



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

JÉSSICA ALINE CAPARICA DA SILVA

**A RECEPÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO DIREITO CONTRATUAL
BRASILEIRO**

MACEIÓ/ ALAGOAS

2015

JÉSSICA ALINE CAPARICA DA SILVA

**A RECEPÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO DIREITO CONTRATUAL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada para defesa final
como requisito parcial para obtenção do grau
de Mestre em Direito Público pela Faculdade
de Direito da Universidade Federal de Alagoas

Orientador: Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr.

MACEIÓ/ ALAGOAS

2015

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

S586r Silva, Jéssica Aline Caparica da.
A recepção do *Duty to mitigate the loss* no direito contratual brasileiro. /
Jéssica Aline Caparica da Silva. – Maceió, 2015.
155 f.

Orientador: Marcos Ehrhardt Jr.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de
Alagoas. Faculdade de Direito. Maceió, 2015.

Bibliografia: f. 125-137.
Apêndice: f.138-155.

1. Duty to mitigate the loss. 2. Contratos. 3. Boa fé. I. Título.

CDU: 342 :347.44

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu bom Deus por guiar e iluminar o meu caminho, servindo de escudo inabalável para todas as intempéries da vida.

A minha família, especialmente a minha mãe, pela fonte de inspiração e de exemplo diário, apesar de não ter me gerado biologicamente, deu-me a oportunidade de viver com dignidade e afeto.

À FAPEAL pelo apoio e incentivo à realização desta pesquisa, permitindo o acesso a diversas obras internacionais necessárias para o desenvolvimento do presente estudo.

Agradeço ao meu orientador, sobretudo, por ter acreditado no meu trabalho, apesar de grandes adversidades inerentes ao tema do projeto, e dado-me a chance de ter ingressado no Mestrado em Direito, o que me abriu um leque de possibilidades. Agradeço por ter podido colaborar na edição de 09 (nove) números da Revista do Mestrado em Direito da FDA/UFAL.

Ao professor Andreas Krell, por ter me apoiado no intercâmbio na Alemanha, esclarecendo diversas dúvidas e mostrando-se sempre solícito e sincero. Agradeço pelos diversos conselhos e críticas construtivas ao meu trabalho.

Aos professores Marcos Mello, George Sarmiento, Adrualdo, José Barros, Olga Krell e Beclaute Silva pela contribuição ao desenvolvimento deste trabalho, visto que partes dele foram submetidas às suas disciplinas, em forma de artigo, cuja avaliação e sugestões de aprimoramento enriqueceram o meu estudo.

À Sara Albuquerque e ao Fabrício Miranda, funcionários da secretaria, pela paciência gratuita e disposição para nos ajudar.

À Bianca Calaça pelas inúmeras caronas à UFAL, pelo exemplo de pessoa e profissional que tive a oportunidade de conhecer, pelas diversas análises da vida que já fizemos, pela amizade que construímos por meio do Mestrado.

À Karolina Gama, ao Arthur Toledo e ao Kleverton Bibiano pelo trabalho em equipe na organização da Revista do Mestrado. Amigos que sempre foram

dedicados e solícitos na divisão das atribuições que assumimos para melhoria do PPGD/UFAL.

À Nathália Ribeiro e à Priscila Cordeiro, novas amigas que o último trabalho na Revista proporcionou-me conhecer.

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração deste trabalho.

If you invite someone to dinner, and hours after he was due he still hasn't arrived, you had better infer that he isn't coming, and start eating. You can't let yourself and your other guests starve merely because there is a slight chance that he will show up days later.

POSNER, Richard A.

RESUMO

SILVA, Jéssica Aline Caparica da. **A recepção do duty do mitigate the loss no direito contratual brasileiro**. Maceió, 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito de Alagoas, Maceió, 2015.

Este trabalho aborda o dever de mitigar os danos, como dever que se coaduna com a perspectiva civil constitucional do direito contratual brasileiro. Sabe-se que o artigo 77 da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG – abreviação de *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) de 1980 exige a mitigação dos danos pelas partes nos contratos internacionais. Esta Convenção entrou em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 1º de abril de 2014 e, interno, em 17 de outubro de 2014, através da promulgação do Decreto 8.327. Visando a esclarecer os aspectos fundamentais deste dever, esse trabalho é estruturado em quatro partes. Começa-se explorando o novo ambiente do direito civil, resultado do neoconstitucionalismo, o chamado direito civil constitucional. Observa-se a estrutura do Código Civil de 2002 pautada em cláusulas gerais. Após, o trabalho passa a um estudo sobre a boa-fé no direito civil brasileiro, defendendo-se que se trata de um dever geral de conduta. Após isto, o trabalho apresenta uma sugestão de amenização do problema de indelimitação semântica da cláusula geral da boa-fé objetiva, qual seja: a utilização de argumentação jurídica composta por vários elementos técnicos. Após, o trabalho parte para uma análise minuciosa do artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, por meio da jurisprudência e da doutrina estrangeira. Por fim, o último capítulo trata da mitigação dos danos no Brasil. Expõem-se as teorias que buscam justificar a aplicação desse dever no direito civil brasileiro e é demonstrado como a jurisprudência brasileira vem aplicando o instituto. Em seguida o trabalho tece uma sugestão acerca da forma que melhor se coaduna com as características do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: o dever de mitigar os danos, a exemplo do entendimento pacífico da interpretação do art. 77 CISG, é um dever que deve ser interpretado à luz da boa-fé objetiva. Sua violação causa a possibilidade de redução da indenização a ser recebida pela parte prejudicada. Por não estar positivado, este dever, ao ser aplicado na sentença, deverá ser justificado, com utilização de uma argumentação jurídica mais técnica. O presente trabalho servirá de subsídio ao meio acadêmico e aos aplicadores de direito, para o aprofundamento do estudo acerca da mitigação dos danos, incentivando a sua análise crítica e consequente evolução no entendimento do instituto.

Palavras-chave: Duty to mitigate the loss. Contratos. Boa-fé. Art. 77 da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

ABSTRACT

SILVA, Jéssica Aline Caparica da. **The reception of the duty to mitigate the loss in the Brazilian contract law.** Maceió, 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito de Alagoas, Maceió, 2015.

This paper deals with the duty to mitigate damages, as a duty which is consistent with the constitutional perspective of the Brazilian civil contract law. It is known that Article 77 of the Vienna Convention on Contracts and International Sale of Goods from 1980 (CISG - short for Convention on Contracts for the International Sale of Goods) requires the mitigation of damages by the parties in international contracts. This Convention entered into force for Brazil, by the external legal form, on the 1st April 2014 and by internal, in October the 17th 2014. In order to clarify the fundamental aspects of this duty, this work is structured in four parts. It starts exploring the civil law as a result of neoconstitutionalism, called constitutional civil law. The structure of the Civil Code of 2002 is guided by general clauses. After this, this paper studies good faith in the Brazilian civil law, arguing that it is a general obligation of conduct. After this, the paper presents a suggestion of semantic indelimitation issue of the general clause of objective good faith, namely, the use of legal arguments made by various technical elements. Then this paper makes an analysis of Article 77 of the Vienna Convention of 1980, through case law and foreign doctrine. Finally, the last chapter deals with the mitigation of damages in Brazil. Theories are exposed that seek to justify the application of this duty in the Brazilian civil law and it is shown how the Brazilian case law has applied the institute. Then the paper presents a suggestion about the best theory about the duty to mitigate damages. By the peaceful interpretation of art. 77 CISG, it is a duty that must be interpreted in the light of objective good faith. Its violation causes the possibility of reducing the compensation to be received by the aggrieved party. This duty to be applied in the judgment, it should be justified, using amore technical legal arguments. This work will serve as input to the academic field and law enforcers, to study the deepening on the mitigation of damages and to encourage its critical analysis and development in the understanding of the institute.

Keywords: Duty to mitigate the loss. Contracts. Good Faith. Art. 77 of Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC-	Código Civil
CISG -	Convention on Contracts for International Sale of Goods
CJF-	Conselho da Justiça Federal
CPC-	Código de Processo Civil
HC-	Habeas Corpus
REsp-	Recurso Especial
STJ-	Superior Tribunal de Justiça
UNCITRAL-	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT-	International Institute for the Unification of Private Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 DA DELIMITAÇÃO SEMÂNTICA DAS CLÁUSULAS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL	17
1.1 Do Direito Civil Constitucional	17
1.2 Da Interpretação das Cláusulas Gerais contidas no Código Civil de 2002	25
1.3 Das cláusulas gerais	27
1.3.1 Cláusula geral é um texto normativo do qual tanto regras como princípios podem ser extraídos.....	29
1.3.2 Distinção de cláusulas gerais e lacunas no ordenamento jurídico.....	33
1.3.3 Cláusulas gerais e casos difíceis	35
2 DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA DO ARTIGO 422 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	37
2.1 Da relação jurídica obrigacional vista como um processo	37
2.2 Do Dever de Boa-fé Objetiva	38
2.2.1 Do Desenvolvimento Histórico da Boa-fé no Direito Brasileiro	38
2.2.2 Da Boa-fé objetiva como um dever geral de conduta	41
2.2.3 As Funções da Boa-fé	43
2.2.4 Da Delimitação do Conceito de Boa-fé Objetiva	45
2.3 A Relevância da Argumentação Jurídica na Concretização das Cláusulas Gerais	46
3 A RECEPÇÃO DO DEVER DE MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS CONTIDO NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS	55
3.1. Da importância da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda e com aspectos econômicos no Brasil e no Mundo	55
3.2 Relação geral entre a CISG e o Código Civil e Legislação Brasileira	58
3.3 Recepção do Dever de Mitigação dos Prejuízos	61
3.4 Das Características do Dever de Mitigar os Prejuízos conforme entendimento dos Países Signatários da CISG	62
3.4.1 Aplicação somente em casos que envolvam indenização	63
3.4.2 Propósito e escopo do <i>mitigation of loss</i>	65
3.4.3 Princípio da prevenção	66

3.4.4	Medidas razoáveis para evitar ou diminuir as perdas	67
3.4.5	Ônus da prova.....	69
3.4.6	Possibilidades de medidas que podem ser utilizadas para mitigar os próprios prejuízos.....	72
3.4.7	Tempo do cumprimento do dever de mitigar os danos.....	75
3.4.7.1	Mitigação dos danos antes do inadimplemento (<i>anticipatory breach</i>).....	75
3.4.7.2	Mitigação dos danos depois do inadimplemento.....	79
3.4.8	A apreciação do dever de mitigar os danos seria <i>ex officio</i>	81
3.4.9	Consequências da violação ao dever de mitigar os danos.....	82
3.5	O direito de ser compensado por gastos razoáveis.....	85
4	DA NATUREZA JURÍDICA DO DEVER DE MITIGAR OS DANOS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	88
4.1.	O início do debate acerca da possível incorporação do dever de mitigar os danos no Direito Civil brasileiro	88
4.2	Teorias sobre a Natureza Jurídica do Dever de Mitigar os Danos no Direito Civil Brasileiro.....	91
4.2.1	O dever de mitigar os danos como consectário do Abuso do Direito.....	92
4.2.2	O dever de mitigar os danos como manifestação do encargo de evitar o próprio dano.....	98
4.3	O Dever De Mitigar Os Danos Como Dever Geral de Conduta	100
4.4	A Adoção Do Dever De Mitigar Os Danos Pelo Judiciário Brasileiro	104
4.4.1	Considerações iniciais.....	104
4.4.2	Considerações na aplicação do dever de mitigar os danos nas causas consumeristas	105
4.4.2.1	Exigência de comportamento específico do consumidor que muitas vezes não é conhecido por este	106
4.4.2.2	Exemplos de aplicação do instituto no direito do consumidor.....	107
4.4.3	Considerações acerca do equívoco de relacionar o dever de mitigar os danos com a utilização do prazo prescricional	109
4.4.4	Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça que aplicam o <i>duty to mitigate the loss</i>	114
4.5	Da Mitigação dos Prejuízos.....	117
CONCLUSÃO		120

REFERÊNCIAS	125
APÊNDICE A – Lista de casos envolvendo o art. 77da CISG	138
APÊNDICE B – Ementas dos processos do STJ envolvendo o dever de mitigar os danos	149

INTRODUÇÃO

Em se tratando do descumprimento de um contrato, a parte que não deu causa ao inadimplemento está autorizada a permanecer inerte até que seus prejuízos concretizem-se? Caso estes danos já existissem, é facultado ao sujeito vê-los aumentarem substancialmente, sem tomar nenhum esforço razoável para mitigar as suas perdas? Estaria a parte inadimplente obrigada a ressarcir a parte lesada mesmo em relação aos danos que poderiam ter sido evitados por um esforço razoável? A ação de mitigação dos prejuízos possui alguma relação com o prazo para ajuizar a ação indenizatória, de modo que a demora para recorrer ao Judiciário poderá ser utilizada como benefício ao inadimplente e penalidade à parte que não descumpriu o contrato?

São algumas perguntas que podem ser feitas para compreender o dever de mitigar os danos. Ocorre que tais questionamentos não se restringem ao plano abstrato. Ao contrário, há urgente necessidade de obtenção dessas respostas, em virtude da jurisprudência brasileira já aplicar o dever de mitigar os danos, muito embora haja muitas divergências no modo de aplicação. É nesta situação que o trabalho se torna relevante.

Muito embora já seja um fato a utilização do dever de mitigar os danos no direito contratual brasileiro, este trabalho busca esclarecer essas características jurídicas do referido instituto, compondo um arsenal teórico robusto o suficiente para, então, questionar se a forma que o judiciário brasileiro aplica o referido instituto é a mais harmônica com sua natureza. Para tanto, analisa-se, em profundidade, a jurisprudência dos países signatários da Convenção de Viena de 1980, a qual aplica a teoria há cerca de três décadas.

Sabe-se que o artigo 77 da Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, também chamada de Convenção de Viena de 1980, (CISG – abreviação de *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) exige a observância do dever de mitigação dos danos pelas partes nos contratos internacionais, baseado na boa-fé objetiva.

Esta Convenção entrou em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 1º de abril de 2014 e, interno em 17 de outubro de 2014, através da promulgação do Decreto 8.327¹, restringindo-se ao âmbito dos contratos internacionais. Levantamento de dados da ONU considera que 2/3 de todas as transações mundiais de mercadorias passaram a ser reguladas por este instrumento com a entrada do Brasil, pois as grandes economias mundiais já eram signatárias, como Japão, Rússia, China, Estados Unidos, Canadá, México etc. Além disto, 50,1% das exportações brasileiras são direcionadas a países signatários e 57,9% das importações brasileiras são oriundas de Estados-parte². Marcou-se, então, um grande passo para o país, o qual passou a integrar um sistema internacional com regras comerciais unificadas e, ao mesmo tempo, evidencia-se um momento oportuno para o estudo da mitigação dos danos.

A CISG é aplicada há décadas no cenário internacional, com jurisprudência e doutrinas avançadas. Por esta razão, dedica-se um capítulo para estudar como o instituto é compreendido e aplicado pelos países signatários desta Convenção.

O dever de mitigar os danos possui o propósito de evitar que a parte prejudicada espere passivamente para ser compensado por danos que poderia ter evitado ou reduzido. A parte que requerer indenização pelo 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. Esta é a redação da primeira parte do artigo 77 da CISG.

É assente que este dispositivo deve ser interpretado de acordo com a boa-fé objetiva, artigo 7, 1 da CISG. Por esta razão, segundo tal Convenção, a boa-fé objetiva é o centro gravitacional, em torno da qual translaciona o dever de mitigar os danos. Estabelece-se, portanto, um corte metodológico importante para o direcionamento do trabalho, o qual utilizará a metodologia do direito civil constitucional: considera-se que o dever de mitigar os prejuízos decorre do dever

¹ A Convenção sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias foi adotada em Viena no dia 11 de abril de 1980. Através do Decreto Legislativo 538, de 18 de outubro de 2012, o Congresso Nacional aprovou referida Convenção e, seu depósito pelo governo brasileiro junto às Nações Unidas foi efetivado em 04 de março de 2013, sendo que sua entrada em vigor no plano jurídico externo se deu em 1º de abril de 2014 e, interno em 17 de outubro de 2014, através da promulgação do Decreto 8.327, de 16 de outubro de 2014.

² **CÂMERA DO COMÉRCIO EXTERIOR.** Nota técnica 01/2009. Disponível em: www.camara.gov.br/sileg/integras/815192.pdf. Acesso em: 21 Set. 2014.

geral de boa-fé objetiva. O primeiro problema estabelece-se neste ponto: como extrair o dever de diminuir suas perdas da cláusula geral da boa-fé objetiva do art. 422 do Código Civil? Para tanto, o trabalho analisa a delimitação semântica das cláusulas gerais e estuda o referido artigo.

Começa-se explorando o novo ambiente do direito civil resultado do neoconstitucionalismo, o chamado direito civil constitucional. Observar-se-á a estrutura do Código Civil de 2002, pautada em cláusulas gerais, importantes mecanismos que permitem o andar conjunto do Direito com a evolução social e os anseios trazidos por uma sociedade pós-moderna complexa.

Após explanar a estrutura e características das cláusulas gerais, o trabalho passa a um estudo sobre a boa-fé no direito civil brasileiro. Após isto, apresenta-se uma sugestão de amenização do problema de indelimitação semântica da cláusula geral da Boa-fé objetiva.

Parte-se, então, para uma análise do artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, por meio de vasta demonstração da jurisprudência estrangeira, assim como exemplificações fornecidas pela doutrina internacional, para que se tenha uma base fundamental de compreensão do estudo, e então, possa se averiguar qual a melhor forma de incorporação do instituto pelo direito contratual brasileiro.

O último capítulo trata da mitigação dos danos no Brasil. Expõem-se como a jurisprudência brasileira vem aplicando o instituto. Em seguida, apresenta-se uma sugestão acerca da forma que melhor coaduna com as características do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta parte do capítulo, remonta-se à solução dada no capítulo segundo, acerca do enfrentamento do problema advindo na aplicação de cláusulas gerais, concatenando o estudo de modo harmônico.

Desta forma, pretende-se oferecer ao meio acadêmico e aos aplicadores de direito subsídio para o estudo da mitigação dos danos, incentivando a sua análise crítica e consequente evolução no entendimento do instituto. O presente estudo também poderá servir de base para promover o debate e os estudos acerca da incorporação do dever de mitigar os danos no direito contratual brasileiro.

1 DA DELIMITAÇÃO SEMÂNTICA DAS CLÁUSULAS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL

Preliminarmente, busca-se demonstrar, partindo-se de uma metodologia do direito civil constitucional, que o nascedouro do dever de mitigar os danos é a boa-fé objetiva. Como esta é, em verdade, cláusula geral, passa-se a analisar o possível problema da indelimitação semântica dessas cláusulas³, para que, no capítulo seguinte, possa-se estudar a boa-fé no Código Civil, criando arcabouço teórico suficiente para identificação da mitigação dos prejuízos em uma das funções da boa-fé objetiva do art. 422 do CC.

1.1 Do Direito Civil Constitucional

A constitucionalização é fruto da evolução jurídica desencadeada com o pós Segunda Guerra Mundial, em razão do reconhecimento da supremacia da Constituição e da normatividade dos princípios jurídicos.⁴

Internacionalmente, o reconhecimento da constitucionalização do direito civil iniciou-se na Itália. O primeiro código civil italiano, de 1865, foi revogado em partes: na parte geral, com o Decreto Real 1852, de 12.12.1938; sobre sucessões, em 1939; a parte sobre propriedade em 1941 e a parte das obrigações entrou em vigor em 1942, ano considerado oficial da vigência do novo código⁵.

³ A título explicativo, fala-se em possível problema da indelimitação semântica das cláusulas gerais, em razão do seu antecedente ser composto por termos vagos e seu consequente ser indeterminado, o que geraria maior liberdade do julgador, alvo de críticas, a exemplo de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. RJ-SP: Editora Renovar, 2ª Edição revista, 2003, p. XIX). No entanto, em contraponto, como será visto adiante, tal liberdade não é absoluta. Essa liberdade é restringida pelos princípios constitucionais, nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. v. 1, p. 59-73, 1991.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 179.

Este código foi editado sob o regime fascista e buscava reforçar o poder do Estado. Com o fim da Segunda Guerra, houve a redemocratização do governo italiano, culminando na edição da Constituição de 1946. No entanto, o Código Civil, editado sob o regime fascista, ainda estava em vigor, razão pela qual a doutrina italiana começou a defender que este Código, ao ser aplicado, deveria ser interpretado conforme os valores constitucionais. Nas palavras de Pietro Perlingieri:

O nosso ordenamento é constituído também por leis e códigos que são expressão de uma ideologia e de uma visão do mundo diversa daquelas que caracterizam tanto a sociedade atual quanto a Constituição republicana. A questão da aplicabilidade das leis formadas na presença de valores diversos (o Código Civil de 1942 pertencia ao ordenamento fascista) resolve-se somente com a consciência de que o ordenamento é unitário. A solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam.⁶

Passa-se, então, a explanar a constitucionalização do direito civil no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 elenca um rol de Direitos e Garantias, em seu Título II, expressamente taxados como fundamentais. Antes, porém, no art. 3º, prescreve a dignidade da pessoa humana na posição de fundamento da República Federativa do Brasil.⁷ Fundamento este, que somado à justiça distributiva, acarreta alteração no Direito: a Constituição da República deixa de significar uma compilação de princípios para vincular todo o ordenamento jurídico, acarretando mudança substancial na postura do operador do direito.⁸

Em virtude da supremacia da Carta Constitucional, todo o ordenamento jurídico é construído de acordo com aquela, formando um todo homogêneo. O direito infraconstitucional é influenciado pelos ditames constitucionais, consubstanciando uma relação dinâmica. Não poderia ser diferente com o direito privado. Seja pela posição superior da Constituição, seja pela interpretação que a concretiza ou pela

⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 173/174.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 13-33.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Prefácio da tradutora.

evolução da jurisprudência, a Magna Carta passa a incidir nas relações privadas e a ser interpretada não somente no direito constitucional, mas nos demais ramos.⁹

O direito civil era, até então, o ambiente identificado pelo individualismo, bem distante das normas de direito público.¹⁰ As relações sociais se modificam e tornam-se mais complexas. A sociedade, na década de elaboração da Constituição, passa a exigir mais que promessas, mas efetividade dos direitos. Direitos esses que deixam de ter um cunho eminentemente privatista, para abranger a socialidade e a fraternidade, caracterizando a terceira geração dos direitos fundamentais. Surge o Código do Consumidor em 1990 (Lei número 8.078/90), documento que reconhece a vulnerabilidade do consumidor e busca fornecer um suporte jurídico para promover a justiça e efetividade dos direitos sociais. Logo, o Código Civil de 1916¹¹ passava a ser defasado diante dos anseios da sociedade moderna¹².

A Constituição não mais se restringir ao papel de fonte suprema do direito público, para ser, também, lei fundamental do direito privado. A Constituição passa a ser vetor hermenêutico das normas civis.¹³ O Direito Civil Constitucional, no entanto, não é um segmento apartado do Direito Civil, mas uma metodologia de estudo, pesquisa e aplicação deste direito material. O Direito Civil Constitucional é a ressignificação dos institutos civis, conformando-se com as necessidades da sociedade em constante transformação¹⁴.

Maria Celina Bodin de Moraes entende que é possível falar em direito civil constitucional em, ao menos, dois significados: formalmente, seria direito civil constitucional toda disposição de natureza civilística na Constituição (pessoa, família e patrimônio). O outro significado é que o direito civil constitucional seria todo o

⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p.301

¹⁰ LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 24 out. 2013.

¹¹ O Código civil de 1916 não estava aberto para o interesse das classes não favorecidas, já que fora construído em uma época em que o voto ainda era censitário. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.69.)

¹² ARONNE, Ricardo . Sistema Jurídico e Unidade Axiológica. Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 01, p. 73-114, 2013.

¹³ LOBO, Paulo. Direito civil. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

¹⁴ LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: **Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função social dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. RUZYK, Carlos. E; et al. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. P. 20.

direito civil, sob uma ótica com a incidência direta e imediata, das regras e dos princípios constitucionais sobre as relações interprivadas¹⁵.

Contudo, a corrente tradicionalista criticou esse relacionamento do direito civil com o direito constitucional, seja por temer a banalização do processo, seja por um possível risco de diminuição da importância do direito civil, que poderia passar a ser uma parte do direito constitucional. Para essa corrente, o direito civil mudaria sua natureza ao ter um relacionamento constitucional¹⁶. No entanto, esta corrente é minoritária e não é utilizada por este trabalho.

O Código Civil de 2002 veio norteado pelo reconhecimento da força social com os vetores da operabilidade, socialidade e eticidade, sendo fortemente influenciada pela ontognoseologia jurídica de Miguel Reale.¹⁷ Ao entrar em vigor, uma das maiores pretensões do Código Civil de 2002 consistia em “superar o manifesto caráter individualista”.¹⁸

O novo diploma legal inova¹⁹ também em sua respectiva técnica legislativa. Ultrapassa-se o casuísmo, de origem iluminista e característico da codificação oitocentista²⁰, para a adoção de tipos normativos semanticamente vagos, como um desenho pontilhado jurídico que, pelas suas aberturas, permitem a incorporação de

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 124.

¹⁶ Nessa linha, Mota Pinto: “Há, porém, equívocos importantes a desfazer. Assiste-se hoje, sem dúvida, à superação de certos pressupostos ideológicos do passado, do modelo liberal da justiça, da absoluta separação Estado/Sociedade, do Estado abstencionista e dos princípios da liberdade e igualdade encarados de um ponto de vista meramente formal [...]. Mas daí não decorre necessariamente uma adesão às teses da constitucionalização do direito civil, da publicização do direito privado e muito menos da superação da distinção entre o direito público e o direito privado. Sem prejuízo, contudo, do papel da Constituição como Lei fundamental e, nessa medida, do controlo de constitucionalidade das leis civis (leis ordinárias), assim como sem prejuízo do reconhecimento dos princípios constitucionais no preenchimento das cláusulas gerais e conceitos indeterminados de direito civil, do princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, etc.” MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 4. ed. Atualizada. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 43/45.

¹⁷ EHRHARDT JR, Marcos. **Direito Civil : LICC e Parte geral**. Volume I. Salvador: Juspodivm, 2009.

¹⁸ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**. n. 9. São Paulo: RT, jan./mar. 2002. p. 9-17.

¹⁹ Bem, para Tepedino não há tanta inovação. “O “novo” Código Civil mantém os quatro personagens básicos que marcam presença na legislação de 1917 (o marido, o proprietário, o contratante e o testador), apenas acrescentando-lhes o empresário”. (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 438)

²⁰ Noção advinda precipuamente do princípio da onipotência do legislador, característica norteadora da escola da exegese, a qual nutria obsessão por leis e a interpretação deveria ser rigorosamente restrita à lei escrita. (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. 75)

princípios. Mediante a atividade de concreção destes últimos, ocorre a constante formulação de novas normas, fechando assim um ciclo hermenêutico.²¹ Assim, a superação da técnica anterior retira dos ombros do legislador a sua pretensa onisciência.

Há mais de três décadas, José Carlos Moreira Alves já anunciava que a adoção de cláusulas gerais, ainda que em pequena escala, acarretaria uma significativa e positiva mudança na filosofia do novo Código. Segundo ele, com apenas dois artigos, a propriedade individualista passou para a propriedade com função social.²²

O Código Civil de 2002 permite que o ordenamento jurídico esteja aberto para a mobilidade da vida, construindo pontes que conectam a outros corpos normativos, inclusive os extrajurídicos, permitindo a abertura de uma via aos princípios e regras constitucionais.²³

A incomunicabilidade entre a Constituição e o Código Civil, para a corrente defensora do Direito Civil Constitucional, deve ser superada²⁴, visto que a esfera privada não pode ser eximida do respeito aos direitos conquistados pela evolução da força social²⁵.

O Código Civil e a Constituição passam a se comunicar numa relação dinâmica. Institutos jurídicos híbridos surgem no, então, denominado Direito Civil-Constitucional²⁶, carregando em si uma carga constitucional, sem haver

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. V. 20. Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 2002. p. 211-259.

²² JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15. Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 1998. p. 129-154.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15. Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 1998. p. 129-154.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e adoção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET Ingo(Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 78.

²⁵ Nesse sentido: LÔBO, Paulo. Constitucionalização Do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, BRASÍLIA, v. 141, p. 99-110, 1999. Em posição contrária: MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. Atualizada. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 43/45.

²⁶ Nesta perspectiva, Francisco Amaral compreende o Direito Civil Constitucional como “o direito civil materialmente contido na Constituição. (AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p.151.)

desligamento do direito privado, permitindo a constante adaptação do texto legal à realidade social, promovendo os valores encerrados na Constituição.

Portanto, a irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas surge como decorrência natural do nível evolutivo que o Direito atingiu, para afetar tanto diretamente o particular, como o legislador que objetive reger, em nível infraconstitucional, a vida civil.

Se agentes privados passam a infringir direitos fundamentais²⁷, o direito privado não pode assumir um papel passivo na proteção desses direitos. Uma vez reconhecida a força normativa da Constituição, decorrente da concepção unitária do ordenamento jurídico, dotando tal Carta de altitude hierárquica suprema, nenhuma norma infraconstitucional possuirá o condão de alterar a normatividade constitucional, impedindo que seus efeitos se apliquem, mormente na legislação privada²⁸. Deste modo, se o ordenamento é uno, unificado também deve ser a proteção dos direitos e garantias elencadas pelo documento normativo de maior importância jurídica.

Com a posição da Constituição em países democráticos como fundamento de validade e elemento integrador de todo o ordenamento jurídico, tornou-se inevitável a sua utilização na construção do argumento jurídico.²⁹

Democratizou-se o texto constitucional, de modo que todos do corpo social valem-se das normas constitucionais como fundamento de validade do seu discurso.³⁰

A condução da interpretação da Constituição somente pelo magistrado e a oponibilidade dos Direitos Fundamentais ao Estado, já não mais atende ao momento

²⁷ Diante da insegurança vivida na pós-modernidade, não é raro entender que as violações aos Direitos Fundamentais podem ocorrer tanto por parte do Estado, como por parte de particulares ou grupos de particulares numa relação privada. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.18)

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. P. 312.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos E. P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 105.

³⁰ HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 09/10.

atual da sociedade, que já permeia no seu consciente a existência do texto constitucional como referência a toda a ordem jurídica, valendo esta como verdadeira ideologia ao comportamento social.

O magistrado não é o único, ou mesmo o autêntico, intérprete da Constituição, na medida em que este somente é um dos sujeitos, ou órgão, que o ordenamento jurídico atribui competência para produção de efeitos de sua interpretação da Constituição. Tampouco se satisfaz com a oponibilidade exclusiva dos Direitos Fundamentais frente ao Estado, na medida em que a pauta de conduta e operabilidade destes é real ao contexto social.

O Código Civil de 2002 avançou, sobretudo, no campo dos direitos da personalidade, permitindo conciliar o constitucional com o civil através da adoção da mesma linguagem, com vistas à satisfação dos Direitos Fundamentais, todavia apresentou pontos de timidez em efetivar Direitos Fundamentais.³¹

Ao longo da leitura de todo o Código Civil de 2002, os valores éticos e de expressão da dignidade são diversos, sejam como marcos definidores de condutas claras, seja como referenciais de valoração (artigos 20, 21, 112, 113, 117, 195, entre vários outros do Código Civil).

Deste modo, a dogmática civilista cedeu espaço ao conteúdo axiológico já exposto na Constituição, mas que não se esgota nas normas do Código, sendo necessária a constante referibilidade aos preceitos constitucionais para encontrar o verdadeiro alcance das condutas almejadas na lei – já predefinidas na Constituição.

O debate sobre a teoria direta ou indireta da efetividade³² dos direitos fundamentais nas relações privadas³³, então, assume especial relevância, na

³¹ Hoje em dia o panorama é inteiramente diverso. A antiga equação modificou –se pela alteração não apenas da sociedade, mas, por igual, do significado dos dois polos, dos dois termos do dueto - Constituição e Código Civil. O modelo de relacionamento entre Constituição e Código Civil influiu, diretamente, na problemática de eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas, até porque, a partir da segunda metade do Séc. XX, várias Constituições passam a catalogar, expressamente, a tábua de Direitos, dando ensejo à elaboração, por parte da doutrina constitucionalista, de uma espécie de *jus commune* dos Direitos Fundamentais. (MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p. 82).

³² Considerando a diferenciação entre efetividade e eficácia explanada por Marcos Bernardes de Mello, considera-se inadequada a utilização do termo “eficácia” no que concerne sua aplicabilidade no direito privado. Isto porque, ainda que se adote uma teoria que negue tal aplicabilidade, a eficácia

medida em que se pressupõe inegável à repercussão nas proposições normativas do Código Civil de 2002.³⁴

Assim sendo, foi necessário repensar a estrutura do direito, voltada para a garantia do convívio social de modo digno, não bastando repetir velhas fórmulas que se mostravam insuficientes³⁵. Ocasionalmente, portanto, uma ressignificação dos institutos fundamentais do direito civil, assim como um novo marco no Código Civil de 2002 na utilização de técnica legislativa que não se resolve com a mera subsunção, qual seja: a cláusula geral, estudada no tópico seguinte.³⁶

dos direitos fundamentais não será afetada. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 17.). Em um sentido similar, Tércio Ferraz defende uma bifurcação da eficácia em eficácia social (ou efetividade) e eficácia técnica (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. P.197).

³³ Segundo Virgílio Afonso da Silva, há duas teorias acerca da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, quais sejam: a dos efeitos indiretos e a dos efeitos diretos. A primeira decorre da concepção dualista de Dürig dos direitos fundamentais. Se estes de um lado garantem esses direitos subjetivos contra o Estado, de outro garantem a liberdade contratual dos indivíduos entre si e a autonomia do Direito Privado. Para conciliar Direitos Fundamentais e Direito Privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a influência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio Direito Privado. Pressupõe a existência de uma porta de entrada desses valores, as quais seriam as cláusulas gerais, que seriam valorativamente preenchidas pelo arcabouço axiológico consagrado pela constituição. Enquanto que a teoria dos efeitos diretos, posição do Professor Paulo Lôbo, preconiza a dispensabilidade de ação intermediária para que os Direitos Fundamentais sejam também aplicáveis nas relações interprivadas. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.75-86; LÔBO. Paulo Luiz Netto. **A metodologia do Direito Civil Constitucional**. In: AGENDAS DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL ,2., 2013, Recife) De outro lado, Canaris denomina de eficácia imediata a corrente doutrinária caracterizada pela defesa de que os direitos fundamentais prescindem de implementação para serem aplicados ao direito privado. Enquanto que a eficácia mediata, segundo ele, a teoria prevalente na Alemanha, corresponderia aos direitos fundamentais os quais seriam aplicados no direito privado por meio das cláusulas gerais. (CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha,. In: SARLET Ingo(Org.).**Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 214).

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET Ingo(Org.).**Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 77-97.

³⁵ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. . A nova ordem das relações privadas dentro de um perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 52, p. 99-119, 2012. P.104.

³⁶ “Compreende-se a percepção axiológica centrada na pessoa, superando o individualismo formalista e a aplicação mecânica do Direito. É inegável a pertinência da temática constitucional em sede do Direito Civil contemporâneo, sem embargo das vicissitudes e da complexidade que daí emergem.” (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006. P. 179.). “Socialização, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização do direito civil, em seus diversos matizes, tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior. (TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de

1.2 Da Interpretação das Cláusulas Gerais contidas no Código Civil de 2002

A compreensão das cláusulas gerais é um problema que somente será superado no momento da concretização da norma. A interpretação do Direito não tem outra finalidade senão a de aplicá-lo na vida, na realidade social. A atividade dos aplicadores do Direito não se restringe a uma mera duplicação da linguagem prescritiva. Nesse contexto, a cláusula geral vem reforçar a ideia do papel criativo do juiz, ao mesmo tempo que atenta para a necessidade de uma argumentação jurídica baseada em elementos racionais para fundamentação da decisão.

A cláusula geral é instrumento que reforça a lembrança de que o Direito é feito para a realidade, que a solução jurídica deve ser adequada ao caso concreto e que o conteúdo semântico deste texto normativo deve estar em comunhão com as necessidades sociais.

O Direito é feito para a realidade³⁷. A norma jurídica funciona metaforicamente como se um olho fosse, assimilando a informação existente no ambiente, no mundo dos fatos. O evento³⁸ ocorre num momento pré-jurídico e será convertido em fato jurídico com o colorido jurídico dado pela incidência. Conforme leciona Marcos Bernardes de Mello, “a perfeita realização do direito implica a subordinação dos fatos da vida à norma jurídica que os previu e regulou”³⁹.

A cada elaboração da norma pelo ente competente, pressupõem-se duas pessoas e assim, verifica-se o sentido de uma relação dialógica circular necessária, qual seja: o órgão legislativo ordena, na primeira parte da norma, o que ele deseja do outro e aquele indivíduo, a quem algo foi imposto, deve algo, deve agir de tal modo. Assim sendo, a criação de uma norma implica em diversas expectativas

Oliveira (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.115-130. p.119, grifos no original).

³⁷ “O direito deve viver de realidade, e não de abstrações”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **O problema fundamental do conhecimento**. 2ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. P. 68.

³⁸ Tércio Ferraz Jr. distingue fato de evento. O evento aconteceria antes e só se tornaria fato por meio da linguagem. Assim como, só se tornará fato jurídico se confirmado pela linguagem da autoridade competente. (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 6ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 245).

³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 15.

normativas, muitas vezes conflituosas, cabendo ao judiciário dirimir as incongruências.⁴⁰

A interpretação do Direito⁴¹ não tem outra finalidade senão a de aplicá-lo na vida, na realidade social. Interpretação esta que não é um ato de descrição, mas um ato de decisão⁴².

O intérprete constrói a norma, visto que esta não se confunde com o texto normativo. Assim como a interpretação artística, no teatro ou na música, por exemplo, que só se torna completa com a junção dos papéis do autor e do intérprete, a interpretação jurídica não se basta com a literalidade do texto. O sentido extraído do texto pelo intérprete é algo novo, distinto do texto⁴³.

Os textos normativos ambíguos, imprecisos, generalizantes necessitam da interpretação para que lhes sejam dado sentido na aplicação do direito. Ao fazê-lo, o magistrado não realiza uma atividade restritamente interpretativo-normativa, mas, sobretudo, uma atividade de compreensão do texto e interpretação do fato.

Com a interpretação, não só se busca o sentido de cada vocábulo, mas busca o sentido do conjunto de palavras que, quando conjuntas, muitas vezes apresentam um nexo de ideias próprios, formando um novo sentido⁴⁴.

Interpretar um texto normativo significa escolher uma interpretação entre várias possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada⁴⁵. É nesse contexto de inexistência de uma única decisão correta que está permeada a cláusula geral: um texto normativo de significado amplo e vago que dependerá da atividade interpretativa para lhe ser atribuída um sentido adequado. O intérprete

⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 15-45.

⁴¹ Segundo João Maurício Adeodato: "A denominação direito também se abriga uma dimensão libertadora que se pretende revolucionária e se contrapõe à ideia de que o direito é um fenômeno que pode ser descrito em função do que aí está, daquilo que se mostra objetivamente à observação empírica; a esta perspectiva modificadora e otimizadora chama-se prescritiva". (ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.154).

⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 31.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 3ª Edição. 2005. P. 78.

⁴⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 285.

⁴⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. P. 283.

agora é co-participante do processo de criação do Direito, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis e completando o trabalho do legislador⁴⁶.

Por ora, partindo da compreensão de que o texto não é dotado de sentido, mas de significado. E que a norma é o produto da interpretação do texto. Passemos a analisar a técnica legislativa da cláusula geral e o papel juiz na concretização desta.

1.3 Das cláusulas gerais

As cláusulas gerais são normas, porém não prescrevem uma conduta determinada, mas parâmetros hermenêuticos. São pontos referenciais da interpretação, oferecendo ao intérprete elementos axiológicos característicos daquela norma os quais serão os limites para a aplicação das demais disposições normativas⁴⁷.

Esgotado o modelo oitocentista da previsão legislativa casuística, em face da complexidade da tessitura das relações sociais, com todas as inovações de ordem

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005.

⁴⁷ Gustavo Tepedino, critica esse sistema de cláusulas gerais, visto que a cláusula de boa-fé objetiva constava do Código Comercial de 1850 e sequer foi utilizada e que “não foi muito diversa a experiência italiana, onde as cláusulas gerais que, no Código Civil de 1942, eram inspiradas em clara ideologia produtivista e autárquica assumira um significado inteiramente diverso por obra doutrinária, sobretudo depois do advento da Constituição de 1948” (TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. RJ-SP: Editora Renovar, 2ª Edição revista, 2003, p. XIX).No entanto, em contraponto, como será visto adiante, tal liberdade não é absoluta. Essa liberdade é restringida pelos princípios constitucionais. Estes representam uma baliza, um limite axiológico à aplicação e à interpretação das cláusulas gerais. Não há de se esquecer que as cláusulas gerais não são janelas totalmente abertas para qualquer conteúdo. O próprio ordenamento ao abraçar as finalidades sociais das normas e a exigência do bem comum traçados na Constituição, vincula a atividade interpretativa do juiz aos valores primordiais do ordenamento jurídico. Nesse sentido: BODIN de MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. v. 1, p. 59-73, 1991.

técnica e científicas, a dogmática tradicional é insuficiente para solucionar a gama de complexidade advinda das novas relações sociais⁴⁸.

Esta cláusula é um texto normativo, cujo antecedente normativo é composto por termos vagos e o consequente é indeterminado. Logo, a sua aplicação por uma técnica restritivamente de subsunção, silogística.

As cláusulas seriam frestas abertas, no ordenamento codificado, para permitir o ingresso de princípios valorativos e “arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada)⁴⁹”. Permitem, outrossim, a atenção às diferenças⁵⁰ e peculiaridades de cada caso concreto.

O benefício das cláusulas gerais, portanto, é a flexibilidade⁵¹ e a possibilidade de evolução do seu sentido, uma vez que este estará sempre em construção. É a possibilidade de acompanhamento da evolução social em conjunto com a tutela jurídica, sem necessidade de grandes esforços legislativos.

Esse mesmo benefício pode ser uma desvantagem que acarrete uma indeterminação acerca do conceito do instituto jurídico que determinada cláusula geral trate. O problema não pode ser resolvido pela exclusão dessas cláusulas do ordenamento, visto que seria um retrocesso. Por esta razão, defende-se que a fundamentação das decisões, de acordo com argumentação jurídica consistente, é a técnica essencial para superação da indefinição semântica das cláusulas gerais, o que será abordado com mais detalhes no próximo capítulo.

⁴⁸ MARTINS- COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 03 ago.2013.

⁴⁹ MARTINS- COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 03 ago.2013.

⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. P. 55

⁵¹ “Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P.27). Ver também: ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Batista Machado. 6ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. P. 228; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P.141-145; Ehrhardt Jr, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.P.61.

1.3.1 Cláusula geral é um texto normativo do qual tanto regras como princípios podem ser extraídos

A distinção de cláusula geral e princípios⁵² é uma distinção entre significante e significado. Cláusula geral é um texto jurídico (significante), enquanto que princípio é norma (significado). São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. Nesse sentido, a norma jurídica é resultado da atividade interpretativa de um texto jurídico⁵³. Assim sendo, tanto uma regra quanto um princípio podem ser extraídos de uma cláusula geral.⁵⁴ Da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo⁵⁵.

Lorenzetti defende que não se trata de um princípio jurídico, ainda que muitas cláusulas gerais, como a boa-fé, sejam utilizadas também como princípios. É uma norma jurídica que estabelece um critério para uma multiplicidade de situações fáticas, ou seja, que não é concreta, mas abstrata⁵⁶. Outra diferenciação a ser considerada é que todas as cláusulas gerais serão expressas, ao passo que princípios poderão ser implícitos⁵⁷.

O que poderia aproximar a concepção de cláusulas gerais e princípios é a possibilidade que estes conferem de flexibilidade ao sistema jurídico. Contudo, a solução dos casos dependeria da conjugação de regras e princípios. Marcelo Neves adverte que a decisão não pode ser fundamentada somente com princípios, ou somente em regras, mas que deveria haver um diálogo entre ambos sob pena de

⁵² O professor Paulo Lôbo registra a inexistência de diferença prática entre cláusula geral e princípio. LÔBO, Paulo. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 77/79.

⁵³ Neste sentido: BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 163. Contudo este entendimento não é unanimidade. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema da ciência positiva do direito**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1972, t.II, p.91. e MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 20 e ss.

⁵⁴ Aldemiro Rezende Dantas Júnior compara as cláusulas gerais às células-tronco dos princípios, pois permite que estes, no caso concreto, apresentem-se da forma mais adequada. (Dantas Júnior, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da Boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008. P.98)

⁵⁵ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, v. 187, p. 69-83, 2010.

⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p.173.

⁵⁷ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. v.13. n.50. p.9-35. abr./jun. 2004. P. 14.

fragilização e eliminação do caráter heterolimitador do direito. Isto porque seriam polos normativos essenciais para a concretização da norma, cada qual alimentando e realimentando ciclicamente a cadeia argumentativa para a decisão. Segundo autor, não haveria hierarquia entre eles, ao contrário, são complementares, vez que as regras necessitam do balizamento feito pelos princípios, ao passo que estes somente adquirem significado prático quando encontram correspondência em regras. No entanto, essa relação não é harmônica, mas paradoxal.⁵⁸

Entretanto, há autores que entendem de modo diverso, a exemplo de Paulo Lôbo. Este autor reconhece o papel fundamental dos princípios, ressaltando que haveria uma descrença dos constitucionalistas, razão pela qual denominam de principiologismo ou banalização. Especificamente, Paulo Lôbo critica a posição de Marcelo Neves, pois o princípio não seria fundamento da regra. Afirma que influência alemã de Neves não se adequaria à realidade brasileira.

Paulo Lôbo leciona que a força normativa da Constituição brasileira resultou no protagonismo dos princípios, os quais estariam no ápice do sistema jurídico, de modo que seriam hierarquicamente superiores a qualquer lei ordinária ou código. Em verdade, o autor defende que regras e princípios são igualmente normas, as quais demandam interpretação e ponderação⁵⁹.

Paulo Lôbo reconhece, ainda, que há problemática na qualificação do que é princípio. Segundo ele:

Ora, princípio jurídico tem uma dimensão diferente do ponto de partida, ou das premissas básicas. Por quê? Porque se volta à regulação de conduta, em uma textura deôntica, em uma textura que alguns chamam de deontológica, segundo uma estrutura básica que envolve um preceito e uma consequência jurídica. Se não há consequência jurídica, de princípio não se trata! Pode-se tratar de premissa, de postulado, de orientação, de diretriz, até de máximas ou axiomas, mas, de princípios jurídicos não, **A falta dessa precisão franqueia a acusação de banalização. Porque tudo é chamado de princípio.** Erro, aliás, em que incorreu Pontes de Miranda. Porque ele fala o tempo todo em princípios, em suas obras, quando em verdade muitos

⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. XX.

⁵⁹ Paulo Lôbo exemplifica a ponderação que ocorre em relação às regras: “se o julgador se depara com um conflito em um determinado contrato em que uma parte afirma que é um contrato de comodato e a outra diz que é um contrato de compra e venda, ele está lidando com a mesma fonte básica, que é o contrato. Está lidando, portanto, com um conflito de regras. E tem de ponderar, em razão do que está interpretando, qual direito que se aplica”. (LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: **Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função social dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências.** RUZYK, Carlos. E; et al. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. P. 25).

são máximas, são orientações, são diretrizes. Como exemplo, no direito de família, alguns autores se referem ao princípio da menor intervenção do Estado na vida privada, que não é princípio jurídico. É uma diretriz, uma meta. (Grifo nosso)⁶⁰.

Os extremos não são vantajosos: a superestima dos princípios em detrimento de regras pode elevar o grau de incerteza e insegurança jurídica. Ao passo que a concepção de supremacia da regra em relação ao princípio enrijece excessivamente o sistema jurídico. Marcelo Neves ratifica este entendimento⁶¹.

No que tange à segurança jurídica, Fachin ressalta que não é sinônimo de imutabilidade, mas significaria um mínimo de previsibilidade compatível com o dinamismo necessário para o acompanhamento das relações sociais. O que se espera das cúpulas do Judiciário é a consolidação da unidade do sistema jurídico, expondo com nitidez as razões de suas decisões, adequadas com o sentido de previsibilidade e coerência⁶².

Em verdade, não se exclui a importância dos princípios, os quais, segundo o Marcelo Neves, são importantes para o fechamento da cadeia argumentativa, mas se defende a necessidade imperiosa de adoção de fundamentação jurídica reforçada para evitar a fragilização da decisão jurídica.

É certo que a falta de técnica jurídica de alguns magistrados contribui para o alastramento da aplicação viral de princípios, pois em casos rotineiros –ou fáceis, comuns- não há mistério de que a aplicação de regras não traz dificuldades, trata-se tão-somente de conjugação da delimitação semântica do sentido dos dispositivos e a subsunção do caso à regra. Marcelo Neves levanta a questão de que, embora muitas vezes as regras sejam construídas a partir de princípios, aquelas são imprescindíveis para o fechamento do processo argumentativo⁶³.

⁶⁰ LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: **Direito Civil Constitucional: a resignificação da função social dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. RUZYK, Carlos. E; et al. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. P. 26.

⁶¹ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. XX.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: **Direito Civil Constitucional: a resignificação da função social dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. RUZYK, Carlos. E; et al. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. P. 16.

⁶³ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. XIX.

A cláusula geral é o texto normativo do qual podem ser extraídos princípios e regras. A cláusula geral é o nascedouro, portanto, da norma principiológica ou da regra. Porém, o processo de aplicação da cláusula geral não pode se resumir a uma utilização pura e única de princípios. A interpretação sistemática e teleológica do dispositivo apresentará novas normas que poderão ser acopladas ao dispositivo da cláusula geral. Acrescenta-se que nada impede que do mesmo texto – ou da mesma cláusula geral, sejam extraídas mais de uma norma.

Segundo Marcelo Neves, a regra é necessária para a redução da complexidade necessária para solução do caso⁶⁴. Não se exclui a importância de princípios. O que se propõe é a utilização conjunta de regras e princípios. Por exemplo, nos casos difíceis, em que há alta complexidade, a solução somente por regras é impossível, caso contrário não seria um caso difícil, mas uma simples situação de subsunção. A utilização de princípios é necessária devido ao seu caráter flexível⁶⁵.

Foge do objetivo deste trabalho esgotar todas as minúcias sobre a diferenciação entre princípios e regras. Em linhas gerais, segundo Humberto Ávila “as regras são normas imediatamente descritivas”, referente diretamente a ações, enquanto que os princípios são normas “imediatamente finalísticas”⁶⁶. Alexy entende princípios como “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”⁶⁷.

Há ainda os híbridos, regras que são como princípios e princípios que se comportam como regras, como regras, no caso de princípios que podem ser aplicados diretamente, a exemplo da liberdade de expressão⁶⁸. De todo o caso,

⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. XIX

⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. XX.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 62/65.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P.90.

⁶⁸ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 100. E 10

relevante é a noção de que a qualificação de normas como princípios ou regras dependerá “da colaboração construtiva do intérprete”⁶⁹.

A dificuldade da cláusula geral é a indeterminação dos limites do seu alcance normativo e a vagueza em se identificar os fatos que se enquadram na respectiva norma. Portanto, somente a fundamentação baseada em sólida argumentação é capaz de superar esse problema. Assim, a norma jurídica só é produzida no processo de solução do caso, tornando mais uma vez claro o papel criativo e ativo do magistrado.

1.3.2 Distinção de cláusulas gerais e lacunas no ordenamento jurídico

Observa-se que lacuna é a inexistência de norma em razão da deficiência do ordenamento jurídico⁷⁰. Entretanto, a questão não é tão simples. É certo que se considerarmos o conceito tradicional de lacunas, como inexistência do texto normativo, referente a um possível vazio, vácuo, no ordenamento jurídico, não há de se confundir com o instituto das cláusulas gerais – em que, por óbvio, há texto, apesar de genérico. Contudo, a linha divisória se torna mais tênue se observarmos as lacunas como a regulamentação negativa ou uma qualificação normativa indiferente de certos comportamentos. Nessa situação, indagar-se-ia: a conduta que não está expressamente prevista, está permitida? A indiferença normativa é uma qualificação deôntica? A previsão de todas as condutas possíveis em um texto normativo é um ideal racional?⁷¹

Primordialmente, deve-se considerar o Direito como um sistema. Sistema é um vocábulo que significa aquilo que é construído, ou seja, a totalidade ordenada de partes. Um sistema jurídico coeso, harmônico, escalonado e gradativo de normas no sentido kelseniano, em que as normas jurídicas não são postas desordenadamente,

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 35.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 20.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 20.

mas, sim, umas em função das outras (em sentido ascensional, trata-se de derivação e em sentido descensional, de fundamentação)⁷².

A relação entre uma norma de escalão superior e outra inferior é de subordinação, vinculação. Naquela, estará disposta a forma de execução desta. No entanto, essa determinação nunca é completa. Destarte, todo ato jurídico possui uma parte indeterminada.

A indeterminação pode ser intencional. Assim, a aplicação de uma norma geral resulta em uma norma individual, que é ato contínuo do processo de determinação, fundamento da série escalonada das normas. No entanto, a indeterminação pode ser não intencional e isso ocorre quando a palavra é plurissêmica.

. As normas que compõem o sistema trazem em si a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação do magistrado. O sistema é, em si mesmo, bastante⁷³. Além do mais, em um sistema em que há a vedação do *non liquet* e "onde o juiz está autorizado a julgar segundo a equidade, não tem nenhuma importância que o ordenamento seja preventivamente completo, porque é a cada momento completável⁷⁴". É nesse sentido que Maria Helena Diniz afirma que "o direito é sempre lacunoso, mas é também, ao mesmo tempo, sem lacunas"⁷⁵.

A ideia de uma plenitude hermética do ordenamento jurídico em que todas as condutas possam ser tipificadas é uma utopia, diante da complexidade das relações sociais contemporâneas. Maria Helena Diniz levanta ainda a possibilidade de se analisar a lacuna no aspecto semântico de cada vocábulo, assim sendo, a lei não teria uma única lacuna, mas tantas lacunas quantas forem as palavras que a constitui⁷⁶.

Deste modo, as cláusulas gerais não configurariam um vazio normativo, ao contrário, o texto normativo, em conjunto com o ordenamento jurídico, estabelece uma moldura normativa cujo conteúdo será conferido no caso concreto pelo juiz.

⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 43.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. P. 119.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 49.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 280/281.

Assim sendo, o problema das cláusulas gerais é pragmático, colocado ao nível da decisão.

1.3.3 Cláusulas gerais e casos difíceis

Nem toda cláusula geral está na base de um caso difícil, assim como nem todo caso difícil relaciona-se com uma cláusula geral. Casos difíceis, Segundo Ricardo Lorenzetti, podem ocorrer em dois tipos de situações: a) quando não se pode deduzir a solução de modo simples da lei, porque há dificuldades na determinação da norma aplicável ou na sua interpretação; b) quando é necessário afastar-se da lei porque ela é inconstitucional⁷⁷.

Como Marcelo Neves assevera, em casos rotineiros envolvendo cláusulas gerais, em que já há uma jurisprudência assente, não se consubstancia um caso difícil. Logo, nem toda cláusula geral envolve necessariamente um caso difícil⁷⁸. Contudo, haverá situações em que não é possível a dedução simples da lei.

A decisão em tais casos dá causa a uma discricionariedade. A linguagem normativa muitas vezes é ambígua e mostra zonas de penumbra na interpretação, o que faz com que o interprete não só deva deduzir, senão que também deva optar entre as diversas alternativas de interpretação.

Não há uma única resposta correta nos casos difíceis. O ordenamento jurídico, composto por regras primárias de conduta e secundárias de organização, confere ao magistrado uma margem de discricionariedade, nos limites da qual deve ser feita a escolha de uma das alternativas possíveis⁷⁹.

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.p.163.

⁷⁸ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. XIX.

⁷⁹ “A decisão jurídica não pretende apenas estar em conformidade com a lei, mas ser, ao mesmo tempo, objetivamente correta (“pretensão de correção”). É notório que o jurista deve se orientar nas normas jurídicas postas; estas, no entanto, podem não contemplar certas situações, ser tecnicamente ultrapassadas ou não corresponder mais às A decisão jurídica não pretende apenas estar em conformidade com a lei, mas ser, ao mesmo tempo, objetivamente correta (“pretensão de correção”).

A norma em abstrato da cláusula geral não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com expressões como função social, ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e alcance da norma.⁸⁰.

Assim, a interpretação não levará ao sentido único da palavra, como querem os tradicionalistas, mas conduzirá a várias possibilidades igualmente corretas. Se uma sentença é fundada na lei, não significa que aquela é a norma individualizada, mas é uma das normas individuais que podem ser produzidas.

Caberá ao aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a consequência jurídica que será extraída, atividade esta que só poderá ser exercitada no caso concreto, diante das peculiaridades de cada qual⁸¹.

Em razão desta possibilidade de delimitação semântica da cláusula geral apenas no caso concreto, o próximo capítulo trabalhará com possibilidades de diminuição dessa margem de insegurança no que concerne à cláusula geral da boa-fé objetiva, para que seja possível extrairmos de seu conteúdo o sentido do dever de mitigação dos danos.

É notório que o jurista deve se orientar nas normas jurídicas postas; estas, no entanto, podem não contemplar certas situações, ser tecnicamente ultrapassadas ou não corresponder mais às convicções contemporâneas a respeito de uma solução justa.” KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, v. 19, p. 295-320, 2014. P. 301/302.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005

⁸¹ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, v. 187, p. 69-83, 2010.

2 DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA DO ARTIGO 422 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

2.1 Da relação jurídica obrigacional vista como um processo

Obrigação é a relação jurídica entre dois ou mais indivíduos, na qual uma delas exige da outra uma presta   o⁸². O credor possui a faculdade de exigir do devedor a realização de uma atividade de dar, fazer ou não fazer.

Sob uma perspectiva civil-constitucional, os deveres chamados anexos são devidos a todas as partes, e não somente ao devedor, abrangendo, muitas vezes, terceiros. A relação obrigacional passa a ser vista como é um processo de cooperação voltado para um fim, ambiente em que as ações das partes estão conformadas com o vetor da socialidade⁸³.

Além do dever primário de prestação, há outros deveres que lhe são conexos⁸⁴. O desenvolvimento do direito culminou na existência de deveres aut  nomos, chamados deveres gerais de conduta, cujo fundamento não se encontra na relação jurídica, como ocorre nos deveres acessórios, mas decorre da eficácia normativa da Constituição, que inspiram e conformam a interpretação e o entendimento do Direito Civil Brasileiro. Situam-se num plano superior, de modo que limitam as condutas das partes da relação jur  dica⁸⁵. Um importante dever geral de conduta é o da Boa-fé objetiva.

⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 28.

⁸³ EHRHARDT JR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P.76; EHRHARDT JR, Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba. N. 56. 2012. P. 141-155. P. 144.

⁸⁴ EHRHARDT JR, Marcos Augusto de Albuquerque. **O contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade: perspectivas jurídico-constitucionais da lesão e da mudança de circunstâncias**. Maceió: UFAL, 2006. P. 44; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 73.

⁸⁵ EHRHARDT JR, Marcos Augusto de Albuquerque. **O contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade: perspectivas jurídico-constitucionais da lesão e da mudança de circunstâncias**. Maceió: UFAL, 2006. P. 44; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 74.

2.2 Do Dever de Boa-fé Objetiva

2.2.1 Do Desenvolvimento Histórico da Boa-fé no Direito Brasileiro

Afim ao seu ideal individualista, o Código Civil de 1916 abordou a boa-fé em seu alcance subjetivo, vista como estado de desconhecimento de um fato, ensejando um determinado privilégio ao sujeito. Não se tratando, portanto, de uma norma de conduta contratual, mas um aspecto psicológico, intencional do indivíduo.

Antes, porém, o Código Comercial brasileiro, de 1850, já se mostrava prelúdio da boa-fé objetiva, numa menção ainda embrionária do que viria a ser a função interpretativa dos contratos daquele instituto⁸⁶, assim dispondo:

Art. 131 . Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

[...]

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

Conforme o artigo 85 do Código supracitado, entendia-se que nas declarações de vontade, deve-se atender mais às intenções que ao sentido literal da linguagem. Significa dizer que o intérprete levará em consideração o aspecto intencional ou psicológico do sujeito de agir de acordo com o direito vigente. Regra esta aplicável, sobretudo, no direito das coisas. Envolve o desconhecimento ou

⁸⁶ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no princípio da Boa fé**. Curitiba: Juruá, 2008. P. 91.

conhecimento errôneo de uma situação, como por exemplo sobre a aquisição da propriedade alheia por usucapião⁸⁷.

Em razão da exigência social por segurança jurídica e razoabilidade nos negócios jurídicos, o aspecto subjetivo da boa-fé não se mostrava suficiente para atender os novos conflitos que surgiam com o desenvolvimento da sociedade. Deve-se lembrar que o Código Civil de 1916 foi insculpido em um ambiente patrimonialista e agrícola, transportando, portanto, o individualismo, a proteção ao sujeito, à propriedade, conveniente ao expoente elitista a quem era direcionado.

As relações sociais se modificam e tornam-se mais complexas. O Brasil passa a enfrentar os desafios da industrialização. Logo, o Código Civil de 1916, marcado pela técnica casuísta, passava a ser defasado diante dos novos anseios da sociedade moderna⁸⁸.

A incerteza da análise do subjetivismo do indivíduo para percepção de uma possível má fé subjetiva passa a dar passagem para a consideração da atuação atribuível ao homem médio, buscando a conduta razoável e expectativas que o indivíduo comum teria considerando o direito vigente, o aspecto cultural e histórico do seu tempo e de sua sociedade⁸⁹.

A Constituição de 1988 é promulgada, direitos deixam de ter um cunho eminentemente privatista, para abranger a socialidade, caracterizando a terceira geração dos direitos fundamentais. Sucessivas leis extravagantes surgem com o objetivo de disciplinar novos institutos surgidos com a evolução econômica e com a consequente problemática social. Criam-se microssistemas jurídicos paralelos ao Código Civil de 1916, que passa a ser aplicado residualmente, restringindo-se àquelas situações não reguladas pelas leis especiais⁹⁰.

⁸⁷ MARTINS-COSTA; Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 412.

⁸⁸ ARONNE, Ricardo. Sistema Jurídico e Unidade Axiológica. Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 01, p. 73-114, 2013. O Código civil de 1916 não estava aberto para o interesse das classes não favorecidas, já que fora construído em uma época em que o voto ainda era censitário. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.69.)

⁸⁹ LEWICKI, Bruno. **Panorama da boa fé objetiva**. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Gustavo Tepedino (Coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 56.

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.212.

Surge o Código do Consumidor em 1990, documento que reconhece a vulnerabilidade do consumidor e busca fornecer um suporte jurídico que promova a justiça e efetividade dos direitos sociais. É nesta Lei número 8.078/90 que há a primeira positivação expressa da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 4º, III, e artigo 51, IV).

Não se pretende afirmar a substituição da boa-fé subjetiva pela objetiva. Ao contrário, a boa-fé subjetiva, fundada num erro de fato ou num estado de ignorância exculpável, pode ser encontrada no Código Civil de 2002 nos artigos 221, 490, 550, 551, 968 etc. Além do mais, a relação entre a Boa-fé subjetiva e objetiva é de complementaridade, uma vez que esta pressupõe aquela⁹¹.

Após décadas enclausurado no processo legislativo, o Código Civil de 2002 veio norteado pelo reconhecimento da força social com os vetores da operabilidade, socialidade e eticidade.⁹² Ao entrar em vigor, uma das maiores pretensões do Código Civil de 2002 consistia em “superar o manifesto caráter individualista”.⁹³

A técnica legislativa também evoluiu, ultrapassando-se o casuísmo⁹⁴, para a utilização de tipos normativos semanticamente vagos, os quais permitem a incorporação de princípios. É nesse contexto que está inserida a cláusula geral da boa-fé objetiva.

⁹¹ Se a Boa fé objetiva diz respeito à proteção da confiança e das expectativas, enquanto que a Boa fé subjetiva refere-se ao desconhecimento de uma circunstância. “Logo, se o sujeito não desconhece a circunstância, nem ao menos chegou a criar a justa expectativa, não se formou em seu interior a confiança.” DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no princípio da Boa fé**. Curitiba: Juruá, 2008. P.28,n.3). No mesmo sentido: EHRHARDT Jr, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P.89.

⁹² EHRHARDT JR, Marcos. **Direito Civil : LICC e Parte geral**. Volume I. Salvador: Juspodivm, 2009.

⁹³ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**. n. 9. São Paulo: RT, jan./mar. 2002. p. 9-17.

⁹⁴ Noção advinda precipuamente do princípio da onipotência do legislador, característica norteadora da escola da exegese, a qual nutria obsessão por leis e a interpretação deveria ser rigorosamente restrita à lei escrita. (BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. 75)

2.2.2 Da Boa-fé objetiva como um dever geral de conduta

Não sendo propósito deste trabalho esgotar as minúcias de toda a discussão jurídica acerca da complexa natureza jurídica da Boa-fé objetiva, que ainda divide a doutrina contemporânea. Explica-se que a boa-fé objetiva tratada neste trabalho, como será melhor explicado no próximo tópico, é estudada como cláusula geral. Ao mesmo tempo em que possuem uma estrutura que se molda ao caso concreto, esta cláusula também possui um papel generalizador, formando diversos institutos. Dessa forma, por exemplo, da cláusula geral da Boa-fé do art. 422, extrai-se, entre outros, os institutos da *supressio*, da *surrectio*, da mitigação dos danos e os deveres de informação, cooperação, e outros, os quais não se limitam à natureza de deveres anexos ou laterais, como se secundários fossem (sentido abstraído do texto jurídico do 422).

Destaca-se que esse não é o entendimento de diversos doutrinadores. Aldemiro Rezende Dantas Júnior e Fredie Didier Jr.⁹⁵ ratificam o entendimento de que a Boa-fé possui natureza de princípio jurídico. Judith Martins-Costa muito embora concorde que se trate de uma cláusula geral que possui, entre outras, a função integrativa, considera tratar de princípio e que os deveres de cooperação e informação seriam deveres anexos, instrumentais ou laterais, os quais serviriam apenas para a garantia do resultado útil do contrato.⁹⁶

A Boa-fé objetiva corresponde a um standard jurídico – modelo de agir, referência para comparação- conforme o qual todo indivíduo deve pautar sua conduta com retidão, lisura, honestidade, lealdade, probidade, segundo o esperado razoavelmente do homem médio, considerando o aspecto cultural do tempo e da sociedade do caso concreto.

⁹⁵ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no princípio da Boa fé**. Curitiba: Juruá, 2008. P. 96; DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, v. 187, p. 69-83, 2010.p.75.

⁹⁶ "MARTINS- COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 03 ago.2014. N.85.

No entanto, não se resume a um standard jurídico, visto que este se limita a um parâmetro para comparação⁹⁷. É, também, norma principiológica da qual decorre diversas obrigações concretas. Sendo, portanto, um dever de conduta.

Relacionada ao *Treu und Glauben*, a boa-fé objetiva traz em si a inspiração germânica de dever de conduta baseado na probidade e lealdade direcionada ao outro, membro do corpo social. Nesse contexto, a conduta das partes geram expectativas legítimas e mútuas que não podem ser quebradas. Por esta razão, a Boa-fé objetiva deve ser observada por todos os polos da relação jurídica.

Paulo Luiz Netto Lôbo considera o dever de cooperação e informação como deveres gerais de conduta ao lado do dever de boa-fé, da função social das obrigações, da equivalência material das prestações e do dever de equidade.

Corroborando com este entendimento, Marcos Ehrhardt Jr⁹⁸. No entanto, este autor considera que deveres laterais e deveres gerais de conduta podem e devem coexistir no direito civil. Isto porque há disposições legais que prescrevem deveres acessórios à obrigação principal, vide arts. 569, III, 686 e 864 do CC/02.

Ainda que não haja dispositivo legal específico ou disposição contratual, não de existir os deveres de consideração com o *alter* extraíveis da Boa-fé objetiva, tais como de cuidado, instrução, proteção, diligência, informação, confiança, cooperação, mitigação dos prejuízos, proibição do comportamento contraditório. Tais deveres possuem a função de assegurar a realização positiva do fim contratual, protegendo as partes e seus respectivos bens contra riscos de danos concomitantes⁹⁹. É que mais que um dever de conduta contratual, observado inclusive nas fases pré e pós-contratuais, a Boa-fé e os citados deveres são impostos em todos os negócios jurídicos. Em verdade, a Boa-fé é imposta muitas vezes a terceiros não integrantes da relação jurídica originária e ao próprio magistrado, o qual deve observar a boa-fé processual. Por esta razão não é

⁹⁷ A exemplo dos artigos 138 e 1.011 do Código Civil atual que utiliza expressões como “pessoa de diligência noram” e “homem ativo e probo” como standards, ou seja, como modelo comparativo a ser observado para o juiz e não há, especificamente, determinação de uma obrigação concreta direcionada ao cidadão. Nesse sentido: DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no princípio da Boa fé**. Curitiba: Juruá, 2008. P. 95-96.

⁹⁸ EHRHARDT Jr, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 83-87.

⁹⁹ MARTINS- COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 03 ago.2014.

apropriado denominar a boa-fé objetiva de dever lateral, anexo ou instrumental, visto que, em compatibilidade com a nova perspectiva contratual civil-constitucional, constitui dever geral de conduta. Explica-se.

A Boa-fé contribui para a integridade e homogeneidade do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que permite a circulação dos fundamentos constitucionais no direito privado. A Constituição Federal elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil em seu artigo art. 1º, III, assim como prescreve o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, art. 3º, I. O ditame do direito privado de agir proba e lealmente, considerando o seu papel para com o *alter*, nada mais é que busca pela construção de uma ordem jurídica solidária, compatibilizando os interesses individuais com os sociais, em busca do bem maior que é a pacificação social.

A Boa-fé como cláusula geral que é, permite que os valores constitucionais se movimentem dentro da relação privada, os quais balizarão a atividade do magistrado. Desta forma, ao aplicar o art. 422 do Código Civil, o juiz não possui como parâmetro apenas este diploma, a contrário, a atividade de interpretar tal artigo é ato que engloba o ordenamento jurídico como todo unitário.

2.2.3 As Funções da Boa-fé

A Boa-fé possui um caráter funcional triédrico no ordenamento jurídico, a saber: função interpretativa (artigo 113), função de controle (artigo 187) e função integrativa (artigo 422).¹⁰⁰

A função interpretativa refere-se ao dever de os negócios jurídicos serem interpretados conforme a Boa-fé. O intérprete deve aplicar o sentido na norma que se adeque aos ditames do citado instituto, considerando as peculiaridades do caso e os aspectos culturais e sociais. O magistrado deverá fazer uma análise de meios e fins das condutas realizadas pelas partes, buscando o agir do homem médio, o que

¹⁰⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p.151

razoavelmente se esperaria considerando o caso concreto e o aspecto econômico-social¹⁰¹.

Trata-se de um vetor hermenêutico de, na interpretação das cláusulas contratuais, ser privilegiado o sentido que demonstre a honestidade das partes. Trata-se de um dever jurídico, uma vez que não pode ser afastado pelas partes¹⁰².

A função de controle da boa-fé objetiva refere-se aos limites impostos ao exercício do direito, evitando o seu uso abusivo e garantindo a proteção das partes e dos seus bens para a realização positiva do fim contratual¹⁰³. Deste modo, segundo a esta função, a Boa-fé e a teoria do abuso do direito se aproximam para evitar o exercício abusivo de direitos que emergem da relação contratual¹⁰⁴.

Ao passo que a função integrativa da boa-fé objetiva relaciona-se com deveres de conduta a serem observados pelas partes. Tais deveres, que passam a ser observados em todas as relações jurídicas obrigacionais, foram estudados no primeiro capítulo, no qual conceituamo-nos de verdadeiros deveres gerais e não anexos, como se refere parte da doutrina.

O contrato é assim compreendido como negócio jurídico complexo formado pela obrigação principal acrescida dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, os quais devem ser observados por todos os sujeitos da relação jurídica¹⁰⁵.

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa fé objetiva como método hermenêutico. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.18, p.8-32, dez./jan. 2008. P. 20; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.136.

¹⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa fé objetiva como método hermenêutico. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.18, p.8-32, dez./jan. 2008. P. 15-16; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 212.

¹⁰³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.14,p. 20-27, abr./jun., 1995.p.24.

¹⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 140-141.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, P. 74-76; EHRHARDT Jr, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 83-85.

2.2.4 Da Delimitação do Conceito de Boa-fé Objetiva

Segundo Marcos Ehrhardt Jr, o dever geral da boa-fé pode ser compreendido como dever das partes agirem de forma leal, correta e honesta, protegendo o patrimônio e as pessoas envolvidas de danos (dever de proteção), assegurando o conhecimento das circunstâncias (dever de informação), para que forme o ambiente propício de confiança e fraternidade entre os contratantes¹⁰⁶.

No entanto tal dever geral de conduta não se limita em exigência de obrigações negativas. Em verdade, a boa-fé prescreve que as partes ajam para o seu alcance do resultado positivo contratual¹⁰⁷.

Destarte, pela própria natureza da cláusula geral, torna-se inviável traçar um conceito definitivo sobre a Boa-fé. Seja pela necessidade de complementaridade por valores vigentes na época e que se atualizam e entram em mutação com o desenvolvimento social; seja pela sua própria gênese inacabada desprovida de delineamentos fechados acerca do seu alcance. Por esta razão, qualquer tentativa de tabular o conceito de Boa-fé objetiva restaria inócua, visto que a cláusula geral da Boa-fé objetiva só germinar em um sistema aberto.

A Boa-fé decorre de disposição legal, no entanto, seu conteúdo é determinado pela decisão judicial no caso concreto, cabendo ao magistrado considerar as peculiaridades do caso concreto para a escolha da solução mais adequada. Essa margem de discricionariedade direcionada ao juiz pelo legislador, pode acarretar insegurança jurídica em virtude da imprevisibilidade das decisões.

Nos próximos tópicos, será apresentada uma proposta para a amenização deste problema a partir de uma análise acerca da interpretação e argumentação jurídica quando se envolve cláusula geral. Isto porque, como a delimitação semântica da Boa-fé objetiva e, conseqüentemente, dos deveres dela decorrentes,

¹⁰⁶ EHRHARDT Jr, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 90-91.

¹⁰⁷ Menezes Cordeiro considera que para haver a concretização da boa-fé, deve-se conjugar dois princípios, quais sejam: o da proteção da confiança, que abrangeria as expectativas legitimadas pela outra parte, e o da materialidade da regulação jurídica, que considera a superação do formalismo jurídico. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 1. ed. 3. Coimbra: Almedina, 2007. P. 1233-1234.

depende da atividade judicial, quanto mais avançada e técnica estiver a jurisprudência, mais previsíveis serão as soluções. Tal consequência é de suma importância mormente acerca do montante a ser fixado para indenizações e violações a dispositivos que não possuem o consequente delimitado, como no caso das cláusulas gerais.

2.3 A Relevância da Argumentação Jurídica na Concretização das Cláusulas Gerais

Visando a redução da subjetividade excessiva do intérprete e os riscos de arbitrariedade, a fundamentação da decisão, sobretudo nos casos que envolvam textos normativos tão abertos, como cláusulas gerais, deve ser sólida. Quanto mais sólida a fundamentação, menor será a subjetividade, uma vez que o domínio próprio das cláusulas gerais e seu conteúdo real se definem através da fundamentação racional da regra jurídica ou do princípio¹⁰⁸.

Essa atividade criativa do juiz não pode ser sinônimo de ampla discricionariedade para permitir que subjetivismos ocultos sejam fundamentos da decisão.¹⁰⁹ É certa a impossibilidade de investigação dos elementos subjetivos contidos no pensamento do magistrado. O que é controlável é o comunicado, a decisão, a qual deverá conter uma fundamentação suficientemente clara para permitir que críticas sobre ela sejam traçadas¹¹⁰.

Mais que conformidade com aspectos formais, a decisão que aplica cláusulas gerais poderá ser revista substancialmente na hipótese de aplicação irrazoável ou inadequada¹¹¹. Mas o que seria uma interpretação das cláusulas gerais irrazoável?

Humberto Ávila explana a razoabilidade como um postulado que estrutura a aplicação de outras normas. Explica que:

¹⁰⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **RTDC: revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro. v.7. n.28. p.77-92. out./dez. 2006. P.90.

¹⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. P. 129.

¹¹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 179.

¹¹¹ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, v. 187, p. 69-83, 2010.

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.¹¹²

Se não há apenas uma resposta correta, a decisão, por significar apenas um caminho dos vários possíveis, deverá ser devidamente fundamentada. “Os intérpretes envolvidos sabem que, no fundo, também poderiam ter tomado outra decisão, com base em outras razões, as quais não seriam menos convincentes do que as efetivamente utilizadas”¹¹³.

Como seria então essa fundamentação jurídica? Uma fundamentação técnica a ser adotado pelo magistrado para justificar se um comportamento está em conformidade ou não com a boa-fé objetiva, por exemplo, se o conceito destas não é delimitado pela norma?

A jurisprudência é essencial para a construção do sentido contido em uma cláusula geral e para a evolução da matéria. Fundamentações técnicas na sentença apresentam consequências positivas para o mundo jurídico, tanto a academia, que terá arsenal para fomentar a crítica, quanto para o desenvolvimento do direito, pois se amenizaria a insegurança jurídica advinda do problema da imprevisibilidade da decisão.

É certo que a solidificação e frutificação da Boa-fé ocorreu em virtude do avanço jurisprudencial. O assentamento da proibição do comportamento contraditório, dos deveres gerais de conduta e todos os desdobramentos da Boa-fé,

¹¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 154;

¹¹³ KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2013. P. 63.

por exemplo, resultam da conjugação das criações doutrinárias e das inovações jurisprudenciais. Esta mobilidade é responsável pelo avanço do direito. Não é por outra razão que Menezes Cordeiro considera que as áreas em crescimento no Direito Civil e são afetas à boa-fé, visto que esta seria o vetor de todo o sistema jurídico ¹¹⁴.

Considerando ainda que, pelo relevante papel da jurisprudência na delimitação do seu conteúdo, a boa-fé deve ser vista de forma dogmática para que evite o que Menezes Cordeiro denomina de mitificação e irrealismo metodológico¹¹⁵. Os magistrados, não raras vezes, não apresentam critérios materiais suficientes na fundamentação da decisão, dificultando a compreensão científica da boa-fé, gerando uma indefinição ou mitificação do seu conteúdo, em que toda a esperança pode caber no seu conceito¹¹⁶.

Considera-se, então, que o fortalecimento da argumentação jurídica é de fundamental importância para o desenvolvimento da própria Boa-fé, que tem o seu sentido construído na decisão, e para a solidificação de institutos que dela decorrem, como a mitigação dos danos. Desta forma, quanto mais consistência for dada à argumentação na concretização de termos vagos e institutos que não estão positivados, o enfrentamento dos mesmos será mais seguro.

Além do mais, a utilização de precedentes, em casos similares, será facilitada, permitindo a previsibilidade da decisão em diversas questões que ainda estão em penumbra, como: a fixação do montante devido para indenizações e consequências decorrentes da violação a deveres gerais de conduta que não estão delineadas no texto legal, por exemplo, a sanção decorrente pelo descumprimento do dever de mitigação dos danos.

A argumentação jurídica que aqui se propõe, em busca da consistência da fundamentação da decisão jurídica, seria formada : a) pela utilização cânones interpretativos, de modo que ao se interpretar o texto legal, busque-se também a conformidade com o seu espírito constitucional; b) pela uso de argumentos

¹¹⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 1. ed. 3. Coimbra: Almedina, 2007. P. 395 e 397.

¹¹⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 1. ed. 3. Coimbra: Almedina, 2007. P. 43.

¹¹⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 1. ed. 3. Coimbra: Almedina, 2007. P. 401.

doutrinários; c) pela busca de precedentes; d) a análise das consequências sociais, econômicas e jurídicas da decisão.

Na busca por critérios de racionalidade, Robert Alexy considera que a argumentação no discurso jurídico ocorreria sob uma série de condições limitadoras, entre as quais se deve mencionar especialmente “a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente, assim como as limitações das regras do ordenamento processual”.¹¹⁷

O que se almeja com a racionalidade dos argumentos utilizados, é a segurança jurídica daí advinda. Não há mais lugar para decisões cujo único fundamento seja a utilização de princípios. Todo e qualquer argumento deve ser fundamentado.

Com este mesmo objetivo, Humberto Ávila traça cinco elementos que, segundo ele, devem ser utilizados na concretização da norma, quais sejam: a finalidade concreta da norma; a pré-compreensão; a valoração judicial dos resultados da decisão; o consenso como fundamento parcial da decisão; o precedente judicial¹¹⁸.

Sem o uso da racionalidade na fundamentação da decisão jurídica, as cláusulas gerais tornam-se instrumentos para a parcialidade do magistrado, razão pela qual Wieacker alerta que “o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício”¹¹⁹.

Ricardo Lorenzetti sugere um processo argumentativo composto por três momentos, quais sejam: 1) olhar para trás (elementos de consistência): este passo demonstra a necessidade de olhar para trás, aos precedentes judiciais que estabeleceram regras jurídicas para os casos com elementos de fato similares; 2)

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005. P. 46.

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. P. 413-465. P. 429.

¹¹⁹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004. P. 547.

olhar para cima (elemento de coerência): a solução deduzida deve ser coerente com o resto do sistema jurídico; 3) Olhar para a frente (elemento consequencialista): focado na análise das consequências jurídicas e econômico-sociais da decisão no futuro¹²⁰.

Considerando essas informações, serão organizados alguns elementos que podem ser utilizados na fundamentação com o escopo de tornar mais técnica a argumentação jurídica, reduzindo assim a possibilidade de arbitrariedade nas aplicações das cláusulas gerais. Inicialmente, deve-se saturar os cânones tradicionais. É enganoso pensar que a interpretação tradicional é ultrapassada¹²¹. Ao contrário, questões jurídicas ainda podem ser resolvidas por ela e as que não podem, certamente podem ter um maior esclarecimento da solução por meio da interpretação¹²². Do resultado interpretativo, o magistrado deve considerá-lo em conjunto com os demais argumentos. Essa etapa deve ser realizada antes da utilização imediata de princípios, sob pena de fragilizar a fundamentação da decisão judicial.

Devem-se buscar argumentos precedentes. É certo que a técnica de precedentes com força vinculante não é utilizada no Brasil, exceto no caso das súmulas vinculantes ou decisões vinculantes da Suprema Corte, porém, é de suma relevância buscar a prática jurisprudencial.

A conexão entre cláusulas gerais e o precedente judicial é próxima. Jaldemiro Ataíde advertiu que será maior a utilização da técnica de precedentes judiciais gerais no novo CPC¹²³. A cláusula geral confirma o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a aplicação reiterada de uma mesma *ratio decidendi* proporciona a especificidade, a concretude do conteúdo

¹²⁰ LORENZETTI, Ricardo. **Fundamento do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998. P. 251; LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.p.159-163.

¹²¹ Nesse sentido: KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, v. 19, p. 295-320, 2014.

¹²² Virgílio Afonso da Silva entende, inclusive, que os outros métodos de interpretação -da chamada nova interpretação constitucional – são uma espécie de releitura dos cânones tradicionais. (SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, v. , p. 115-143).

¹²³ ATAÍDE JR., Jaldemiro de. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto do novo CPC**. São Paulo: Ícone, 1995.

normativo de uma cláusula geral.¹²⁴ Soma-se ainda a importante função de elemento comum, de conexão, que permitirá ao magistrado fundamentar a decisão em casos já julgados. Vejamos uma exemplificação a diante.

Imaginemos um sistema em que inexistem cláusulas gerais em uma determinada matéria, vamos supor, no inadimplemento contratual. Diversas ações são julgadas no reconhecimento de inadimplemento contratual em uma situação não abarcada pela lei. O juiz I fundamenta sua decisão nos princípios gerais de direito; o juiz 2 fundamenta sua decisão na vedação de comportamento abusivo; O juiz III fundamenta sua decisão em outros princípios não previstos na legislação. Todas as decisões estão impecavelmente fundamentadas, mas não se há de duvidar que a falta de unicidade dos fundamentos prejudicará a pesquisa dos precedentes – exceto se ao juiz da causa fosse facultado consultar toda a matéria que serviu para prolatação do precedente¹²⁵.

A falta de unicidade prejudica também a evolução do Direito, pela dificuldade de reiteração da inovação. E justamente nessa situação, a cláusula geral atuaria como enzima catalisadora e unitária, como um ponto de conexão entre a diversidade de casos possíveis, permitindo a formação de catálogo de precedentes¹²⁶.

Deve-se, ainda, buscar argumentos doutrinários e considerar os efeitos sociais, econômicos e políticos da decisão. E se deve utilizar a ponderação de valores e interesses¹²⁷.

¹²⁴ MARTINS- COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 03 ago.2013.

¹²⁵ MARTINS- COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 03 ago.2013.

¹²⁶ Trazendo uma visão inovadora, Pedro Nogueira entende que o enquadramento da sentença como um ato-fato jurídico traz vantagens com a eficácia dos precedentes. Todo precedente é composto de duas partes: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório. A *ratio decidendi* pode ser compreendida como os fundamentos que sustentam a decisão e que servirão para fundamentar as decisões dos casos sucessivos. Segundo o mesmo autor, é possível tratar a *ratio decidendi* como um fato jurídico que gera efeitos em relação aos julgamentos futuros. Ela não é individualizada pelo juiz que profere a decisão, mas funciona como uma escolha hermenêutica dos juízes que posteriormente irão examiná-la como um precedente, extraíndo a proposição que poderá ou não incidir na situação correta.(NOGUEIRA, Pedro H. Pedrosa. DIDIER JR, Fredie. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: JurdPodivm, 2013.P.50/55).

¹²⁷ “A escolha de determinado sentido para um conceito legal atende ao fim de solucionar um problema prático, em uma maneira materialmente adequada e justa, que deve ser arrazoada. A própria interpretação jurídica constitui um processo argumentativo de escolha, orientado por

A escolha de um sentido sem a explicitação de seus motivos, elimina o valor técnico e racional da decisão. A definição do conteúdo de uma cláusula geral, depois de ter ultrapassado todas essas etapas, confere uma maior tecnicidade à fundamentação, já que foram somados diversos outros argumentos na justificação da decisão (doutrina, precedentes, interpretação tradicional etc).

Principalmente quando se envolve casos difíceis, nos quais há possibilidade de mais de uma solução razoável, há uma potencialização da atividade criativa do juiz, reforçando a necessidade da fundamentação.

Estes elementos que foram listados também podem amenizar o problema da utilização exagerada de princípios na fundamentação das decisões judiciais, o que, segundo Marcelo Neves, tem ocasionado “uma metamorfose perigosa para o Estado constitucional: ao abusarem dos princípios, que podem atuar como remédios contra a insuficiência das regras em casos jurídicos e constitucionais controvertidos, transformam-nos em venenos”¹²⁸.

Outrossim, há, como já exposto, deveres jurídicos sem previsão normativa expressa, mas que apresentam significado na situação concreta. Essa característica, que Fachin explica como a tendência de se abrir para uma certa porosidade, no sentido de dar relevância jurídica, inclusive na lacuna da lei e, às vezes, até mesmo contra o sentido literal da regra, quando a aplicação desse sentido ou dessa norma não resulta na solução adequada ou mais justa para o caso particular¹²⁹. Justamente por essas aberturas, a decisão jurídica deve ser baseada em uma argumentação jurídica mais racional possível.

Não há de se esquecer que as cláusulas gerais não são janelas totalmente abertas para qualquer conteúdo. O próprio ordenamento ao abraçar as finalidades sociais das normas e a exigência do bem comum traçados na Constituição, vincula a

diferentes objetivos. **A justificação da decisão possui um lado formal, ligado a certas regras de raciocínio e da lógica, e um lado consensual, quando busca alcançar concordância sobre as valorações que influenciam a interpretação e as ideias finalísticas sobre as consequências.** KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, v. 19, p. 295-320, 2014. P. 302. (grifo nosso).

¹²⁸ NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. Disponível em:** <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em: 20 ago. 2013.

¹²⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 95.

atividade interpretativa do juiz aos valores primordiais do ordenamento jurídico¹³⁰. O conceito de boa-fé, por exemplo, apesar de sua abrangência como cláusula geral que é, deve estar inserido em uma moldura que não ultrapassa limites externos do sistema¹³¹. No mesmo, Perlingieri expõe que:

O valor da justiça social, expresso no Texto fundamental, no sentido e nos limites antes traçados, há de incidir no direito civil contribuindo, em sede interpretativa, para individuar o conteúdo específico que, concretamente, devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: da equidade à lealdade (*correttezza*), do estado de necessidade à lesão (*stato di bisogno*) e à causa não imputável, da diligência à boa-fé, etc. O preceito de igualdade poderá incidir sobre a individuação do conteúdo das mesmas cláusulas gerais que contribuem para a definição dos institutos fundamentais do direito civil, como a "função social" para a propriedade e a "utilidade social" para a iniciativa econômica privada, de maneira a realizar uma equitativa harmonização entre o interesse individual e aquele geral.¹³²

Isso não impõe um enfraquecimento do direito civil. Ao contrário, significa um novo momento civilista-constitucional, reforçando a força normativa da Constituição e a unidade hermenêutica¹³³.

Canotilho reforça a unidade da ordem jurídica na perspectiva de que é necessária a interação entre o direito privado e a Constituição. Superando-se, assim, a antiga incomunicabilidade entre aqueles¹³⁴.

Desta forma, não é o direito civil que passou a ser constitucional. Trata-se do resultado da unidade do ordenamento jurídico, em que toda a legislação infraconstitucional busca a Constituição como fundamento de validade. Por este motivo, Maria Celina Bodin entende necessário o conhecimento dos valores constitucionais por todos os operadores do direito, visto que qualquer norma

¹³⁰ BODIN de MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. v. 1, p. 59-73, 1991..

¹³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 215.

¹³² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 49.

¹³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. P.2.

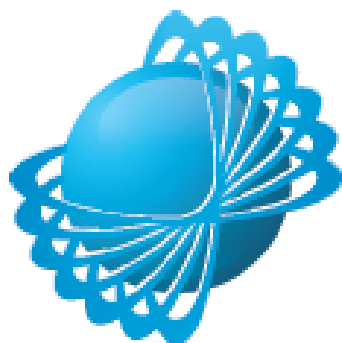
¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. P. 95

ordinária deverá ser aplicada sempre em consonância com as normas constitucionais¹³⁵.

O Código Civil estruturado em cláusulas gerais está em conformidade com a reformulação hermenêutica do direito civil para o chamado direito civil constitucional. Neste sentido, o direito constitucional servirá de limite ao direito civil, uma vez que a unidade do ordenamento jurídico e da primazia da Constituição exigem que a legislação infraconstitucional seja interpretada em consonância com os ditames constitucionais.

Passa-se ao estudo do dever de mitigar os danos, conforme a doutrina e jurisprudência estrangeiras, para que, em seguida, seja analisada a melhor forma de incorporação do instituto de acordo com a perspectiva civil constitucional, ora observada.

¹³⁵ BODIN de MORAES, Maria Celina . A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. v. 1, p. 59-73, 1991.

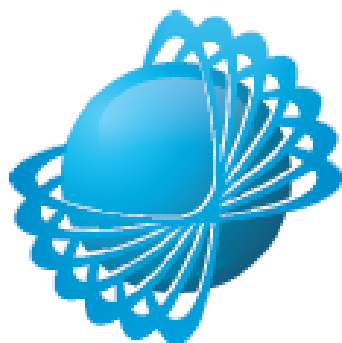


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



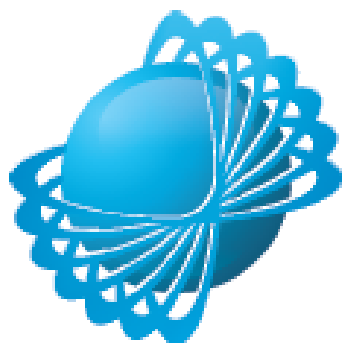
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



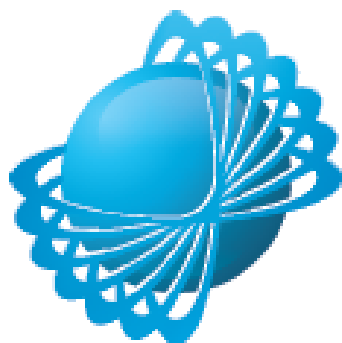
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

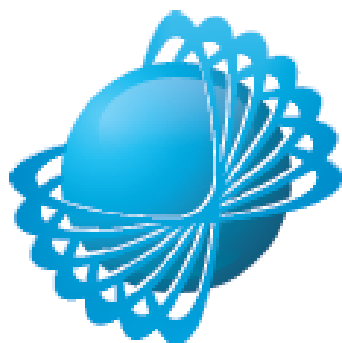


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



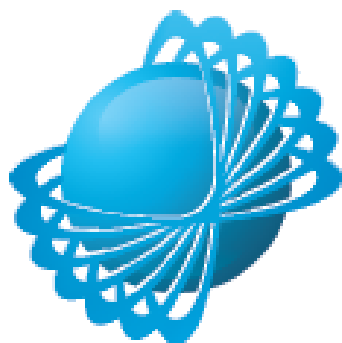
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



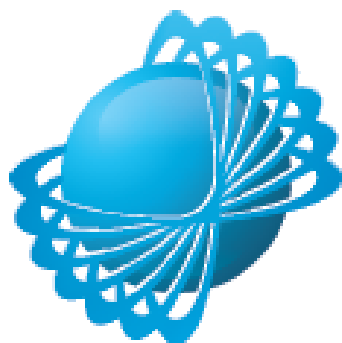
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



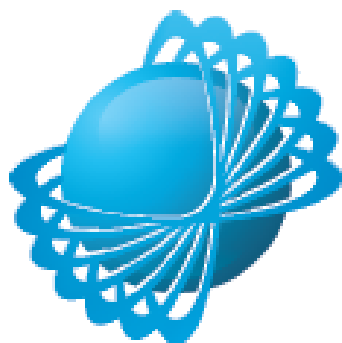
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



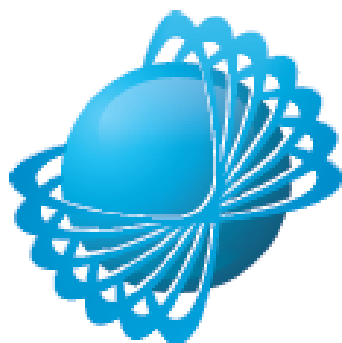
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



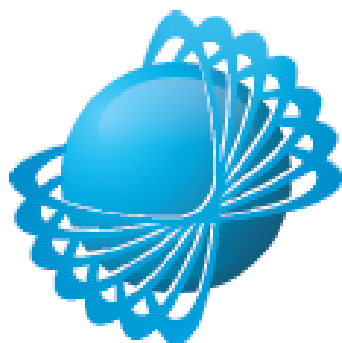
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



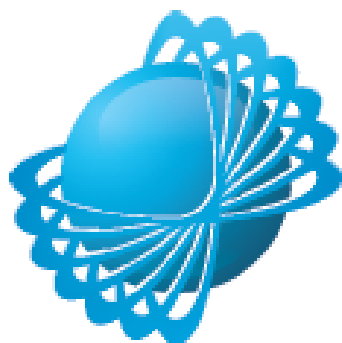
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

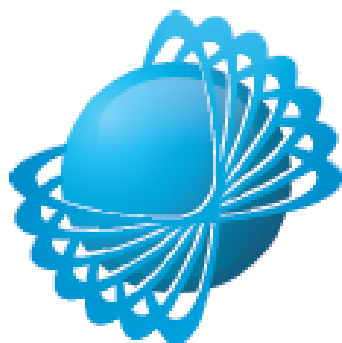


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



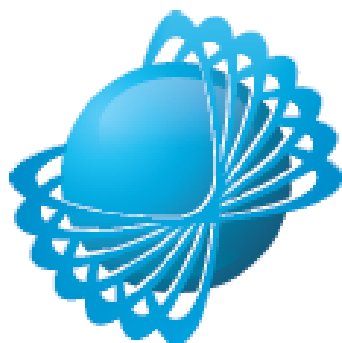
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



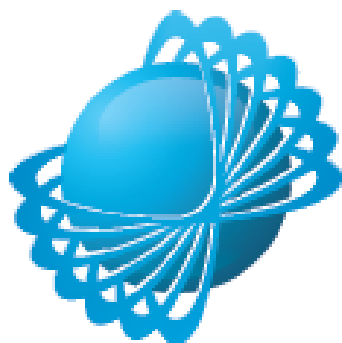
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



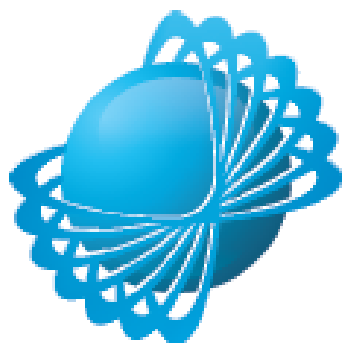
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



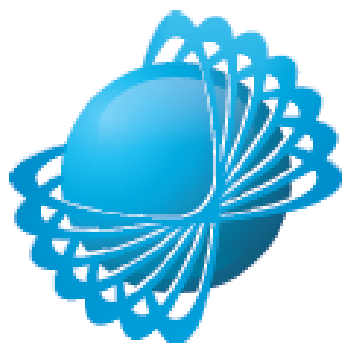
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

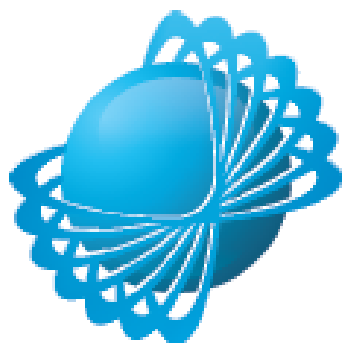


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



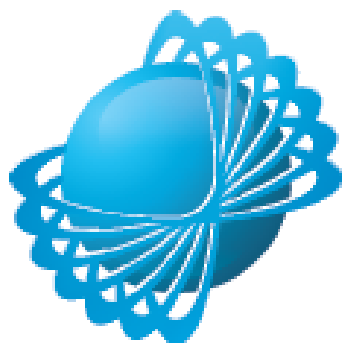
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



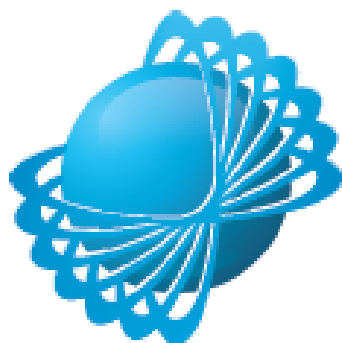
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

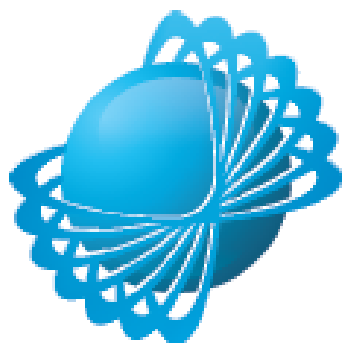


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



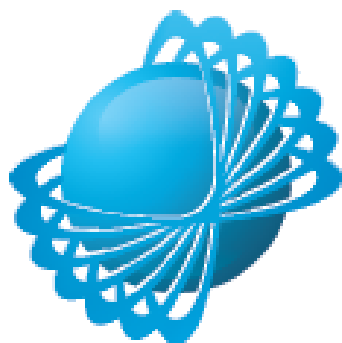
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



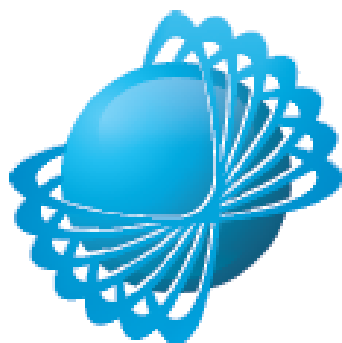
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



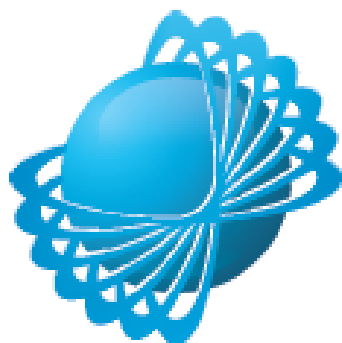
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



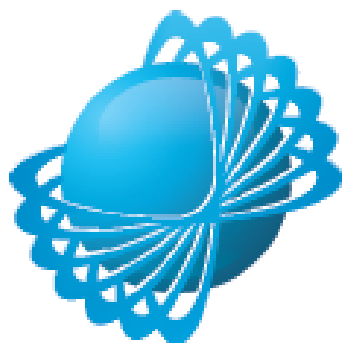
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

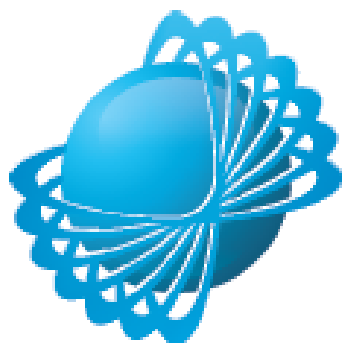


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



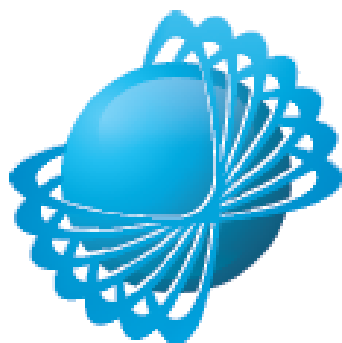
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



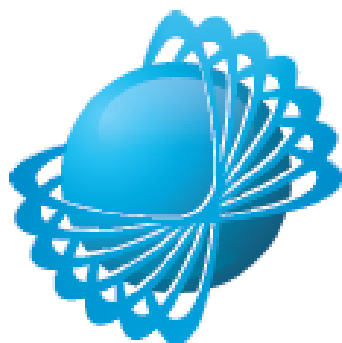
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



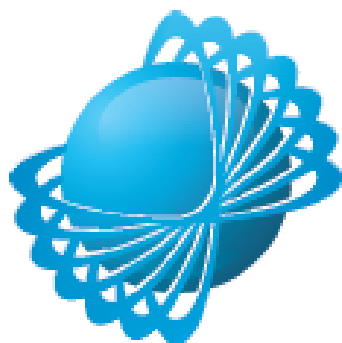
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



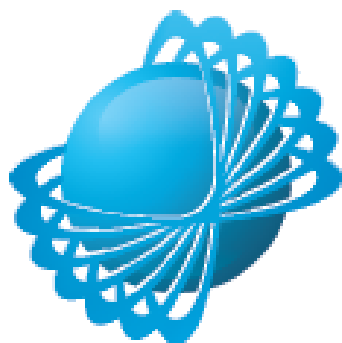
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



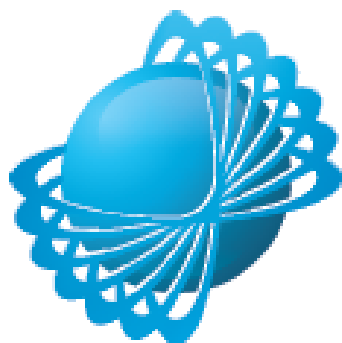
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



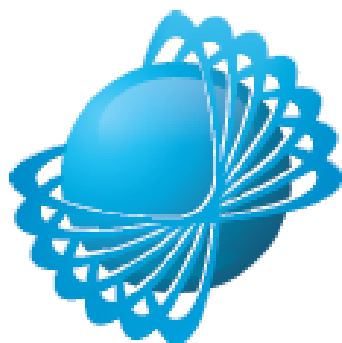
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



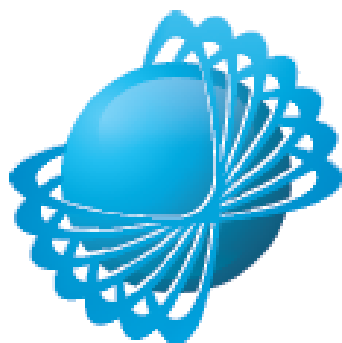
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



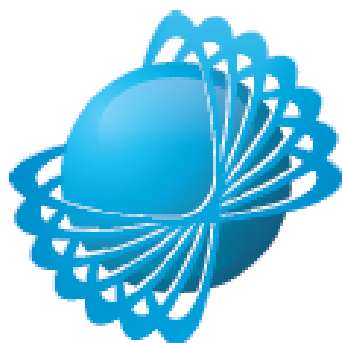
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

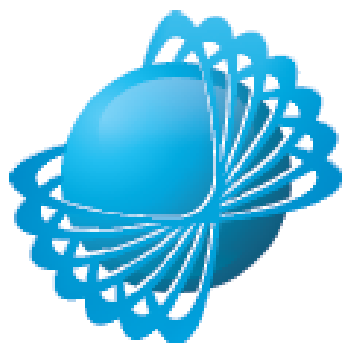


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



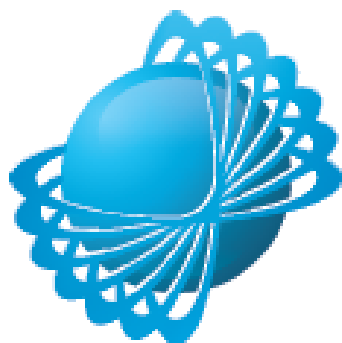
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



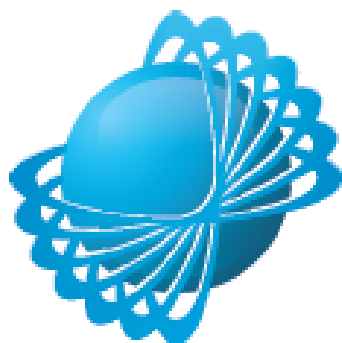
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



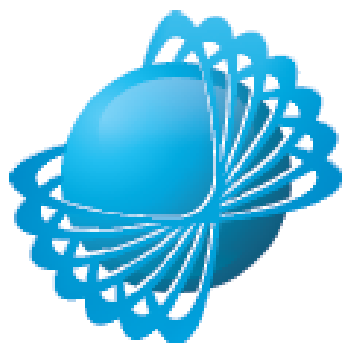
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



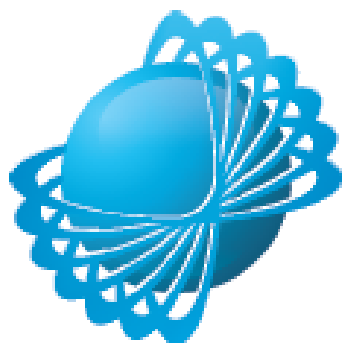
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



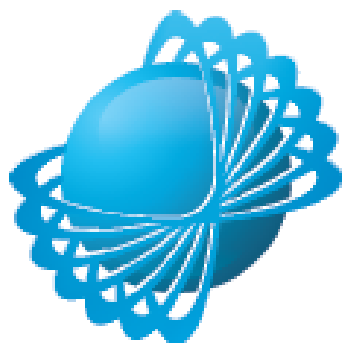
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



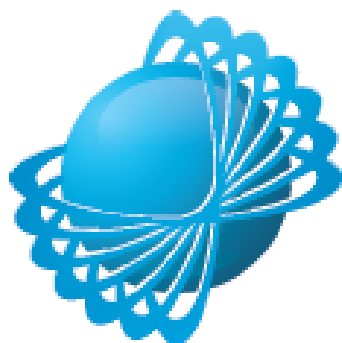
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

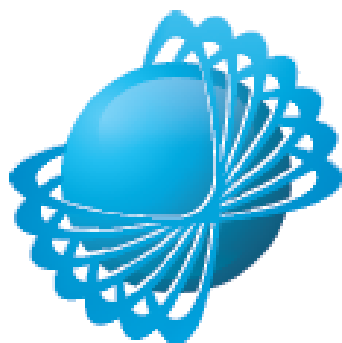


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br

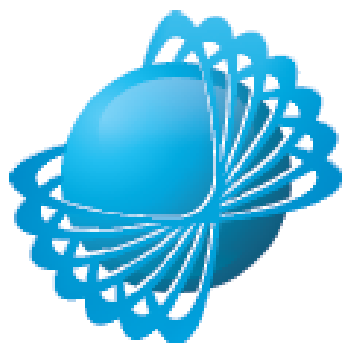


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



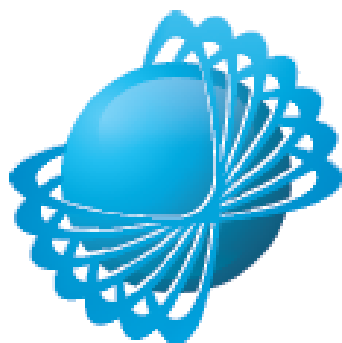
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



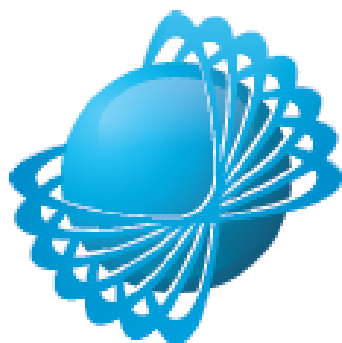
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



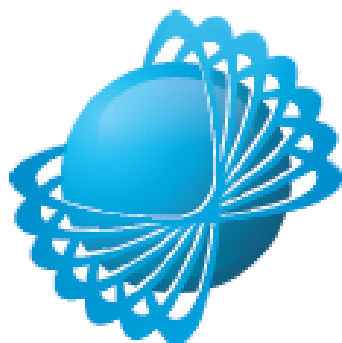
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



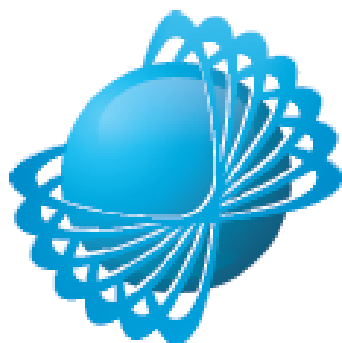
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



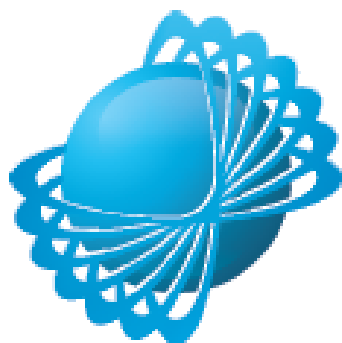
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



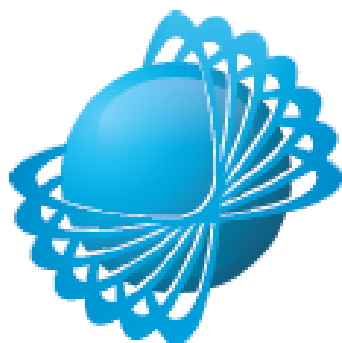
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



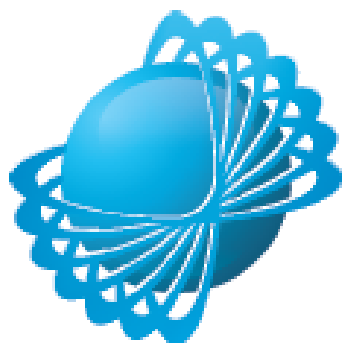
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



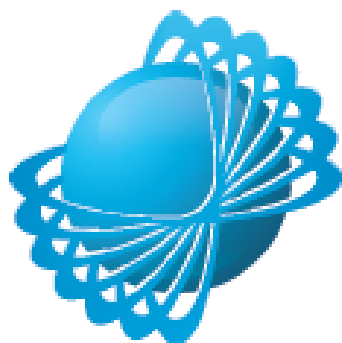
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



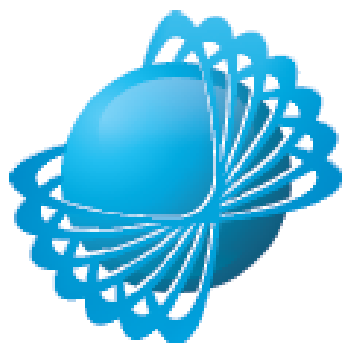
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



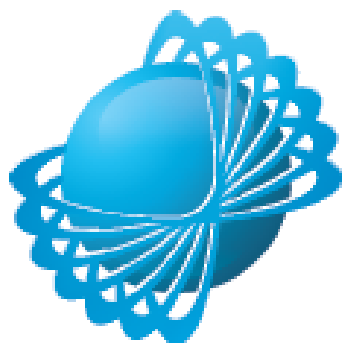
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



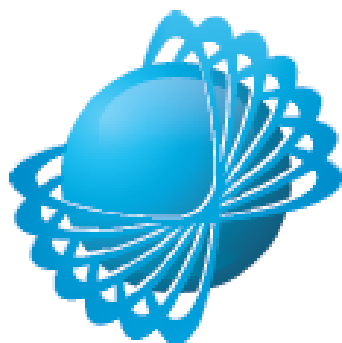
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



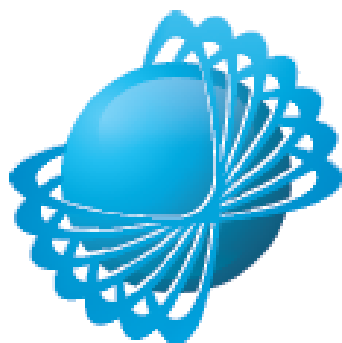
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



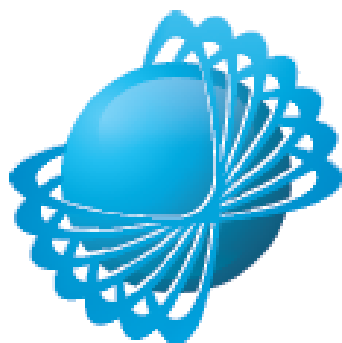
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



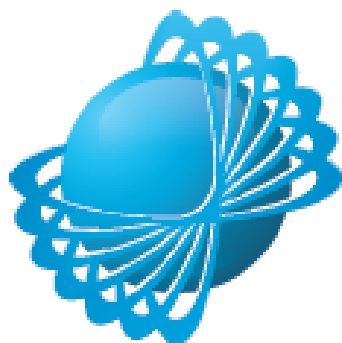
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



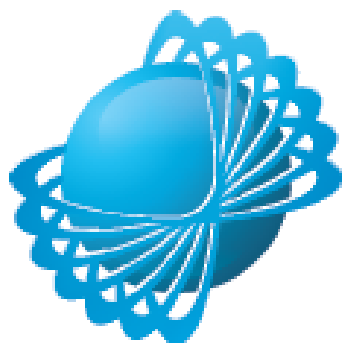
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



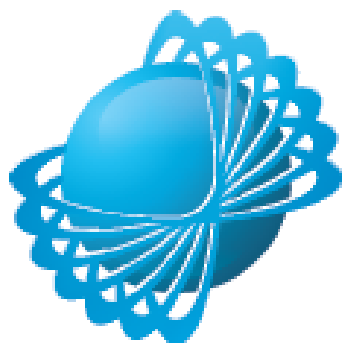
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

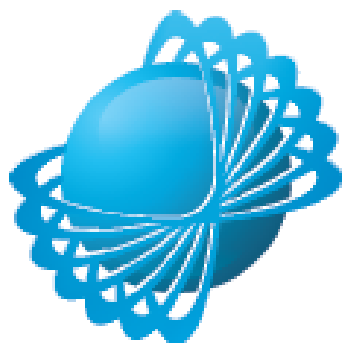


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



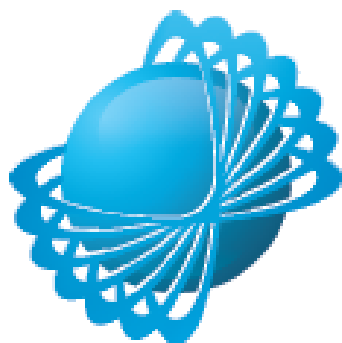
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



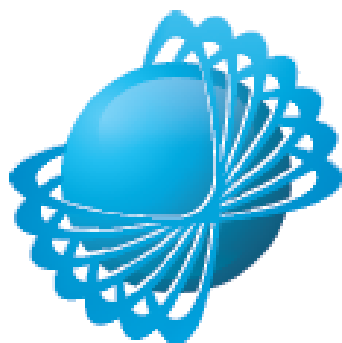
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

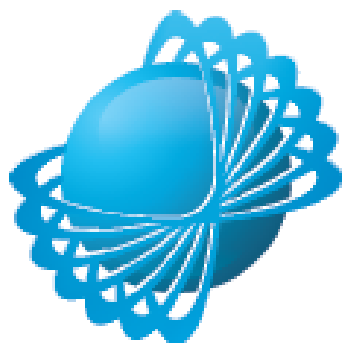


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



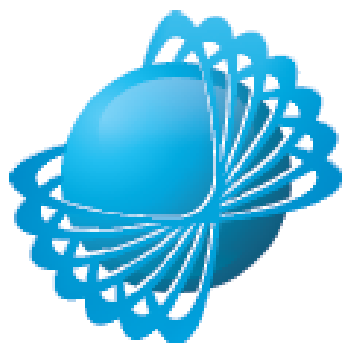
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

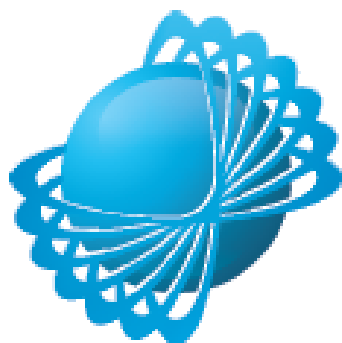


FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL
arquivo@fapeal.br



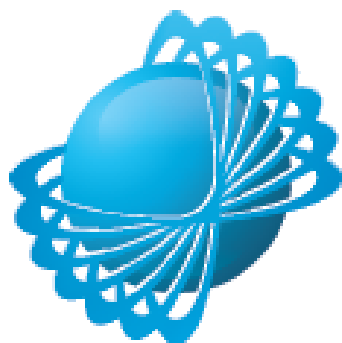
FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br



FAPEAL

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE ALAGOAS

Página não autorizada pelo
Pesquisador(a)

BDTD FAPEAL

arquivo@fapeal.br

CONCLUSÃO

De todo o exposto, buscou-se abordar o dever de mitigar os danos, instituto de origem norte-americana *duty to mitigate the loss*, como dever que se coaduna com a perspectiva civil constitucional do direito contratual brasileiro.

Em virtude da supremacia da Carta Constitucional, todo o ordenamento jurídico é construído de acordo com aquela, formando um todo homogêneo. O direito infraconstitucional é influenciado pelos ditames constitucionais, consubstanciando uma relação dinâmica e dialética. Não poderia ser diferente com o direito privado. Seja pela posição superior da Constituição, seja pela interpretação que concretiza a constituição ou pela evolução da jurisprudência, a Constituição passa a incidir nas relações privadas e a ser interpretada não somente no direito constitucional, mas nos demais ramos.

O Código Civil de 2002 veio norteado pelo reconhecimento da força social com os vetores da operabilidade, socialidade e eticidade, sendo fortemente influenciada pela ontognoseologia jurídica de Miguel Reale.

O novo diploma legal inova também em sua respectiva técnica legislativa. Ultrapassa-se o casuísmo, de origem iluminista e característico da codificação oitocentista, para a adoção intencional de tipos normativos semanticamente vagos, como um desenho pontilhado jurídico que, pelas suas aberturas, permitem a incorporação de princípios. A adoção de cláusula gerais acarretou uma significativa e positiva mudança na filosofia do novo Código.

A cláusula geral é instrumento que reforça a lembrança de que o Direito é feito para a realidade, que a solução jurídica deve ser adequada ao caso concreto e que o conteúdo semântico deste texto normativo deve estar em comunhão com os anseios sociais.

A compreensão das cláusulas gerais é um problema que somente será superado no momento da concretização da norma. A interpretação do Direito não tem outra finalidade senão a de aplicá-lo na vida, na realidade social. A atividade

dos aplicadores do Direito não se restringe a uma mera duplicação da linguagem prescritiva. Nesse contexto, a cláusula geral vem reforçar a ideia do papel criativo do juiz ao mesmo tempo que atenta para a necessidade de uma argumentação jurídica baseada em elementos racionais para fundamentação da decisão.

Esta cláusula é um texto normativo, em que o antecedente é composto por termos vagos e o consequente é indeterminado. Logo, há uma dupla indeterminação legislativa na estrutura lógica normativa, que inviabiliza a sua aplicação por uma técnica restritivamente de subsunção, silogística.

O benefício das cláusulas gerais, portanto, é a flexibilidade e a possibilidade de evolução do seu sentido, uma vez que este estará sempre em construção. É a possibilidade de acompanhamento da evolução social em conjunto com a tutela jurídica, sem necessidade de grandes esforços legislativos.

Esse mesmo benefício pode ser uma desvantagem que acarrete uma indeterminação acerca do conceito do instituto jurídico que determinada cláusula geral trate. O problema não pode ser resolvido pela exclusão dessas cláusulas do ordenamento, visto que seria um caminhar para trás de volta ao Código de 1916. Por esta razão este trabalho concluiu que a fundamentação das decisões de acordo com argumentação jurídica consistente, baseada em mais de um elemento, é a técnica essencial para superação da indefinição semântica das cláusulas gerais

Uma das cláusulas gerais protagonistas do direito civil é a cláusula geral da Boa-fé objetiva. Esta é uma cláusula geral, isto porque os textos normativos são compostos por termos vagos e não há um preceito legal estabelecido. Ao mesmo tempo em que possuem uma estrutura que se molda ao caso concreto, esta cláusula também possui um papel generalizador, formando diversos institutos. Dessa forma, por exemplo, da cláusula geral da Boa-fé do art. 422, extrai-se, entre outros, os institutos da *supressio*, da *surrectio*, da mitigação dos danos e os deveres de informação, cooperação, e outros, os quais não se limitam à natureza de deveres anexos ou laterais, como se secundários fossem. (sentido abstraído do texto jurídico do 422).

Relacionada ao *Treu und Glauben*, a Boa-fé objetiva traz em si a inspiração germânica de dever de conduta baseado na probidade e lealdade direcionada ao

outro, membro do corpo social. Nesse contexto, a conduta das partes geram expectativas legítimas e mútuas que não podem ser quebradas. Por esta razão, a Boa-fé objetiva deve ser observada por todos os polos da relação jurídica.

Baseando-se na doutrina de Paulo Lôbo e Marcos Ehrhardt Jr, conclui-se que a Boa-fé objetiva é, em verdade, um dever geral de conduta e não mero dever anexo, diante de todo o seu protagonismo e autonomia.

A Boa-fé contribui para a integridade e homogeneidade do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que reflete os fundamentos constitucionais ao direito privado. A Constituição Federal elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil em seu artigo art. 1º, III, assim como prescreve o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, art. 3º, I. O ditame do direito privado de agir proba e lealmente, considerando o seu papel para com o *alter*, nada mais é que busca pela construção de uma ordem jurídica solidária, compatibilizando os interesses individuais com os sociais, em busca do bem maior que é a pacificação social.

A boa-fé é resultado das exigências da sociedade pós-moderna, correspondendo nas relações privadas à determinação constitucional de solidariedade, funcionando mais que um vetor interpretativo da autonomia privada, mas como instrumento da dignidade da pessoa humana.

Mas não só. A Boa-fé como cláusula geral que é, permite que os valores constitucionais se movimentem dentro da relação privada, os quais balizarão a atividade do magistrado. Desta forma, ao aplicar o art. 422 do Código Civil, o juiz não possui como parâmetro apenas este diploma, a contrário, a atividade de interpretar tal artigo é ato que engloba o ordenamento jurídico como todo unitário.

A jurisprudência exercer relevante papel na delimitação do seu conteúdo, contudo fato que os magistrados, não raras vezes, não apresentam critérios materiais suficientes na fundamentação da decisão, dificultando a compreensão científica da boa-fé, gerando uma indefinição do seu conceito.

Diante deste problema, concluiu-se que o fortalecimento da argumentação jurídica é de fundamental importância para o desenvolvimento da própria Boa-fé, que tem o seu sentido construído na decisão, e para a solidificação de institutos que

dela decorrem, como a mitigação dos danos. Desta forma, quanto mais consistência for dada à argumentação na concretização de termos vagos e institutos que não estão positivados, o enfrentamento dos mesmos será mais seguro.

Além do mais, a utilização de precedentes, em casos similares, será facilitada, permitindo a previsibilidade da decisão em diversas questões que ainda estão em penumbra, como: a fixação do montante devido para indenizações e consequências decorrentes da violação a deveres gerais de conduta que não estão delineadas no texto legal, por exemplo, a sanção decorrente pelo descumprimento do dever de mitigação dos danos.

Como mais um elemento para auxiliar no estudo e superação do problema da inexistência de positivação acerca do conceito e consequências do dever de mitigar os danos, o qual deve ser interpretado de acordo com a boa-fé objetiva, analisou-se minuciosamente o artigo 77 da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG – abreviação de *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) de 1980. Esta Convenção entrou em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 1º de abril de 2014 e, interno em 17 de outubro de 2014, através da promulgação do Decreto 8.327.

A CISG possui natureza jurídica de lei ordinária, mesmo status que o Código Civil. No entanto, aquela somente é aplicada aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, ou seja, quando as partes contratantes pertencem a países diferentes ou quando a obrigação deve ser cumprida em país diferente da contratação. Por esta razão a Convenção não revoga nenhuma norma do Código Civil.

O *duty to mitigate the loss* deve ser interpretado de acordo com a boa-fé e as práticas do comércio internacional. O instituto também vem sendo aplicado pela jurisprudência no direito contratual interno. Por esta razão, mostra-se imprescindível estudar o dispositivo da Convenção, como única positivação atual do referido instituto, que por ser relativamente novo no Brasil, há 34 anos está inserido na CISG.

Segundo a jurisprudência dos países signatários da CISG, a parte somente pode invocar a aplicação do artigo 77 quando o caso estiver versando sobre

indenização por perdas e danos. Quando o seu objetivo for o cumprimento específico da obrigação ou a rescisão contratual, por exemplo, se não for cabível indenização, torna-se inviável a aplicação da consequência prevista, qual seja: a redução do valor da indenização.

A parte que requerer indenização pelo 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 a sua redução, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

No Brasil, a doutrina civilista elenca muitas possibilidades de incorporação do dever de mitigar os danos, como decorrente do abuso do direito ou da boa-fé objetiva ou, ainda, do dever de cooperação das partes.

Conclui-se que o citado dever possui autonomia quanto à obrigação principal. O dever deverá ser observado por ambas as partes, independentemente de previsão contratual. Ao longo do trabalho, viu-se as diversas possibilidades de quebra contratual realizada pelo credor ou pelo devedor. Desta forma, o dever deve ser observado pela parte que se considera lesada pela quebra contratual efetuado pelo outro polo.

O dever de mitigar os danos é um dever geral de conduta, devendo ser interpretado de acordo com a boa-fé objetiva, considerando a perspectiva civil constitucional.

De todo o dito, buscou-se elencar os principais aspectos do dever de mitigar os danos, corroborando no esclarecimento de como ele é aplicado no que concerne os contratos internacionais. O trabalho também poderá servir de base para incentivar o debate e os estudos acerca da incorporação do dever de mitigar os danos no direito contratual brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.14,p. 20-27, abr./jun., 1995.

ALEMANHA. Federal Supreme Court. Caso n. VIII ZR 121/98. 24 março 1999. Vendedor austríaco (autor) e comprador alemão (réu). Disponível em cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html. Acesso em: 20 Set 2014.

ALEMANHA. Landgericht Darmstadt. Decisão 20000509. Caso n. 10o72/00. Autor alemão (vendedor) e réu suíço (comprador). 9 maio 2000. Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html. Acesso em: 21 Set. 2014.

ALEMANHA. Oberlandesgericht Hamburg. 1U167/95. Caso 277. 28 fevereiro 1997. Disponível em: uncitral.org/clout/showdocument.do?documentUid=1500.

ALEMANHA. *Oberlandesgericht* Hamm. Caso 19U97/91. Decisão 19920922. País do vendedor: Itália (autor). País do comprador: Alemanha (réu). 6 fev 1996. Decisão disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/case/920922g1.html>. Acesso em: 20 Set. 2014.

ALEMANHA. Oberlandesgericht Köln. Decisão 19970108. Caso n. 27U58/96. 8 janeiro 1997. Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html. Acesso em: 21 Set. 2014.

ALEMANHA. Provincial Court of Appeal Braunschweig. Decisão 19991028. Caso n. 2U27/99. Vendedor alemão (autor) e comprador belga (réu). 28 outubro 1999. Disponível em: www.cisg.law.pace.edu/cases/991028g1.html. Acesso em 19 set. 2014.

ALEMANHA. Provincial Court of Appeal. Decisão 19940114. Caso n. 17U146/93. Vendedor italiano (autor) e comprador alemão (réu). 14 janeiro 1994. Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html. Acesso em 15 Set 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

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

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARONNE, Ricardo . Sistema Jurídico e Unidade Axiológica. Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 01, p. 73-114, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **RTDC: revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro. v.7. n.28. p.77-92. out./dez. 2006. P.90.

ATAÍDE JR., Jaldemiro de. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto do novo CPC**. São Paulo: Ícone, 1995.

ÁUSTRIA. Arbitral Tribunal Vienna. Decisão 19940615. Caso n. SCH-4366. Vendedor austríaco (autor) e comprador alemão (réu), 15 jun. 1994. Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html. Acesso em 20 Set. 2014.

ÁUSTRIA. Suprema Corte da Áustria (*Oberster Gerichtshof*). Decisão 19960206. Magistrado Presidente Dr. Kropfisch. País do vendedor: Alemanha (réu). País do comprador: Áustria (autor). 6 fev 1996. Decisão disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/case/960206a3.html>. Acesso em: 20 Set. 2014.

ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. P. 413-465. P. 429.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARON, Gesa: *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract Form a New Lex Mercatoria?*. **Pace Law School Institute of International Commercial law**. Arbitration International. 1999. P. 115-130.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005.

BITTENCOURT, Angela. **Contratos Internacionais Virtuais**. Revista de Derecho Informático. Acesso em 21 Set. 2014. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=564>; SOARES,

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BODIN de MORAES, Maria Celina . A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. v. 1, p. 59-73, 1991..

Brasil adere à convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. **ONU**. Disponível em: www.onu.org.br/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadoria. Acesso em: 21 Set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 309.626. 4T. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 21 Set. 2014.

CÂMERA DO COMÉRCIO EXTERIOR. Nota técnica 01/2009. Disponível em: www.camara.gov.br/sileg/integras/815192.pdf. Acesso em: 21 Set. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET Ingo(Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ed; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. P.44.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. P. 95

CASTRO Jr., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009.

CATALAN, Marcos Jorge Catalan. Considerações iniciais sobre a quebra antecipada do contrato e sua recepção pelo direito brasileiro. *In*: Mário Luiz Delgado; Jones Figuêiredo Alves. (Org.). **Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2006, v. 05, p. 381-398.

CHINA. China International Economic and Trade Arbitration Commission. CISG 1990/01. Decisão de 1990. Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/900000c1.html.

CISG. *Legislative history 1980 Vienna Diplomatic Conferenc*. 30th meeting. 31 March 1980. Disponível em: www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/link77.html. Acesso em: 13 Set. 2014.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 1. ed. 3. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.º 126, p. 115-128, 1995.

Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. Decisão 19970100. Caso n. 8786. Janeiro 1997. Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html. Acesso em: 21 Set. 2014.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no princípio da Boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008.

DEPOSITARY NOTIFICATION: UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS. **UN**. Disponível em:

www.cisg-brasil.net/doc/cn1772013.pdf. Acesso em: 21 Set. 2014.

DIDIER Jr., Fredie . Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, v. 187, p. 69-83, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOLGANOVA; Ioulia; LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. **Revista Fórum CESA**. Ano 4.n.10. p. 46-61, jan-mar.2009.

EHRHARDT JR, Marcos. **Direito Civil : LICC e Parte geral**. Volume I. Salvador: Juspodivm, 2009.

EHRHARDT JR, Marcos. **O contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade: perspectivas jurídico-constitucionais da lesão e da mudança de circunstâncias**. Maceió: UFAL, 2006.

EHRHARDT JR, Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba. N. 56. 2012. P. 141-155.

EHRHARDT JR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

EISELEN, Sieg. *Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in South Africa*. **South African Law Journal**. Lansdowne, v. 116, n.º 2, p. 323-370, 1996, p. 325.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Batista Machado. 6ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.18, p.8-32, dez./jan. 2008.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 6ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 245).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003

FRANÇA. Cour d'appel de Rennes. Caso n. 07/03098. 27 maio 2008. Vendedor italiano (autor) e comprador francês (réu). Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/080527f1.html. Acesso em 14 Set 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 3ª Edição. 2005. P. 78.

Guide to CISG article 77. Secretariat commentary. Disponível em: cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html. Acesso em: 19 Set 2014.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2002.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 2ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOFFMANN, Nathalie. *Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe*. 22Pace International Law Review. Winter 2010. P. 145-181. P.148.

HONNOLD, John. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>. Acesso em: 20 set. 2014.

HUBER, Peter. MULLIS, Alastair. **The CISG: A New Textbook For Students And Practitioners**. Munique, Germany: Sellier European Law Publishers.. 2007

HUNGARY. Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest. Case VB 97142. 25 may 1999. Vendedor húngaro (autor) e comprador austríaco (réu). Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/990525h1.html#ctoc. Acesso em: 12 Set 2014.

IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL. Arbitral Award. 370 (429-370-1). Decisão de 28 jul 1989. Disponível em: unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=38&step=fulltext. Acesso em: 20 Set 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KNAPP, Victor. Article 77. In: BIANCA, C.M; BONELL, M.J. **Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention**. Milan: Dott. A Giuffrè, 1987. P. 559-567.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2013.

KRELL, Andreas J . Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, v. 19, p. 295-320, 2014.

KRITZER, A. H. **Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Kluwer Law International (1994). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/kritzer2.html#loss>. Acesso em: 20 Set. 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. *In: Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Gustavo Tepedino (Coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LIU, Chengwei. Remedies for non-performance. Perspective from CISG; UNIDROIT principles & PECL. Setembro 2003. Disponível em: Disponível em: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html#14-5. Acesso em 19 set. 2014

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito civil. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 24 out. 2013.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamento do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

MAGNUS, Ulrich. **Action Plan for European Contract Law. European Contract Law and CISG**. Disponível em: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-35.pdf. Acesso em 22 Set. 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS- COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS- COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 03 ago.2014.

MARTINS- COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. V. 20. Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 2002. p. 211-259.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e adoção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET Ingo(Org.).**Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. v.13. n.50. p.9-35. abr./jun. 2004. P. 14.

MEYER, Rudolf. **Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechtstradition**. Göttingen: Wallstein, 1994. p. 55-57

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **O problema fundamental do conhecimento**. 2ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. P. 68.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 223.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 5-25.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 15-45.

NOGUEIRA, Pedro H. Pedrosa. DIDIER JR, Fredie. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: JusdPodivm, 2013.P.50/55

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

OFFERMANN, Jennifer. *Damages Arising or of a cover purchase within the framework of articles 74 to 77 CISG*. **10 Vindobona Journal of International Commercial law and arbitration**. 2006. Australia. P. 1-14. P.2.

OPIE, Elisabeth. **Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement** Article 77 of the CISG. Jan. 2005. Disponível em: www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html. Acesso em 19 set. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIMENTEL, Luis Otávio, ESPLUGES MOTA, Carlos; BARRAL, Welber (ORG). **Direito Internacional Privado: união européia e mercosul**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 15.

PORTUGAL. Gabinete de documentação e direito comparado. Disponível em: www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html. Acesso em: 20 set. 2014.

QUINTÃO, Mário Lúcio ; OLIVEIRA, Mateus Soares . Comercio Internacional: A Relação Das Normas Brasileiras Com As Convenções Internacionais Da OEA, ONU

e UE. In: **Conpedi- Congresso Nacional De Pós Graduação Em Dreito**, 2007, Belo Horizonte. XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte: mídia eletrônica. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. v. 16. p. 898-918.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**. n. 9. São Paulo: RT, jan./mar. 2002. p. 9-17.

RIZNIK, Peter. ***Reasonableness oft he Measures Undertaken to mitigate the loss***. University of Copenhagen. 10 nov. 2009. Disponível em: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html. Acesso em 19 set. 2014.

RÚSSIA. Tribunal Of Internacional Commercial Arbitration At Russian Federation Chamber Of Commerce And Industry. Caso n. 54/1999. Vendedor russo (réu) e comprador norte Americano (autor). 24 janeiro 2000. Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html. Acesso em 19 Set 2014.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET. Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influencia dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 13-33.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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. **Cadernos do programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS**. Vol 3. N.2. 2013. Disponível em: seer.ufgrs.br/ppgdir. Acesso em: 19 Set. 2014.

SCHÜTZ, Hebert Mendes de Araújo. Da necessidade de adesão do Brasil à convenção da ONU sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9865. Acesso em 21 set 2014.

SCHWENZER, Ingeborg. *Regional and Global Unification of Sales Law*. **European Journal of Law**. N.13. 211. P. 370-379. Disponível em: www.peacepalacelibrary.nl. Acesso em: 21 Set. 2014.

SCHWENZER, Ingeborg. Schlechtriem and Schwenger, **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. Oxford University Press. 3ed. 2010. Disponível em: www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644#Article77. Acesso em: 19 Set. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, v. , p. 115-143.

SOUZA JR, Lauro da Gama e. **Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional. Teoria e prática de uma perspectiva pós-positivista**. USP, 2004. P. 98.

SPITZ, Lidia. ARAUJO, Nadia de. O que mudou com a Convenção de Viena. *Jornal Valor Econômico*. 05 dez 2012. Disponível em: www.valor.com.br/brasil/2928448/o-que-muda-com-convencao-de-viena. Acesso em: 20 Set . 2014.

SUÍÇA. Kantonsgericht Zug. Caso A3200134. 12 dezembro 2002. Vendedor alemão (autor) e comprador suíço (réu). Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/021212s1.html. Acesso em 19 Set 2014.

SUÍÇA. Suprema Corte Federal. Caso n. 4A_68/2009. 18 maio 2009. Vendedor suíço (réu) e comprador espanhol (autor). Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/090518s1.html. Acesso em: 13 Set 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XIX.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas.**

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOBEÑAS, José Castan. **Los Derechos de la Personalidad**. Madri : Reus. 1952. P.6.

UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law. **UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010**. Rome: UNIDROIT, 2010. P. 277-278.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009. P. 37.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004.

APÊNDICE A – Lista de casos envolvendo o art. 77da CISG

1. Australia (1 caso)

Data:	20.04.2011
País:	Austrália
Número:	VID 1080 of 2010
Corte:	Federal Court of Australia
Partes:	Castel Electronics Pty. Ltd. v. Toshiba Singapore Pte. Ltd.
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1641

2. Áustria (4 casos)

Data:	09.03.2000
País:	Áustria
Número:	6 Ob 311/99z
Corte:	Oberster Gerichtshof
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=474

Data:	28.04.2000
País:	Áustria
Número:	1 Ob 292/99v
Corte:	Oberster Gerichtshof
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=481

Data:	06.02.1996
País:	Áustria
Número:	19960206
Corte:	Oberster Gerichtshof
Partes:	Unknown
Citação:	http://cisgw3.law.pace.edu/case/960206a3.html

Data:	15.06.1994
País:	Áustria
Número:	SCH-4366
Corte:	Arbitral Tribunal Vienna.
Partes:	Unknown
Citação:	cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html .

3. Bélgica (3 casos)

Data:	10.05.2004
País:	Belgium
Número:	2003/AR/2026
Corte:	Hof van Hoger Beroep, Gent
Partes:	N.V. Maes Roger, N.V. Kapa Reynolds
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1131

Data:	24.04.2006
País:	Belgium
Número:	2002/AR/2087
Corte:	Hof van Beroep, Antwerpen
Partes:	GmbH Lothringer Gunther Grosshandelsgesellschaft für Bauelemente und Holzwerkstoffe v. NV Fepco International
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1152

Data:	22.01.2007
País:	Belgium
Número:	2004/AR/1382
Corte:	Hof van Beroep, Antwerpen
Partes:	N.V. Secremo v. Helmut Papst
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1314

4. China (2 casos)

Data:	17.12.1999
País:	China
Número:	Ri Jingchuzi No.29 (1997)
Corte:	Rizhao Intermediate People's Court, Shandong Province
Partes:	--

Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1029
-----------------	---

Data:	1990
País:	China
Número:	CISG 1990/01
Corte:	Province China International Economic and Trade Arbitration Commission.
Partes:	--
Citação:	cisgw3.law.pace.edu/cases/900000c1.html .

5. França (2 casos)

Data:	12.06.2001
País:	France
Número:	
Corte:	Cour d'Appel de Colmar
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=814

Data:	27.05.2008
País:	France
Número:	07/03098
Corte:	Court d'Appel de Rennes
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1354

6. Alemanha (15 casos)

Data:	22.09.1992
País:	Germany
Número:	19 U 97/91
Corte:	Oberlandesgericht Hamm
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=52

Data:	14.01.1994
País:	Germany
Número:	17 U 146/93
Corte:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Partes:	
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=84

Data:	25.08.1994
País:	Germany
Número:	31 O 27/92
Corte:	Landgericht Düsseldorf Kammer für Handelssachen
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=150

Data:	15.09.1994
País:	Germany
Número:	52 S 247/94
Corte:	Landgericht Berlin
Partes:	Nknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=218

Data:	08.02.1995
País:	Germany
Número:	7 U 1720/94
Corte:	Oberlandesgericht München
Partes:	R. Motor s.n.c. v. M. Auto Vertriebs GmbH
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=118

Data:	12.05.1995
País:	Germany
Número:	31 C 534/94
Corte:	Amtsgericht Alsfeld
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=146

Data:	23.06.1995
País:	Germany
Número:	
Corte:	Amtsgericht München
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=147

Data:	28.02.1997
País:	Germany
Número:	1 U 167/95
Corte:	Oberlandesgericht Hamburg
Partes:	
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=291

Data:	13.03.1997
País:	Germany
Número:	2 C 22/97
Corte:	Amtsgericht Tiergarten
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=801

Data:	25.06.1997
País:	Germany
Número:	VIII ZR300/96
Corte:	Bundesgerichtshof
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=257

Data:	02.09.1998
País:	Germany
Número:	3 U 246/97
Corte:	Oberlandesgericht Celle
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=498

Data:	24.03.1999
País:	Germany
Número:	VIII ZR 121/98
Corte:	Bundesgerichtshof
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=384

Data:	09.05.2000
País:	Germany
Número:	10 O 72/00
Corte:	Landgericht Darmstadt
Partes:	
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=501

Data:	30.07.2001
País:	Germany
Número:	21 O 703/01
Corte:	Landgericht Braunschweig
Partes:	Unknown
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=86

Data:	28.10.1999
País:	Germany
Número:	2U27/99
Corte:	Provincial Court of Appeal Braunschweig.
Partes:	Unknown
Citação:	www.cisg.law.pace.edu/cases/991028g1.html .

Data:	08.01.1997
País:	Germany
Número:	27U58/96.
Corte:	Oberlandesgericht Köln
Partes:	Unknown
Citação:	cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html .

7. Holanda (1 caso)

Data:	19.07.2006
País:	Netherlands
Número:	125903 / HA ZA 05-682
Corte:	Rechtbank Arnhem
Partes:	Skoda Kovarny v. B. van Dijk Jr. Staalhandelmaatschappij B.V.
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1436

8. Polônia (1 caso)

Data:	27.01.2006
País:	Poland
Número:	III CSK 103/05
Corte:	Supreme Court of Poland
Partes:	D. B. GmbH (Germany) v C. N. H. (Poland)
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1129

9. Rússia (2 casos)

Data:	02.02.2000
País:	Russian Federation
Número:	71/1999
Corte:	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation
Partes:	--
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=877

Data:	24.01.2000
País:	Russian Federation
Número:	54/1999.
Corte:	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber
Partes:	--
Citação:	cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html .

10. Espanha (2 casos)

Data:	28.01.2000
País:	Spain
Número:	Unknown

Corte:	Tribunal Supremo
Partes:	Internationale Jute Maatschappij, BV v. Marín Palomares, SL
Citação :	http://www.unilex.info/case.cfm?id=431

Data:	02.02.2004
País:	Spain
Número :	943/2002
Corte:	Audiencia Provincial de Barcelona
Partes:	Rico S.A. - Sovena S.A
Citação :	http://www.unilex.info/case.cfm?id=431

11. Suíça (4 casos)

Data:	16.12.2009
País:	Suíça
Número :	4A 240/2009
Corte:	Bundesgericht
Partes:	--
Citação :	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1575

Data:	17.12.2009
País:	Suíça
Número :	4A_440/2009
Corte:	Bundesgericht
Partes:	--
Citação :	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1578

Data:	17.12.2009
País:	Suíça
Número :	4A_68/2009
Corte:	Bundesgericht

Partes:	--
Citação:	cisgw3.law.pace.edu/cases/090518s1.html

Data:	17.12.2009
País:	Suíça
Número:	A3200134
Corte:	Kantonsgericht Zug
Partes:	--
Citação:	cisgw3.law.pace.edu/cases/021212s1.html

12. Estados Unidos da América (2 casos)

Data:	09.09.1994
País:	USA
Número:	88-CV-1078
Corte:	U.S. District Court, N.D., New York
Partes:	Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=59

Data:	12.09.2006
País:	USA
Número:	05-13995
Corte:	U.S. Court of Appeals (11th Circuit)
Partes:	Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Technologies, Inc.
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=1136

13. Irã (1 caso)

Data:	28.07.1989
Número:	370 (429-370-1)
Corte:	Iran-United States Claims Tribunal
Partes:	Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran
Citação:	http://www.unilex.info/case.cfm?id=38

14. Hungria (1 caso)

Data:	25.05.1999
Número:	VB 97142
Corte:	Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest
Partes:	-
Citação:	cisgw3.law.pace.edu/cases/990525h1.html#ctoc .

APÊNDICE B – Ementas dos processos do STJ envolvendo o dever de mitigar os danos

1. REsp 1325862/PR

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto.

Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios.

Doutrina e precedentes do STF e do STJ.

3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalcitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador.

4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do Duty to mitigate the loss, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de

agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1325862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013)

2. HC 266.426/SC

PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. REGISTRO CIVIL EM DUPLICIDADE. NASCIMENTO ALEGADO EM DOIS PAÍSES DIVERSOS. BUSCA DA DUPLA CIDADANIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONHECIMENTO POSTERIOR DA INDEVIDA CONDUTA. CONSEQUENTE INGRESSO DE AÇÃO ANULATÓRIA PELOS ACUSADOS.

BOA-FÉ. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. AÇÃO PENAL. AFETAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Os pacientes registraram em duplicidade o nascimento do filho, em países diversos, crendo que com a conduta regularizariam a dupla cidadania do seu rebento, sendo que, ao serem posteriormente informados do caráter indevido do ato, ingressaram com uma ação anulatória de registro civil para regularizar a situação, o que trouxe ao conhecimento do órgão ministerial a quaestio e motivou a exordial acusatória.

3. Não há falar em extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição, eis que inexistiu decurso temporal superior ao previsto em lei, pois o termo inicial para a contagem do prazo é o dia em que o fato se tornou conhecido, nos termos do artigo 111, inciso IV, do Código Penal.

4. De se invocar, no caso, o cânone da boa-fé objetiva, que ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes; destacando-se, dentre os seus subprincípios, o duty to mitigate the loss.

5. Na espécie, existe manifesta ilegalidade, visto que somente se trouxe a lume o imbróglio após o ingresso da ação anulatória pelos pacientes para regularizar a situação, em franca atitude de mitigar, dentro do empenho possível e razoável, o evento danoso - duty to mitigate the loss.

6. Acura-se dos autos a ausência da afetação do bem jurídico tutelado, fé pública, ensejando, portanto, a atipicidade da conduta dos pacientes, em atenção ao princípio da ofensividade.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, reconhecendo a atipicidade da conduta, trancar a ação penal.

(HC 266.426/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013)

3. HC 171.753/GO

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA E ESTELIONATO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) TRÂNSITO EM JULGADO. VÍCIO NA CERTIFICAÇÃO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNição. IMPOSSIBILIDADE. (3) AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. ACOMPANHAMENTO POR DEFENSOR DATIVO. PROVIDÊNCIA REQUERIDA PELA DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA.

SUBSEQUENTE INSURGÊNCIA. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA: PROIBIÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. (4) RÉU PRESO EM COMARCA DISTINTA DAQUELA ONDE CORREU O PROCESSO. REQUISIÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. (5) TESTEMUNHA COMUM.

DISPENSA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA: DUTY TO MITIGATE THE LOSS. SIGNIFICATIVA LETARGIA NA ALEGAÇÃO. (6) DEFENSORA DATIVA. DEFESA INÓCUA. EXERCÍCIO DO ÔNUS DA PROVA. PATENTE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário (STF: HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012).

2. Inexistente debate acerca de certo tema - equívoco na certificação do trânsito em julgado-, mostra-se inviável a esta Corte dele tratar, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Não há falar em reconhecimento de nulidade, decorrente da realização de audiência acompanhada por defensor dativo, quando a própria defesa técnica constituída requereu a providência, dada a impossibilidade financeira de a paciente custear o transporte dos causídicos até a Comarca onde corria o processo. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do venire contra factum proprium (proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de uma tal conduta sinuosa, não é dado reconhecer-se a nulidade.

4. O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o duty to mitigate the loss. Na espécie, a serôdia insurgência, somente após a realização de diversos atos processuais, como o interrogatório, alegações finais e sentença, evidencia a consolidação da situação, sedimentando a tácita aceitação da ausência de oitiva da testemunha. Não deveria a parte insistir em marcha processual que crê irrita, sob pena de investir tempo e recursos de modo infrutífero.

5. Esta Corte consolidou o entendimento de que a ausência requisição do réu preso, inserido em cárcere localizado em foro distinto daquele em que tramita o processo, cristaliza nulidade relativa, a depender da existência de prejuízo para o seu reconhecimento. Na espécie, ausente a demonstração da situação de desvantagem, não há falar em anulação.

6. A verificação de deficiência de defesa, restrita à atuação do dativo, que apenas atuou na obtenção de um único depoimento é imprópria para a angusta via do habeas corpus. Diante das peculiaridades da colheita prova, a envolver um ônus e, não, um dever, tem-se o esvaziamento, substancial, da alegação de malferimento da ampla defesa.

7. Ordem não conhecida.

(HC 171.753/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

4. HC 137.549/RJ

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) NÃO LOCALIZAÇÃO DO CONDENADO. DILIGÊNCIAS JUNTO À RECEITA FEDERAL E CARTÓRIO ELEITORAL. ENDEREÇO PRESENTE NOS AUTOS (BOLETIM DE OCORRÊNCIA). NÚMERO DA CASA. DIVERGÊNCIA EM UM DÍGITO. (3) INSTRUÇÃO DO WRIT.

DEFICIÊNCIA. (4) PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. O devido processo legal instrumentaliza-se, em larga medida, pelo contraditório e pela ampla defesa. Tendo em vista a ocorrência de discrepância entre o endereço constante dos autos - número errado da casa - cumpriria à Defesa alertar ao juízo, a fim de evitar, como ocorrido no caso, a conversão do cumprimento de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. De mais a mais, é inviável divisar, de forma meridiana, a alegação de constrangimento, diante da instrução deficiente da ordem, na qual se deixou de coligir cópias das certidões sobre a não localização do paciente.

3. O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o duty to mitigate the loss. A bem do dever anexo de colaboração, que deve empolgar a lealdade entre as partes no processo, cumpriria ao paciente e sua Defesa informar ao juízo o endereço atualizado, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis diligências para a sua localização.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 137.549/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 20/02/2013)

5. HC 131.830/SP

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE TRABALHO.

FALSIDADE IDEOLÓGICA. ESTELIONATO CIRCUNSTANCIADO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. REJEIÇÃO. ACÓRDÃO IRRECORRÍVEL. PATENTE ILEGALIDADE AUSÊNCIA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. In casu, rejeitada exceção de suspeição, em acórdão que é irrecorrível, aviou-se o habeas corpus, não havendo afetação do bem jurídico liberdade de locomoção apta a desafiar o manejo do writ.

3. A aferição da suspeição do magistrado é tema que envolve debate de nítido colorido fático-processual, inviável de ser efetivado no seio do

mandamus. Ademais, a negativa, tout court, de se gravar a audiência não representa indicativo certo para o reconhecimento da parcialidade. Igualmente, a negativa de realização de pergunta acerca de fato, pelo magistrado, tido como incontroverso.

4. O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o duty to mitigate the loss. Na espécie, tendo em vista o caráter serôdio da impetração, aviada apenas um ano após o acórdão tido por coator, permitindo-se a realização de atos pelo juiz tido por parcial, tem-se por enfraquecido, ainda mais, o cabimento do remédio heroico.

5. Ordem não conhecida.

(HC 131.830/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

6. HC 255.744/SP

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.

NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECEPÇÃO.

FORMAÇÃO DE QUADRILHA QUALIFICADA. PACIENTE ABSOLVIDO, EM 1º GRAU, E CONDENADO, NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

FLAGRANTE PREJUÍZO PARA A DEFESA. PRECLUSÃO TEMPORAL. NÃO OCORRÊNCIA, NO CASO. MANIFESTA ILEGALIDADE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, QUANTO AO PACIENTE. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, d, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. É prerrogativa do Defensor Público a intimação pessoal da data da sessão de julgamento de recurso, nos termos dos arts. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50, 370, § 4º, do Código de Processo Penal e 128, I, da Lei Complementar 80/94, constituindo nulidade absoluta, por cerceamento do direito de defesa, a sua inobservância.

VI. Hipótese em que o paciente, impedido de exercer plenamente a sua defesa técnica, por ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública da pauta de julgamento, teve a sentença absolutória reformada, em sede de apelação, com manifesto prejuízo à defesa.

VII. Não há que se falar em preclusão temporal, in casu, de vez que, ocorrido o trânsito em julgado, para a defesa, em 05/03/2012, o paciente ingressou com o presente pedido de habeas corpus em 27/09/2012, ou seja, logo após a sua efetiva ciência do acórdão condenatório, ciência que se deu com o cumprimento do mandado prisional, em 10/08/2012, tendo em vista a nomeação da Defensoria Pública, pelo Juízo de 1º Grau, após a intimação do paciente, por edital, para constituir novo defensor, a partir das contrarrazões à apelação, interposta pelo Ministério Público, contra a sentença absolutória, quanto ao paciente.

VIII. Impõe-se, assim, a anulação do julgamento da apelação, para que outro seja realizado, mediante a prévia intimação pessoal da Defensoria Pública, caso o paciente não constitua novo advogado, determinando-se a expedição de alvará de soltura, em seu favor, uma vez restabelecida a sentença absolutória.

IX. Ordem não conhecida.

X. Habeas corpus concedido, de ofício, para anular o julgamento da Apelação Criminal 0006928-33.2007.8.26.0224, a fim de que outro seja realizado, mediante a prévia intimação pessoal da Defensoria Pública, caso o paciente não constitua novo advogado, expedindo-se alvará de soltura, em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

(HC 255.744/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 07/08/2013)

7. REsp 758.518/PR

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO.

OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a

realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

(REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010)