

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL  
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA**

**Lucas Sanches Tizzo**

***Duty to Mitigate the Loss: Recepção do Instituto à Luz do Novo Paradigma  
Principiológico Estabelecido pelo Código Civil de 2002***

Paranaíba – MS

2016

**Lucas Sanches Tizzo**

***Duty to Mitigate the Loss: Recepção do Instituto à Luz do Novo Paradigma  
Principiológico Estabelecido pelo Código Civil de 2002***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
– UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba,  
como exigência parcial para bacharelado em  
Direito.

Orientador: Prof. Dra. Léia Comar Riva

Paranaíba – MS

2016

T545d Tizzo, Lucas Sanches

Duty to mitigate de loss: recepção do instituto à luz do novo paradigma  
princiológico estabelecido pelo código civil de 2002/ Lucas Sanches Tizzo. - -  
Paranaíba, MS: UEMS, 2016.

78f.; 30 cm.

Orientadora: Profa. Dra Léia Comar Riva.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de  
Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Função social. 2. Princípio da boa-fé objetiva. I. Tizzo, Lucas  
Sanches. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de  
Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 346

**Lucas Sanches Tizzo**

**Duty to Mitigate the Loss: Recepção do Instituto à Luz do Novo Paradigma  
Principiológico Estabelecido pelo Código Civil de 2002**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Orientador:

---

Profa. Dra. Léia Comar Riva  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

---

Profa. Me. Elisabeth Maria de Mendonça Silva  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

---

Ronaldo Vieira Francisco  
Promotor de Justiça

A Deus e a Nosso Senhor Jesus Cristo, nos quais sempre encontro paz e acalanto. Ao José Luiz, meu pai, e a Fátima, minha mãe, alicerce de tudo em minha vida. Ao Vinícius, meu irmão, referência em todos os sentidos. A Juliana, minha companheira, minha maior inspiração.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus e a Nosso senhor Jesus Cristo, por viabilizarem a conclusão de cada fase da minha vida da melhor maneira possível e por me permitir aprender com os acontecimentos da vida.

Ao meu Pai José Luiz, o maior homem que conheço de um coração único, que, além de sempre acreditar em sua família, me amparou nos momentos difíceis, me aconselhou nos momentos de indecisão, me motivou nas incertezas, sempre me apoiou em minhas decisões e me enxergou de uma forma melhor do que sou.

A minha mãe Fátima, a personificação do sentido da palavra amor, pela compreensão mesmo diante de situações incompreensíveis, a pessoa mais forte e mais dedicada que é capaz de abrir mão de tudo e enfrentar todos os medos por nós sem jamais reclamar ou esperar algo em troca.

Ao meu irmão Vinícius, meu maior referencial de vida, a quem, me presenteando com muitos livros, foi o responsável pelo despertar do meu gosto pela leitura e por me estimular a querer aprender sempre mais.

A minha companheira de vida e esposa em potencial, Juliana, dotada de um coração grandioso, a maior prova de que, embora todas as dificuldades da vida, é possível alcançar os sonhos. É com quem divido meus momentos de dúvidas e incertezas e sempre encontro, ainda que no silêncio, uma paz que renova. Sem dúvida, uma das melhores pessoas que Paranaíba me trouxe.

A minha avó, Antônia, pessoa amorosa e carinhosa, por ser minha melhor companhia desde a infância.

Ao meu avô Luiz, meu anjo da guarda.

A minha avó, Nadir, maior exemplo de perdão, paciência e bondade, por sempre me acolher da melhor maneira que alguém pode fazê-lo.

Ao meu avô, Joaquim, homem correto e exemplo de honestidade.

A minha amiga, Regiane, maior exemplo de dedicação, por ter sido sempre tão compreensiva e estar ao meu lado nos momentos difíceis e me acompanhar ao longo desta jornada. Sem dúvidas, é também, uma das melhores pessoas que Paranaíba me trouxe.

Ao meu tio Célio, por sempre me apoiar nos estudos e sempre se disponibilizar a me auxiliar em tudo o que preciso.

Aos meus Amigos, Bruno, Jaime e Vicente companheiros de todas as horas, pelos anos agradáveis de convivência diária, que me ajudaram em meu progresso pessoal.

A Professora Léia, meu primeiro contato com a pesquisa, por sempre ter me orientado e me auxiliado na realização de trabalhos que, sozinho, eu não seria capaz de fazer.

Ao Doutor Ronaldo, meu primeiro contato com o Direito na prática, pelas oportunidades que me concedeu, além de sempre se disponibilizar para ajudar a solucionar as dúvidas cotidianas.

A Professora Elisabeth, pelas oportunidades em decorrência das quais me foi possível ter uma visão diferente do Direito.

Aos amigos do estágio, Vívian, Rayane, Murilo, Roberto, Diego, Aline, Adriana, Brito e Dona Eremita por sempre serem tão prestativos e pela aprendizagem.

Aos amigos Joanine, Lívia, Indira, Cassiano, Henrique, Márcio, pelos momentos e conversas agradáveis.

Aos amigos da UEMS, Júnior, Cláudia e Suzy, sempre muito prestativos e dispostos a auxiliar em todas as dúvidas.

*Até os jovens se fatigam e cansam, e os moços também tropeçam e caem, mas os que esperam no senhor renovam suas forças, criam asas, como águias, correm e não se fatigam, podem andar que não se cansam (Isaías 40: 29-30).*

## RESUMO

A evolução do pensamento jurídico com a adoção de novos princípios que norteiam a ordem vigente resultou em uma mudança de paradigmas do Direito Privado. Com isso, há o reconhecimento de que a nova principiologia estabelecida pela Constituição Federal de 1988 influencia diretamente a sistemática adotada pelo Código Civil de 2002 na medida em que a partir da noção de que deve haver a proteção à dignidade da pessoa humana também nas relações privadas, há uma série de decorrências. Dentre elas é possível citar a necessidade de observância do princípio da função social dos institutos, bem como o respeito a boa-fé objetiva. O direito civil, com isso, deixou de concentrar seu regramento exclusivamente sobre o patrimônio, passando a conferir especial proteção também à pessoa. Diretamente relacionada a esta nova concepção, são os desdobramentos da boa-fé objetiva e os deveres que ela traz consigo anexo. Um desses deveres é a mitigação dos prejuízos pelo credor ou *duty to mitigate the loss*, que se trata de uma teoria que surgiu nos países de sistema anglo-saxão. A mesma estabelece que, quando uma relação negocial é descumprida, o credor não deve ficar inerte diante do inadimplemento do devedor. Nesse sentido, a parte prejudicada tem o ônus de adotar posturas no sentido de mitigar seus próprios prejuízos. Tal ônus, no entanto, somente é devido quando demandar uma atitude que esteja dentro de padrões de razoabilidade. Tal aspecto, além de beneficiar as partes negociantes traz consigo uma contribuição social. O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de recepção do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro à luz do princípio da boa-fé objetiva bem como da abertura conferida à ordem jurídica a partir da inserção das cláusulas gerais no Código Civil de 2002. O procedimento metodológico consistiu-se em pesquisa bibliográfica. Para alcançar os objetivos buscou-se investigar as formas pelas quais o instituto recebe aplicação no ordenamento jurídico dos países que expressamente o adotam. Além disso, foram analisadas as formas que os países de tradição romano germânica e os filiados ao sistema *common law* o aplicam. A partir da análise foi possível verificar que, no Brasil, há diversos autores que defendem a possibilidade de recepção do instituto. Constatou-se também que sua fundamentação é encontrada no princípio da boa-fé objetiva e seus desdobramentos, dentre os quais, o dever de cooperação entre os contratantes, mormente a partir da análise do artigo 422 do Código Civil de 2002.

**Palavras-chave:** Função social. Boa-fé Objetiva. Princípios. Mitigação. Credor.

## ABSTRACT

The evolution of legal thinking with the adoption of new principles that guide existing order resulted in a change of paradigms of Private Law. Thereby, there is recognition that the new principles established by 1988 Federal Constitution directly influences the system adopted by the 2002 Civil Code in the way that the notion of protection of human dignity also in private relationships, there are various consequences. Among them, it's possible to remember the need for compliance with the principle of the social function of the institutes, and respect the objective good faith. The civil law, therefore, left to concentrate the establishment of rules exclusively on equity, giving special protection also to the person. Directly related to this new design, there are the development of objective good faith and duties it brings with it attached. One of these duties is "duty to mitigate the loss", it is a theory that has emerged in the countries of Anglo-Saxon system. That theory says that, when a business relationship is breached, the lender should not be inert by the default of the debtor. In this sense, the aggrieved party has the burden to adopt postures to mitigate their own losses. This charge, however, may demand an attitude that is within reasonable standards. Such aspect, in addition to benefiting the negotiating parties brings a social contribution. This study aims to examine the possibility of the Brazilian legal system adopt this Institute respecting the principle of objective good faith and the opening afforded by the law from the inclusion of general clauses in the Code Civil 2002. The methodological procedure consisted in literature. To achieve the objectives, it was investigated the ways in which the institute is applied in the legal system of the countries that expressly adopt it. Besides that, it were analyzed the countries of Germanic Roman tradition and affiliated with the system the common law apply it. From the analysis it was observed that, in Brazil, many authors advocate the possibility of adopting the Institute. It was also found that its reasoning is found in the principle of objective good faith and their developments, among which, the duty of cooperation between the contractors, especially from the analysis of Article 422 of 2002 Civil Code.

Keywords: social function. objective Good faith. Principles. Mitigation. Creditor.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO: DA DICOTOMIA TOTAL À INFLUÊNCIA PUBLICÍSTICA.....</b>	<b>15</b>
1.1 A Grande Dicotomia.....	15
1.2 Noções Básicas Sobre Princípios e Sua Força Normativa.....	18
1.2.1 Regras e Princípios.....	21
1.3 Do Estruturalismo ao Funcionalismo.....	22
1.4 Releitura do Direito Privado.....	27
<b>2. NOVO PARADIGMA PRINCIPIOLÓGICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....</b>	<b>31</b>
2.1 Influência da Constituição de 1988 sobre o Direito Civil.....	31
2.2 Princípios do Código Civil de 2002.....	31
2.3 Algumas Considerações acerca da Ontognoseologia Realiana e sua Aplicação no Direito Privado Contemporâneo.....	39
2.4 Função Social dos Contratos.....	42
2.5 Breves Considerações Sobre a Boa-Fé.....	48
<b>3. <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i>: UMA ANÁLISE À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA.....</b>	<b>54</b>
3.1 Mitigação dos Prejuízos pelo Credor.....	54
3.2 Definição do Instituto.....	54
3.3 Surgimento.....	55
3.4 <i>Duty To Mitigate the Los</i> nos países da <i>Common Law</i> .....	57
3.5 <i>Duty To Mitigate the Los</i> nos países de Tradição Romano-Germânica.....	59
3.5.1 Alemanha.....	59
3.5.2 Itália.....	60
3.5.3 França.....	61
3.6 Previsão na Convenção de Viena de 11 de Abril de 1980.....	63
3.7 Fundamentos para aplicação do <i>Duty to Mitigate the Loss</i> no Brasil.....	64
3.7.1 Natureza Jurídica da Norma de Mitigação.....	64

3.7.2 Cláusula Geral da Boa-Fé Objetiva.....	65
3.7.3 Inaplicabilidade do abuso de direito, causalidade tout court, culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente e venire contra factum proprium.....	68
3.8 A Questão da Reparação Integral do Dano.....	71
<b>3.9 Boa-fé objetiva como fundamento do Duty to Mitigate the loss.....</b>	<b>72</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>75</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) estabeleceu uma nova ordem à interpretação do direito privado. Nesse sentido, há uma crescente influência dos princípios constitucionais nas relações entre particulares. Apesar disso, não se pode dizer que aquele deixou de ter características peculiares que o distingue de outras esferas jurídicas.

A ideia de função social dos institutos jurídicos, cada vez mais presente nos mais variados ramos do direito, faz com que haja uma aproximação, cada vez mais clara, de institutos do direito privado com o direito público. Isso porque, muitos aspectos que eram propriamente de direito civil foram influenciados por outras esferas do direito. Como exemplo disso, é possível citar a consagração da função social da propriedade pela CF/1988.

Nesse sentido, é preciso ter em mente que o direito constitucional, tradicionalmente, sempre foi tido como um ramo do direito público, enquanto o direito civil é a maior expressão do direito privado. Apesar disso, quando há a determinação de que institutos que são eminentemente particulares, como a propriedade, ganhe características publicistas, como ao se estabelecer que ela deva observar a sua função social, é possível concluir que há uma significativa ruptura da tradicional dicotomia entre direito público e direito privado, havendo muitos autores que afirmam ter ocorrido a sua superação.

Diretamente relacionado a esta crescente influência, está o reconhecimento de institutos, pelo direito civil, que buscam atender a ideia de justiça social. Nesse sentido, de modo a buscar dar uma maior liberdade para o julgador, autorizando-o a, de acordo com o caso concreto, encontrar a solução mais justa, houve a adoção, pelo Código Civil de 2002 (CC/02), das denominadas cláusulas gerais que se tratam de normas dotadas de um maior grau de abstração permitindo um juízo com uma margem de discricionariedade mais ampla de modo a viabilizar uma decisão mais adequada ao caso em julgamento.

A adoção de cláusulas gerais conferem ao julgador um poder discricionário bastante elevado, tendo em vista que a ele incumbirá exercer um juízo de concretização do comando normativa. Nesse sentido, o ordenamento jurídico deve estabelecer mecanismos que evitem que essa liberdade se torne arbitrária, e por conseguinte,

descaracterize um dos principais propósitos das cláusulas gerais, que é conferir maior justiça ao caso concreto.

Em razão disso, o novo sistema jurídico prevê um arcabouço principiológico bastante amplo de modo a orientar o julgador quando da aplicação da norma ao caso concreto. Nesse sentido, deve haver respeito aos princípios que norteiam a sistemática jurídica, do contrário, estar-se-á violando a ordem normativa e, por consequência, haverá uma subversão da competência judicial, autorizando a revisão da decisão.

O direito contratual é diretamente afetado por essa nova característica, na medida em que, o reconhecimento da função social do contrato como corolário lógico da função social da propriedade e também a consagração expressa pelo CC/2002 da boa fé objetiva influenciam a celebração de qualquer negócio jurídica, tendo em vista que todos devem observar esses preceitos e os que deles decorrem para a celebração de contratos.

É nesse sentido que ao lado dos três tradicionais princípios do direito contratual reconhecidos pela doutrina, quais sejam, o da autonomia da vontade, o da relatividade dos contratos e o da obrigatoriedade das convenções, somam-se outros que visam, mormente atender aos anseios sociais do direito privado. Assim, é possível citar, mais uma vez, a adoção, pelo Código Civil de 2002 (CC/2002), da boa-fé, da função social dos contratos bem como do equilíbrio econômico do contrato e, como um dos desdobramentos disso, decorre o objeto do presente trabalho.

A presente pesquisa busca analisar os fundamentos e a aplicação, no direito brasileiro, do dever de mitigar os prejuízos pelo credor (*duty to mitigate the loss*). Desse modo, buscar-se-á analisar as questões que envolvem o instituto à luz do ordenamento jurídico vigente, mormente a influência dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, bem como a abertura conferida ao ordenamento jurídico brasileiro pela adoção de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002 (CC/2002).

Para alcançar os objetivos propostos, inicialmente será feita uma introdução à noção geral de princípios, bem como a sua influência no ordenamento jurídico a partir da CF/1988 com enfoque ao princípio da Função social dos contratos e da boa-fé objetiva. Além disso, far-se-á um breve estudo, à luz do direito comparado, dos países que recepcionaram o dever de mitigar os prejuízos pelo credor e a forma como eles o aplicam bem como a repercussão direta de sua adoção no equilíbrio econômico do contrato. Por fim, far-se-á uma análise das possíveis formas de aplicação do instituto

perquirindo-se seu fundamento na ordem jurídica vigente e as consequências da aplicação do *duty to mitigate the loss*.

# 1. EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO: DA DICOTOMIA TOTAL À INFLUÊNCIA PUBLICÍSTICA

## 1.1 A Grande Dicotomia

A história do pensamento humano sempre foi pautado pela existência de grandes dicotomias. Nesse sentido, Bobbio (2007, p. 128) ensina que:

Toda a história das reflexões (ou imaginações) do homem sobre sua vida em sociedade distingue-se pela construção de ‘grandes dicotomias’, a começar por aquela entre estado de inocência e estado de corrupção. Durante séculos, o pensamento ocidental foi dominado (e, a julgar pelo modelo proposto por Hayek, este domínio ainda não se exauriu) pela dicotomia jusnaturalista entre estado de natureza e estado civil. Dessa dicotomia tiveram curso duas versões, à medida que fosse atribuído valor positivo ao primeiro termo (donde a tradição do pensamento liberal clássico, que vai de Locke aos economistas clássicos, chegando a Spencer e, como vimos pouco antes, a Hayek) ou ao segundo (de Hobbes a Hegel, para o qual desempenha o papel de estado de natureza, isto é, de estágio em que se desenvolvem relações antagônicas, a “sociedade” civil).

No universo jurídico não é diferente. Isso porque a divisão entre direito público e direito privado é tida como uma classificação dicotômica do direito. Diretamente relacionada a esta divisão Friedrich A. Hayek, citado por Norberto Bobbio (2007, p. 116-138), faz uma distinção entre normas de conduta e normas de organização. O autor estabelece que, a passagem do Estado Liberal para o Estado Assistencial está diretamente relacionada ao crescente surgimento das segundas em detrimento das primeiras.

Além disso, ele afirma que as normas de organização dizem respeito exclusivamente às normas de direito público, enquanto as normas de conduta seriam expressões do direito privado. Bobbio (2007, p. 116-139), por sua vez, faz uma crítica a esta relação<sup>1</sup>, não obstante reconheça a importância da distinção entre normas de organização e normas de conduta:

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, Bobbio (2007, p. 117-118), estabelece que, segundo o critério tradicional de divisão entre direito público e direito privado, leva-se em conta para classificar uma norma como de um ou de outro, os interesses tutelados, de modo que, uma norma será de direito público se houver prevalência de interesses estatais, enquanto será de direito privado se houver a prevalência de interesses do cidadão. Nesse sentido, entende que há uma certa contradição na definição de Hayek, tendo em vista que este autor afirma que as normas de conduta são sempre de direito privado, na medida em que, ao classificar, por exemplo as normas de direito penal, entende tratar-se de normas de conduta, não obstante, serem, segundo o critério suprarreferido, inegavelmente de direito público. Por outro lado, também há normas de direito privado

A importância da distinção em exame está em que ela, melhor que qualquer outra, serve para individualizar as duas funções tradicionalmente atribuídas a um ordenamento jurídico: a função de tornar possível a *convivência* de indivíduos (ou grupos) que perseguem, cada qual, *fins individuais* e a função de tornar possível a *cooperação* de indivíduos ou grupos que perseguem um *fim comum*. São normas de conduta as que, limitando a própria obra à *coordenação* de ações individuais, estabelecem as condições para obter o máximo de *independência* dos indivíduos que convivem entre si. São normas de organização as que, mediante um trabalho de convergência (forçada) de ações sociais, estabelecem as condições para proporcionar o mínimo de dependência necessário a indivíduos que cooperam entre si. (2007, p. 121).

Nesse sentido, as normas de conduta visam a regular as relações intersubjetivas de modo a garantir independência aos indivíduos que compõem um grupo social busca, portanto, viabilizar a convivência de cidadão que, não obstante a possível presença de interesses opostos, necessitam conviver em um mesmo contexto social. Enquanto as normas de organização visam a regular as relações sociais, considerando o grupo como um todo, objetivando garantir a convivência coletiva.

A pertinência desta conceituação, no universo jurídico, diz respeito à possível confusão que a distinção entre normas de organização e normas de conduta gera, na medida em que, muitas vezes, acaba-se por ter como correspondente desta distinção a divisão entre direito público e direito privado, todavia, conforme já demonstrado, não há essa correlação necessária, tendo em vista que as normas de organização podem classificar-se como de direito público e de direito privado, o mesmo se dando com as normas de conduta.

A divisão do direito em público e privado possui origem no direito romano, sendo que um primeiro critério de divisão valia-se da utilidade ou o interesse visado pela norma que regulamenta uma determinada relação jurídica. Nesse sentido, “O direito público era aquele concernente ao estado dos negócios romanos; o direito privado, era o que disciplinava os interesses particulares.” (DINIZ, 2011, p. 267).

Ocorre que tal critério se mostrou insuficiente na medida em que não é possível se estabelecer *a priori* se uma norma protege interesses do Estado ou dos cidadãos, de modo que há uma interdependência entre eles, na medida em que sempre uma norma

---

que se subsumem à ideia de normas de organização, como por exemplo ao dizer que “não há motivo para que não devam ser incluídas, entre as normas de organização, normas indubitavelmente pertencentes ao direito privado, como aquelas que regulam as sociedades por ações (que constituem um exemplo bastante característico de “ordenamento artificial das ações”). (2007, p. 118).

tutelará interesses estatais, não obstante influencie diretamente relações individuais.

Nesse sentido:

Esse critério da utilidade ou interesse visado pela norma é falho, porque não se pode afirmar, com segurança, se o interesse protegido é do Estado ou dos indivíduos, pois nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou do particular. há uma correlação, de modo que a norma jurídica que tiver por finalidade a utilidade do indivíduo visa também a do Estado e vice-versa. (DINIZ, 2011, p. 267).

No sentido dessa recorrente influência são inúmeros os exemplos, como os citados por Diniz (2011, p. 267-268) que afirma o caso do direito de família em que, não obstante o casamento possua conotações marcadamente individuais, é de grande relevância para a sociedade, tendo em vista que a esta importa a estabilidade das relações familiares. Além disso, “nas hipóteses da proibição de construção em desacordo com posturas municipais, da interdição da queima de matas ou da obrigatoriedade de se inutilizarem plantações atingidas por pragas”, há uma significativa influência de um ramo do direito pelo outro, de modo que a classificação em direito público ou privado ganha uma conotação bastante peculiar, na medida em que as situações descritas possuem características de ambos podendo, na verdade, ser definido como situações complexas, caracterizadas por uma interpenetração de conceitos tanto do direito público quanto do direito privado.

Com mais razão é possível perceber esta crescente influência no atual estágio da evolução do pensamento jurídico, a partir da análise das profundas transformações pelas quais passou o direito privado nos últimos tempos, mormente com a crescente influência de institutos próprios do direito público sobre o direito civil, como ocorreu com o advento do CC/02.

Tal transformação se deve a vários fatores, dentre os quais é possível citar a busca por um direito mais justo sob o aspecto social, na medida em que se tenta definir limites “diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e informal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem”. (TARTUCE, 2007, p. 29).

Desse modo, é possível concluir que a crescente preocupação com a função social dos institutos jurídicos, contribui para que haja uma influência do direito público sobre o privado de modo que acaba por haver uma relação de interdependência entre

ambos de modo que, muitas vezes torna-se difícil separá-los, todavia, não se pode perder de vista que ainda há diferenças que os distinguem um do outro.

## 1.2 Noções Básicas Sobre Princípios e Sua Força Normativa

Na definição de Reale (2009, p. 303) toda forma de conhecimento “filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.”

Nesse sentido é possível aduzir que os princípios são “verdades fundantes” (REALE, 2009, p. 303), na medida em que constituem-se em verdadeiros pressupostos para a fundamentação de determinado campo do saber. O autor, desse modo, sistematiza os princípios em três grandes categorias:

*a) princípios omnivalentes*, quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos *princípios de identidade* e de *razão suficiente*; *b) princípios plurivalentes*, quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o *princípio de causalidade*, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento; *c) princípios monovalentes*, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos *princípios gerais de direito*. (REALE, 2009, p. 304).

Diante de tal contexto é possível verificar que os princípios possuem a característica de fundamentar toda uma ordem de conhecimento, sendo que é a partir da identificação dos princípios que fundam determinada situação que se poderá definí-la e classificá-la.

Nesse sentido, é possível afirmar que, no caso do direito, é através da identificação dos princípios que regem determinado contexto normativo que será possível estabelecer qual a predominância jurídica de dada sociedade. A título de exemplo é possível citar a ordem jurídica brasileira atual, na medida em que, com a identificação dos princípios que fundamentam a estrutura normativa do país, é possível estabelecer qual a orientação do ordenamento jurídico.

A consagração pela CF/88, no art. 1º, III da dignidade da pessoa humana constitui-se em um princípio fundamental da ordem jurídica do país, de modo que todas as normas do direito pátrio encontram limitação nela não podendo, de nenhuma forma,

contrariá-la. Ou seja, a dignidade da pessoa humana constitui-se em um princípio que fundamenta toda a estrutura jurídica do Brasil (GAGLIANO e FILHO, 2013, p. 67).

Da mesma forma a função social da propriedade é um princípio que, de acordo com a estrutura constitucional atual, deve pautar a edição de todos os diplomas normativos de direito privado, na medida em que ela constitui-se em verdadeiro princípio fundante da ordem civil. (MENDES e BRANCO, 2014, p. 339).

Sob esta perspectiva verifica-se que as várias áreas do direito possuem sua fundamentação em princípios específicos. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello, anota:

Os microsistemas que integram o universo jurídico de certa sociedade têm sua estrutura conceptual fundada em princípios gerais que, de forma bastante ampla, com extrema generalidade, fixam a estimação (valoração) da comunidade sobre os fatos da vida. (2014, p. 60).

De acordo com esta explicação é possível concluir que os princípios são comandos normativos dotados de um maior grau de abstração do que as regras, de modo que, quando a legislação regulamenta os fatos, “torna específico, em preceitos, aquilo que se encontra ínsito na generalidade dos princípios”, na medida em que a legislação pode prever, expressamente a descrição do princípio ou, ainda, nele estar inspirado.

Se os comandos contidos em leis tem o condão de tornar específico aquilo que é dotado de grande generalidade, é possível afirmar que há princípios que podem estar explícitos e implícitos. Os primeiros ocorrem quando a legislação, expressamente, afirma o dever de sua observância, os segundos ocorrem quando a lei se inspira em algum princípio na sua redação como ocorre, por exemplo, quando a lei “regulamenta a propriedade e a posse pormenoriza o princípio da propriedade privada” (MELLO, 2014, p. 60-61).

Desse modo, quando uma norma regulamenta o exercício do direito de propriedade, está, implicitamente, tornando determinado o princípio da propriedade privada.

Diante de tais considerações, conclui-se que todo o ordenamento jurídico está pautado em princípios que norteiam a edição de qualquer diploma legislativo, de modo que a conclusão necessária é a de que eles possuem normatividade. Todavia, já houve inúmeras objeções quanto à força normativa dos princípios.

Nesse sentido, para se definir as normas jurídicas quanto à sua estrutura lógico-formal, há duas correntes, sendo elas as não sancionistas e as sancionistas. No caso das primeiras, para se considerar norma jurídica é preciso que “tenha uma estrutura proposicional composta, essencialmente, pela descrição de um suporte fático e a prescrição de um preceito”, com isso, independe para se caracterizar como norma jurídica, da existência de uma sanção, de modo que basta a descrição de um suporte fático e a prescrição de preceito, para a corrente sancionista, todavia, é “indispensável que a proposição contenha uma sanção.” (MELLO, 2014, p. 64).

Por suporte fático<sup>2</sup> entende-se uma situação de fato que, por questões políticas, se considera relevante para o mundo jurídico de modo que se passa a prever, em uma norma, aquele fato do mundo concreto. Ou seja, trata-se do fato natural abstratamente previsto em um comando normativo. Como exemplo é possível citar “a) o nascimento do homem, b) o fato físico do mundo inorgânico, c) a doença, d) o ferimento, e) a entrada em terrenos”. (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 19) Todos estes fatos são exemplos de situações que, se previstos em uma norma jurídica passam a ser considerados o suporte fático dela.

O preceito, por sua vez, é a parte da norma jurídica que atribui efeitos jurídicos aos fatos previstos. “Representam, assim, a disposição normativa sobre a eficácia jurídica.” (MELLO, 2014, p. 111).

De acordo com tais assertivas, as objeções quanto à normatividade dos princípios, se baseiam no sentido de que eles não preenchem os requisitos da doutrina não sancionista e nem da sancionista, na medida em que eles não trariam a descrição de um suporte fático e de uma prescrição e nem tampouco a cominação de uma sanção.

Apesar disso, o entendimento que prevalece hoje é o de que ele preenche sim os requisitos de uma e de outra. No que se refere à doutrina não sancionista afirma-se que eles possuem a descrição de um suporte fático e um preceito, todavia, tais descrições são feitas com um grau elevado de indeterminação, tal indeterminação, no entanto, não é suficiente para descaracterizar a carga normativa contida nos princípios. A partir de um exemplo é possível melhor visualizar a existência dos elementos necessário de uma norma nos princípios:

O princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput), ao enunciar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, descreve

---

<sup>2</sup> Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, traduz como suporte fático a expressão alemã *Tatbestand*.

como suporte fático a existência de pessoas em situações fáticas ou jurídicas iguais, e por preceito o deferimento de direito às pessoas nessas situações de serem tratadas com igualdade e do correlato dever das autoridades públicas (inclusive o legislador) e, em geral, de qualquer particular, pessoa física ou jurídica, de não darem às outras pessoas, sejam quais forem, em leis, em atos administrativos e em relações sociais, tratamento diferenciado quando estiverem em iguais situações fáticas ou jurídicas; e, inversamente, impõem-lhes vedação de tratar com igualdade pessoas em posições que sejam desiguais. O direito que decorre da eficácia jurídica desse princípio tem caráter de direito subjetivo absoluto (porque se dirige a todos (MELLO, 2014, p. 65).

Diante deste contexto, é forçosa a conclusão no sentido de que os princípios são sim dotados de força normativa, de modo que, as normas podem ser divididas em duas espécies, sendo que ao lado das regras em geral, estão os princípios.

### **1.2.1 Regras e Princípios**

Fixadas tais premissas é oportuno analisar que parte da doutrina afirma, muitas vezes, que a diferença entre regras e princípios é apenas de grau. Nessa perspectiva, houveram significativas contribuições quanto à demonstração de que a distinção não é apenas de grau, de dois autores, quais sejam, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Para os autores a diferença é, antes de tudo, qualitativa. Nesse sentido, Mendes e Branco (2014, p. 73) explica que para Ronald Dworkin:

A norma da espécie regra tem um modo de aplicação próprio que a diferencia, qualitativamente, da norma da espécie princípio. Aplica-se a regra seguindo o modo do tudo ou nada; de maneira, portanto, disjuntiva. Dworkin explica: ‘se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão’. Em havendo um conflito entre regras, a solução haverá de se pautar pelos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, da especialidade e cronológico. Ensina Dworkin que os princípios, de seu lado, não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previstas no texto normativo pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve. Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, ‘deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um’.

Para Robert Alexy, também há distinções entre regras e princípios. Tal distinção, segundo o autor, também não é de grau, mas qualitativa, conforme ensinam Mendes e Branco (2014, p. 74).

Toda norma, diz ele, é um princípio ou uma regra, e ambas categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre eles apenas uma variação de grau. Os princípios na sua visão – e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin –, ‘são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre o qual operará (possibilidade real).’

Além disso, na visão de Alexy, uma distinção entre as regras e os princípios diz respeito às colisões, na medida em que quando houver colisão entre regras, toma-se uma como cláusula de exceção da outra, ou seja, apenas uma será aplicada ao caso concreto, sendo a outra inválida. No que diz respeito aos princípios, todavia, não há que se falar em prevalência de um sobre outro. É nessa perspectiva que, havendo a contraposição de princípios no caso concreto, há que se apurar o peso de cada um, no caso concreto, sendo inviabilizado a definição de qual terá maior valor aprioristicamente, sendo, portanto, indispensável a análise do caso concreto para a sua definição, consistindo nisso a aplicação da ponderação. (MENDES e BRANCO, 2014, p. 75).

Desse modo, é possível concluir que as normas e os princípios constituem espécies do gênero normas, sendo que a distinção entre eles reside, precipuamente no modo de aplicação.

Fixadas tais premissas, é possível tecer algumas considerações acerca da análise estrutural e funcional do direito.

### **1.3 Do Estruturalismo ao Funcionalismo**

Na doutrina Kelseniana, a teoria pura do direito busca definir que uma teoria científica do direito deve-se pautar pela análise estrutural da norma jurídica em detrimento da análise de sua função. Este último ficaria a cargo dos sociólogos e dos filósofos. “Na obra de Kelsen, não só análise funcional e estrutural estão declaradamente separadas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda.” (BOBBIO, 2007, p. 54).

Nesse sentido Kelsen (1998, p. 134) afirma que, de acordo com uma concepção tradicional, o conceito de sujeito jurídico, enquanto pessoa física ou jurídica, com direitos e deveres, representa o Direito em um sentido subjetivo. Em decorrência disto,

o direito objetivo representaria um dado diverso, na medida em que este representaria um sistema de normas, tratando-se, portanto, de um domínio distinto. Nesse sentido, o autor afirma que a teoria pura do direito afasta essa concepção subjetivista do direito:

A Teoria Pura do Direito afasta este dualismo ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução de sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida; quer dizer: reconduzindo o chamado direito em sentido subjetivo ao Direito objetivo. Desta forma, supera-se aquela posição subjetivista em face do Direito a cujo serviço se encontra o conceito de direito em sentido subjetivo [...]. (KELSEN, 1998, p. 134).

O autor ainda complementa, afirmando que o afastamento da concepção subjetivista do direito tem o condão de, por conseguinte, afastar a ideia que visualiza o Direito com base, exclusivamente no interesse das partes. Ao contrário, a teoria pura do direito busca uma postura objetiva universalista afastando, com isso, valores éticos e políticos do conceito de direito (KELSEN, 1998, p. 134):

[...] A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetiva-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Neste sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas, se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supra-individual, supra-empírica-metafísica – concepção esta por detrás da qual se escondem quase sempre postulados éticos-políticos –, mas única e exclusivamente: que o Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem. A teoria jurídica torna-se, assim, numa análise estrutural do Direito positivo o mais exata possível, liberta de todo juízo de valor ético-político. (KELSEN, 1998, p. 134).

Com isso, Kelsen buscava estabelecer que uma análise científica do direito deve pautar-se exclusivamente nos elementos estruturais do universo jurídico. É a partir disto que o autor define toda a sua doutrina que vai desde a conceituação de norma jurídica até ordenamento jurídico (BOBBIO, 2007, p. 55).

Entendendo que a única análise verdadeiramente científica é aquela que se pauta nos aspectos formais do direito, deve-se concluir que Hans Kelsen busca livrar toda e qualquer concepção teleológica do ordenamento. Ou seja, não incumbe, de nenhuma forma, ao estudioso do direito a análise da função da norma.

Entendia, desse modo, que o ordenamento jurídico estaria afastado das “brechas” que viabilizam a “contaminação” do direito pelas mais diversas e contrastantes ideologias, isto é, a partir de uma apreciação estrutural do fenômeno jurídico, estar-se-ia salvaguardando a pesquisa teórica da intromissão de juízos de valor e evitando que haja a confusão entre o direito positivo e o direito ideal (BOBBIO, 2007, p. 55).

[...] “Como ciência” – cabe enfatizar, “como ciência” – “a doutrina do direito”, escreve Kelsen, “vê-se obrigada a tão-somente compreender o direito positivo na sua essência e a entendê-lo mediante uma análise da sua estrutura.” Na obra de Kelsen, a construção da teoria pura do direito, voltada exclusivamente para a análise dos elementos estruturais do universo jurídico, avança *pari passu*, como é bem sabido (e, mesmo assim, tão frequentemente esquecido), com a crítica ideológica às teorias alheias. A análise estrutural não serve apenas para salvaguardar a teoria do direito das contaminações ideológicas, mas também permite desmascarar tomadas de posição política que se alojam nos conceitos tradicionais aparentemente neutros da ciência do direito. (BOBBIO, 2007, p. 56).

Estabelecidos estes aspectos há que se identificar qual seria, portanto, a função do direito para Kelsen em uma sociedade.

De acordo com o autor, o direito é uma técnica de organização social. Nesse sentido, ele não é um fim em si mesmo. Na verdade, trata-se de um instrumento por meio do qual se vale o Estado para conseguir seus fins, estes que transcendem ao objeto do direito. Percebe-se, com isso, o caráter instrumental que ele possui para a doutrina de Kelsen. Busca-se, portanto, viabilizar o atingimento de um fim que os demais instrumentos de controle social não são capazes de fazer, tendo em vista que, em última perspectiva, o direito pode se valer da força.

Quanto a definição de quais seriam estes fins, tem-se que eles podem variar de acordo com o contexto social bem como ao momento histórico em que se vive. Todavia, este objeto não interessa à teoria do direito. “Uma vez estabelecido o objetivo ou os objetivos últimos que um grupo social propõe para si, o direito exerce e exaure a sua função na organização de um meio específico (a coação) para obter a sua realização.” (BOBBIO, 2007, p. 57).

Em que pese tais considerações, é relevante a brecha que é deixada na obra de Kelsen. Isso porque é possível identificar em um momento de sua obra uma definição funcional do direito. Isso se percebe quando o autor, ao tratar do conceito de segurança coletiva, afirma que o fim desta é a paz, estabelecendo que o fim do direito, por sua vez,

é a segurança coletiva. (KELSEN, 1998, p. 26). Desse modo, percebe-se que há o estabelecimento de uma finalidade, um objetivo ao direito que retira dele a característica exclusiva de instrumento<sup>3</sup>.

Feitas tais considerações, é possível observar que há, por parte de Kelsen uma grande relutância em atribuir ao direito algum tipo de função, na medida em que ele sempre reitera a ideia de que uma análise que se pretende científica do direito não pode ir além da descrição do fenômeno jurídico, restringindo-se à estrutura dele e jamais à sua função.

Kelsen tem do direito a ideia de que ele se trata de um ordenamento coativo e, nesse sentido, trata-se de uma técnica de controle social que se vale da ameaça de aplicação de sanções negativas, ou seja, daquelas que infligem um mal àqueles que praticaram ações socialmente indesejáveis. Nesse sentido, ensina Bobbio (2007, p. 208):

Todas as vezes que repete a sua definição do direito como ordenamento coativo, tem o cuidado de especificar que o direito é tal porque está em condições de provocar o mal, ainda que sob a forma de privação de bens ao violador das normas. Ordenamento coativo e ordenamento baseado em sanções negativas são, na sua linguagem, sinônimos. Hoje, no entanto, a constatação de que a função do direito deixou de ser exclusivamente protetivo-repressiva, desde que o Estado deixou de ser indiferente ao desenvolvimento econômico, impõe-se cada vez mais ao observador sem pré-conceitos. O instrumento jurídico clássico do desenvolvimento econômico, em uma sociedade na qual o estado não intervém no processo econômico, foi o negócio jurídico, a que o direito, precisamente como ordenamento coativo, limita-se a garantir a eficácia. Mas a partir do momento em que o Estado assume a tarefa não apenas de controlar o desenvolvimento econômico, mas também de dirigi-lo, o instrumento idôneo para essa função não é mais a norma reforçada por uma sanção negativa contra aquele que a transgridem, mas a diretiva econômica, que, frequentemente, é reforçada por uma sanção positiva em favor daqueles que a ela se conformam.

Diante deste contexto é possível identificar que para Kelsen, a ideia de que a análise científica do direito deve se restringir aos aspectos estruturais, está relacionada a um momento histórico em que o predomínio da função do direito era protetivo-repressiva, momento em que havia o predomínio das sanções negativas, tal situação, com a evolução das sociedades e com a ampliação das funções do Estado, cedeu lugar a um direito cada vez mais característico pela ampliação das sanções positivas<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Kelsen deixa entrever que admite a atribuição de um fim ao direito. O fim a que se refere é a própria segurança coletiva, sendo esta o fim próprio e específico do direito. (BOBBIO, 2007, p. 59).

<sup>4</sup> Há que se ter em mente a distinção entre sanções negativas e sanções positivas que também não se confundem com normas positivas e normas negativas. Conforme ensina Bobbio (2007, p. 6): [...] uma coisa é a distinção entre comandos e proibições, outra coisa é a distinção entre prêmios e castigos. As duas distinções não se sobrepõem. Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentem habitualmente

Percebe-se, com isso, que há uma mudança de paradigma, na medida em que, passa-se a um momento histórico em que a análise funcional do direito ganha significativo relevo, tendo em vista que, com a ampliação das funções do Estado, seja no âmbito econômico, seja no âmbito social, ele passa a ter uma postura mais ativa no sentido de incentivo aos diversos segmentos sociais. Tal característica repercute de modo imediato no direito, tendo em vista que é através dele que o Estado passa a incentivar comportamentos que importará em progresso social e econômico.

Nesse sentido, o direito ganha uma função a que Bobbio (2007, p. 1) dá o nome de função promocional, na medida em que o direito passa a se valer não somente mais de sanções negativas, consubstanciadas na imposição de algum prejuízo a quem se comporta de modo contrário ao direito posto, mas também das sanções positivas, estas que, com o intuito de estimular um comportamento desejado pelo Estado, passa a prever incentivos e benefícios a quem se comporta de acordo com direito de modo a contribuir com o progresso social e econômico.

Esta mudança de paradigma, contudo, não tem o condão de anular as significativas contribuições promovidas pelos estudos estruturalistas do direito de Kelsen:

Isto posto, é preciso acrescentar, ainda, que as mudanças ocorridas na função do direito não anulam a validade da análise estrutural tal como foi elaborada por Kelsen. O que ele disse acerca da estrutura do ordenamento jurídico permanece perfeitamente de pé, mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes da análise funcional. A construção do direito como sistema normativo dinâmico não é minimamente abalada pelas revelações que dizem respeito ao fim do direito. Para ela, uma norma é jurídica sempre que tenha sido produzida nas formas previstas, isto é, em conformidade com outras normas do ordenamento, em particular aquelas que regulam a produção das normas do sistema. Que uma norma vise reprimir ou promover um determinado comportamento não tem, em relação à estrutura do ordenamento, qualquer relevância. Aliás, a especificidade do ordenamento jurídico em relação a outros ordenamentos sociais continua, uma vez mais, confiada à especificidade da sua estrutura, e não à sua função, que, qualquer que seja, realiza-se na forma que é própria a um ordenamento dinâmico. (BOBBIO, 2007, p. 209).

---

reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas se apresentem predominantemente predispostas ao (e aplicadas para o) fortalecimento das normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Em um sistema jurídico, muitas das normas reforçadas por sanções negativas são normas positivas (comandos de dar ou de fazer). As técnicas de encorajamento do Estado assistencial contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Em outras palavras, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Portanto, podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos.

Feitas tais análises é possível concluir que houveram contribuições à teoria geral do direito tanto da doutrina estruturalista quanto da doutrina funcionalista, sendo que, a partir do momento em que passou-se ao estudo da função do direito e, mormente a constatação de que o Estado possui a função específica de promoção do desenvolvimento social e econômico o direito também assume um papel significativo nesse cenário, na medida em que os mecanismos de que se vale o Estado para alcançar seus fins é o implemento e ampliação das sanções positivas.

#### **1.4 Releitura do Direito Privado**

Com a nova perspectiva jurídica conferida à propriedade, mormente a partir da relativização de seu caráter absoluto, na medida em que a ideia de que ela possui uma função social e econômica devendo atendê-las, houveram diversas alterações nas legislações modernas no sentido de se reconhecer esta função. Nesse sentido, diversos institutos do direito privado sofreram uma releitura, exemplificando Fachin (2003, p. 209) diz:

Quanto à apropriação, o sentido clássico da titularidade perpétua e exclusiva, hoje está sob interrogação. Quando o artigo 1.228 do novo CCB dispõe que o proprietário tem o direito de dispor, de fruir e de utilizar, a legislação e jurisprudência posteriores vão dizer que tem o direito de dispor nos limites da lei, sendo que esta, por sua vez, se submete a um outro princípio que gerou uma funcionalização desses direitos. Essa funcionalização, portanto, é uma operação de redução da amplitude dos poderes do titular privado. Quando a Constituição prevê que na ordem econômica um dos princípios básicos é a função social, o legislador constituinte funcionaliza a ordem econômica. E quem funcionaliza, limita, porque lhe dá uma direção, como vem no novo CCB.

A definição clássica do direito privado está calcada em um ideal de igualdade que só existe abstratamente. Isso porque pressupõe a existência de sujeitos iguais, no aspecto formal, de modo que confere um tratamento igual às pessoas que, no plano concreto, jamais estiveram, entre si, em relação de igualdade.

Nesse sentido, tratava-se de um sistema pretensamente neutro e “calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a um ser impessoal” (FACHIN, 2003, p. 211) que visualizava uma igualdade formal entre as pessoas, de modo que é possível concluir que se tratava de um sistema que exprimia um projeto ideológico com pretensões à

perenidade. Não obstante isso, em análise à conjuntura política, econômica e social, é possível concluir que ela jamais existiu.

A evolução do pensamento jurídico, contudo, demonstrou a necessidade de uma releitura sobre os paradigmas que fundamentaram a clássica doutrina do direito privado. Tal mudança não está calcada em uma visão monolítica e vertical do sistema, pelo contrário, há uma ampliação do espectro do próprio direito civil, de modo que há uma releitura plúrima do direito.

Tal mudança, permite afirmar que a ideia de superação do público e privado está calcada em diversos aspectos. Nesse sentido, a dispersão legislativa é um dos fatores que contribuem para este entendimento, na medida em que há a elaboração de diversas legislações que tratam, concomitantemente, de matérias que, segundo a definição clássica de direito público e de direito privado. Além disso, é possível afirmar que:

A mudança é mais profunda. Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem passo para interesses sociais e para a “coexistencialidade”. A superação da divisão em pauta não fere, necessariamente, a unidade sistemática do Direito, inclusive porque ultrapassada também se encontra a fixação rígida de espaços normativos. Há searas novas, ambivalentes, nelas se inserindo interesses de dupla face, a exemplo da proteção à criança e ao adolescente, bom como no campo das relações de consumo que recaem sobre serviços bancários ou de entidades de crédito. Constata-se, pois, uma mudança de paradigmas. (FACHIN, 2003, p. 222).

Os pontos fundamentais que sofreram esse impacto, no direito civil, pode-se dizer que foram “[...] o contrato, o patrimônio e a família. Centrada nesses três vértices, a moldura do Direito Civil clássico se revelou superada, embora seus novos contornos ainda não estejam definidos.” (FACHIN, 2003, p. 222).

Nessa perspectiva, tendo em vista que o presente trabalho tem por objeto especificamente o direito contratual, tece-se algumas considerações quanto à influência desta mudança de paradigmas no âmbito deste ramo do direito.

Diante do novo contexto que se encontra o direito privado, é possível afirmar que o contrato sofre influência significativas de outros elementos com especial proeminência de princípios como a boa-fé<sup>5</sup>, muitas vezes em detrimento da própria segurança jurídica. Como exemplo disso é possível se valer daquele tratado por Fachin (2003, p. 226):

---

<sup>5</sup> O presente trabalho cuidará com maior detalhes da boa-fé mais a frente.

A questão da tutela da boa-fé do promitente comprador é um exemplo significativo disso: inicialmente, na inexistência da regulação jurídica, a jurisprudência orientou-se no sentido de privilegiar a segurança quando exigia o registro. Mudados os valores, acabou-se por privilegiar a boa-fé, independentemente da existência do registro, que dava uma formal segurança jurídica.

O princípio da boa-fé se demonstra proeminente no exemplo suprarreferido, na medida em que, não obstante a disposição legal segundo a qual a propriedade se adquire com o registro no Registro de Imóveis havendo-se por dono o alienante enquanto não realizado o registro<sup>6</sup>, no caso de haver a firmação de um contrato de promessa de compra e venda, o promitente comprador que adquire direito real de aquisição do imóvel, ainda que haja arrependimento do promitente vendedor, de modo que poderá, em última perspectiva, requerer a adjudicação do imóvel ao juiz<sup>7</sup>.

Não se quer com isso, dizer que o contrato deixou ou deixará de existir. Na verdade, há uma ressignificação do instituto. É esse o entendimento da doutrina de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003):

A dinâmica própria da vida dos homens e a realidade jurídica subjacente conseguem explicar e justificar essa mobilidade, traçando-a naturalmente, conforme convém, e imprimindo o devido grau de certeza acerca da necessidade e urgência desta releitura contratual. Construção e crítica se alternaram [desde o início do anterior século], produzindo um movimento de edificação de uma teoria [geral do direito privado] tão sólida quanto volátil. Esse movimento é absolutamente saudável, rejuvenescedor e revigorante para as instituições privadas, mesmo porque, dizendo respeito a relações de natureza intersubjetiva, quer dizer, dos sujeitos entre si, essas instituições se renovam com o próprio uso, e o seu eventual desuso é que pode acarretar sua morte, por inércia. O contrato não caiu em desuso nunca e, por isso, permanece vivo; sua força revela sua indispensabilidade no trato das relações jurídicas e da manutenção da segurança.

Nesse sentido também é o entendimento de Tartuce (2007, p. 45) quando afirma que “o contrato definitivamente não está em decadência, mas sim em seu apogeu como instituto emergente e central do Direito Privado, estando no centro das discussões do Direito Civil justamente diante das profundas alterações pelas quais vem passando.”

<sup>6</sup> Nesse sentido dispõe o art. 1.245 do CC/2002 Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

<sup>7</sup> Nesse sentido é a redação do art. 1.417 e 1.418 do CC/02: Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel. Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Desse modo, é possível concluir que há, de fato, uma mudança de paradigmas no direito privado que repercute de modo direto no direito contratual importando em uma verdadeira ressignificação do instituto, mormente a partir do novo paradigma principiológico que pauta o CC/2002, bem como a mudança estrutural na visão conferida à propriedade a partir da CF/1988, considerando a consagração da função social dos diversos institutos e, principalmente, a propriedade situação da qual decorre o reconhecimento da função social dos contratos, na medida em que, é através dessa nova estrutura que se pauta o reconhecimento da nova sistemática contratual. Tal paradigma principiológico será objeto de estudo do próximo capítulo.

## 2. NOVO PARADIGMA PRINCÍPIOLÓGICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

### 2.1 Influência da Constituição de 1988 sobre o Direito Civil

A ideia de superação da dicotomia entre direito público e privado tratada no capítulo anterior tem pertinência na medida em que, ao se tratar do fenômeno da influência que o direito constitucional tem exercido sobre o direito civil nos últimos tempos e mormente a partir da CF/1988, pode parecer que há um paradoxo. Isso porque o Direito Constitucional, historicamente, sempre foi exemplo de um ramo do direito público, enquanto o direito civil, a maior expressão do direito privado.

Todavia, para que se possa partir do pressuposto de que o direito constitucional incide sobre os institutos do direito civil, faz-se necessário reconhecer que há, de fato, uma superação, ainda que relativa da dicotomia alhures tratada.

Ao contrário da ideia inicial em que o direito público e o direito privado constituíam-se em dois sistemas estanques e que os princípios constitucionais equivaleriam “[...] a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil [...]” (TEPEDINO, 2001), defende-se, hoje, que deve haver uma leitura dos institutos do direito privado à luz do regramento constitucional.

Reconhecendo-se a quebra desta dicotomia, é possível ter uma visão do ordenamento jurídico enquanto unidade, sem perder de vista seu aspecto plúrimo<sup>8</sup>:

O próprio conceito de *Direito Civil Constitucional*, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança – em sentido *lato* – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado numa visão unitária do sistema. (TARTUCE, 2007, p. 77).

---

<sup>8</sup> A afirmação de que o direito é uma unidade e, no mesmo parágrafo, de que ele possui um aspecto plúrimo não é, em nada contraditório. Isso porque quando se diz que o ordenamento é uno, quer-se dizer que todos os ramos do direito estão fundamentados nos mesmos pressupostos e derivam de uma origem comum. Origem esta que é a própria Constituição Federal. Desse modo, sob este aspecto ele é uno, quando se fala, todavia, nos diversos diplomas normativos que derivam da mesma norma fundamental, é possível dizer que a leitura que se deve fazer sobre as legislações devem partir de um diálogo entre estes ramos, ou seja, trata-se de uma leitura plúrima, no sentido de que ela não deve se restringir unicamente à interpretação unitária da legislação objeto de análise.

Nessa perspectiva, o direito constitucional e o direito civil não devem mais ser interpretados isoladamente um do outro, mas sim como um todo unitário, em uma relação simbiótica, mormente a partir da constatação de que temas que são eminentemente de direito privado são tratados pelo próprio texto da Constituição Federal.

A regulamentação de temas de direito privado pela Constituição Federal poderia parecer se tratar, sob o enfoque exclusivamente tecnicista, de um equívoco. Todavia, tal situação ganha razão na medida em que se constata a relevância que determinados temas possuem sob o aspecto social e econômico, de modo que se justifica esta regulamentação. Isso porque, à ideia de que à Constituição Federal incumbe o papel de regulamentar os aspectos estruturantes do Estado soma-se também a ideia de que à ela também cabe o papel de tratar sobre as orientações que irão fundamentar os principais institutos do Estado. Nesse sentido, a CF/1988 regulou temas que, não obstante tratarem de direito privado, são orientações que fundamentam a edição de todas as normas infraconstitucionais:

Esses elementos foram alçados – indevidamente, se analisarmos apenas o aspecto técnico – à categoria de *constitucionais*, em razão da sua relevância dentro do que hoje se entende como Estado Democrático de Direito, em grande parte devido à vocação da Lei Maior à suposta mutabilidade da Lei infraconstitucional –, mas que devem ser interpretados pela sua essência e não apenas pela sua localização dentro do ordenamento positivo, isto é, pelo seu conteúdo e não pela sua forma. Gustavo Tepedino lembra que ‘o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional’. Assim, não é mais o Código Civil que está no centro do Direito Privado, mas a Constituição Federal. Utilizando a comparação de Ricardo Lorenzetti de que o sistema jurídico seria um sistema solar: o Sol é a Constituição, não mais o Código Civil (TARTUCE, 2007, 79).

Essa nova perspectiva é decorrência de uma série de fatores. Dentre eles, merece especial relevo a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana à estatura constitucional, a partir da previsão do art. 1º, III, da CF/1988 que constitui no principal fundamento da personalização do direito civil. “[...] da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio.” (TARTUCE, 2007, p. 79).

Isso porque, não obstante o ordenamento privado pré CF/1988 possuir características eminentemente individualista e patrimonialista, posteriormente, houve uma alteração deste cenário. Nesse sentido, Tepedino (1997, p. 17), afirma que:

As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e a valores sociais insculpidos na Constituição de 1988. Fala-se, por isso mesmo, de uma *despatrimonialização do direito privado*, de modo a bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista.

Além disso, Tartuce (2007, p. 80) identifica outros dois princípios que contribuem de modo determinante para a ideia de personalização do direito privado. Nesse sentido, o autor afirma que a disposição contida no art. 3º, I, da CF/1988, ao prever o princípio da solidariedade social, que constitui-se em verdadeiro objetivo fundamental, assim como o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, caput, da CF/1988, no sentido afirmado por Ruy Barbosa quando diz que a ideia de igualdade consiste em “quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.” (BARBOSA, 1999, p. 26).

Um outro fator que influencia nesta ideia é o reconhecimento por parte significativa dos autores da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para esta concepção os direitos fundamentais incidem não apenas nas relações com o poder público mas também nas relações entre particulares, de modo que, na celebração de um contrato, por exemplo, há a necessidade de observância dos direitos fundamentais<sup>9</sup>. (TARTUCE, 2007, p. 81).

Sarmiento (2006), afirma que os países que não reconhecem a incidência dos direitos fundamentais diretamente sobre as relações privadas, fundamentam este entendimento na ideia de que isso garantiria a liberdade individual, na medida em que estabelece um espaço de conduta privada que não pode ser determinado pela Constituição Federal.

Para rebater tais argumentos, o autor valendo-se dos argumentos de Erwin Chemerinsky, afirma que pensar de modo a autorizar que alguém se comporte contrariamente a um direito fundamental pelo simples fato de não haver regulamentação

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares quando do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, oportunidade na qual assegurou a necessidade de observância do direito à ampla defesa para a exclusão de associado de uma pessoa jurídica.

na lei privada, importa em autorizar a essa pessoa violar o direito fundamental de um terceiro.

Desse modo, negar a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas é olhar apenas uma face da moeda, na medida em que autoriza-se que, em uma relação bipolar um dos polos se comporte contrariamente aos direitos fundamentais e, por via de consequência, limite a liberdade da outra parte.

Percebe-se, com isso, que há uma contradição, na medida em que, sob a justificativa de tutelar a liberdade das relações privadas, autoriza-se que uma parte viole os direitos fundamentais, dentre os quais se incluem a própria liberdade, da outra.

Há duas correntes que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A primeira apregoa a aplicação “[...] das normas constitucionais protetivas de forma *indireta ou mediata*, particularmente por meio das cláusulas gerais, que seriam a ponte do Direito Constitucional para o Direito Civil.” (TARTUCE, 2007, p. 83). A segunda<sup>10</sup> entende que os direitos fundamentais tem incidência sobre as relações particulares independentemente “[...] de uma *porta de entrada* na lei privada” (TARTUCE, 2007, p. 83).

De acordo com o que afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 324):

a propósito, verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado. Há de acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares.

Tartuce (2007, p. 83) afirma que a primeira corrente tem bastante força no Direito Alemão e a segunda ganha maior relevo em Portugal e na Espanha. No Brasil, o

---

<sup>10</sup> “Mas é no direito norte americano que a tese da não vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais estabelecidos em sede constitucional teve maior difusão. É praticamente um axioma do direito constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõe limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. Para justificar esta posição, a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradas de direitos fundamentais.” (SARMENTO, 2006).

autor identifica que, a partir da redação do art. 5º, §1º da CF/1988, é possível concluir que o ordenamento jurídico pátrio viabilizou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de modo direto, independentemente da existência de um comando infraconstitucional que o autorize.

Isso porque a redação do suprarreferido dispositivo estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, de modo que, na visão do autor, uma decorrência direta do dispositivo em comento é a incidência direta das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais às relações privadas.

Além disso, o STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, alhures referido, entendeu no sentido desta última corrente. Tartuce (2007, p. 84), ao comentar este julgado, afirma que ficou consolidado o entendimento segundo o qual, no Brasil, não obstante a existência de normas infraconstitucionais que viabilizam a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, como, por exemplo, a cláusula geral da boa-fé objetiva e a função social dos contratos, a incidência desses direitos às relações particulares não dependem da existência de legislação infraconstitucional, de modo que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na ordem jurídica do país, tem aplicação tanto sob o aspecto direto ou imediato quanto indireto ou mediato.

Fixadas tais premissas, é possível concluir que, de fato, há uma significativa influência do direito constitucional sobre o direito privado. Não obstante, este não ficou descaracterizado em sua essência, conquanto ainda é norteado pela ideia de autonomia privada, conforme será posteriormente estudado.

## **2.2 Princípios do Código Civil de 2002**

A ideia de elaboração de um novo Código Civil que teria por finalidade substituir o de 1916, se iniciou no ano de 1969 oportunidade na qual foi instituída uma “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”. Inicialmente, tinha-se a ideia de manter a maior parte das disposições da codificação então vigente. Todavia, a impossibilidade disso foi logo percebida, na medida em que naquele momento já se observava uma mudança de paradigmas sob os quais se consolidavam as relações sociais. (REALE, 2002).

Nesse sentido observou-se a imprescindibilidade de elaboração de um projeto fundado sob novas diretrizes e princípios, tendo em vista a mudança da conjuntura social para a qual evoluiu o país desde a codificação de 1916 sendo, portanto, inviável a manutenção da mesma sistemática da legislação em vigor. Nesse sentido, segundo ensina Reale (2002), assentou-se algumas diretrizes por meio das quais a Comissão se orientaria:

Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu. Impossibilidade de nos atermos à mera revisão do *Código Bevilacqua*, dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito; Alteração geral do Código atual no que se refere a certos *valores* considerados essenciais, tais como o de *eticidade*, de *socialidade* e de operabilidade. Aproveitamento dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas, anteriormente, por ilustres juristas, primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o anteprojeto do “Código das Obrigações”; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, com a colaboração, neste caso, de Silvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros. Firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil; Dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas – mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações; Não realizar propriamente a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações – de resto já uma realidade operacional no País – em virtude do obsoletismo do Código Comercial de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, de início, se denominou ‘Atividades Negociais’, e, posteriormente, ‘Direito de Empresa’.

Nessa perspectiva, percebe-se que o CC/2002, desde sua proposta inicial buscou contemplar as alterações substanciais ocorridas no contexto social, na medida em que, ao contrário do que ocorreu quando da elaboração do CC/1916 em que se encontrava uma estrutura social eminentemente agrária fundada em um contexto patriarcal, na elaboração do anteprojeto do novo Código tinha-se uma nova realidade. Passa-se de um sistema jurídico privado fundado no patrimonialismo para outro atento à pessoa.

Nesse sentido, a nova codificação é norteada por um novo paradigma principiológico valorizando “[...] a *eticidade* a *socialidade* e a *operabilidade*[...]” (TARTUCE, 2007, p. 51). Além disso, tendo em vista o crescimento da complexidade das relações sociais, por diversos fatores tais como o avanço tecnológico bem como a ampliação das espécies de atividades sociais, criou-se “[...] um sistema baseado em

cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador.” (TARTUCE, 2007, p. 51).

Com isso, há uma autorização para que o magistrado, ao aplicar o direito ao caso concreto, possa cotejar a melhor forma de decidir o que lhe é submetido. Há um aumento da complexidade da atividade hermenêutica, na medida em que, o julgador, ao exercer suas funções, não mais estará adstrito a uma única possibilidade, conquanto as cláusulas gerais são comandos normativos que conferem uma margem maior de discricionariedade ao órgão jurisdicional.

Fixadas tais premissas, é possível analisar um pouco mais detidamente cada um dos princípios que fundamentam o CC/2002. São eles os três tratados por Miguel Reale, conforme alhures especificados, quais sejam, a eticidade a sociabilidade e a operabilidade. Nesse sentido, fala-se em princípio da eticidade, que “[...] funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores. Prioriza a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critério éticos [...]”. (GONÇALVES, 2012, p. 43).

Tal princípio está diretamente relacionado com a ideia de boa-fé, podendo ser extraído de diversos dispositivos do CC/2002, dentre os quais é possível citar, por exemplo o art. 113 que estabelece a necessidade de que os negócios jurídicos sejam interpretados de acordo com a boa fé objetiva.

Isso é decorrência da ressignificação pela qual passou o direito civil com a colocação da pessoa no centro deste ramo do direito. Conforme ensina Tartuce (2007, p. 55):

O Código Civil em vigor, portanto, abandona o excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos, a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores – melhor concepção da *teoria tridimensional do direito* concebida por Reale. O próprio conceito de função social dos contratos deve ser analisado sob esse enfoque.

O segundo princípio, está diretamente relacionado a ideia de função social dos institutos jurídicos. Isso porque o CC/2002 “[...] procura superar o caráter individualista que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra *nós*, em detrimento da palavra *eu*. (TARTUCE, 2007, p. 58). Tal mudança de concepção está fundamentada na alteração substancial das relações bases que são regulamentadas pela legislação privada:

Essa adaptação passa pela revolução tecnológica e pela emancipação plena da mulher, provocando a mudança do ‘pátrio poder’ para o ‘poder familiar’, exercido em conjunto por ambos os cônjuges, em razão do casal e da prole.

Passa também pelo novo conceito de posse (posse-trabalho ou posse *pro labore*), atualizado em consonância com os fins sociais da propriedade, e em virtude do qual o prazo da usucapião é reduzido, conforme o caso, se os possuidores nele houverem estabelecido a sua morada, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (GONÇALVES, 2012, p. 43).

Altera-se, portanto, os principais conceitos que fundamentam o direito privado, quais sejam, “[...] a *propriedade*, a *posse*, o *contrato*, a *empresa*, a *família* e a *morte*.” (TARTUCE, 2007, p. 59). Conforme é possível se extrair de diversos dispositivos do ordenamento jurídico do país<sup>11</sup>, todos estes institutos devem atender à sua função social, e é nessa linha que caminhou o CC/2002 ao adotar como princípio fundante a socialidade.

O terceiro princípio trata-se da operabilidade que:

[...] visto sob dois prismas básicos. Inicialmente, tendo em vista o sistema de cláusulas gerais, o Código Civil de 2002 visa a *concretude* (ou *concretitude*) e a *efetividade*, idealizada mediante operações feitas pelo aplicador do direito, pelo juiz da causa, visando o direito prático, fático e concreto. Por outro caminho, a operabilidade visa a facilitar a interpretação e a aplicação dos institutos do Código previstos, melhor concepção da *simplicidade*. (TARTUCE, 2007, p. 65).

Percebe-se, portanto, que a operabilidade está relacionada na busca por formas que tornem melhores inteligíveis os aspectos da codificação privada.

Feitas tais considerações, é possível concluir que, de acordo com a nova sistemática da legislação privada, não se pode mais, na aplicação do direito, se ater somente a literalidade das proposições legais, mas deve-se, para além disso observar-se aspectos históricos sociais e culturais. É nesse sentido que as cláusulas gerais foram inseridas na codificação atual.

---

<sup>11</sup> A função social da propriedade pode ser extraída, por exemplo, do art. 5º, XXII e XXIII, da CF/1988, bem como do art. 170, III do texto constitucional. Além disso, a função social da posse pode ser identificada na diminuição dos prazos de usucapião quando conferida destinação social adequada ao bem, conforme se extrai do art. 1238, parágrafo único, do CC/2002 bem como do art. 1.242, parágrafo único, da lei ordinária. A função social do contrato, por sua vez, pode ser extraído do art. 421 e 2.035, parágrafo único do CC/2002. “[...] A origem da função social dos contratos está na função social da propriedade.” A função social da empresa, pode ser extraído do conceito de empresário contido no art. 966, do CC/2002. Nesse sentido, também é o enunciado n. 53 da I Jornada de Direito Civil. No direito de família a função social pode ser extraído de diversas disposições, como, por exemplo, o art. 1.511 do CC/2002 que determina a igualdade entre os cônjuges. A função social no direito sucessório pode ser identificada no que está contido, por exemplo, no art. 12, parágrafo único, do CC/2002, na medida em que determina o respeito ao luto da família, “[...] sob pena de atingir direitos da personalidade. Além disso, o art. 1.848, caput, do CC/2002, ao estabelecer a necessidade de justa causa “[...] em relação às cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade” (TARTUCE, 2007, p. 64) também se refere à função social.

A inserção de tais preceitos no CC/2002 ensejou diversas críticas que se fundamentam na ideia de que conferir uma maior margem de discricionariedade ao julgador para decidir um caso que lhe é submetido, pode acarretar em uma postura arbitrária de sua parte. Todavia, deve-se consignar que o preenchimento do vácuo deixado pelas cláusulas gerais, deve atender a critérios específicos e a uma ordem lógica de aplicação.

Essa lógica está consubstanciada no espírito que fundamentou a edição do CC/2002, cuja maior expressão é o coordenador geral da comissão que elaborou o CC/2002, quem seja, Miguel Reale. Nesse sentido, entende-se que o preenchimento do espaço concebido pelas cláusulas gerais deva se dar de acordo com a teoria do conhecimento proposta por este autor, a qual é denominada de Ontognoseologia Jurídica. Tal método é defendido por Tartuce (2007, p. 67). Valendo-se de suas lições passa-se ao próximo tópico.

### **2.3 Algumas Considerações acerca da Ontognoseologia Realiana e sua Aplicação no Direito Privado Contemporâneo**

Miguel Reale (2010, p. 23) diz que o conhecimento filosófico não pode ser confundido com o científico, estabelecendo que “a Filosofia não é mais soma, nem mero resumo das ciências, segundo um “ponto de vista de conjunto”, mas é crítica das ciências.”

Partindo desta premissa, o autor afirma que, considerando que a especulação filosófica possui natureza crítica, ela visa atingir:

[...] o valor essencial sobre aquilo que se enuncia sobre os homens e as coisas, e dos atos. Assim sendo, implica, segundo certo prisma, uma consideração de natureza *axiológica*, o que quer dizer, uma *teoria do valor*, a começar pelo problema da validade do conhecimento em geral. (2010, p. 26).

O autor coloca, portanto, como problema central da filosofia, o valor. Para confirmar seu entendimento, vale-se da crítica tecida aos neopositivistas, aduzindo que eles afirmam que “a significação de qualquer enunciado está na dependência de sua verificação mediante dados de fato”. (2010, p. 26).

Reale (2010, p. 26) conclui que tal afirmação não está correta na medida em que a afirmação de que “a enunciação de qualquer resultado depende de uma verificação por

fatos”, em si mesma, não pode ser demonstrada por fatos, de modo que para fazer tal afirmação, é necessário partir de uma presunção que está assertiva não é aferível empiricamente:

Até agora não se logrou verificar experimentalmente a verdade do princípio segundo o qual só são verdadeiras as proposições analíticas ou as experimentalmente verificáveis. Se é assim, devemos concluir que há algo cuja validade é suposta antes da indagação ou da pesquisa científica como condição da validade do processo experimental: certo critério axiológico está sempre implícito na investigação científica, delimitando o campo de seus resultados. (2010, p. 26).

Feitas tais considerações o autor afirma que o valor do conhecimento deve ser apreciado em dois planos distintos “[...] o *transcendental* e o *empírico-positivo*” (REALE, 2010, p. 27), sendo que este é condicionado àquele. O plano transcendental diz respeito às condições *a priori* do conhecimento, constituindo “[...] a base dos estudos lógicos positivos, isto é, das pesquisas relativas à validade formal das proposições [...]” (REALE, 2010, p. 27).

Além disso, Reale (2010, p. 27) aduz que ao plano transcendental dá-se o nome de Ontognoseologia. Nessa perspectiva, o plano transcendental seria as presunções não aferíveis empiricamente, conforme alhures tratadas.

Sintetiza o autor: “A *Teoria do Conhecimento* pode, assim, ser concebida como a doutrina das condições transcendentais e empírico-positivas do conhecimento [...]” (REALE, 2010, p. 27).

Nesse sentido, afirma que a ontognoseologia se divide em duas ordens:

A Ontognoseologia desdobra-se, por abstração, em duas ordens ou momentos distintos de pesquisas: ora indaga das condições do conhecimento pertinentes ao sujeito que conhece (Gnoseologia); ora indaga das condições de cognoscibilidade de algo, ou, por outras palavras, das condições segundo as quais algo torna-se objeto do conhecimento, ou, em última análise, do *ser enquanto conhecido ou cognoscível* (Ontologia, tomada esta palavra em sentido estrito). (REALE, 2010, p. 30).

Nesse diapasão, afirma-se que o conhecimento não é dado de modo monovalente, na medida em que há uma inafastável interação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível. Nas palavras do autor:

Partimos da observação de que nos parece impossível uma solução monovalente ou monística da teoria do conhecimento, no sentido ou de

reduzir o sujeito cognoscente ao objeto ou, ao contrário, de reduzir o objeto ao sujeito cognoscente. (REALE, 2010, p. 300).

Diz-se que se afasta tanto do monismo empirista que “[...]faz do sujeito simples reflexo do objeto[...]” (REALE, 2010, p. 300), bem como do monismo idealista que estabelece que o objeto se trata de mera produção do sujeito. Afasta-se também do dualismo que não leva em consideração a relação existência entre o sujeito e o objeto. Concluindo-se, portanto, que há, no processo de conhecimento, verdadeiramente uma relação dialética de complementariedade. (REALE, 2010, p. 301).

Fixadas tais considerações, o autor busca a definição do papel do direito no enfoque “[...] subjetivo e objetivo, baseando-se em duas subteorias ou subciências: o culturalismo jurídico e a teoria tridimensional do direito.” (TARTUCE, 2007, p. 68).

O culturalismo de Reale perquire o enfoque jurídico, no aspecto subjetivo, do aplicador do direito. Nesse sentido, não há como esquecer que três palavras orientarão a aplicação e as decisões as serem tomadas: *cultura, experiência e história*, que devem ser entendidas tanto no ponto de vista do julgador como no da sociedade, ou seja do meio em que a decisão será prolatada. (REALE, 2007, p. 68).

No plano objetivo, por sua vez, “[...] a ontognoseologia jurídica é baseada na teoria tridimensional, pela qual, para Miguel Reale, o *Direito é fato, valor e norma.*” (TARTUCE, 2007, p. 69).

Na aplicação do direito, portanto, sob o aspecto subjetivo: “Não há dúvidas de que o julgador leva para o caso prático a sua história de vida, a sua cultura [...]” (TARTUCE, 2007, p. 68), tudo isso sem perder de vista os aspectos culturais e históricos da sociedade, de modo que aqui reside o enfoque do culturalismo na aplicação do direito.

Sob o aspecto objetivo, por sua vez, tendo em vista a teoria tridimensional do direito, o aplicador:

Na análise dos institutos jurídico presentes no atual Código Civil, muitos deles abertos e genéricos, parece-nos que o jurista e o magistrado deverão mergulhar profundamente nos  *fatos* que margeiam a situação, para então, de acordo com os seus *valores* – construídos após anos de educação e de experiências –, aplicar as *normas* conforme os seus limites, procurando sempre interpretar sistematicamente a legislação privada. Assim, *fato, valor e norma* serão imprescindíveis a apontar o caminho seguido para a aplicação do direito. (TARTUCE, 2007, p. 69).

É nesse contexto que deve haver a aplicação das cláusulas gerais, de modo que, como se percebe há uma clara limitação na atividade jurisdicional, de modo que, ao magistrado incumbe o papel de observar esta sistemática na aplicação do direito privado sendo que, uma vez estabelecidas tais considerações não há que se falar em risco de arbitrariedades de sua parte.

Desse modo, não obstante a maior margem de discricionariedade conferida ao julgador com um sistema mais aberto, com a adoção de cláusulas gerais, sua postura deve se pautar pelas diretrizes ontogenéticas que orientaram a elaboração do Código Civil, de modo que haja o respeito a uma lógica que inviabiliza posturas arbitrárias pelo órgão jurisdicional.

Esta concepção se aplica de forma:

[...] primária ao princípio da função social dos contratos e também a conceitos correlatos, caso do princípio da boa-fé objetiva, do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, do princípio da função social da propriedade, da lesão e do abuso de direito. (TARTUCE, 2007, p. 70).

Considerando que o objetivo do presente trabalho é demonstrar a viabilidade de aplicação do instituto da mitigação dos prejuízos pelo credor no direito contratual, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e que tal viabilidade está diretamente relacionada a esta releitura do direito privado que até agora se tratou, passa-se a tecer algumas considerações acerca da função social dos contratos bem como da boa-fé objetiva.

## **2.4 Função Social dos Contratos**

A ideia baseada na filosofia individualista do Século XIX pregava que, nas relações particulares a liberdade deveria ser a base de todas as ações “enquanto a intervenção do Estado seria oportuna apenas subsidiariamente” (NADER, 2016, p. 56).

Tal situação se dava em razão da convicção de que a autonomia da vontade não poderia ser objeto de violação pelo Estado. Segundo ensina Nader (2016, p. 56):

As premissas da doutrina individualista clássica foram sintetizadas por Valverde y Valverde: *‘Só eu posso obrigar-me e posso obrigar-me a tudo o que eu quero, ou, em outros termos, toda obrigação, para ser justa, deve ser livremente consentida, e toda obrigação livremente consentida é justa.*

Ocorre que, com o avanço social e o desenvolvimento jurídico, houve uma significativa mitigação da ideia de autonomia da vontade. Isso em razão de diversos fatores, dentre os quais a própria noção de função social da propriedade consagrada no art. 5º, XXIII da CF/1988, influenciaram o reconhecimento de que os contratos possuem também uma função social.

A doutrina identifica outros dispositivos constitucionais que tiveram o condão de consagrar a função social da propriedade e, como decorrência direta disto, a função social dos contratos. Nesse sentido, afirma-se que:

Inicialmente, a função social dos contratos está ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, amparada no art. 1º, III, da CF/1988. Ademais, tendo em vista ser um dos objetivos da República a justiça social (art. 170, *caput*, do Texto Maior), bem como a solidariedade social (art. 3º, III), nesses dispositivos também residiria a função social dos pactos. (TARTUCE, 2007, p. 250).

Além disso, a ideia alhures tratada acerca do princípios que norteiam o CC/2002 ensejaram uma releitura do direito contratual, na medida em que, tendo por princípio norteador a socialidade, a codificação atual exige que, nas relações civis haja o respeito à função social dos institutos. “Um dos princípios norteadores da elaboração do Código Civil de 2002 foi o da socialidade que impede a prevalência dos interesses individuais sobre os coletivos.” (NADER, 2016, p. 56). Assim:

*A função social do contrato exige que os acordos de vontade guardem sintonia com os interesses da sociedade, impedindo o abuso de direito. A validade dos contratos não requer apenas o cumprimento dos requisitos constantes no art. 104, da Lei Civil. Além do atendimento a estes requisitos gerais é indispensável a observância dos princípios de socialidade, que se afinam com os valores de justiça e de progresso da sociedade. No dizer de Louis Josserand “La política del dirigismo contractual sustituye así al antiguo dogma de la rigidez del contrato por el nuevo standard de sua flexibilidad.” (NADER, 2016, p. 56).*

A ideia de limitação da liberdade absoluta de que gozavam as pessoas para a celebração de acordos ensejou a convicção de que o instituto dos contratos estaria fadado à extinção. No entanto, tal ideia não merece prosperar, tendo em vista que o que, de fato ocorreu, foi uma ressignificação dos fundamentos do instituto e não sua abolição. Conforme ensina Hironaka (2003):

O contrato, tal como houvera sido, antes, concebido no Código Francês de 1804, conferia poder absoluto à vontade individual e à liberdade contratual. Tal poder podia fazer surgir todos os direitos atribuíveis ao sujeito emissor da vontade, independentemente da preocupação social gerada a indagar se estaria, ou não, ferindo o interesse jurídico dos demais. Os tempos eram os da busca compulsiva da certeza científica, o que deu azo à torrente positivista esvaziada de conteúdo axiológico e da ideia mais geral e abstrata de justiça. Não havia como prosperar indefinidamente, uma visão assim fanática e tão apertada em seus próprios limites. Por isso, opôs-se o tempo de revisão do velho espírito revolucionário, dentro dos melhores limites da democracia e da justiça, dos rumores de superação dos ideais napoleônicos, para enfrentar a substituição de normas simplesmente supletórias por normas superiormente imperativas, na regulação dos contratos, de modo a se restringir a liberdade contratual (não a liberdade de contratar), pela edição de *normas de ordem pública*. Limitando-se a liberdade contratual, buscou-se impedir a opressão do fraco pelo forte, do tolo pelo esperto, do pobre pelo rico.

Para tal conclusão é necessário partir-se de algumas premissas. Primeiro, importante se faz mostrar a distinção que a doutrina traz acerca da liberdade para contratar, liberdade de contratar e liberdade contratual.

Nesse sentido, tem-se a liberdade para contratar como a disponibilidade que todas as pessoas possuem de celebrar, ou não um contrato.

[...] percebe-se, no mundo negocial, uma plena *liberdade para* a celebração dos pactos e avenças, sendo o direito à contratação inerente à própria concepção de pessoa humana, um direito da personalidade advindo do princípio da liberdade. (TARTUCE, 2007, p. 173).

De seu turno, “[...] há a *liberdade de contratar* relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado.” (TARTUCE, 2007, p. 173). Essa liberdade de contratar “[...] manifesta-se no plano pessoal, ou seja, na liberdade de *escolher a pessoa com a qual contratar.*” (GAGLIANO e FILHO, 2013, p. 71).

A liberdade contratual, por sua vez, está relacionada ao conteúdo do negócio jurídico, conforme ensina Tartuce (2007, p. 173):

Em outro plano, essa face da autonomia pode estar relacionada com o conteúdo do negócio jurídico, ponto em que residem limitações ainda maiores à liberdade da pessoa humana. Surge aqui o conceito de *liberdade contratual*. Há muito tempo os sujeitos do direito vêm encontrando limitações ao seu modo de viver, inclusive para as disposições contratuais, já que o velho modelo individualista de contrato encontra-se superado.

A liberdade “de” e “para” contratar, no ordenamento jurídico atual possui um espectro de autorização bastante vasto, tendo em vista que, conforme expressamente previsto no art. 425 do CC/2002, há expressa previsão da possibilidade de celebração de contratos atípicos, que consubstanciam-se na possibilidade de celebração de negócios jurídicos diversos daqueles expressamente previstos. (TARTUCE, 2016, p. 600).

Ou seja, há ampla liberdade na celebração dos contratos, todavia, não é possível o exercício desta liberdade quando houver violação ao interesse social. Nesse mesmo sentido, o próprio art. 452 do CC/2002 determina que os contratos atípicos estão limitados no sentido de que não poderão violar os princípios da legislação privada, dentre os quais se incluem a função social dos contratos e a boa-fé objetiva:

[...] O art. 425 do CC dispõe que é lícita a criação de contratos atípicos, desde que observados os preceitos gerais da codificação privada, caso dos princípios da função social do contrato (art. 421 do CC) e da boa-fé objetiva. O dispositivo está inspirado na obra de Álvaro Villaça Azevedo, que buscou criar a *teoria geral dos contratos atípicos*. (TARTUCE, 2016, p. 600).

Percebe-se, portanto, que não obstante o estabelecimento de limitações que buscam atender ao interesse público, não há que se falar em extinção do instituto, na medida em que há, de fato, uma releitura do direito contratual pautado em uma busca para que ele atenda ao preceito segundo o qual os institutos jurídicos devem atender à sua função social<sup>12</sup>.

Uma outra situação que contribui para esta nova visão dos contratos é a substituição da denominação “autonomia da vontade” pela “autonomia privada”. Nesse sentido Tartuce (2007, p. 176), afirma que:

A despeito das palavras de Washington de Barros Monteiro citadas na nota de rodapé anterior, n. 8, a doutrina italiana propõe a substituição do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada, tese que conduz à adoção do princípio da função social dos contratos. A existência dessa substituição é indeclinável, pois ‘foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência a mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era

---

<sup>12</sup> Nesse sentido, foi editado o enunciado n. 52 na VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2015, que tem a seguinte redação: “Com suporte na liberdade contratual e, portanto, em concretização da autonomia privada, as partes podem pactuar garantias contratuais atípicas.” Nesse sentido, percebe-se que, além da celebração de modalidades de contratos não previstos pela legislação privada, ainda há a possibilidade de “[...] criação de uma modalidade de garantia pessoal totalmente nova no sistema, inclusive congregando elementos de outras formas de garantias já existentes. (TARTUCE, 2016, p. 600).

atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante’.

Além disso, para compreender esta substituição terminológica afirma-se que ela está relacionada ao processo de personalização do direito privado, na medida em que tem-se a ideia de que “o conceito de autonomia privada é também o mais correto, pois a *autonomia não é da vontade, mas da pessoa.*” (TARTUCE, 2007, p. 177).

Nesse sentido, tendo em vista a alhures referida função social da propriedade, constitucionalmente consagrada, segundo a qual:

A concepção social do contrato apresenta-se modernamente como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética, guarda intimidade com o princípio da ‘função social da propriedade’ previsto na Constituição Federal e tem por escopo promover a realização da justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes. (GONÇALVES, 2016, p. 779).

A própria codificação civil traz dispositivos específicos nos quais há a consagração da necessidade de que os contratos atenda à sua função social. Nesse sentido, o art. 421 dispõe que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Além disso, o art. 2.035, parágrafo único, que também corroborando a ideia de função social dos contratos, estabelece que: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código, para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Este último dispositivo merece especial atenção, na medida em que, ao estabelecer que a função social dos contratos possui natureza de ordem pública e que “Nenhuma convenção prevalecerá [...]” se contrariar tais preceitos, está, expressamente estabelecendo que a função social dos contratos possui aplicação, inclusive sobre os celebrados durante a vigência do CC/1916 “[...] mas cujos efeitos são percebidos na vigência do atual” (TARTUCE, 2007, p. 252).

Diretamente relacionado a esta nova percepção da função social dos contratos está a ideia da dupla eficácia deste instituto jurídico, na medida em que se afirma a existência da eficácia interna e externa da função social dos contratos.

Para a adequada compreensão desta dupla eficácia, é indispensável o entendimento da finalidade da função social dos contratos:

Assim, para este autor, a ideia de função está relacionada com o conceito de *finalidade* ou *utilidade*. No caso, deve-se imaginar que o contrato tem uma finalidade em relação ao meio que o cerca e, portanto, com ele deve ser analisado. Se um contrato for ruim para as partes, também o será, de forma indireta, ruim para a sociedade, pois não atende à sua finalidade social. De forma inversa, um contrato que é ruim para a sociedade também o é para as partes contratantes, em regra. Isso porque os elementos *parte-sociedade* não podem ser concebidos isoladamente, mas analisados como um todo. Por isso é que estes autor enxerga na função social dos contratos a sua dupla eficácia. (TARTUCE, 2007, p. 249).

Tartuce (2007, p. 253), afirma que tal ideia foi confirmada pelo Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual:

‘a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.’

Segundo o autor (Tartuce, 2007, p. 253) quando o Enunciado afirma que há a atenuação da autonomia contratual, nas situações em que houver a necessidade de preservação de direitos individuais relativos à dignidade da pessoa humana, está diante da eficácia interna da função social dos contratos.

Por outro lado, quando o Enunciado afirma que a autonomia contratual é relativizada quando os direitos a se preservar forem metaindividuais, está-se diante da eficácia externa da função social dos contratos.

Nessa perspectiva, tanto a eficácia interna quanto a eficácia externa, podem ser retiradas de vários dispositivos constantes do CC/2002. Nesse sentido, afirma, por exemplo, que:

Essa eficácia interna da função social dos pactos, limitando a autonomia privada, pode também ser retirada do art. 426 do Código Civil, pelo qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Desse modo, exemplificando, ninguém poderá vender um bem que ainda não herdou antes da morte do autor da herança. O contrato assim celebrado estará eivado de *nulidade absoluta virtual*, nos termos do art. 166, VII, 2ª parte, do Código Civil, pelo qual “É nulo o negócio jurídico quando: (...) a lei taxativamente o declarar nulo, ou *proibir-lhe a prática, sem cominar sanção*”. (TARTUCE, 2007, p. 254).

Além disso, quanto a eficácia externa:

No que se refere aos direitos metaindividuais, também ilustrando, é possível que um contrato seja perfeitamente equilibrado entre as partes, sem qualquer onerosidade excessiva, mas se revele ruim para a sociedade. É o caso, por exemplo, de um contrato que cause dano ambiental ou de negócio jurídico celebrado entre uma empresa e uma agência de publicidade, veiculando a última uma publicidade abusiva. (TARTUCE, 2007, p. 254).

Percebe-se, desse modo, que a função social dos contratos, de fato, pode ser visualizada sob duas perspectivas, na medida em que, quando limitar a liberdade contratual, com a finalidade de preservar direitos relacionados às partes, está-se diante de sua eficácia interna. Além disso, nas situações nas quais houver a limitação da liberdade contratual com o fim de se assegurar a preservação de direitos coletivos, está-se diante da eficácia externa.

A função social dos contratos, assim como a boa-fé, são aqui tratadas com a finalidade de demonstrar que, de fato, à luz do novo paradigma principiológico estabelecido pelo CC/2002, houve uma mitigação da liberdade contratual de modo que, sobre o conteúdo dos contratos pode haver limitações, quando, por exemplo, as disposições ali contidas contrariarem normas de natureza pública que definam direitos fundamentais.

## 2.5 Breves Considerações sobre a Boa-Fé

A boa-fé, inicialmente, foi um conceito concebido do Direito Romano definida por *bona fides*. Tratava-se mais de um conceito ético do que propriamente jurídico, conforme ensinam Gagliano e Filho (2013, p. 99 – grifos do autor):

Em Roma, partindo-se de uma acentuada amplitude semântica, pode-se afirmar que: ‘A *fides* seria antes um conceito ético do que propriamente uma expressão jurídica da técnica. Sua ‘juridicização’ só iria ocorrer com o incremento do comércio e o desenvolvimento do *jus gentium*, *complexo jurídico aplicável a romanos e a estrangeiros*’.

Conforme ensinam os mesmos autores seu conceito também foi desenvolvido no Direito Alemão que, nesta perspectiva “[...] traduzia-se na fórmula do *Treu und Glauben* (lealdade e confiança), regra objetiva, que deveria ser observada nas relações jurídicas em geral.” (2013, p. 99).

Nesse sentido, no Direito Romano e no Alemão a ideia de boa-fé traduziam-se em conceitos diversos. No primeiro tinha-se a boa-fé como a necessidade de fidelidade ao pactuado, enquanto no segundo “[...] a cultura germânica inseriu, na fórmula, as ideias de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença (*Glauben* ou *Glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados.” (GAGLIANO e FILHO, p. 99).

A boa-fé, de acordo com a acepção atual, é considerada em dois sentidos diversos, de modo que tem-se a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Sendo a objetiva “[...] que se relaciona com o comportamento leal das pessoas no desenvolvimento de suas relações com as demais [...]” (MELLO, 2015, p. 131). Com relação a boa-fé subjetiva:

Subjetivo, que se refere à ignorância, ao desconhecimento de circunstâncias que envolvem certa situação jurídica. Aqui a má-fé daquele que se aproveitou da ignorância da outra parte para concluir o negócio jurídico se assemelha ao dolo e como tal deve ser tratada no que respeita à validade. (Mello, 2015, p. 131).

De acordo com o entendimento de Tartuce (2007, p. 201), não se pode separar a boa-fé objetiva da subjetiva, na medida em que esta estaria relacionada com aquela:

[...] dentro do conceito de boa-fé objetiva reside a boa-fé subjetiva, já que uma boa atuação presume ou relaciona-se com uma boa intenção. Portanto, toda vez que há previsão da boa-fé objetiva, também está prevista a subjetiva, pela relação de mutualismo que os conceitos denotam.

Lopes (2013, p. 150), no mesmo sentido, trata que a boa-fé subjetiva “[...] liga-se ao estado de ignorância do indivíduo quanto a estar praticando algum ato em desconformidade com a ordem jurídica.” Sendo que, quanto a boa-fé objetiva “[...] é a boa-fé de conduta. Impõe que o destinatário da norma aja de forma consentânea com aquela socialmente esperada de um homem probo.” (Lopes, 2013, p. 150).

Durante a vigência do CC/16 não havia previsão de adoção da cláusula geral da boa-fé objetiva, sendo que, atento à definição alhures tratada a sistemática jurídica privada anterior fazia referência apenas à boa-fé subjetiva.

Nesse sentido, por exemplo, consagrava a boa-fé subjetiva quando preceituava que, “Embora nulo ou anulável, quando contraído de boa fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis desde a data da sua celebração.” Com isso:

A boa-fé subjetiva esteve presente no Código de 1916, com a natureza de regra de interpretação do negócio jurídico. Diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa em relação a certos fatos, sendo levada em consideração pelo direito para os fins específicos da situação regulada. Serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra a realidade. (GONÇALVES, 2016, p. 794).

O CC/02, por sua vez, além de tratar da boa-fé subjetiva, também consagrou dispositivos específicos tratando da boa-fé objetiva. É possível citar alguns dispositivos que tratam da boa-fé objetiva. Nesse sentido, o art. 113, estabelece que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Assim também é o art. 422, que dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Quanto a estas disposições, a doutrina afirma que “Cuida-se de dispositivo específico sobre os princípios da probidade e da boa-fé. O Código de 1916 não ofereceu tratamento objetivo a respeito.” (TAVARES DA SILVA, 2008, p. 382).

Desse modo, é possível perceber que na situação social e econômica em que concebido o CC/16, eminentemente patrimonialista e individualista, não havia a preocupação com a intenção dos contratantes da forma como hoje se dá. Isso é decorrência da nova concepção de personificação do direito privado e a influência do direito constitucional sobre o direito civil alhures tratada.

A doutrina identifica na boa-fé, tal como concebida no ordenamento jurídico atual, uma tríplice função, são elas: *a*) a função interpretativa; isso porque, conforme a disposição contida no art. 113 do CC/02, a interpretação dos negócios jurídicos devem se dar de acordo com os ditames da boa-fé. *b*) a função de controle que se consubstancia na ideia de que, quem contrariar a boa-fé sofrerá alguma sanção. Nesse sentido, dispõe o art. 187 do CC/02 que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda os limites impostos pela boa-fé. *c*) a função de integração, na medida em que “O art. 422 do CC também valoriza a eticidade, prevendo que a boa-fé deve integrar a conclusão e a execução do contrato.” (TARTUCE, 2007, p. 56).

Da última função suprarreferida é possível concluir que a boa-fé desempenha função, não somente durante a execução do contrato, mas também nas fases pré e pós contratuais, de modo que as partes contratantes devem estar atentas a este preceito tanto no âmbito das tratativas preliminares como após a execução do contrato.

Ao contrário do que fizeram outras legislações como, por exemplo, a Italiana<sup>13</sup>, o Código Civil do Brasil não possui expressa previsão no sentido de ser obrigatória a observância da boa-fé nas fases pré e pós contratual. Não obstante isso, conforme referimos, entende-se que é possível se extrair dos comandos normativos que tratam da boa-fé objetiva, a necessidade de sua observância em todas as fases negociais.

É nesse sentido que foram editados alguns enunciados nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal. O enunciado 25 da I Jornada estabelece que “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.” Além disso, o enunciado 170 da III Jornada estabelece que a boa-fé deve ser observada nas negociações preliminares e após a execução do contrato.

Diante de tais considerações, é possível afirmar que a boa-fé objetiva é um estado de espírito que:

[...] conduz a parte negocial a agir dentro das regras da ética e da razão. Mas esse estado de espírito somente pode ser analisado, no plano concreto, com a conduta leal e de probidade que a parte mantém em todas as etapas pelas quais passa o negócio jurídico. Por certo é que a ética e a boa-fé não podem somente ficar no plano das idéias; a atuação da parte é que demonstrará se realmente há essa boa intenção. (TARTUCE, 2007, p. 200).

Em razão da necessidade dessa análise casuística para se estabelecer o alcance da boa-fé objetiva é que se diz que dela decorrem deveres anexos, “[...] que são deveres inerentes a qualquer contrato, e que sequer necessitam de previsão no instrumento [...]”. Ou seja, “[...] esses deveres exigem das partes uma atuação em colaboração, em todas as fases pelas quais passam a obrigação e o contrato.” (TARTUCE, 2007, p. 200).

Dentre estes deveres anexos, está a vedação ao abuso do direito, conforme alhures citado, quando da referência ao art. 187 do CC/2002. Nessa perspectiva, os conceitos de *supressio*, *surrectio e tu quoque* e a *venire contra factum proprium* podem ser citados como exemplo desses deveres anexos, em que há a necessidade de observância da boa-fé objetiva quando do exercício de um direito.

Nesse sentido, a *supressio* consubstancia-se na ideia de que haverá a supressão:

---

<sup>13</sup> “[...] o Código italiano prevê expressamente a responsabilidade pré-contratual, trazendo o dever de as partes se comportarem dentro dos limites da boa-fé também na fase de negociações contratuais.” (TARTUCE, 2007, p. 199).

[...] por renúncia tácita, de um direito, pelo seu não-exercício com o passar dos tempos. O seu sentido pode ser retirado do art. 330 do atual Código Civil brasileiro, pelo qual ‘o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.’ Assim, caso tenha sido previsto no instrumento obrigacional o benefício da obrigação portátil (cujo pagamento deve ser efetuado no domicílio do credor) e tendo este o costume de ir receber no domicílio do devedor, a obrigação passará a ser considerada quesível, aquela cujo pagamento deve ocorrer no domicílio do sujeito passivo da relação obrigacional. Em outras palavras, ocorrerá a perda do direito por parte do credor pelo seu não exercício no tempo. (TARTUCE, 2007, p. 204).

Por outro lado, enquanto, pela *supressio* o credor perde um direito pelo seu não exercício, surge um direito para o devedor, a este direito dá-se o nome de *surrectio*:

Por isso, pode-se afirmar que a *supressio* e a *surrectio* são *duas faces da mesma moeda*, conforme construção de José Fernando Simão. E essa moeda tem como conteúdo a boa-fé objetiva. Além da relação com a boa-fé objetiva, percebe-se que os institutos em questão trazem em seu conteúdo uma análise do contrato dentro da ideia de função social, ou seja, de acordo com o meio que o cerca. (TARTUCE, 2007, p. 205).

Quanto a máxima do *tu quoque*, ela estabelece que quando um negociante que desprezar uma norma, ele não poderá “[...] sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada pelo desprezo.” (TARTUCE, 2007, p. 205). Assim:

Assim, está vedado que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo. Para Antônio Junqueira de Azevedo uma aplicação do *tu quoque* a ser invocada refere-se à exceção de contrato não cumprido, prevista no art. 476 do atual Código Civil, pelo qual uma parte de um contrato bilateral ou sinalagmático não pode exigir que a outra cumpra com a sua obrigação, se não cumprir com a própria. (TARTUCE, 2007, p. 206).

Por fim, quanto a ideia do *venire contra factum proprium* diz-se que não é lícito a uma parte contratante se comportar de modo contrário a um comportamento anterior. Isso em decorrência da ideia de confiança e boa-fé que devem pautar as relações negociais. “A máxima, portanto, indica a vedação do comportamento contraditório como conceito inerente à valorização da boa-fé objetiva, à conduta de lealdade que deve estar presente em todas as fases contratuais.” (TARTUCE, 2007, p. 206).

No sentido da possibilidade de se extrair o conceito do *venire contra factum proprium* da cláusula geral da boa-fé objetiva, foi editado o enunciado n. 362 na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que assim dispõe: “A vedação

ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

É de acordo com as implicações e decorrências que a cláusula geral da boa-fé objetiva, possui relevância para o presente trabalho. Nessa perspectiva, o instituto objeto de análise do presente estudo, qual seja, o *duty to mitigate the loss* ou mitigação dos prejuízos pelo credor, deve ser extraído, assim como os conceitos alhures tratados, como um dos deveres anexos à boa-fé objetiva, de modo que, no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se entender que houve recepção do instituto independentemente de expressa previsão legal. Nesse sentido, passa-se, no próximo capítulo a estudar de modo mais detalhado, a origem, a aplicação, a natureza jurídica e as implicações que a recepção de tal instituto importa para a ordem jurídica nacional.

### **3. DUTY TO MITIGATE DE LOSS: UMA ANÁLISE À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA<sup>14</sup>**

#### **3.1. Mitigação dos Prejuízos pelo Credor**

Segundo o que foi tratado nos capítulos anteriores, é possível perceber que há uma nova leitura feita sobre o direito privado contemporâneo. Nesse sentido, o direito civil não deve mais ser interpretado de modo isolado, na medida em que ele deve respeitar a aspectos superiores estabelecidos pela Constituição Federal, tais como o respeito à dignidade da pessoa humana e à função social da propriedade.

Não se quer com isso dizer, ressalte-se, que o direito privado deixou de existir. Ele continua tendo como principal objetivo regulamentar as questões interpessoais e trata, em grande parte de suas disposições, acerca de direitos disponíveis. Todavia, não há mais espaço para se tolerar que a autonomia da vontade importe em violação às normas constitucionais.

Diretamente relacionada a esta ideia é o tema tratado no presente capítulo que busca demonstrar a viabilidade de extração do preceito normativo que estabelece o dever de observância da boa-fé, a necessidade de respeito à norma da mitigação dos prejuízos pelo credor, conforme se passará a demonstrar nos tópicos seguintes.

#### **3.2 Definição do Instituto**

A noção de mitigação dos prejuízos pelo credor, ou *duty to mitigate the loss* ou, ainda, doutrina dos danos evitáveis consubstancia-se na possibilidade de que o credor seja instado a mitigar os próprios prejuízos em razão de eventual inadimplemento obrigacional pelo devedor. (DIAS, 2011).

Tal instituto é “[...] aplicável tanto para a responsabilidade contratual quanto para a extracontratual.” (LOPES, 2011, p. 56). Todavia, o presente trabalho restringe-se à análise de sua aplicação na seara contratual. Nessa perspectiva é possível estabelecer que o credor:

---

<sup>14</sup> As considerações tratadas neste capítulo foram parcialmente apresentadas no XI Simpósio Científico e Cultural – Sciencult realizada na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade de Paranaíba no ano de 2015.

[...] em face do inadimplemento do contrato, encontra-se adstrito a adotar medidas tendentes a minimizar as próprias perdas decorrentes do inadimplemento, sob pena de ter a sua indenização reduzida em proporção equivalente ao montante de danos que poderiam ter sido evitados. (DIAS, 2011, p. 93).

É possível verificar que a ideia da mitigação dos prejuízos pelo credor estabelece-se a partir do dever que este tem de impedir, utilizando-se de esforços razoáveis, os prejuízos que advierem do inadimplemento pelo devedor. Ou seja, não pode o credor, diante do descumprimento de uma obrigação, ficar inerte, vendo seus danos serem majorados e, posteriormente, recobrá-los do devedor, sob pena de violação ao preceito que estabelece a boa-fé objetiva. Tal situação somente será permitida, como se verá no curso do presente estudo, quando demandar esforços que desviem dos padrões de razoabilidade.

### 3.3 Surgimento

Fradera (2004) alude que o dever de mitigar teve origem no direito anglo-saxão, sendo que, posteriormente, passou aos sistemas jurídicos continentais. A recepção desse conceito, todavia, não se deu de modo equânime, sendo que alguns ordenamentos o utilizam de modo regular, como o alemão e o suíço, por exemplo. Por outro lado, outros utilizam seu conteúdo sem se referir a esta denominação, como ocorre na França.

Lopes (2013, p. 21), diz que o surgimento da doutrina dos danos evitáveis não tem origens muito claras, embora entenda que ela está bastante consolidada nos países da *common law* e apresenta um caso trazido pelo autor norte-americano Edward Allan Farnsworth, segundo o qual:

A limitação de *evitabilidade*, mesmo em seu aspecto negativo, teve origem ainda no final do século XVII em um estranho caso inglês conhecido como *Vertue v. Bird* julgado em 1677. O requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich e deixa-las no lugar a ser indicado pelo requerido. Ao chegar ao destino, entretanto, este demorou mais de seis horas para proceder a tal indicação, fazendo com que os cavalos do requerente ficassem muito tempo expostos ao sol e ao cansaço, morrendo em seguida. O Tribunal, entretanto, negou o direito à indenização pela perda dos animais, afirmando que foi insensatez do requerente deixá-los esperando, uma vez que poderia ter retirado deles a carroça ou deixado as mercadorias em qualquer lugar em Ipswich.

Além disso, a mitigação dos prejuízos pelo credor possui dois aspectos: um positivo, consubstanciado no dano que efetivamente fora reduzido pelo credor e um negativo, segundo o qual não haverá inclusão na indenização do “dano que poderia ter sido evitado se o credor tivesse agido diligentemente nesse sentido”. (LOPES, 2013, p. 21).

Uma vez adotada a norma de mitigação dos prejuízos pelo credor, o cálculo do valor da indenização pode se dar através de diversas formas, dentre elas é possível citar a realização de operação substitutiva que pressupõe a existência de um mercado para aquele bem ou serviço:

Assim, se o vendedor descumpre seu contrato e não entrega a mercadoria ao comprador, este pode realizar uma operação substitutiva e adquirir o bem junto a um terceiro. Dessa forma, são evitados todos os danos decorrentes do inadimplemento, excetuadas as despesas extra incorridas para a realização da operação substitutiva e da mora. (LOPES, 2011, p. 30).

Além das operações substitutivas, poderão ser realizadas qualquer medida que, efetivamente, importe em redução dos danos pelo credor. Por exemplo:

O empreiteiro que compra um equipamento necessário para uma obra que será iniciada poderá alugar máquina idêntica ou equivalente se o fornecedor atrasa a entrega do objeto adquirido. Tal medida evita o dano maior que seria representado pelo atraso de toda a obra. (LOPES, 2011, P. 30).

Uma vez adotada a doutrina da mitigação dos prejuízos pelo credor, a indenização a título de perdas e danos, será calculada com base no prejuízo que o credor sofreu após abatido o valor que ele deixou de perder com a conduta de mitigar seus próprios prejuízos.

Nesse sentido, no caso de ter adotado uma conduta que importe em minimização dos prejuízos, haverá dois critérios para calcular o valor das perdas e danos. O primeiro, chama-se critério de fato e é utilizado no aspecto positivo da evitabilidade, ou seja, quando o credor efetivamente mitiga seus prejuízos, hipótese na qual a indenização será calculada subtraindo-se do valor total das perdas e danos, o valor que o credor evitou que fosse perdido. Além disso, soma-se ao valor da indenização, as despesas que o credor incorreu para realizar a conduta e mais, eventualmente, a indenização decorrente da mora. (LOPES, 2011, p. 26).

Além disso, há o critério abstrato em que a apuração do valor da indenização devida se dá de modo que, embora o credor não realize a operação substitutiva

[...] cogita-se se a indenização será apurada como se essa tivesse sido realizada, pela diferença entre o valor contratual e aquele que seria obtido em uma operação substitutiva hipotética. (LOPEs, 2011, p. 65)

Portanto, a quantificação abstrata das perdas e danos será feita se se tratar de um contrato de compra e venda e o inadimplemento tiver sido de entregar ou receber um produto que tenha 'preço corrente, estabelecido por ato de autoridade pública (ou padrões corporativos) ou demonstrados por listagens da bolsa ou de mercado'. Nesse caso, se a parte prejudicada não realizou a operação substitutiva, a determinação das perdas e danos será feita pela diferença entre o valor oficial, de bolsa ou mercado e o preço contratual, ou seja, por uma operação substitutiva hipotética no mercado.

Com isso, percebe-se que haverá um estímulo para que o credor mitigue seus próprios prejuízos, pois caso não o faça sua indenização será calculada com base em uma situação hipotética em que o valor das perdas e danos será calculada como se a operação houvesse sido realizada, descontados, portanto, o valor dos danos evitáveis.

### **3.4 *Duty To Mitigate the Loss* nos países da *Common Law***

A principal distinção entre os países filiados ao sistema da *common Law* e os de tradição romano-germânica (*civil Law*) reside na determinação sobre o que o direito deve, prioritariamente, fazer diante do inadimplemento contratual. Nos primeiros, há preferência pela resolução do negócio pelas perdas e danos. Nos segundos, por sua vez, prefere-se a execução específica da obrigação, ficando a possibilidade de resolução em perdas e danos somente quando não for possível a reparação *in natura*. (LOPES, 2013).

Considerando que a norma de mitigação tem repercussões na valoração da indenização devida, quando se adota um sistema jurídico em que a execução específica da obrigação, não haverá indenização, excetuadas as decorrentes da mora do devedor, de modo que, não há que se falar em viabilidade de realização de eventual operação substitutiva que importe em mitigação dos prejuízos pelo credor. O contrário, todavia, ocorre quando se fala em um ordenamento no qual a prevalência, diante do inadimplemento contratual, é pela resolução da obrigação em perdas e danos. Nesse caso, há o perfeito alinhamento com a norma de mitigação na medida em que a sua adoção importará em repercussões diretas na fixação do *quantum* da indenização.

Fixada tal premissa, é possível compreender os motivos pelos quais a aplicação da doutrina da mitigação dos prejuízos está mais consolidada nos sistemas filiados à *common Law*:

Tal circunstância pode reduzir o âmbito de aplicação da norma de mitigação nos países de *civil Law*. Com efeito, quando se concede a execução específica da obrigação, o inadimplemento será sanado pelo cumprimento da prestação. Assim, não há lugar para que ocorram danos, salvo aqueles decorrentes da mora. Reduzindo-se significativamente as perdas e danos pela execução *in natura*, diminui-se também o âmbito de aplicação da doutrina que visa a incentivar o credor a minimizar tais prejuízos (LOPES, 2013, p. 55).

Essa preferência, todavia, não impede a aplicação da doutrina aos países do *civil Law* como se verá.

Além disso, muitos autores de tradição romano-germânica estabelecem que a aplicação da mitigação seria uma “mera aplicação do conceito de culpa ou de causalidade”. Todavia, no sistema da *common Law*, a doutrina da evitaibilidade<sup>15</sup> é vista como um princípio autônomo, “aplicado na definição dos danos que são indenizáveis e dos que não o são, depois de já superada a questão da causalidade”. Ou seja, a aplicação do *duty to mitigate the loss* transcende a análise do nexo de causalidade, visto que sua verificação se dá nas condutas posteriores àquelas que resultaram no dano. Não pode, ainda, na *common Law*, ser fundamentado na noção de culpa, isso porque nesse sistema não se exige culpa para a caracterização do inadimplemento contratual. Trata-se em verdade de uma verdadeira limitação à indenização, enquanto nos países da *civil law* que o recepciona, como se verá, considera-o um ônus do credor. (LOPES, 2013, p. 55).

O dever de mitigar, na *common Law*, contém, ainda uma vantagem, na medida em que, ao prever a necessidade de que o credor mitigue seus próprios prejuízos, se busca evitar a retirada do mercado de um recurso social e econômico que adviria com a exasperação do dano, caso o credor não atue no sentido de mitigá-lo. Para explicar tal situação, Lopes (2013, p. 19) citando Atiyah e Smith, traz um exemplo:

Ao calcular os danos do requerente (...), os tribunais agem com base na suposição de que o requerente não pode ser indenizado por perdas que ele poderia ter evitado, ou de fato evitou, ao tomar medidas razoáveis. É esperado que o requerente, diz-se ‘mitigue’ suas perdas. Para tomar um exemplo simples, suponha que uma pessoa é indevidamente demitida de seu emprego, em que recebe 150 por semana. Suas perdas e danos de expectativa são *prima facie* o valor dos salários que poderia ter ganho enquanto trabalhasse no período de aviso prévio; se estava sujeita a um aviso com

---

<sup>15</sup> Evitabilidade, danos evitáveis, *duty to mitigate the loss* e mitigação dos prejuízos pelo credor, são expressões utilizadas na presente pesquisa como sinônimos.

antecedência de quatro semanas, pareceria à primeira vista que ela perdeu a expectativa de ganhar 600. Mas antes que o requerente possa receber esse (na verdade, qualquer) montante como perdas e danos, deve ficar claro que ele fez seu melhor para encontrar uma alternativa razoável de emprego. Se de fato o requerente obteve um novo trabalho pelo mesmo (ou maior) salário, sem qualquer intervalo, então ele não sofreu nenhum dano efetivo. Se ficou uma semana sem trabalhar enquanto procurava emprego, perdeu o salário de uma semana e não mais.

Embora o exemplo contemple uma situação em que o credor efetivamente mitigou os danos e, portanto, sob o aspecto positivo da evitabilidade, a norma também seria aplicada na hipótese em que ele nada tenha feito. Nesse caso, a redução das perdas e danos seria calculada com base no critério abstrato, alhures referido.

### **3.5 *Duty To Mitigate the Loss* nos países de Tradição Romano-Germânica**

#### **3.5.1 Alemanha**

Considerando a classificação quanto a evitabilidade em positiva e negativa, alhures referida, o direito alemão regula cada uma dessas situações. Nesse sentido, quando se trata do aspecto negativo, confere-lhe tratamento sob o prisma da culpa concorrente. Por outro lado, quanto ao aspecto positivo, analisa-o de acordo com as normas de apuração dos danos bem como no ajuste das vantagens obtidas. (LOPES, 2013).

Dias (2011, p, 112) traz a seguinte disposição do § 254 do Código Civil Alemão:

Se, na produção do dano, concorrer uma culpa do prejudicado, dependerá a obrigação à indenização, bem como o alcance da indenização a prestar, das circunstâncias, particularmente do fato de que até que ponto o dano foi, preponderantemente, por uma ou outra parte, causado. Aplica-se isto, mesmo quando a culpa do prejudicado se limita à circunstância de que negligenciou ele de chamar a atenção do devedor sobre o perigo de um dano inteiramente excepcional que o devedor não conhecia nem era obrigado a conhecer, ou de que negligenciou *êle de afastar ou de minorar o dano*.

Conforme os ensinamentos de Lopes (2013), tal disposição do Código Civil trata da mitigação sob o aspecto negativo. O autor explica, ainda, que este § 254 prevê três hipóteses tratadas como corolário da culpa concorrente. A primeira trata-se da culpa concorrente propriamente dita, que ocorre “quando, paralelamente à conduta do agente

causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento de ambos” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 58).

A segunda hipótese “considera que há culpa do devedor em não ter avisado o credor da possibilidade de danos de extensão maior que a usual.” (LOPES, 2013, p. 57). E, por fim, a terceira cuida da mitigação quando aduz que tenha ocorrido negligência do credor em afastar ou minorar o dano e, nesse particular, reside a evitabilidade sob o enfoque negativo.

Lopes (2013) ensina que, embora tratada em conjunto com a culpa concorrente, não é hipótese desta. Isso porque, como referido, a culpa concorrente exige que a vítima tenha contribuído para a ocorrência do evento danoso, enquanto a mitigação surge após a ocorrência deste, tanto na responsabilidade extracontratual, quanto no inadimplemento contratual. Todavia, o direito alemão atribui os mesmos efeitos à culpa concorrente e à evitabilidade.

### 3.5.2 Itália

No mesmo sentido da Alemanha, o Código Civil italiano prevê, de modo expresso, a mitigação junto com a culpa concorrente, no art. 1.227, com a seguinte redação:

Art. 1.227. Concurso de fato culposo do credor

Se o fato culposo do credor tiver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é reduzido de acordo com a gravidade da culpa e a magnitude das consequências daí derivadas.

O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando ordinária diligência. (LOPES, 2013, p. 64).

A doutrina e a jurisprudência italianas caminham no sentido de que o dispositivo traz duas situações distintas, atribuindo-lhes efeitos também distintos. Afirma-se que a primeira parte cuida da culpa concorrente propriamente dita, consubstanciada na situação em que a vítima intervém na produção do evento danoso e, como efeito, haverá a redução do ressarcimento. Redução esta que será arbitrada pelo juiz em um juízo discricionário, analisando o grau de culpa de cada parte.

A segunda hipótese diz respeito à situação em que o credor não tem participação na concretização do dano propriamente dito. Refere-se, todavia, às consequências posteriores na medida em que, utilizando de diligências razoáveis poderia ter evitado a

majoração de seus prejuízos sem, no entanto, tê-lo realizado de fato. Tal postura tem o condão de interromper o nexo de causalidade em relação aos prejuízos que poderiam ter sido evitados. “Desta forma, a lei atribui uma consequência para essa segunda hipótese que é diferente daquela prevista para a primeira: o credor não poderá ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado.” (LOPES, 2013, p. 65).

A principal diferença, portanto, dada à evitabilidade entre o sistema jurídico alemão e o italiano reside nos efeitos atribuídos em cada um desses países à postura do credor que não mitiga seus prejuízos. Enquanto o italiano impede que o credor recupere danos evitáveis, o alemão confere o “mesmo tratamento dado à culpa concorrente, ou seja, à avaliação discricionária do juiz com relação à contribuição dos atos de cada parte para a causação dos danos.” (LOPES, 2013, p. 65).

### 3.5.3 França

Neste país, não há previsão expressa ao dever de mitigar os prejuízos pelo credor. Apesar disso, é possível identificá-lo como fundamento de alguns julgados, principalmente no que se refere às obrigações extracontratuais, uma vez que o Código Civil francês trata as obrigações extracontratuais e as contratuais em disposições separadas. No que se refere às primeiras, Lopes (2013, p. 72) comenta:

Portanto, existem alguns precedentes jurisprudenciais que podem ser interpretados sob a ótica da mitigação. Le Pautremat, entretanto, anota que esses casos são escassos, têm diferentes fundamentos legais e não revelam nenhuma preocupação do Judiciário francês em estabelecer um padrão de conduta relativamente à mitigação de um dano. Indubitavelmente, os fundamentos jurídicos usados para lidar com essas situações são diversos: ausência de nexo causal, culpa da vítima ou do credor, violação do princípio da boa-fé, consideração de que não se trata de dano direto. Tais recursos, embora existentes não significam o mesmo que se adotar a norma de mitigação.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Um último exemplo colhido da jurisprudência teve por fundamento o descumprimento do dever de boa-fé. Em um contrato de trato sucessivo com duração de quatro anos, o devedor já estava há mais de três anos inadimplente e o credor havia interrompido a prestação de serviços em que consistia sua contraprestação. No entanto, deixou que o contrato fosse renovado por prazo indeterminado e, posteriormente, requereu indenização pelo descumprimento em todo esse período. O Tribunal de Apelação de Paris considerou que constituía violação à boa-fé deixar o contrato se prorrogar naquela situação e que o credor não poderia se beneficiar do que poderia ter evitado.

Algumas decisões, na França, se baseiam no princípio da reparação integral do dano e no disposto no art. 1.382 do Código Civil que dispõe que “qualquer fato de um homem, que causa ao outro um dano, obriga aquele em razão de cuja culpa os danos ocorreram a repará-lo. Observa-se, entretanto, que essas decisões se referem a casos de responsabilidade extracontratual. Embora a responsabilidade contratual e extracontratual guarde semelhanças, o Código Civil francês tem disposições separadas para tratar da

Quanto às obrigações contratuais, a França adota o princípio da reparação integral que permite ao credor escolher a forma como pretende exigir o cumprimento da prestação, podendo escolher, por exemplo, a execução *in natura*. Alega-se, com isso, que a adoção do dever de mitigar exigiria que o credor sempre realizasse uma operação substitutiva em relação à operação inadimplida. Ou seja, diante do não cumprimento do contrato, o credor teria que contratar outra pessoa com o intuito de substituir a obrigação originariamente contratada e, com isso, impedir que os prejuízos aumentem. (LOPES, 2013, p. 74).

Segundo o que se alega naquele país a prevalência da ideia de execução específica inviabilizaria a adoção da norma de mitigação. Nesse sentido, não há referência a esta norma no direito francês. Todavia, há duas situações nas quais autoriza-se a utilização do critério, embora sem expressa referência à mitigação:

Há, entretanto, duas exceções à apuração dos danos no momento do julgamento. A primeira ocorre quando o credor atrasou injustificadamente o processo judicial ou quando recusou uma oferta de indenização apropriada feita em momento anterior. A outra exceção tem lugar quando o credor efetivamente realizou a operação substitutiva. Nesse caso, faz-se a apuração de danos pelo critério concreto, ou seja, pela diferença entre o valor contratual e aquele obtido na operação substitutiva, no momento em que essa ocorreu. (LOPES, 2013, p. 76).

Percebe-se, portanto, que, no Direito Francês, não obstante a relutância em reconhecimento da norma de mitigação, tendo em vista a adoção da ideia de reparação integral, haverá a admissão dos critérios utilizados pelos países que adotam tal norma para a valoração da indenização devida, quais sejam, o critério de fato e o critério abstrato.

---

indenização por ato ilícito e daquela por descumprimento contratual. Por isso, não se podem estender automaticamente os precedentes à responsabilidade contratual, embora as decisões possam representar uma tendência de recusa da doutrina da *evitabilidade* também na esfera contratual.” (LOPES, 2013, p. 72-73).

### 3.6 Previsão na Convenção de Viena de 11 de Abril de 1980

A Convenção das Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias (Convenção de Viena) previu expressamente, em seu artigo 77, a possibilidade de mitigação dos prejuízos pelo credor<sup>17</sup>.

De acordo com o dispositivo convencional, é possível constatar que houve expressa adoção do dever de mitigação dos prejuízos pelo credor, no âmbito dos países signatários da Convenção de Viena. Além disso, o Brasil aderiu à referida Convenção através do Decreto Legislativo n. 538 de 2012, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 8.327 em 16 de outubro de 2014 e, a partir de então, entrou em vigor no país.

Nesse sentido, na celebração de contratos de compra e venda internacional de mercadorias, o Brasil possui regulamentação específica determinando a adoção da doutrina da evitabilidade. Tratando-se, todavia, de um documento internacional, sua interpretação deve ser feita de modo autônomo da legislação nacional. (SCALETSKY, 2013).

Com o intuito de compatibilizar a adesão da Convenção de Viena por países com diferentes tradições jurídicas, quando houver o inadimplemento contratual, não há prevalência de uma forma de execução em detrimento de outra:

Assim, se o vendedor descumprir o contrato, o comprador poderá: (a) exigir execução específica da obrigação (art. 46); (b) exigir que o inadimplemento seja sanado (arts. 47 e 48); (c) declarar resolvido o contrato (art. 49); (d) ter direito a abatimento do preço, em caso de não conformidade (art. 50); (e) receber indenização pelas perdas e danos (arts. 74 a 77). Se o descumprimento for do comprador, o vendedor poderá: (a) exigir o pagamento do preço ou a execução específica de qualquer outra obrigação (art. 62); (b) exigir que o inadimplemento seja sanado (art. 63); (c) declarar resolvido o contrato (art. 64); (d) realizar qualquer especificação que o comprador tenha deixado de fazer (art. 65), (e) receber indenização pelas perdas e danos. (arts. 74 a 77). (LOPES, 2013, p. 78-79).

Tal situação leva ao entendimento de que somente se a parte prejudicada escolher a resolução em perdas e danos será aplicada a ideia do dever de mitigar pelo credor. (LOPES, 2013).

---

<sup>17</sup> O art. 77 da Convenção traz a seguinte redação: “A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.”

O instituto, no referido documento, foi tratado de modo independente da culpa da vítima ou da culpa concorrente, característica que distancia o tratamento conferido pela convenção ao das legislações da Alemanha e da Itália, como se viu.

### **3.7. Fundamentos para aplicação do *Duty to Mitigate the Loss* no Brasil**

#### **3.7.1 Natureza Jurídica da Norma de Mitigação**

Não obstante a existência de autores que afirmem que a norma de mitigação contemple um dever de mitigação, o melhor entendimento não é este. Isso porque, nos países que a adotam não há mecanismos que possibilitem ao devedor obrigar o credor a mitigar seus próprios prejuízos. (LOPES, 2013, p. 194). Nos países da *common law* “[...] a doutrina prefere atribuir à norma de mitigação o caráter de limitação à reparação das perdas e danos suportadas pelo credor, ao lado da imprevisibilidade e incerteza.” (LOPES, 2013, p. 194).

No Brasil, o entendimento mais adequado é o que entende tratar-se de um ônus jurídico. Este pode ser definido como:

[...] a necessidade de se adotar certa conduta para a obtenção ou conservação de uma vantagem própria. Já aqui se inferem os tópicos característicos desta figura: o acto a que o ônus se refere não é imposto como um dever; tutela-se um interesse do onerado – traduzido na consecução de uma vantagem nova ou em evitar-se a perda de uma vantagem que preexiste. Esta figura é frequente no processo civil, onde deparamos, desde logo, com os ônus de deduzir contestação e de impugnar. Também o direito civil substantivo consagra ônus jurídicos, de que se mostra exemplo típico a exigência de registro para a oponibilidade de certos factos a terceiros, ou mesmo, excepcionalmente, para a sua eficácia entre partes e até como requisito constitutivo. (COSTA, 2006, p. 58).

Nessa perspectiva é possível concluir que a natureza jurídica da norma de mitigação deve ser considerada como um ônus, na medida em que a sua observância não autoriza que o devedor exija seu cumprimento. Todavia, uma vez não obedecido seu comando o credor estará sujeito a suportar os prejuízos que poderia ter evitado mas não o fez.

### 3.7.2 Cláusula Geral da Boa-Fé Objetiva

As cláusulas gerais consubstanciam-se em “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e as consequências (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 51).

Para a aplicação das cláusulas gerais, o método da subsunção em que o julgador constata a existência de uma situação fática aplicando-lhe um dispositivo legal sem a necessidade de uma função mais ativa, se mostra insuficiente. Por isso, a doutrina entende que o método a ser utilizado é o da integração (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Quando o ordenamento adota esses conceitos dotados de maior abstração diz-se que o sistema é aberto e, por conseguinte, o juiz possui maior discricionariedade para adaptar a resolução do caso concreto à norma abstratamente prevista, enquanto as normas de amplitude mais restrita, ao não permitir essa margem valorativa ao juiz, são tratadas como fechadas. (LOPES, 2013).

Deve-se consignar que há uma distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Não obstante ambos possuam expressões vagas, nos conceitos jurídicos indeterminados:

[...] a expressão vaga está contida na descrição do fato que consiste em pressuposto para a aplicação da norma. Em razão da vagueza semântica, o julgador terá sempre algum grau de discricionariedade no momento de realizar a aplicação da norma. Dependendo da expressão vaga, poderá ser suficiente que o aplicador utilize apenas as suas regra da experiência e avalie simplesmente as situações fáticas do caso; no entanto, poderá ser necessário o recurso a valores internos do próprio ordenamento jurídico ou externos a ele. De qualquer forma, a vagueza restringir-se-á à caracterização dos fatos previstos pela norma. Uma vez caracterizado o fato do caso como aquele normativamente estabelecido, seja por recurso às regras da experiência ou por integração com valores internos ou externos ao sistema, a consequência será aquela prevista pela norma. Por isso, Martins-Costa afirma que há, na hipótese, subsunção, sendo que a função do juiz é apenas de interpretação e não de criação do direito. (LOPES, 2013, p. 146).

Um exemplo de norma que contem a previsão de um conceito jurídico indeterminado é aquela prevista no art. 478 do CC/2002, segundo a qual:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o

devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (LOPES, 2013, p. 146).

A indeterminação consubstancia-se em definir quando a obrigação será excessivamente onerosa. Todavia, uma vez definido isto, o caminho será um só, qual seja, a resolução do contrato.

As cláusulas gerais, por sua vez, são definidas de modo diverso, na medida em que:

[...] servem a diferente propósito, pois têm em vista a regulação de comportamentos. Estas outorgam maior campo de discricionariedade ao Juiz que se dirige não apenas à verificação de se os fatos do caso se submetem à regra, como também à definição de quais serão os efeitos daí decorrentes. O Juiz tem, diante de uma cláusula geral, função de criação do direito. (LOPES, 2013, p. 147).

Nesse sentido, nas cláusulas gerais há, por parte do julgador uma valoração do caso concreto “a partir das quais ele criará o direito aplicável”. (LOPES, 2013, p. 147):

[...] Essas referências axiológicas poderão ser encontradas no próprio sistema, por meio de princípios ou normas jurídicos existentes no ordenamento, que servirão para integrar ou colorir a moldura fornecida pela cláusula geral. Poderá ocorrer também de ter o julgador que recorrer a valores ou princípios metajurídicos, existentes no ambiente social para que possa preencher o conteúdo daquela moldura. A cláusula geral promove, portanto, a mobilidade extra e intrassistemática da norma jurídica. Diante dela, o julgador pode ‘adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos’. [...] (LOPES, 2013, p. 147).

De acordo com o conceito de cláusula geral alhures referido, é possível perceber que seu uso desenfreado poderia desembocar em excessiva discricionariedade do juiz, permitindo-lhe juízos subjetivos e morais quando do julgamento de um caso concreto.

Todavia, essas cláusulas contém certa carga semântica que serve como limite à atuação do julgador. Nesse sentido, o juiz deve fundamentar suas decisões em dados concretos bem como em valores reconhecidos no meio social. Além disso, a reiteração de decisões diante de casos semelhantes, vão consolidando o entendimento e funcionando como verdadeira orientação a ser seguida pelos demais julgadores que se depararem com situações parecidas, servindo como verdadeiro limite à atuação discricionária. (LOPES, 2013).

Neste contexto, surge a importância dos precedentes judiciais que, a partir de uma construção hermenêutica dos Tribunais, em conjunto com a doutrina especializada, viabilizam, a partir do caso concreto, a possibilidade de se chegar ao núcleo essencial da norma, a qual contém a cláusula geral, ou seja, os fundamentos que viabilizam aquela orientação:

*A ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). Ela é composta: (i) da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) do juízo decisório (*judgement*). (DIDIER Júnior., 2014, p. 381).

A partir disso, é possível notar que há uma abertura no ordenamento jurídico nacional para a recepção da doutrina aqui estudada. Fradera (2004) afirma que a doutrina da evitabilidade, embora não possua previsão expressa na sistemática do direito civil brasileiro, pode ser considerada como um dever acessório, dever este derivado do princípio da boa-fé objetiva, que consagra uma cláusula geral. Tal ocorre porque, o Código Civil de 2002 (CC/02) adota uma ideia de cooperação nas relações negociais.

A partir dessa argumentação, a supradita autora propôs um enunciado, na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que previu a adoção da mitigação dos danos a partir do art. 422 do CC/02. Tal enunciado fora efetivamente aprovado, consagrando o princípio da boa-fé objetiva como seu fundamento.<sup>18</sup>

Para se chegar à conclusão de que a boa-fé objetiva é o fundamento adequado para sua aplicação no Brasil, faz-se uma análise repulsando possíveis outros fundamentos para, ao final, demonstrar o porquê dessa conclusão, como passamos a expor a partir de agora.

---

<sup>18</sup> O texto aprovado foi o seguinte: Enunciado n. 169 Art. 422: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

### 3.7.3 Inaplicabilidade do Abuso de Direito, causalidade *tout court*, culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente e *venire contra factum proprium*.

O abuso de direito pode ser tomado sob o aspecto subjetivo e objetivo. O primeiro se configura quando o titular do direito, intencionalmente, age com o intuito de prejudicar alguém. Segundo definição de Caio Mário da Silva Pereira: “[...] abusa, pois de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer o mal, e sem proveito próprio.” (PEREIRA, 2005, p. 673).

Tal situação não pode servir de fundamento para a aplicação da inevitabilidade porque, em regra, quando o credor vê a obrigação sendo inadimplida, tende a buscar a reparação do dano sofrido e não, única e exclusivamente, prejudicar o devedor, embora possa haver situações em sentido diferente, a regra é que isso não aconteça. (LOPES, 2013).

O fundamento da mitigação dos danos não pode ser encontrado na concepção subjetiva do abuso de direito, salvo em situações excepcionais. Com efeito, na maioria dos casos, o credor não pretende exercer seu direito à indenização com a finalidade exclusiva ou preponderante de causar prejuízo ao devedor. O objetivo do credor, ao exercer seu direito, é obter a reparação por danos que efetivamente sofreu em seu patrimônio. Ora, o devedor inadimpliu e tal fato realmente causou prejuízos ao credor. Portanto, a finalidade deste é restaurar o seu patrimônio. (LOPES, 2013, p. 168).

Quanto ao aspecto objetivo, a maioria da doutrina entende que ele está consagrado no artigo 187 do CC/02<sup>19</sup>. O referido dispositivo consagra três hipóteses em que há o exercício abusivo do direito: “conforme o agente exceda manifestamente os limites impostos pelo (1) fim econômico ou social, (2) boa-fé ou (3) bons costumes.” (LOPES, 2013, p. 170).

Sobre o primeiro aspecto não é correto fundamentar a inevitabilidade, porque o credor, quando busca a indenização em razão de um inadimplemento, o faz em razão de um prejuízo efetivamente ocorrido e, com isso, está justamente atuando de acordo com o fim econômico imposto pela norma e não contrário a ela. Quanto aos bons costumes, conforme referido no art. 187 do CC/02, segundo Mário Júlio de Almeida Costa (Apud, LOPES, 2013, 170):

---

<sup>19</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por bons costumes há-de entender-se um conjunto de regras de convivência, de práticas de vida, que, um dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e correctas aceitam comumente. Logo, o exercício de um direito apresenta-se contrário aosbons costumes quando tiver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pelo decoro social.

Percebe-se, com isso, que trazendo a ideia de limites impostos pela moralidade e decoro social, os bons costumes não podem servir de fundamento à norma de mitigação, na medida em que não há contrariedade a um ou outro quando o credor exercita seu direito.

A boa-fé, por sua vez, possui uma significativa vagueza semântica trazendo, em si, as ideias de honestidade e lealdade na condução dos negócios. Com isso, há a exigência de uma atitude cooperativa entre os negociantes. Dentro da ideia de boa-fé, portanto, quando houver o inadimplemento obrigacional, incumbe ao credor agir cooperativamente de modo a diminuir seus prejuízos e, por isso, sob esse aspecto é possível se falar em fundamentação da evitabilidade.

Dessa forma, conclui-se que a teoria do abuso do direito, desde que tomada em seu aspecto objetivo e tendo sido desenvolvida a partir da boa-fé, pode ser tida como um dos fundamentos da norma de mitigação. (LOPES, 2013, p. 171).

Com isso, não se está referindo que há um fundamento a mais para a evitabilidade, visto que somente sob o enfoque da boa-fé é que se pode falar na fundamentação pelo abuso de direito, situação que apenas ratifica a ideia de que a boa-fé é a norma que ampara a recepção do instituto pela ordem jurídica nacional. Trata-se, portanto, a boa-fé objetiva de uma fundamentação comum ao abuso de direito e à evitabilidade.

Há, ainda, autores que entendem que a evitabilidade pode ser fundamentada no nexo de causalidade. Para eles, o instituto não seria fundamentado no art. 422 do CC/02 e sim no art. 403<sup>20</sup> do mesmo Código. Com isso, somente os danos que fossem de consequência direta e imediata do inadimplemento serão passíveis de indenização. A título de exemplo é possível citar a situação em que uma pessoa compra algumas janelas e, sem saber que elas são defeituosas, as instala em sua residência. Por ocasião de uma forte tempestade, alguns móveis e obras de artes são danificados. Por evidente, o

---

<sup>20</sup> Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

vendedor das janelas deverá indenizar o comprador tanto em relação aos móveis quanto em relação às obras de artes, isso porque “não se pode dizer que os danos foram *causados* pela omissão do credor em não os retirar ou em cobrir a janela com uma lona.” (LOPES, 2013, 177). Os danos efetivamente foram causados pelos defeitos na janela e, por isso, houve nexos de causalidade.

No entanto, se “o ordenamento jurídico estabelece a regra de que o credor deve empregar esforços razoáveis para evitar os prejuízos, sob pena de não os recuperar” (LOPES, 2013, p. 177), partindo-se do mesmo exemplo, deve-se questionar se, embora os danos tenham sido causados pelas janelas defeituosas, o credor poderia ter feito algo para interromper a cadeia de causalidade, caso a resposta seja afirmativa, o credor não fará jus à indenização a partir do momento em que poderia ter mitigado os prejuízos e não o fez.

Como se percebe a evitabilidade antecede o nexo causal, pois como demonstrado no exemplo acima, o credor poderia ter rompido a cadeia de causalidade, todavia, se não o fizesse, embora o nexo ainda persistisse a indenização não seria mais devida em razão da aplicação da evitabilidade. (PINHEIRO, 2012).

Quanto à culpa exclusiva da vítima e a culpa concorrente, poder-se-ia afirmar que o credor não deve ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado em razão de ser culpado por este evento. Desse modo, os danos seriam divididos em duas categorias: os inevitáveis, os quais o devedor estaria obrigado a indenizar e os evitáveis os quais o credor seria culpado por sua ocorrência:

Uma variante de tal pensamento consistiria em dizer que há culpa concorrente do devedor inadimplente e do credor. O devedor teria sido culpado pelos prejuízos em razão de não ter cumprido a obrigação assumida, enquanto o credor teria também sua parcela de culpa por não ter mitigado os danos evitáveis. No momento de fixar a indenização, o Juiz deveria avaliar o peso relativo da culpa de cada um para fixar a indenização, conforme determina o art. 945 do Código Civil brasileiro. (LOPES, 2013, p. 179).

No entanto, tais afirmações não podem servir de fundamentação para a evitabilidade, porque a existência da culpa pressupõe a violação de uma norma. No caso, a mitigação consubstancia-se na própria norma, de modo que somente após a sua violação é que será possível perquirir a culpa. Ou seja, a eventual violação à norma que estabelece o ônus de mitigar os prejuízos pelo credor antecede a análise da culpa, não sendo possível estabelecer a culpa como fundamento para esta análise. Percebe-se, com

isso, que a análise da mitigação antecede à da culpa e, nesse sentido, a esta não pode ser fundamentada de algo que lhe é anterior. (LOPES, 2013, p. 180).

Por fim, uma última possível fundamentação acerca da evitabilidade estaria na vedação ao comportamento contraditório, o que a doutrina chama de *venire contra factum proprium*, que se consubstancia na ocorrência de dois comportamentos diferentes, em si, lícitos, mas incompatíveis. “Ou seja, não é razoável admitir-se que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta.” (GAGLIANO e PANPLONA FILHO, 2013, p.118). Tal vedação é decorrência da justa expectativa que se cria na contraparte de que o titular de um direito agirá de tal forma, sendo desarrazoado que se comporte de modo diverso.

Transpondo esse conceito para a evitabilidade o credor não evitaria os próprios danos, conduta lícita, visto que qualquer pessoa pode dispor de seu próprio patrimônio. No entanto, algum tempo depois, requer a indenização pelos prejuízos, o que também é uma conduta lícita. Todavia, “pedir indenização por danos que poderiam ter sido evitados seria uma atitude contraditória ao ato de deixar que os prejuízos evitáveis ocorressem. Assim o credor ficaria impedido de exercer seu direito à indenização.” (LOPES, 2013, p. 181).

O *duty to mitigate the loss*, no entanto, não pode ser fundamentado nesse sentido, porque é necessária a existência da regra de mitigação para que se considere o comportamento de não evitar a majoração dos prejuízos e o pedido de indenização contraditórios entre si: “Na ausência da norma de mitigação, o ato de requerer indenização por danos que poderia ter evitado não é em nada contraditório a deixar que prejuízos ocorram a partir do inadimplemento”. Por isso, tratam-se de conceitos distintos. (LOPES, 2013, p. 181).

### **3.8 A Questão da Reparação Integral do Dano**

Segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda (1971, p. 43): “O que há de indenizar é todo o dano. Por ‘todo o dano’ se há de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor”.

A regra da reparação integral encontra expressa previsão no art. 944 do CC/02<sup>21</sup>. Todavia, tal regra não tem caráter absoluto, sendo que o próprio texto normativo do CC/02 excepciona a regra ali constante, conforme estabelece o próprio parágrafo único do art. 944, que assim dispõe: “Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.” como explica Lopes (2013, p. 184):

a norma contida no *caput* do art. 944 do Código Civil atual, além de ser excepcionada pelo seu parágrafo único, deve ser aplicada em conjunto com as demais normas e princípios inscritos no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais o da boa-fé objetiva. Esta impõe, conforme anteriormente visto, que o devedor não tenha que indenizar o credor pelos danos que esse poderia ter evitado com esforços razoáveis. Há, portanto, um aparente conflito entre essas duas normas: a reparação íntegra do dano e a boa-fé objetiva.

Nesse sentido, tendo em vista que a regra da reparação íntegra não possui caráter absoluto ela deve ser lida à luz dos princípios que norteiam o direito privado, dentre os quais, inclui-se a boa-fé e seus desdobramentos, e, por conseguinte, a mitigação dos prejuízos pelo credor. A regra da mitigação está fundamentada no dever de cooperação entre as partes contratantes e, ao mesmo tempo em que busca fomentar tal dever, leva em consideração o caráter não absoluto da reparação íntegra, por isso, deve prevalecer a boa-fé como fundamento à mitigação. (LOPES, 2013, p. 185).

### **3.9 Boa-Fé Objetiva como Fundamento do *Duty to Mitigate the Loss***

Conforme já referido alhures, a boa-fé objetiva distingue-se da subjetiva. Nesta “o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio.” (VENOSA, 2010, p. 387).

Na boa-fé objetiva, que encontra previsão expressa no art. 422 do CC/02, por sua vez:

O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com

---

<sup>21</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.  
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. (VENOSA, 2010, p. 387).

Inserir-se a boa-fé objetiva no conceito de cláusula geral alhures exposto e, em observância às considerações lá traçadas. Além disso, ela possui função integradora do direito ao passo em que exige que as partes ajam de forma considerada correta no meio social. (LOPES, 2013).

Como decorrência da boa-fé objetiva há uma série de deveres anexos, dentre os quais se inclui o de cooperação entre as partes. Diante de tal circunstância “credor e devedor não ocupam mais posições de antagonismo.” (LOPES, 2013, p. 159).

Lopes (2013, p. 161) propõe alguns questionamentos:

Em outros termos, diante do inadimplemento de uma obrigação, o credor poderá sofrer prejuízos, alguns dos quais poderão ser evitados por esse mesmo credor com o emprego de esforços razoáveis. Qual seria a conduta correta e leal que se esperaria de um homem probo? Qual a conduta que se esperaria do indivíduo imbuído do espírito de cooperação? Diante das duas opções disponíveis – deixar que o prejuízo ocorra ou evitar que aconteça – a resposta será necessariamente a segunda.

Tais questionamentos levam à conclusão de que o dever de mitigação está diretamente relacionado ao conceito de boa-fé objetiva acima referido. Além disso, a adoção do dever de mitigação concretiza a cooperação no sentido de que as partes são instadas a minorar seus prejuízos, sob pena de não serem indenizadas na parte que poderiam ter sido evitados. Por isso, “serão os próprios incentivos econômicos decorrentes da inserção da norma de mitigação que induzirão naturalmente as partes a cooperar.” (LOPES, 2013, p. 162).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados levantados, é possível concluir que a doutrina do *duty to mitigate the loss* encontra amparo no ordenamento jurídico tanto de países filiados ao sistema da *common law*, nesse caso como decorrência do próprio sistema; quanto nos países de tradição romano-germânica, tendo diversos fundamentos para sua aplicação.

Além disso, a Convenção de Viena de 11 de abril de 1980 previu, expressamente, o ônus de mitigar, sendo que a previsão neste instrumento normativo de caráter internacional se dá de modo a se compatibilizar com diferentes sistemas jurídicos dos países signatários.

No Brasil, embora existam algumas divergências quanto ao fundamento que permite a aplicação da doutrina, tem-se que o mais adequado é a recepção a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva, consagrada no art. 422 do CC/02, principalmente sob o aspecto da cooperação que norteia as relações negociais. Nesse sentido, é o enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil que confirma a possibilidade.

A essa conclusão foi possível chegar a partir da análise da nova leitura que o direito privado recebeu a partir da constatação da influência do direito constitucional sobre ele e também a partir da análise das diversas implicações que a adoção da cláusula geral da boa-fé objetiva traz consigo, tal como o dever de cooperação entre as partes.

Considerando, portanto, a mudança de paradigmas conferidas ao ordenamento jurídico brasileiro, mormente a partir da CF/1988 e do CC/2002 com a proeminência do papel dos princípios na aplicação do direito, com especial destaque para a função social dos contratos, bem como a adoção de cláusulas gerais que viabilizam a aplicação de modo mais adequada da norma a cada caso concreto, é possível estabelecer que houve uma alteração de concepção no sentido de que as relações negociais não visam apenas a atender interesses exclusivamente privados, tendo, na verdade, uma conotação que transcende os objetivos das partes negociantes, na medida em que tais relações não podem importar em ofensa a interesses da coletividade, tais como o respeito à função social dos institutos.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. Disponível em <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso em 21 de Jul. 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Barueri, SP: Manole, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. rev. Coimbra: Almedina, 2006.
- DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, a. 12, abr./jun. 2011. P. 93.
- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 22<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, pp. 109-119.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos**; coordenador Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado**. Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4194>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria Pura do Direito**; [Tradução João Batista Machado]. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, vol. 3: Contratos**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 21 ed. rev. atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINHEIRO, Denise. **Duty to mitigate the loss à brasileira: uma questão além do nexo de causalidade**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em: 08 de Out. 2015.

PONTES DE MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 26.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 7, n. 54, fev. 2002: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 08 Ag. 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Disponível em: <[http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao\\_artigo=4](http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao_artigo=4)>. Acesso em: 08 Ag. 2006.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. **A interpretação do *duty to mitigate the loss* na convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e a sua recepção pelo direito civil brasileiro**. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42881/28210>>. Acesso em: 04 de Out. 2015.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil Comentado**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país?**. Revista Del Rey, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, 1997.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**. Esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em:

<<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=3>>. Acesso em:  
20 Set. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.