



DEVER DO CREDOR
DE MITIGAR AS
PERDAS

LUIZ HENRIQUE SAPIA
FRANCO

DEVER DO CREDOR DE MITIGAR AS PERDAS

DEVER DO CREDOR DE MITIGAR AS PERDAS

**LUIZ HENRIQUE SAPIA
FRANCO**

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Luiz Henrique Sapia Franco.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Tales Leon de Marco
(sobre imagem de Samuel Zeller em Unsplash)

Diagramação
Christiane Moraes de Oliveira

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

FRANCO, Luiz Henrique Sapia

Dever do credor de mitigar as perdas -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido,
2017.

Bibliografia
ISBN:978-85-8425-726-3

1. Direito. 2. Direito Civil. I. Título. II. Autor

CDU347

CDD342.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



AGRADECIMENTOS

Não posso deixar de homenagear e dedicar este trabalho aos meus pais, à minha esposa e à minha filha, luz e alegria durante os estudos, especialmente quando, do pé da escada do escritório, chamava incansavelmente pelo seu “papai” até obtê-lo; e ao meu filho, ainda nascituro quando da elaboração do texto, mas já presente em nossas vidas.

Agradeço também a meu orientador, Professor Arruda Alvim. Falar sobre sua capacidade como jurista é despreciando. Mas devo dizer que fiquei gratamente surpreso com sua imensa generosidade e disposição em ensinar. Não me esquecerei de sua força. Agradeço ainda aos Professores Rita de Cassia Curvo Leite, Everaldo Cambler, Cotrim Guimarães, Rogério Donnini, Giovanni Ettore Nanni, Renan Lotufo, Claudio de Cicco e Silvio Luis Ferreira da Rocha por todas as lições.

Agradeço ao Dr. Edgard Silveira Bueno Filho, meu mestre na advocacia, pelas inestimáveis lições profissionais e de vida.

Agradeço ao meu colega Tiago Ravazzi Ambrizzi, com quem dividi muitas dúvidas em intermináveis madrugadas no escritório, além dos amigos Arthur Brant de Carvalho, Allan de Mattos e demais colegas do Lima Gonçalves, Jambor, Rotenberg e Silveira Bueno Advogados, que su-

priram a minha ausência em diversas ocasiões. Pela ajuda nas pesquisas também não posso deixar de agradecer as minhas colegas Renata Antonelli, Bianca Gorgatti, Gisella Mendes Vieira e Luisa Pereira Mondeck.

Por fim, à minha “vó Lia”, presença serena que me faz confiar em Deus todos os dias.

ABREVIATURAS

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)
CC	Código Civil Brasileiro
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CISG	Convenção de Viena para Compra e Venda Internacional de Mercadorias
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PECL	Princípios de Direito Contratual Europeu
UCC	Uniform Commercial Code
ULIS	Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods
UNIDROIT	Instituto Internacional pela Uniformização do Direito Privado

*“Sabemos bem que toda a obra tem
que ser imperfeita, e que a menos segura
das nossas contemplações estéticas será
a daquilo que escrevemos”.*

(Fernando Pessoa, por seu heterônimo,
Bernardo Soares)

SUMÁRIO

PREFÁCIO	15
INTRODUÇÃO	19
1. EVOLUÇÃO DO DIREITO, O DIREITO PRIVADO NA ATUALIDADE E A BOA-FÉ	21
1.1. Breve esboço histórico da relação entre o Direito e os Princípios.....	21
1.2. Esboço histórico do direito privado e o seu estágio atual: as cláusulas gerais e a situação jurídica subjetiva.....	28
1.2.1. Aplicação do direito privado na atualidade.....	46
1.2.2. Princípio da solidariedade e obrigações privadas.....	53
1.3. A boa-fé.....	57
2. RESPONSABILIDADE CIVIL	71
2.1. Da punição à reparação.....	71
2.2. Era da reparação.....	74
2.3. Da reparação à prevenção: solidariedade e retorno ao <i>neminem laedere</i>	80

3. DEVER DO CREDOR DE MITIGAR AS PERDAS	93
3.1. Dever do credor de mitigar as perdas no <i>common law</i> : origem e concepção atual	93
3.1.1. Perdas e danos não mitigados pelo credor (1ª regra)	111
3.1.2. Custos e prejuízos decorrentes da mitigação (2ª regra)	120
3.1.3. Vantagens decorrentes da mitigação (3ª regra)	126
3.2. Dever do credor de mitigar as perdas na família de <i>civil law</i>	137
3.2.1. Itália	144
3.2.2. França	149
3.2.3. Alemanha	158
3.2.4. Outros sistemas	162
3.3. Dever do credor de mitigar as perdas nos Instrumentos Internacionais (CISG, UNIDROIT e PECL)	167
4. DEVER DO CREDOR DE MITIGAR AS PERDAS NO BRASIL	189
4.1. Breve introdução	189
4.2. Fundamentos para o reconhecimento do dever do <i>credor de mitigar as perdas</i>	192
4.2.1. Uma hipótese de culpa concorrente	195
4.2.2. Um problema ligado à causalidade jurídica	200
4.2.3. Uma situação de abuso de direito	209
4.3. Natureza jurídica: obrigação, dever, ônus, encargo, interesse legítimo ou potestade	223

4.4. Razoabilidade e o dever do credor de mitigar as perdas.....	235
4.5. Dever do credor de mitigar as perdas e cumprimento específico da obrigação.....	244
4.6. Ônus da prova.....	247
4.7. Prejuízos mitigados e eventuais benefícios oriundos da mitigação.....	250
4.8. Despesas e prejuízos decorrentes da atividade de mitigação.....	257
4.9. O dever de mitigar as perdas diante de uma cláusula penal.....	260
4.10. O dever de mitigar as perdas diante de uma conduta dolosa do devedor.....	263
4.11. O dever de informação e a difícil questão envolvendo a (re)contratação com a parte inadimplente.....	267
4.12. Compra e venda de mercadorias e as situações de descumprimento antecipado.....	272
4.13. Locação.....	281
4.14. Inércia processual do credor e exercício tardio do direito de ação.....	286
4.15. O dever do credor mitigar as perdas e as situações exclusivas do ser humano.....	298
4.16. Outras situações.....	308
CONCLUSÃO.....	317
BIBLIOGRAFIA.....	325

PREFÁCIO

Ficamos especialmente honrados ao recebermos o convite para prefaciar a obra que conferiu a Luiz Henrique Sapia Franco o merecido grau de mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, sob nossa orientação.

O dever do credor de mitigar as perdas é tema pouco explorado pela doutrina pátria sobre responsabilidade civil, e as referências jurisprudenciais ao tema não são suficientes para delimitar seus contornos. Daí a importância do trabalho desenvolvido de forma tão brilhante por Luiz Henrique Sapia Franco.

O livro começa com uma excelente abordagem histórica do direito privado, em que o autor esclarece as bases filosóficas necessárias para a compreensão do restante do trabalho, sobretudo no que diz respeito ao surgimento da boa-fé objetiva, considerada por Luiz Henrique o principal fundamento do dever de mitigar as perdas.

Segue-se um segundo capítulo inteiramente dedicado à responsabilidade civil e à necessidade de prevenção dos danos, assuntos que são abordados de forma correlata ao tema principal, por coerência ao objetivo da obra de traçar os limites e possibilidades do duty to mitigate the loss.

O terceiro capítulo incursiona no tema central da obra, partindo de uma visão comparativa do sistema de civil law

com o de common law, onde o instituto surgiu. Longe de ser meramente técnica ou superficial, a distinção feita pelo autor remonta às raízes e à ideologia subjacentes ao dever de mitigar as perdas em cada um dos sistemas. O autor demonstra que, apesar das divergências ideológicas com o common law, este dever existe no civil law e é pautado na boa-fé e no dever de cooperação entre as partes. Neste mesmo capítulo, o tema é abordado de forma minuciosa nos ordenamentos italiano, francês, austríaco e alemão, bem como no plano dos tratados internacionais. São também traçadas as linhas gerais sobre o assunto em outros sistemas (como o russo, o belga, o colombiano, o chileno, o peruano e o argentino).

O quarto e último capítulo discorre amplamente sobre a matéria no direito brasileiro, tratando de seus fundamentos específicos, de sua natureza jurídica, dos critérios para sua aplicabilidade, do ônus da prova e de diversas outras implicações. Ressaltam-se, neste capítulo, a oportuna análise da teoria do abuso do direito e a contextualização do dever de mitigar as perdas nas mais variadas situações de responsabilidade civil contratual e extracontratual.

A exposição é clara e objetiva, sem prejuízo da profundidade na abordagem deste instigante tema. A qualidade da pesquisa doutrinária não fez com que o autor se descurasse da análise jurisprudencial, riquíssima em todos os aspectos, inclusive no trato dos casos provenientes do direito anglo-saxão.

Além de advogado, o autor é professor assistente na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Tivemos a satisfação de constatar, durante o período de orientação, sua dedicação, abertura ao debate e capacidade de enfrentar os argumentos pertinentes ao tema tratado, atributos essenciais a um pesquisador, a nosso sentir.

De leitura agradável e compreensão acessível a todos os tipos de leitores no âmbito do direito, a obra é indispen-

sável àqueles que pretendam se debruçar sobre o estudo da responsabilidade civil.

Nossos parabéns a Luiz Henrique Sapia Franco e à editora D'Plácido, pela oportuna iniciativa de divulgar tão valorosa obra.

São Paulo, aos 5 de agosto de 2015.

Arruda Alvim

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho é o dano indenizável, especificamente a parte que poderia ser reduzida ou evitada pelo credor, após a ocorrência do ato ilícito (aqui compreendido tanto o ato ilícito extracontratual, como o inadimplemento de um contrato).

Apesar de haver lições abordando os danos evitáveis nas doutrinas clássicas italiana, francesa e alemã, foi no sistema de *common law*, de origem anglo-saxã, que o tema evoluiu com vigor e, sob a denominação *duty to mitigate the loss* (no vernáculo, literalmente, *dever de mitigar as perdas*), se tornou instituto nuclear, com aplicações e implicações dificilmente imagináveis.

No Brasil, com exceção da CISG e das regras do Código Civil que regulam o contrato de seguro, não há previsão expressa impondo ao credor um *dever de mitigar as perdas*. Cuidando especificamente do assunto, tem-se conhecimento de obra única publicada, do autor Christian Sahb Batista Lopes, intitulada “Mitigação dos Prejuízos no direito contratual”. Trata-se da tese de doutoramento do autor, publicada no ano de 2013. Como logo se vê, porém, além de ser única, a obra está restrita ao campo dos contratos.

Ainda assim, é frequente a aplicação dessa figura nos tribunais, o que tem estimulado a produção de artigos sobre o tema. O ponto de partida de todo esse movimento deve

ser atribuído ao estudo pioneiro de Vera Maria Jacob de Fradera, intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”, apresentado à III Jornada de Direito Civil. Fradera defende a recepção do instituto pelo ordenamento brasileiro, concluindo que a sua aplicação pode ter fundamento na proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), no abuso do direito ou, ainda, de forma geral, na invocação do princípio da boa-fé objetiva.

Os artigos científicos subsequentes concluem pela possibilidade de aplicação do dever do credor de mitigar as perdas de forma semelhante à preconizada por Fradera. Nesse sentido, por exemplo, os trabalhos de Flávio Tartuce, Fernanda Scaletsky, Felipe Antunes, Alessandra Peixoto, Cristiano Zanetti, Freddie Didier Jr., Salomão Viana e Pablo Stolze. Algumas obras jurídicas também abordaram o instituto, como os livros de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, José Roberto de Castro Neves e Thiago Luís Sombra.

Não obstante tenham o mérito enorme de fomentar a discussão e ampliar o conhecimento do instituto, esses artigos e as passagens contidas em manuais ou obras mais amplas, em razão do próprio escopo e do reduzido espaço, se limitam a determinados aspectos.

Daí, então, a necessidade de analisar o dever do credor de mitigar as perdas como conformado pelo direito comum, sob a designação *duty to mitigate the loss* (com as suas três regras corolárias), bem assim por países de *civil law* e instrumentos internacionais, *vis à vis* a legislação brasileira, buscando responder as seguintes indagações: (i) qual o fundamento jurídico para sua aplicação, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro; (ii) qual a sua natureza jurídica; e (iii) como e em quais situações deve ser aplicado no Brasil.

É o que se passa a fazer, com a intenção de fomentar o debate em torno dessa nova ferramenta na busca pela prevenção de danos.

EVOLUÇÃO DO DIREITO, O DIREITO PRIVADO NA ATUALIDADE E A BOA-FÉ

1

1.1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E OS PRINCÍPIOS

“O Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes”¹.

Ao longo dos tempos doutrinadores divergiram (e ainda divergem) acerca do que é o direito, qual o seu conceito, do que é composto – ou do que deveria ser composto – e qual seriam o papel e a importância da ética, da moral e da justiça.

E se hoje é absolutamente natural aceitar que os princípios são peças fundamentais ou, na definição de renomados doutrinadores, são “normas-chave de todo o sistema jurídico”², “super-fontes”³, “mandamentos nucleares de um sistema”⁴, nem sempre foi assim.

¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 257.

³ FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín Arce y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 55.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230.

Os naturalistas foram os primeiros a delinear algo próximo daquilo que entendemos como princípio de direito.⁵ Para São Tomas de Aquino a *lei natural* seria a própria lei de Deus, eterna, enquanto aplicada à natureza humana. À lei positiva caberia ser uma derivação da natural, sob pena de ser falsa.⁶

Mas essas leis naturais, mesmo com o mérito enorme de realizar no *ser* a síntese dos valores humanos, representavam uma categoria muito mais informativa, servindo como inspiração e meio de valoração da norma positivada. Acabavam limitadas ao plano abstrato, sendo, quando muito, fontes subsidiárias para o julgamento.

Com o surgimento do positivismo – que teve em Augusto Comte a sua principal figura criadora⁷ –, os princípios perderiam praticamente toda a sua utilidade. Augusto Comte idealizaria a chamada *lei dos três estados*, segundo a qual todas as concepções humanas passariam pelos estados do teológico, do metafísico e do positivo, sendo essa ordem pautada por um critério de desenvolvimento crescente, onde o primeiro estado (teológico) seria o mais primitivo e o último (positivo) o mais sofisticado. Esse estado positivo deveria ser buscado por meio de experiências e observações realizadas na natureza (linha de pensamento que seria denominada *empirismo*), de modo que o sobrenatural e a crença em qualquer lei ou ser superior deveriam ser rechaçados.

⁵ Na filosofia o termo Princípio é utilizado desde a Grécia Antiga, por filósofos como Anaximandro, Platão e Aristóteles, sempre com o significado de ponto de partida do ser, do devir ou do conhecer (Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 792).

⁶ CICCO, Claudio de. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 111.

⁷ Note-se que para Bobbio, John Austin, doutrinador inglês, seria “considerado o fundador do positivismo jurídico propriamente dito” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995).

Augusto Comte nasceu no final do século XVIII, após e durante uma série de descobertas que fizeram o ser humano *repensar* a sua relação com a natureza e o divino. Isaac Newton (1642-1727) descrevia a lei da gravitação universal e as três leis que fundamentaram a mecânica clássica, sendo responsável por demonstrar que os movimentos de objetos, tanto na Terra como em outros corpos celestes, são governados por um conjunto de leis. Darwin, contemporâneo de Comte, publicaria sua tese acerca da seleção natural em 1859. Essa revolução científica difundia a noção de que a investigação racional seria capaz de revelar o funcionamento dos fenômenos, sem a necessidade de relegar o desconhecido a um Deus ou a leis divinas, destituídas de explicação lógica.

Portanto, não por coincidência, a rejeição aos dogmas da metafísica e o culto ao empirismo foram as bandeiras levantadas pelos integrantes do Círculo de Viena, nome dado ao grupo de filósofos que se reuniam na universidade austríaca, entre 1922 e 1936. Esses pensadores aceitavam como *ciência* somente o estudo não subjetivo e experimental. O direito era estudado com outras ciências, especialmente a sociologia.

Foi então que surgiu Hans Kelsen e a “Teoria Pura do Direito”. Como se sabe, o autor defendeu o estudo das normas livre de influência interpretativa em sentido político, social ou qualquer outro curso cognitivo humano. Dessa forma, Kelsen conferiu um *objeto* ao estudo do Direito (a norma), desvinculando-o de outras ciências.

No sistema proposto por Kelsen, que deveria prescindir, na maior medida possível, de elementos subjetivos, a análise valorativa ficaria a cargo de outras ciências, sendo prática anterior à norma posta pelo legislador. Instituída a regra, de acordo com os critérios de validade e eficácia⁸, ao intérprete

⁸ No caso de Kelsen, suficiente uma eficácia *mínima*.

(e aqui se entenda o juiz) caberia apenas o seu estrito cumprimento. O direito posto valeria mesmo se fosse *injusto*.⁹

Ao se deparar com um chamado *caso difícil*, assim compreendido aquele em que a decisão não emerge clara da regra positivada, o juiz estaria autorizado a julgar com *discricionariedade*, ou seja, com base em elementos *extrajurídicos*. O positivista inglês Hart, outro expoente do movimento positivista, é incisivo ao afirmar que o juiz, diante de um caso difícil, deve decidir “de acordo com suas próprias convicções e valores”, seguindo “padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes”.¹⁰

As lições de Kelsen contribuíram enormemente para a evolução, compreensão e a conformação do Direito, especialmente nos países de *civil law*.

Mas, após a Segunda Grande Guerra, quando os nazistas lançaram mão do sistema jurídico positivista para fundamentar o regime totalitário¹¹, a *velha* preocupação em incorporar ao Direito valores morais, especialmente

⁹ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 352.

¹¹ Sempre ponderando a interpretação conveniente e, até mesmo, a desvirtuação de ensinamentos promovida pelos nazistas, supedaneados pelo jurista Karl Schimidt. Marcelo Neves observa que uma teoria principiológica, baseada no desenvolvimento do povo alemão, na sua história universal como realização do espírito geral, seria até mesmo mais adequada aos fins do nazismo do que uma teoria formalista, sendo sintomático nesse aspecto o afastamento de juristas positivistas, dentre os quais Hans Kelsen, de suas cátedras (NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 173). Bastante revelador desse momento histórico é o relato contido na *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignacio Coelho Mendes Neto. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

universais, ganhou fôlego. Esse processo de mudança teria início com os textos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Constituição italiana (1947) e, especialmente, da Constituição alemã (1949), todas contendo previsão expressa da dignidade da pessoa humana.¹²

Surgida quatro anos depois da Guerra, a Constituição de Bonn, como foi chamada a Constituição Alemã de 1949, preocupou-se com a garantia dos direitos fundamentais a ponto do artigo primeiro estabelecer que a dignidade do homem é intangível, sendo obrigação de todos os poderes estatais respeitá-la e protegê-la. O texto exerceu forte influência fora das fronteiras, como fica evidente nas constituições portuguesa, de 1976 e espanhola, de 1978.

Mas essa inserção de valores e princípios nos textos constitucionais, inclusive no que tange à dignidade da pessoa humana, carecia de uma *utilidade jurídica* real. Como assevera Willis Santiago Guerra Filho, “de nada adianta se ter direitos declarados sem que se tenha a necessária proteção contra ameaças e violações desses direitos”.¹³

Daí porque, associado ao processo de evolução dos textos constitucionais, desenvolveram-se novos métodos e formas de interpretar e aplicar as normas jurídicas. Essas novas teorias promoveram uma mudança de paradigma na teoria geral do direito.

Nos Estados Unidos, Dworkin criticou a concepção positivista. Concentrando-se basicamente nas ideias de

¹² Note-se que a Constituição de Weimar, de 1919, serviu de verdadeiro modelo, pois a ela se deve a constitucionalização dos direitos sociais e da economia. Porém, diante dos abusos cometidos durante sua vigência, a nova constituição acabou sendo ainda mais protetora dos direitos fundamentais.

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade Humana, Princípio da Proporcionalidade e Teoria dos Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge e MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Coord.), *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 309.

Hart, seu antecessor na cátedra da Universidade de Oxford, Dworkin desenvolveu o que ele mesmo convencionou chamar *teoria interpretativa do direito*. O autor defendeu que o sistema não é formado apenas por regras, mas também por princípios, que se diferenciam por serem dotados de uma *dimensão de peso*. Além disso, criticou duramente a discricionariedade contida na tese de Hart, afirmando que o intérprete deve buscar a solução correta, o melhor julgamento para o caso concreto. Nos casos difíceis, o juiz deverá lançar mão de princípios jurídicos para encontrar essa solução e fundamentar a decisão.

Na Europa destacaram-se Radbruch e Alexy. O primeiro, que deixou o positivismo justamente após a Segunda Grande Guerra, sustentou que a lei positivada pode ser afastada pelo juiz, em nome da justiça, quando a contradição atingir um grau tão insustentável que a lei, como direito incorreto, deva ceder lugar à justiça.

Por sua vez, Alexy afirmou que os princípios, como *mandamentos de otimização*, seriam normas que admitem ponderação e ordenam que “algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas” – ao contrário das regras, por ele designadas de mandamentos definitivos, que ordenam, proíbem ou permitem de forma definitiva.¹⁴ Sua tese, publicada no Brasil sob o título *Teoria dos Direitos Fundamentais*, continua exercendo forte influência nos dias atuais.

Essa maior importância conferida aos princípios, especialmente o seu reconhecimento como *normas jurídicas*, inaugurou uma nova fase na teoria geral do direito, por muitos denominada pós-positivista¹⁵.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 85.

¹⁵ Apesar de muitos autores depositarem em Crisafulli a precursoriedade do pensamento pós-positivista, com base em ensinamentos escritos em 1952, parece estar correto Limongi França, que demonstra ser

Como observa Luis Roberto Barroso, a atribuição de normatividade aos princípios é um dos elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Nas palavras do autor “os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”.¹⁶

Essa evolução permitiu atribuir três precípuas funções aos princípios: a) são norteadores da legislação, da interpretação e aplicação das regras; b) são fontes normativas subsidiárias; e c) possuem função normativa própria.

Como norteadores da legislação, os princípios integram o ordenamento jurídico como fundamentos da lei, supralegais e superiores, contra os quais nem o legislador poderá legislar sem que incorra em lei ilegítima. Norteiam a legislação, sendo gerais e fundamentais, mas também orientando a interpretação e a aplicação do direito. Nesse segundo instante, os princípios subsumidos do conjunto normativo – estando expressos ou não – servem como balizadores da interpretação sistemática, lógica e teleológica da norma. Assim, o princípio participa do processo produtor do direito e “vincula o entendimento e a boa aplicação seja dos simples atos normativos, seja dos próprios mandamentos constitucionais”.¹⁷

Barassi o primeiro autor a tratar o tema desta forma, em 1914: “Por isso, diante do Código Italiano de 1865, disse Barassi aquilo que autores de outros países poderiam dizer sobre os respectivos ordenamentos: ‘Siamo dunque in pieno diritto: i principii generali (malgrado il nome) non sono regole astrate... ma vere norme, con carattere imperativo’” (FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios Gerais de Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 145). De qualquer modo, a partir do final da II Grande Guerra esse tema ganha destaque.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204.

¹⁷ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 13ª ed. São Paulo; 1999, p. 33.

O dever do credor de mitigar as perdas é tema pouquíssimo explorado pela doutrina pátria sobre responsabilidade civil, e as referências jurisprudenciais ao tema não são suficientes para delimitar seus contornos. Daí a importância do trabalho desenvolvido de forma tão brilhante por Luiz Henrique Sapia Franco.

A exposição é clara e objetiva, sem prejuízo da profundidade na abordagem deste instigante tema. A qualidade da pesquisa doutrinária não fez com que o autor se descurasse da análise jurisprudencial, riquíssima em todos os aspectos, inclusive no trato dos casos provenientes do direito anglossaxão.

De leitura agradável e compreensão acessível a todos os tipos de leitores no âmbito do direito, a obra é indispensável àqueles que pretendam se debruçar sobre o estudo da responsabilidade civil.

Trechos do Prefácio do Professor Arruda Alvim.

