração no emprego, para que possa trabalhar e se beneficiar dos benefícios [sic] que o emprego lhe proporciona, como assistência médica e outros. Não pode esperar terminar a garantia de emprego para ajuizar a ação, pois irá receber valores sem ter trabalhado.⁷⁶

Embora possa parecer, da lição supra transcrita, que o retardamento no exercício da pretensão decorre da vontade da trabalhadora, é mister registrar que, em decorrência da natureza objetiva da cláusula geral da boa-fé, é irrelevante o motivo da demora – os efeitos da sua conduta advêm apenas da ocorrência desta.

Não seria irrazoável afirmar, a contrario sensu, que a trabalhadora, na condição de hipossuficiente da relação jurídica e ignorante do plexo de direitos que titulariza, poderia quedar-se inerte sem a intenção de haurir os seus vencimentos sem a respectiva contraprestação. Tal entendimento, todavia, tem a sua perspectiva centralizada na figura de quem cometeu o ato ilícito, e não naquele que suscitou legitimamente a confiança no estado de fato criado em virtude da conduta, objetivamente considerada, da trabalhadora.

Decerto, a *suppressio* da exigibilidade da pretensão indenizatória poderá não se verificar nos casos em que a trabalhadora demonstrar que não era possível o ajuizamento da ação antes do término do período de estabilidade. Este pode ser o caso, por exemplo, da obreira que é dispensada logo após o parto, visto que os cento e vinte dias subsequentes são destinados à licença-maternidade, para cuidado e amamentação da criança recém-nascida. Em situações como esta, há que se ponderar, ao lume das circunstâncias fáticas que se apresentem ao julgador, sobre a razoabilidade da exigência do ajuizamento da reclamação trabalhista durante o quinto mês após o parto.

O mesmo entendimento, embora voltado à acepção subjetiva do instituto, é adotado pelos juristas e magistrados Raymundo Antônio Carneiro Pinto e Claudio Brandão, para quem “seja gestante ou não, a

propiciada pela gestante fosse especialmente elevado (Ibid., p. 759 e 1249).

74 O investimento de confiança se revela de modo ainda mais pujante nos casos em que o empregador é pessoa física, empresa de pequeno porte ou microempresa, tendo em vista o comprometimento das suas finanças em decorrência do acréscimo de mais um funcionário no quadro de pessoal por período superior a um ano.

75 GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2007, p. 447-448.

76 MARTINS, 2011, p. 171.

pessoa que deixa expirar o período da estabilidade, salvo motivo justificável, para depois reclamar age, a nosso ver, de má-fé⁷⁷.

Entende-se, como decorrência de toda a análise sistemática empreendida neste estudo, que independentemente de se configurar a má-fé da trabalhadora, o seu direito pode ser suprimido se, com base em parâmetros objetivos, restar evidente que poderia ter demandado anteriormente o seu antigo empregador.

Como alternativa para evitar situações que ensejem a dúvida sobre a legitimidade da propositura da demanda após o término do período de estabilidade, é possível facultar ao empregador a realização do teste de gravidez na ocasião do exame médico demissional, de modo a evitar riscos sobre a dispensa indevida e, bem assim, desgastes sobre o momento até o qual poderia a ex-empregada deduzir em juízo a sua pretensão fundada na estabilidade provisória no emprego⁷⁸. Tal procedimento, vale ressaltar, não implicaria em prática discriminatória, ao contrário do que poderia ocorrer se fosse adotado na fase admissional, vedando o acesso ao emprego por parte de gestantes.

CONCLUSÕES

1. A boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil Brasileiro, é norma de conduta de observância obrigatória em todas as relações jurídicas. Em oposição à boa-fé subjetiva, prescinde-se, para a sua verificação, da aferição do elemento anímico do agente.
2. Não é possível estabelecer um conceito a priori de boa-fé objetiva. O conteúdo desta norma só pode ser delimitado no caso concreto, mediante a atividade hermenêutica do julgador. Trata-se, assim, de instrumento normativo dotado de vagueza semântica, em consonância com a linguagem conotativa do Direito.
3. O conteúdo material da boa-fé objetiva se manifesta, igualmente, no exercício das funções que lhe são atribuídas: (a) função hermenêutico-integrativa; (b) função criadora de deveres jurídicos laterais; (c) função limitadora do exercício de posições jurídicas.
4. A boa-fé objetiva é a fonte dos deveres jurídicos laterais, que gravitam ao redor da prestação pactuada como forma de garantir o adimplemento leal da obrigação – dentre eles, destacam-se os deveres de proteção, informação e lealdade e o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo. O descumprimento destes deveres pode acarretar as mesmas conseqüências da inobservância do dever originário de adimplir a prestação.
5. O duty to mitigate the loss, ou dever do credor de mitigar o próprio prejuízo, trata-se de uma conjugação dos deveres de proteção e lealdade, e decorre do entendimento das relações jurídicas como ordens de cooperação, por conta da incidência da boa-fé objetiva.
6. A boa-fé objetiva restringe o exercício abusivo de posições jurídicas, impedindo a transgressão de limites fixados objetivamente de acordo com as circunstâncias verificadas no caso concreto. As principais espécies de exercício inadmissível de posições jurídicas são: venire contra factum proprium, suppressio, tu quoque e desequilíbrio no exercício de direitos.
7. A suppressio representa a perda de uma situação jurídica ativa pela inércia do titular no seu exercício. Entende-se que a ausência de manifestação por determinado lapso de tempo gera na contraparte a confiança de que a situação fática permanecerá consolidada, não sendo lícita a frustração da legítima expectativa. No caso concreto, a depender das circunstâncias que se verificarem, as quais serão avalia-

77 PINTO, Raymundo Antonio Carneuro; BRANDÃO, Cláudio. Orientações Jurisprudenciais do TST Comentadas. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 212.

78 A medida ainda seria eficaz para evitar que a trabalhadora se veja privada, ainda que provisoriamente, dos meios necessários à sua subsistência, justamente no período em que mais necessita da habitual fonte de renda, ante o acréscimo quantitativo da célula familiar.

das mediante uma atividade ponderadora do magistrado, o tempo necessário para a configuração da *suppressio* pode ser inferior ao prazo prescricional ou decadencial. Por trazer nos comportamentos que veda uma ínsita idéia de contraditoriedade, pode ser considerada espécie omissiva do gênero *venire contra factum proprium*.

8. A despeito do conteúdo da Orientação Jurisprudencial 399 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, é inadmissível a propositura de demanda indenizatória após o término do período de estabilidade gravídica, porquanto o retardamento no exercício da pretensão configura uma violação do *duty to mitigate the loss*, gerando no empregador a legítima expectativa da consolidação do quadro de inércia, cuja tutela se impõe por força da boa-fé objetiva. Verifica-se, assim, a *suppressio* da exigibilidade da pretensão de ser indenizada por conta da despedida arbitrária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**, Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 01 set. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____.; BOMFIM, Daniela. Exercício Tardio de Situações Jurídicas Ativas. O Silêncio como Fato Jurídico Extintivo: Renúncia Tácita e *Suppressio*. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul./set. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Uniform Commercial Code**. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/ucc/1/>>. Acesso em: 01 out. 2011.

FRADERA, Vera Maria Jacob. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, 2004, n. 19, p. 112-3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. I.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos – Teoria Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. IV, tomo I.

GOMES, Orlando. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às orientações jurisprudenciais da SBDI- 1 e 2 do TST**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

_____. A Ilícitude Derivada do Exercício Contraditório de um Direito: o Renascer do “*Venire Contra Factum Proprium*”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 376, 2004.

ONU. **Convenção sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias** (1980). Dis-

ponível em <www.globalsaleslaw.org/___temp/CISG_portugues.pdf> Acesso em: 10 out. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. III.

PORTUGAL. **Código Civil** e legislação complementar. 15. ed. aum. e act. Lisboa: Quid Juris?, 2010

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e "Venire Contra Factum Proprium"**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARTUCE, Flávio. **A Boa-Fé Objetiva e a Mitigação do Prejuízo pelo Credor**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 07 set. 2011.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A Boa-Fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.