



**O DEVER DE MITIGAÇÃO
DE PERDAS EM CONTRATOS
DE COMPRA E VENDA
INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS**

*Guilherme Stadler Penteado
Frederico Eduardo Zenedin Glitz*



O DEVER DE MITIGAÇÃO DE PERDAS EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

DUTY TO MITIGATE THE LOSS IN CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Guilherme Stadler Penteado¹

Frederico Eduardo Zenedin Glitz²

RESUMO: Este artigo comparou o dever de mitigar danos sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro com o *duty to mitigate the loss* da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG), que opera por debaixo do *princípio da interpretação uniforme*, que é, na prática, uma tentativa de utilizar a mesma interpretação de quaisquer conceitos da CISG onde quer que esta seja utilizada, de modo que aplicar o conceito nacional símile em situações onde aplica-se a CISG, ou vice-versa, é desfavorável. Após esmiuçados os dois conceitos supracitados, e depois de analisar julgados brasileiros onde aplicados, ficaram escancaradas as diferenças entre os dois e, apesar do singelo número de decisões encontradas por intermédio de criteriosa busca, notou-se grave confusão entre o conceito nacional e o internacional do *duty to mitigate the loss*, botando em xeque a devida aplicação da CISG.

PALAVRAS-CHAVE: CISG; compra e venda internacional; dever de mitigar a própria perda; interpretação uniforme.

ABSTRACT: This article compared the duty to mitigate the loss under the Brazilian body of law with the same concept from the 1980 United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG), which functions under the principle of uniform interpretation, which is, in practice, an attempt to utilize the same interpretation of the CISG concepts wherever it is used, so that using the similar national concept on situations where the CISG applies, or vice-versa, is unfavorable. After the break down of both aforementioned concepts, and after analyzing Brazilian decisions where those were applied, the differences between them became wide open, and despite the small number of decisions found under

1 Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-graduado em Direito Contratual pelo Centro Universitário Curitiba. E-mail: guilherme@megerpenteado.adv.br.

2 Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2011). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2005). Especialista em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná (2002). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Professor titular da UNOCHAPECÓ e da UNICURITIBA. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNOCHAPECÓ. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e Processo Civil. do curso de Especialização em Direito de família; do curso de Especialização em Imobiliário e do curso de Especialização em Direito Contratual do UNICURITIBA. Membro do Conselho Editorial de vários periódicos especializados nacionais e internacionais. Autor de diversos livros e artigos especializados, publicados no Brasil e no exterior. Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP) e da Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAMEDIARB). Atualmente desenvolve pesquisas nos seguintes temas: cidadania, atores internacionais, atores privados e regulação internacional, contratos internacionais. E-mail: Frederico@fredericoglitz.adv.br



careful search, it was noted a severe confusion between the Brazilian national and international concepts of the duty to mitigate the loss, threatening the accurate use of the CISG.

KEYWORDS: CISG; international sale of goods; duty to mitigate the loss; uniform interpretation.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 OS DOIS CONCEITOS; 2.1 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS SOB O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 2.2 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS DA CISG; 3 ANÁLISE DE CASOS JULGADOS POR CORTES BRASILEIRAS; 3.1 A INTERPRETAÇÃO GAÚCHA; 3.2 A INTERPRETAÇÃO PAULISTA; CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo a análise das decisões prolatadas por Tribunais brasileiros em que foi aplicado o instituto do *duty to mitigate the loss* a litígios cujo mérito versava sobre contratos não-consumeristas de compra e venda de bens móveis. Este recorte se justifica, de início, pela tentativa de comparação entre a forma de abordagem da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias (“Convenção”; ou “CISG”, abreviatura do título inglês do instrumento legal – ambas as terminologias utilizadas ao longo deste artigo) e a jurisprudência brasileira.

Embora enxuta a quantia de acórdãos que se encaixam neste estreito rol de requisitos, sua análise crítica é necessária, vez que, em abril de 2014, ingressou no ordenamento jurídico do Brasil a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980.

Para que atinja seu plano máximo de unificação, é imprescindível a aplicação uniforme dos dispositivos da CISG em todos os Estados signatários. Em nossa nação, não pode ser diferente. É justamente isso que justifica a compreensão da aplicação do instituto, ainda que em contratos nacionais e a verificação de eventual variação à brasileira de seu entendimento.

A escolha pelo tema “*duty to mitigate the loss*”, que é a imposição ao credor de uma atribuição de evitar o agravamento de seus próprios prejuízos, ocorreu porque é instituto já introduzido no Brasil em 2004 por Vera Jacob de Fradera (2004), por meio do artigo “*Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?*”, em que foi traçada a primeira tentativa de incorporar, no sistema brasileiro de normas legais, as noções do tema aqui abordado.

A empreitada foi bem-sucedida e, eventualmente, solidificada por meio do Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil: “*Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*”.

Não só isso, mas há também um precedente do Superior Tribunal de Justiça que utiliza o conceito na resolução do Recurso Especial nº 758.518³, o que serviu para fomentar ainda mais a discussão iniciada outrora.

3 < <http://bit.ly/2cTnJgL>>. Acesso em agosto de 2016.

Diante desta já antiga discussão sobre o conceito, a introdução da CISG causa um interessante fenômeno: o mesmo termo, “*duty to mitigate the loss*”, passa a ter dois significados quando usado no Brasil.

De um lado, é aquele nacional, derivado do artigo 422 do Código Civil Brasileiro (CCB). Mas, quando se trata de um contrato internacional de compra e venda de mercadorias, muda por completo toda a heurística a ser utilizada para resolução do litígio, pois a base passa a ser a Convenção de Viena e toda a carga teórica e jurisprudencial que vem por trás dela. Então, para evitar que o jurista brasileiro aplique o *duty to mitigate the loss* “brasileiro” aos casos onde a lei de mérito é a Convenção, este trabalho intenciona diferenciar aquilo que se produziu até então no Brasil daquilo que entrou em vigor em 2014, junto com a CISG.

O método foi analisar as decisões já prolatadas por nossos Tribunais e compará-las com uma gama de trabalhos acadêmicos realizados por alguns países signatários ao longo dos 35 anos em que a Convenção existe.

Para chegar a tais decisões, foi usado dos sistemas de buscas fornecidos por alguns dos Tribunais de Justiça brasileiros, em que foi feita a busca por meio de dois verbetes: “*duty to mitigate the loss*” e “dever de mitigar os danos”, sempre procurando utilizar pequenas variações destas mesmas duas orações, e abusando dos recursos dos respectivos buscadores para potencializar os resultados. O período de busca foi de 2004, termo inicial escolhido por ter sido neste ano que Fradera publicou seu artigo supracitado, até agosto de 2016, mês em que foi finalizada esta versão do artigo.

A pesquisa foi feita em sete locais: o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, e os Tribunais de Justiça de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Paraná. Os dois de última instância foram escolhidos por razões óbvias de uniformização de jurisprudência, os outros cinco porque, segundo o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior⁴, apresentaram altos índices de exportação no ano de 2015, indicativo de serem os Tribunais destes estados bons candidatos a terem julgado alguma ação cujo mérito envolva a CISG.

Nas buscas, também foi utilizado o verbete “Enunciado nº 169”, em diversas formas, empreitada de veras inexitosa, porque não raro os julgadores usam a redação “enunciado da súmula nº 169 do Superior Tribunal de Justiça”, frase captada pelos algoritmos de busca e que nada tem a ver com o Enunciado em comento neste trabalho.

Através deste método, centenas de decisões foram encontradas, mas tão somente duas tratam do dever de mitigar os danos em contratos de compra e venda de mercadorias. Coincidentemente, estas duas decisões constam em páginas da *internet* cuja função é indexar decisões de cortes de Estados e tribunais arbitrais referentes à CISG, tal como na *database* da Universidade de Pace⁵, no UNILEX⁶, no

4 Os dados consolidados da Balança Comercial Brasileira estão disponíveis em: <<http://www.mdic.gov.br/>>. Acesso em agosto de 2016.

5 <<http://cisgw3.law.pace.edu/#cases>>. Acesso em agosto de 2016.

6 <<http://www.unilex.info/>>. Acesso em agosto de 2016.



CLOUT⁷ e no CISG-Online⁸. Também constam no *site* brasileiro CISG-Brasil.⁹

Cabe apontar que, nestes *sites*, também são encontradas outras decisões proferidas por cortes brasileiras, que abordaram algum aspecto da CISG. Estas decisões não serão estudadas aqui, pelo mero fato de não tratarem do *duty to mitigate the loss*.

O pequeníssimo rol de casos não deve desmotivar o leitor, eis que, ainda que poucos, já é possível extrair destes dois casos situações que chamam a atenção, pois foram cometidos erros que não devem ser repetidos.

Quanto à estrutura, em um primeiro momento, no capítulo “Os dois conceitos”, tratamos do *duty to mitigate the loss* em suas duas maneiras de ser – sua faceta nacional, conforme incorporado em nosso ordenamento após os esforços de estudiosos, e depois, nos enveredamos pelo conceito da CISG – portanto internacional – do dever de mitigar os danos, já fazendo uma análise crítica e apontando diferenças para com a versão brasileira do instituto.

A intenção é introduzir o instituto do *duty to mitigate the loss* ao leitor que se depara com o tema pela primeira vez, ou refrescar a memória de quem já o conhece, a fim de tornar mais clara a leitura e análise do próximo capítulo, “Os casos brasileiros”, composto por dois subcapítulos, cada um dedicado a uma das duas decisões que encontramos usando o método acima descrito.

Com este método de pesquisa, e com esta estruturação, procuramos verificar se há risco de o conceito de *duty to mitigate the loss* até então usado no Brasil pode representar algum risco para a justa aplicação da CISG.

2 OS DOIS CONCEITOS

O primeiro passo num trabalho que aborda duas mesmas vertentes acerca de um assunto é diferenciá-las. É o que faremos neste capítulo, a começar pelo *duty to mitigate the loss* como abordado pelos estudiosos brasileiros.

O leitor deve manter em mente que, no cenário nacional, o dever de mitigar as próprias perdas é aplicado tanto a obrigações derivadas de contrato quanto a casos de responsabilidade civil aquiliana.

Além disso, uma ressalva deve ser feita no sentido de que a comparação do conteúdo da CISG com conceitos de uma nação não é nada incentivada. Ao contrário, como ensinam Huber e Mullis (2007, p. 7), “*deve ser dado um ‘significado-CISG’, baseado na estrutura e nas políticas subjacentes da Convenção bem como no histórico de seu esboço e negociação*”.

7 < <http://www.uncitral.org/clout/index.jsp> >. Acesso em agosto de 2016.

8 < <http://globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=28> >. Acesso em agosto de 2016.

9 < <http://www.cisg-brasil.net/casos> >. Acesso em agosto de 2016.



2.1 O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* SOB O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando se trata do tema central deste artigo, a grande maioria dos trabalhos feitos, ao menos aqueles que tivemos a oportunidade de pesquisar, se dignam a responder às seguintes perguntas, de maneira sucessiva: é necessário incorporar no direito brasileiro tal imposição ao credor? Se sim, sob quais fundamentos?

A precursora Vera Jacob de Fradera, que bem analisa o *duty to mitigate the loss* da CISG, discorre sobre o tema com base não só na própria Convenção, mas também na doutrina europeia. Como consequência, vê como fundamentos deste encargo imposto ao credor a boa-fé objetiva e também o *venire contra factum proprium* (2004).

Fradera (2004) vê como um *dever acessório* a não-inércia do credor diante de prejuízo. Este dever não é exequível e é baseado nos conceitos de *Obliegenheit* do Direito alemão (todo o rol de “*obrigações anexas, os ônus ou incumbências e os deveres para consigo mesmo*”, ou seja, “*obrigações de pequeno porte*”) e de *incombance*, do Direito suíço, também utilizado pela jurisprudência francesa (“*cujo sentido é o de pesar, onerar*”, uma “*incumbência*”).

Ambos são derivados da boa-fé objetiva, podendo ser esta o fulcro do *duty to mitigate the loss* também no Brasil, pois nosso Código Civil exige dos contratantes, em seu artigo 422, uma postura condizente com a boa-fé.¹⁰ Então, a boa-fé objetiva daria às partes o dever de sempre interpretar o contrato de maneira cooperativa, sendo corolário desta prerrogativa a tomada de medidas necessárias para, dentre outros, diminuir o próprio dano.

A autora segue afirmando que, “*No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral, permite um tratamento individualizado de cada caso*” (FRADERA, 2004), tal como acontece na CISG (HUBER; MULLIS, 2007, p.90). O fato de todos os países envolvidos na construção do raciocínio da autora serem de *civil law* só facilitaria a incorporação.

Continua Fradera (2004) afirmando que a violação da boa-fé objetiva é, também, um abuso de direito. Mais precisamente, não tomar medidas para mitigar os danos é caso de *venire contra factum proprium*, onde os atos (ou a falta de atos) do titular de um direito são diretamente contrários ao conteúdo deste direito invocado. Logo, seria contraditório – e então vedado, por ferir a boa-fé objetiva – ficar inerte diante de prejuízos e, posteriormente, requerer indenização.

Flávio Tartuce (2005), por sua vez, alinha-se com Fradera:

[...] *duty to mitigate the loss* “representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e decorrente do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do nCC [Código Civil de 2002]” [...] “mesmo se assim não fosse a responsabilidade objetiva estaria configurada pela presença do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil em vigor [...]” (TARTUCE, 2005)

¹⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Alinham-se à esta ideia Frederico Glitz e Felipe Strassacapa (2017), os quais afirmam, sem margem para dúvida, que o *duty to mitigate the loss* “se relaciona diretamente com o princípio da boa-fé objetiva, mais especificamente com o dever anexo da cooperação”. (GLITZ; STRASSACAPA, 2017, p. 271).

Já Fernanda Sirotsky Scaletsky (2013) considera que a melhor maneira de recepcionar o instituto seria aplica-lo com o máximo de similaridades possíveis com a maneira que é usado quando operado sob a CISG.

Por este motivo, a autora também vê a boa-fé objetiva como a melhor maneira de agregar o *duty to mitigate the loss*, fundamento usado pela Convenção, sendo possível observá-lo como “um dever acessório advindo da boa-fé objetiva, tendo em vista que o legislador civil brasileiro adota uma concepção cooperativa do contrato”, concepção esta que “advém diretamente da boa-fé objetiva”. (SCALETSKY, 2013).

A boa-fé seria o melhor caminho, segundo a autora, também por ter sido essa a base usada pelo Superior Tribunal de Justiça quando julgou um Recurso Especial onde se versava sobre o dever de mitigar danos.¹¹ Quanto às consequências, da mesma forma que ensina Fradera (2004), Scaletsky (2013) afirma que a adoção de medidas razoáveis permite o reembolso das mesmas; e a não-adoção acarreta diminuição do valor da indenização. Ainda vai mais longe, ao dizer que a boa-fé objetiva também faz surgir o encargo de evitar o dano – não apenas mitigá-lo, traçando raciocínio que não é estranho aos trabalhos internacionais.¹² Então, o *duty to mitigate the loss* seria estendido, também, ao inadimplemento antecipado.¹³

Daniel Pires Novais Dias (2011), por outro lado, não acredita ser possível recepcionar o *duty to mitigate the loss* sob o viés do abuso de direito (aí incluso o *venire contra factum proprium*), pois não vê na inércia do credor em prejuízo “a aptidão para gerar no ofensor a confiança de que ela [a vítima] não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos”, e também entende que este fenômeno de incorporação não cria no ordenamento brasileiro o mesmo sistema trazido da *common law*, porque não há no Direito pátrio uma lacuna propriamente dita para situações onde a parte lesada fica inerte perante o prejuízo que cresce.

Para Dias (2011), as consequências impostas pelo *duty to mitigate the loss* anglo-saxão não precisariam ser incorporadas, porque já constam no Código Civil, em seus artigos 402, 403, para responsabilidade contratual, e 945, para responsabilidade extracontratual, ou aquiliana.

11 Como sobredito, trata-se do Recurso Especial nº 758.518, de relatoria do Ministro Vasco Della Giustina. O voto afirma que a boa-fé objetiva, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002, “circunscreve os limites éticos das relações patrimoniais entre os contratantes”, obrigando as partes a agir, durante todo o contrato, com “probidade, cooperação e lealdade”. Apesar de usar com frequência o termo “dever”, correndo o risco de tornar o *duty to mitigate the loss* algo com aparência de exequível, indo na direção contrária da maioria das produções acadêmicas, fica clara a recepção do instituto pelo STJ, mesmo que em um só voto. Comentários mais substanciais sobre este julgado serão deixados de lado, por tratar de uma mera promessa de compra e venda, além de versar sobre bem imóvel, escapando do escopo deste trabalho.

12 Para maiores detalhes, recomenda-se a leitura de: HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 260-263, onde o autor traz diversos exemplos de situações onde seria possível surgir a necessidade de mitigar os danos antes da concretização do inadimplemento, sem nunca deixar de lado o requisito da razoabilidade.

13 Para maiores detalhes sobre o inadimplemento antecipado, novidade trazida pela CISG, recomenda-se a leitura de: PENTEADO, Guilherme Stadler; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Inadimplemento antecipado na Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG): um novo desafio para o direito brasileiro?* In: Paulo Nalin; Renata C. Steiner; Luciana Pedroso Xavier. (Org.). *Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil*. 1ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 347-364.

Todavia, sustenta não haver uma maneira clara de fazer, ou incentivar, a parte prejudicada mitigar seus próprios danos. Então, propõe que seja reconhecido um *encargo de evitar o próprio dano*, nova figura dogmática em que o credor não teria um dever de evitar seus prejuízos, mas, se o fizer, teria direito a ser reembolsado pelas medidas razoáveis que tomou; e se não fizesse, teria o valor da indenização reduzida na proporção dos danos que poderiam ter sido evitados. Dias (2011) refuta, entretanto, a ideia de dever, porque “*esta conduta [de mitigar os próprios danos] não é exigível*”, notadamente por dois motivos, o primeiro sendo o fato de que “*ela tem por finalidade a proteção principalmente dos seus próprios interesses, e, apenas reflexamente os do responsável*”, sendo o segundo motivo a ideia de que “*a consequência jurídica pela sua não adoção é a perda, total ou parcial, do direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado sofrer*”, por estes motivos, prefere o termo *encargo*. (DIAS, 2011, p. 124).

Denise Pinheiro (2012), apesar de reconhecer existir a possibilidade de o credor ter de mitigar seus próprios prejuízos, crê que isto não derivaria de um novo instituto incorporado ao Direito brasileiro, visão parcialmente alinhada com a de Dias. Para a autora, “*estando no âmbito de caracterização do nexo de causalidade, esta construção é desnecessária, ao menos, para o sistema jurídico brasileiro*” (PINHEIRO, 2012, p. 9), pois a inexistência de nexo causal seria o bastante “*para afastar da obrigação indenizatória os danos que não foram causados pelo ofensor, seja por culpa da vítima ou por se tratar de um dano indireto ou remoto*.” (PINHEIRO, 2012, p. 9).

Pinheiro (2012), apoiada acima de tudo no artigo 945 do Código Civil, nota que, havendo ilicitude e dano, o nexo de causalidade serviria de baliza para quais danos foram causados pela ação do devedor, e quais foram causados pela inércia ou omissão do credor – estes últimos, excluídos da indenização, tornando desnecessário o uso de instituto estrangeiro incorporado. No máximo, propõe a adoção de um “*duty to mitigate the loss à brasileira*”.¹⁴

Este entendimento, deveras coerente, também estaria presente na clássica obra de Agostinho Alvim (1972), em que o autor não aborda diretamente o tema em tela (afinal, em 1949, quando publicada a primeira edição, sequer existia a CISG, ou, no Brasil, qualquer tentativa de incorporar o dever de mitigar os danos), mas conclui que o dano não seria indenizável por não ser dano direto.

Para Alvim, “*suposto certo dano, considera-se causa dêle a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente*” (ALVIM, 1972, p. 356), portanto, só “*é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano*” (ALVIM, 1972, p. 356). Sob este ponto

14 Note o leitor que a autora não é a única a defender este pensar. A Apelação Cível nº 0158909-7, do Tribunal de Justiça do Paraná, de relatoria do Juiz Convocado Albino Jacomel Guérios, e que deu origem ao Recurso Especial citado na nota de rodapé nº 10 deste trabalho, também cita o nexo de causalidade como argumento cabível a retirar da indenização os danos causados (ou não-evitados) pelo próprio credor. A citação é pertinente, e bastante parecida com o texto de Denise Pinheiro, embora adstrita às relações de consumo, que é o caso da lide analisada pelo TJ-PR (e que a exclui de maiores análises neste trabalho): “*Ao lado do fundamento da boa-fé objetiva, um dos requisitos da própria responsabilidade civil, o nexo de causa e efeito, bastaria para justificar a imputação do agravamento à própria vítima, ao menos nas relações de consumo: a mesma razão que preside a culpa concorrente ou exclusiva da vítima na definição do dever de indenizar está presente no agravamento do dano. Também aqui há um dever de abstenção ou de agir, conforme o caso, para que os danos não desbordem de uma ordem natural atrelada à respectiva causa originária, imputável ao ofensor*”. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1449140/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-158909-7>> Acesso em agosto de 2016.

de vista, o dano à maior, causado pela desídia do próprio sofredor, não seria indenizável. No mesmo sentido, o já citado texto de Daniel Dias (2011, p. 105).

Como se pode notar, a justificativa para a incorporação desta construção anglo-saxã em nosso ordenamento jurídico é nebulosa. Não há posicionamento comum e as decisões até então citadas (uma inevitabilidade, mesmo não sendo este o foco do trabalho) muitas vezes costumam misturar os diversos fundamentos até então apresentados.

Apesar da confusão, tanto o mais detalhista quanto o mais pragmático dos juristas não questiona o fato de estar presente entre nós a necessidade de o credor não cruzar os braços quando diante de um prejuízo causado por um ato ilícito do devedor. O *duty to mitigate the loss* existe – ainda que apoiado por diversas fundações, e com qualquer nome que lhe queira dar.

E, não esqueçamos, entrou em vigor no Brasil, em 2014, uma nova maneira de olhar o mesmo tema: o artigo 77 da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, cujos fundamentos passamos a analisar agora.

2.2 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS DA CISG

Foi em 1980 que surgiu o texto da CISG, hoje mundialmente adotado e conhecido.¹⁵ Antes disso, diversos esforços foram feitos a fim de unificar os contratos de compra e venda internacional de bens.¹⁶ Muitas destas empreitadas, ainda que tenham fatalmente sido deixadas de lado, serviram de inspiração à CISG – notadamente quanto ao seu artigo 77, que versa sobre o *duty to mitigate the loss*¹⁷, sendo “*substancialmente o mesmo que o artigo 88 da ULIS*” (HONNOLD, p. 373).¹⁸

A própria Convenção já existe desde 1980. Portanto, há trinta e cinco anos a produção acadêmica é criada e utilizada por todos os países signatários, inclusive o Brasil. Serão estas produções a principal base para o restante deste trabalho, mesmo porque a assinatura da CISG incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, sua carga principiológica.

15 No dia 31 de agosto de 2016, data da última revisão deste artigo, eram 85 países signatários: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>

16 Não poderíamos deixar de comentar sobre a notória e notável influência do jurista austríaco Ernst Rabel, cujas contribuições para o estudo de um direito internacional dos contratos têm impacto até hoje. Foi o responsável por criar uma base para estudos comparados de leis acerca de venda de bens, e foi o primeiro a sugerir, em 1926, ao Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), o projeto de unificar a legislação sobre compra e venda internacional de mercadorias. Foi membro de uma Comissão criada pelo governo da Holanda, justamente com o objetivo de criar um texto de uniformização de normas para a compra e venda internacional. Apesar de sua morte em 1955, a Comissão que veio a surgir por causa dos esforços de Rabel criou dois textos legais, a Convenção sobre uma Lei Uniforme de Venda Internacional (ULIS) e a Convenção sobre uma Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos Para a Venda Internacional de Mercadorias (ULFC). Ambas as Convenções serviram de influência para a criação da CISG, e muitos de seus dispositivos foram transportados à Convenção, adotada hoje por inúmeros países. Para maiores detalhes sobre Ernst Rabel, recomenda-se a leitura de: RÔSLER, Hannes. FARIA, Nilma (trad.) Ernst Rabel e sua influência sobre um Direito Mundial dos Contratos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 3. p. 05-29. 2008. Para maiores detalhes sobre a ULIS e a ULFC, recomenda-se a leitura de: BIANCA, C. Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary On The International Sales Law*. Milan: Guiffre, 198. parágrafos 1 a 4.

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

18 Original: [...] *substantially the same as ULIS 88*.



Em primeiro lugar, é bom apontar que o conceito de *duty to mitigate the loss*, seja a lei aplicável ao mérito o Código Civil Brasileiro ou a CISG, não se altera: o dever de mitigação de danos “*incorpora o princípio de que perdas e danos evitáveis não devem ser compensados*” (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS, 2007, p. 551)¹⁹, sendo que, para evitar perdas, devem ser “*tomadas tais medidas que sejam razoáveis sob as circunstâncias*” (HUBER; MULLIS, 2007, p. 290)²⁰. O fato de o credor deixar de tomar tais medidas, “*permite à outra parte requerer uma redução da indenização por perdas e danos.*” (KNAPP, 1987, p. 560)²¹

Dito isso, a primeira grande diferença para com o *duty to mitigate the loss* como adotado no Brasil é a sua justificativa. Como notou o leitor no item anterior, o grande problema da incorporação não é, necessariamente, a consequência do dever de mitigar danos. Todos os autores analisados não deixam de lado a ideia de o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo. O desafio está no *fundamento* para esta medida. Este empecilho é praticamente inexistente para o *duty to mitigate the loss* da CISG. Ora, para a Convenção, o fundamento é claramente a boa-fé objetiva, como expressa o artigo 7(1) da Convenção!²²

Note-se que este artigo em particular tem um teor teleológico, que transparece por toda o texto da CISG. Como ensina Paulo Nalin (2014, p. 126) “*a boa-fé não deveria ser imposta ampla e indefinidamente aos contratantes, mas deveria ficar restrita a um princípio de interpretação das previsões legais da Convenção.*”

No Brasil, apenas algumas teorias veem o *duty to mitigate the loss* como uma conduta esperada das partes, derivada da própria boa-fé objetiva, e que faz surgir a necessidade de mitigação. Sequer há consenso sobre seu caráter de dever/obrigação. Mas segundo Nalin (2014, p. 127), a boa-fé da CISG “*seria um comando para a Corte implementar a função interpretativa da Convenção*”, portanto serviu de base ao legislador para criar o próprio texto do artigo 77. Em outros termos, a boa-fé objetiva é um aparato de interpretação da Convenção; uma fonte das obrigações já contidas no próprio texto legal.

Logo, a boa-fé objetiva fez surgir o artigo 77, que impõe o *duty to mitigate the loss*, e é este artigo que cria o dever à parte credora – a boa-fé objetiva em nada influencia os atos das partes, apenas do legislador e do intérprete, bastante diferente do que ocorre no Brasil, onde a boa-fé é apenas um dos argumentos passíveis de incorporar o tema central deste trabalho.

Chengwei Liu (2003) chega a afirmar que, apesar da doutrina da mitigação não ser comum em países de *civil law* (o que nos faz ponderar: não seria apenas este detalhe que torna tão complicada a sua análise no Brasil?), nos países de “*common law é uma obrigação geralmente aceita.*”²³

Também não há temor em chamar de “*dever*” do credor, sendo que nos Comentários do Secretariado (UNCITRAL, [197-?]), consta se tratar de “*um dentre diversos artigos que estabelecem um dever devido*

19 Original: [...] *embodies the principle that avoidable loss is not to be compensated.*

20 Original: [...] *take such measures as are reasonable in the circumstances...*

21 Original: [...] *enables the other party to claim reduction in the damages.*

22 “Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional”.

23 Original: [...] *which is a generally admitted obligation in Common Law.*



à parte devedora pela parte credora.”²⁴

Liu (2003), parafraseando Djakhongir Saidov, esclarece que “*embora possível se referir à mitigação usando termos como um ‘dever’ ou uma ‘obrigação’, a natureza deste ‘dever’ é substancialmente diferente de outras obrigações sob a CISG*”²⁵

Seguindo adiante, o artigo 77 da CISG exige a tomada de medidas “razoáveis” para mitigação. É claro que esta razoabilidade irá variar conforme as circunstâncias do caso em apreço. Tal peculiaridade não é sem limites, servindo de referência para o que é ou não razoável a ideia de um “negociante médio”, portanto, “*a conduta de uma pessoa prudente que tem direito a perdas e danos e que esteja na mesma posição que a parte ofendida, com todos os costumes mercantis relevantes sendo considerados.*” (STOLL; GRUBER, 2005, p. 790)²⁶

As medidas, então, não precisam ser tomadas se forem demasiadamente onerosas. Segundo Knapp, o credor “*não está obrigado a tomar medidas que, embora possam mitigar as perdas, seriam excessivas. Se a parte ofendida se abstém de tomar tais medidas excessivas, esta não será considerada como faltosa em mitigar a perda sob o artigo 77*” (KNAPP, 1987, p. 560)²⁷. O êxito destas medidas razoáveis não importa, sendo relevante para estar caracterizada a mitigação sua mera tomada (HUBER; MULLIS, 2007, p. 291).

O *duty to mitigate the loss* também deve ser aplicado em casos de inadimplemento antecipado. Segundo os Comentários do Secretariado (UNCITRAL [197-?]), “*se for evidente que uma parte irá cometer um inadimplemento fundamental, a outra parte não pode esperar a data de execução do contrato para declarar a rescisão e tomar as medidas para reduzir a perda*”²⁸

Ainda, Huber e Mullis (2007, p. 289) explicam que “*É tido como regra geral, deveria ser da parte que é responsável pelas perdas e danos o ônus de provar que a outra parte falhou em mitigar suas perdas.*”²⁹ Via de regra, a presença ou não de medidas razoáveis para mitigação dos danos deve ser reconhecida *ex officio* pela corte responsável (STOLL; GRUBER, 2005, p. 793).

Também esclarecem que o dever de mitigar os próprios danos só é cabível se a parte ofendida usa do remédio de indenização por perdas e danos, pois “*O requerimento de que a parte agravada deva mitigar perdas é, conforme a redação e posicionamento sistemático, um corolário de seu direito a*

24 Original: [...] one of several articles which states a duty owed by the injured party to the party in breach.

25 Original: [...] “even if it is possible to refer to mitigation using such terms as a ‘duty’ or an ‘obligation’, the nature of this ‘duty’ is substantially different from other obligations under the CISG.”

26 Original: [...] the conduct of a prudent person entitled to damages who is in the same position as the aggrieved party, with any relevant trade usages being taken into account.

27 Original: [...] not obliged to take measures which, although they may mitigate the loss, would be excessive. If the injured party abstains from taking such excessive measures he will not be considered to have failed to mitigate the loss under Article 77.

28 Original: If it is clear that one party will commit a fundamental breach of the contract, the other party cannot await the contract date of performance before he declares the contract avoided and takes measures to reduce the loss...

29 Original: It is submitted as a general rule that it should be for the party which is liable in damages to prove that the other party has failed to mitigate the loss.



indenização por perdas e danos e se restringe apenas a este direito” (STOLL; GRUBER, 2005, p. 788)³⁰, não sendo aplicáveis aos outros postos à disposição da parte ofendida pela CISG.³¹ As consequências são as seguintes: onde o credor tomou as medidas (eficazes ou não, como sobredito) razoáveis para mitigar os danos, *“pode reclamar os custos resultantes como parte de sua indenização por perdas e danos”* (HUBER; MULLIS, 2007, p. 291)³²

Entretanto, se a parte ofendida não tomar as medidas razoáveis, a outra parte pode requerer *“uma redução na indenização proporcional à quantia correspondente às perdas que deveriam ter sido mitigadas (Art. 77 segunda frase CISG). Isto pode levar, em casos apropriados, a uma redução para zero.”* (HUBER; MULLIS, 2007, p. 292)³³

Para o cálculo, *“primeiro toma-se como base o prejuízo ocorrido, depois o montante de que poderia ter sido evitado. A redução das perdas e danos com base no art. 77 é o resultado entre estas duas operações”* (KUYVEN; PIGNATTA, 2015, p. 767).

São estes os detalhes mais relevantes acerca do dever de mitigar os danos para a Convenção, conforme interpretado pela doutrina majoritária acima citada.

3 EXEMPLOS DE CASOS JULGADOS POR CORTES BRASILEIRAS

Feitas as ponderações essenciais sobre o *duty to mitigate the loss* em sua forma nacional e conforme a CISG, passamos agora a analisar seletos casos julgados por Tribunais brasileiros de compra e venda de mercadorias, e onde o credor foi instado a diminuir o próprio prejuízo.

O método, já descrito na introdução, trouxe apenas dois resultados pertinentes para o objetivo deste trabalho, que é analisar situações onde aplicar-se-ia a Convenção, em tese. Os verbetes utilizados nos sistemas de busca oferecidos pelos Tribunais selecionados trouxeram inúmeros resultados, mas apenas estes que seguem versam sobre casos fáticos em que a relação jurídica era a compra e venda de mercadorias – este sendo o limite da CISG. É por isso que só estes dois são analisados na sequência. A ideia é ver, com base nestas decisões, quais foram os acertos e os equívocos dos julgadores brasileiros na hora de abordar o dever de mitigar os danos.

30 Original: *The requirement that the aggrieved party should mitigate loss is, according to the wording and systemic placement, a corollary to his right to damages and restricts only that right.* Para uma opinião contrária, HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 263. Honnold foi membro da comissão americana participante da elaboração do texto da CISG, e esta comissão, como se extrai do texto agora mencionado, foi a responsável por uma sugestão de emendar o artigo 77 para estender a todos os remédios o dever de mitigação. Ver também: SCHWENZER, Ingeborg; MANNER, Simon. *The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies*. In: *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 470-488, onde consta análise crítica sobre a não-expansão do dever de mitigar os danos aos outros remédios.

31 Para maiores detalhes sobre os remédios para inadimplemento contidos na CISG, recomenda-se a leitura de: ZARONI, Bruno Marzullo. *Descumprimento contratual na CISG: mecanismos à disposição das partes*. In: NALIN, Paulo; STEINER, Renata C.; XAVIER, Luciana Pedrosa (Org.). *Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil*. 1ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 347-364.

32 Original: [...] *can claim the resulting costs as part of his damages claim...*

33 Original: [...] *a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated (Art. 77 second sentence CISG). This may lead, in appropriate cases, to a reduction to zero.*



Isto sempre mantendo em mente que, apesar de o item 2.1 versar sobre o instituto em sua forma “incorporada”, a intenção do trabalho é ver os julgados sob a ótica da CISG, apontando potenciais confusões em sua aplicação, as quais devem ser evitadas.

3.1 A INTERPRETAÇÃO GAÚCHA

O primeiro caso em análise teve origem no Rio Grande do Sul. Trata-se da apelação cível nº 70025609579, da Quinta Câmara Cível, de relatoria do Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 20/05/2009.³⁴

No caso, duas partes firmaram contrato de compra e venda de uma máquina de eletro-erosão. O comprador alegou em juízo inadimplemento por atraso na entrega e defeito nos bens, requereu a resolução do contrato³⁵, indenização por lucros cessantes, e a multa contratual de 10% (dez por cento), ação julgada parcialmente procedente.

Na apelação, proposta pelo comprador, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou o apelante culpado, por não ter tomado medidas a fim de substituir a máquina de eletro-erosão para evitar lucros cessantes.

Considerou a apelação procedente, mas tão somente para redimensionar o ônus de sucumbência e excluir do dispositivo sentencial a parte atinente à multa, e dos honorários advocatícios da fase executória. Note o leitor que a suposta negativa do comprador em tomar as medidas razoáveis para mitigar seus danos aproximou de zero o valor de sua indenização.

Ao analisar o inteiro teor do voto, o primeiro detalhe a ser observado é o fato de ter sido usado o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil, mas o relator usa-o como um espécime de ponte para chegar ao conceito do artigo 77 da CISG, o qual chega a citar em inglês, uma das seis línguas originais do instrumento legal.

Aparentemente não é equivocado se aplicar o *duty to mitigate the loss* no caso em tela, afinal, trata-se típica situação regulada pelo instituto: comprador precisa evitar lucros cessantes de alguma maneira – no caso, comprando um bem igual àquele vendido na relação jurídica entabulada. A doutrina estrangeira costuma chamar a medida de “*cover purchase*”, ou “compra substituta” numa tradução direta. Stoll e Gruber afirmam que é quando “*onde uma compra substituta iria evitar perdas consequência de uma execução defeituosa ou inexistente.*” (STOLL; GRUBER, 2005, p. 791)³⁶

Contudo, Huber e Mullis ensinam que a imediata compra substituta seria forçar o comprador a resolver o contrato, pois estaria substituindo a obrigação direta do vendedor, afirmando que “*O ponto de partida deve ser que o comprador não deva ser forçado a abandonar seu direito à execução tão rápido.*”

34 Disponível em: < <http://bit.ly/1P0892G> >. Acesso em agosto de 2016.

35 Fato que por si só já é uma diferença entre a CISG e o Código Civil brasileiro, porque na Convenção, segundo seu artigo 49, a mera caracterização de um inadimplemento essencial já basta para dar cabo do contrato, ao passo que, no Brasil, a resolução deve ser requisitada em juízo, via de regra, ou conforme cláusulas resolutivas contidas no próprio contrato, conforme prelecionado nos artigos 472 a 480 do Código Civil vigente.

36 Original: [...] *where a substitute transaction would avoid consequential losses following the non- or defective performance...*



Ele pode, portanto, insistir na execução por um certo período de tempo.” (HUBER; MULLIS, 2007, p. 291)³⁷

Stoll e Gruber concordam com a medida, defendendo que a compra substituta só não é problemática quando *“está de acordo com a execução original do contrato e não intenciona sua resolução.”* (STOLL; GRUBER, 2005, p. 791).³⁸ Logo, se o caso em apreço tivesse como lei de mérito a CISG, ao invés de mitigar imediatamente os danos através da compra substituta, o comprador poderia optar pela execução do contrato. Conforme o voto, o autor veio a requerer o conserto da máquina inoperante. Note-se ainda que, eventualmente, o vendedor veio a arcar com suas obrigações, através da entrega de outra máquina. Portanto, as medidas tomadas pelo comprador foram razoáveis. Ainda que moroso o trâmite por trás do restabelecimento das atividades comerciais da compradora, esta tomou diversas medidas a fim de mitigar o dano.

O Relator sugere que a parte poderia ter *“adquirido outra máquina que desempenhasse a mesma função”*³⁹, sendo que eventualmente o fez, apenas após as tratativas com o vendedor, e sempre almejando a execução do contrato nos termos em que fora entabulado.

Ademais, o relator levanta a possibilidade de *“entabular contrato de prestação do referido serviço com outra empresa”*⁴⁰, para que esta faça os trabalhos pelo comprador. Contudo, esta medida poderia vir a ser onerosa, pois exigiria a criação de um vínculo jurídico com um terceiro, que atua no mesmo ramo, podendo, mesmo, causar prejuízos posteriores (por exemplo, a perda de clientes ou a responsabilidade por má execução do serviço).

Além disso, ainda que as medidas tomadas não tenham sido absolutamente eficazes, a CISG não exige seu sucesso para que possam ser pedidos perdas e danos – basta que a parte requerente adote certas condutas. Privar a parte por completo de indenização por lucros cessantes seria exagero, e ainda que seja razoável o argumento da vendedora, de que a máquina defeituosa jamais poderia operar por tantas horas seguidas quanto alegou a compradora, é de se considerar que houve alguma perda.

Como visto acima, o fulcro do *duty to mitigate the loss* é a boa-fé objetiva, que instigou os redatores da CISG a criar obrigações com base na mútua cooperação entre as partes.

Com base nisso, e também no artigo 7º da Convenção, que exige a interpretação da mesma através de seus próprios princípios, seria contraditório dizer, de um lado, que as partes devem fazer de tudo para executar o contrato e, de outro, exigir imediatamente uma compra substituta cuja consequência capital seria a resolução do contrato. A decisão prolatada pelo E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu, entretanto, de forma distinta: negou a indenização por perdas e danos uma vez que a credora teria sido muito morosa em restabelecer suas atividades comerciais.

37 Original: [...] *The starting point should be that the buyer should not be forced to abandon his right to claim performance too quickly. He may therefore insist on performance for a certain time.*

38 Original: [...] *is in accordance with the performance of the original contract and he does not intend to avoid the contract.*

39 Id.

40 Ibid.



Outro ponto que merece destaque nesta decisão é, justamente, a do ônus probatório. No caso em comento, entendeu-se que o dever de se provar que foram tomadas as medidas razoáveis era do comprador (sendo o fundamento o art. 373 do Código de Processo Civil de 2015⁴¹). Entretanto, tem sido prática comum nos países, que há anos adotam a CISG, botar o fardo de prova nas costas da parte responsável pelos danos, no caso, a vendedora.⁴² Se este entendimento fosse aplicado a este caso, a vendedora da máquina deveria “ter dado alguma indicação do motivo pelo qual o comprador violou seu dever de mitigar perdas e danos”⁴³ (ALEMANHA, Corte de Apelação da Província de Hamburgo, 1997).

É compreensível que tal raciocínio não tenha sido adotado no caso em análise. Aliás, é coerente assumir que sua adoção tampouco era permitida, afinal, a lei aplicável ao caso em tela era um ordenamento brasileiro no qual, até então, não estava integrada a CISG, apenas sopros de seus conceitos e fundamentos, materializados através de, por exemplo, o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil.

Ocorre que o dever de mitigar danos é instituto que, se não observado, impede a obtenção de perdas e danos, ainda que parcialmente. Seria então coerente afirmar que é um fato que pode vir a impedir, modificar ou extinguir o direito da parte requerente, nos *exatos* moldes do inciso II, do Art. 373, do CPC.

Se tal raciocínio for considerado adequado, não se deveria impor o ônus de prova de que foram tomadas medidas mitigatórias de danos àquele que já está arcando com o inadimplemento contratual.

Se este tipo de abordagem (inversão de ônus) for o padrão adotado o Brasil seria um país que, embora signatário da CISG, oneraria a parte ofendida, já incumbida dos prejuízos, com mais um encargo.

Em conclusão, este caso acaba ensinando o risco existente na confusão da adoção dos dois “conceitos” do dever de mitigar a perda. Além disso, o Tribunal estadual, de forma louvável, ousou aplicar conceitos pouco conhecidos em um caso prático, ajudando no esforço de uma melhor solução para casos similares.

3.2 A INTERPRETAÇÃO PAULISTA

Neste caso, a Apelação Cível nº 1.170.013-1⁴⁴, da Décima Sexta Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido designado o relator Desembargador Candido Alem, julgado em 03/07/2007, os compradores firmaram um contrato com o vendedor para a distribuição de combustível. O contrato continha uma cláusula que impunha cotas mínimas de fornecimento, além de prever cláusula penal por inadimplemento e fixar taxa de juros.

41 “O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.”

42 A título de exemplo, vide os casos CISG-Online nº 57, 224, 261 e 1188, decisões disponíveis em: < <http://globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=28> >. Acesso agosto de 2016.

43 Original: [...] *Anhaltspunkte dafür vorgetragen, daß die Klägerin unter Verletzung ihrer Schadensminderungspflicht sich nicht gehörig...*

44 Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=83317&cdForo=0> >. Acesso em agosto de 2016.



Alegando ter havido o uso indevido de propriedade intelectual por parte dos compradores, o vendedor ajuizou ação de resolução do contrato⁴⁵, em que também requereu indenização por danos materiais e morais, ação que foi julgada parcialmente procedente em primeira instância.

Já perante o colegiado da Décima Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁴⁶, ficou demonstrado que o vendedor demorou um ano para ajuizar a ação requerendo o pagamento das penalidades contratuais, fato que pôde ter induzido os compradores a crer que a cláusula não estaria mais vigente.

Entendeu o Desembargador Candido Alem que, segundo o artigo 77 da CISG⁴⁷, o vendedor deixou de mitigar as próprias perdas, afinal, permitiu que os juros e o valor da multa acumulassem e fossem atualizados durante um ano antes de pleitear seu pagamento em juízo. Por este motivo, reverteu parcialmente a decisão de primeiro grau, diminuindo o valor da condenação por perdas e danos.

Da decisão, contudo, poucos parágrafos são destinados à análise das circunstâncias do caso e da necessidade de a parte ofendida ter acionado antes a parte ofensora (foco da aplicação do dever de mitigar a perda).

A maior parte do voto discute qual seria o fundamento para fazer surgir este dever de mitigar os próprios danos. No fim das contas, o relator apoia-se bastante no artigo da Prof. Vera Jacob de Fradera, e acaba por determinar que o *duty to mitigate the loss* é uma consequência do *venire contra factum proprium*, o qual, por sua vez, é um derivado da boa-fé objetiva. Também comenta sobre o *supressio*, que nas palavras do relator convocado é um “fenômeno de supressão de determinadas relações jurídicas pelo decurso do tempo” (SÃO PAULO [Estado], Tribunal de Justiça, 2007).

Aparentemente não seria necessária toda esta preocupação em fundamentar o “dever de mitigar a perda” uma vez que a CISG, aplicável ao caso, imporia essa consideração (artigo 77 e o artigo 7(1)).

Entender os fundamentos da CISG e o motivo de existirem seus dispositivos é, sem dúvida, um diferencial para qualquer jurista que a esteja aplicando, até mesmo porque, em casos de dúvida, a própria Convenção, no artigo 7º, sugere o uso dos princípios que serviram de base à sua elaboração para esclarecimentos pertinentes.

O que se deve, contudo, evitar é se dar mais importância ao motivo de existir o dever de mitigar as perdas, ao invés de analisar com afincamento as peculiaridades do caso e, com base nas circunstâncias fáticas, bem como na conduta típica de um negociante do mesmo ramo, verificar se a parte ofendida tomou medidas razoáveis.

Aliás, o modo de aplicação do *duty to mitigate the loss* utilizado nesta apelação de São Paulo não é novidade. Segundo Stoll e Gruber, “o prometido é obrigado a chamar a atenção do promitente ao risco

45 Vide nota de rodapé nº 34.

46 O leitor que acessar o acórdão irá notar que houve voto divergente por parte do relator Desembargador Windor Santos. Contudo, seus argumentos para considerar que a apelação não devia ser procedente em nada tocam o *duty to mitigate the loss*, versando nosso trabalho tão somente sobre o voto do Desembargador Candido Alem, relator designado.

47 Interessante notar que o relator designado vai tão longe a ponto de citar o artigo 88 da ULIS (Vide nota de rodapé nº 15).



de perdas particularmente altas, que ameaçam surgir como um resultado da não-execução” (STOLL; GRUBER, 2005, p. 791)⁴⁸, situação que bem se encaixa no julgado em tela.

Isto porque uma notificação ou o ajuizamento imediato da ação evitaria o avultamento desmedido dos valores pecuniários a serem pagos como consequência do inadimplemento. Trata-se de típico dever de mitigar os danos, em que uma parte ofendida, diante de um dano, não pode ficar inerte vendo-os crescer desmedidamente.

A menção ao argumento do *venire contra factum proprium* é, também, absolutamente pertinente. Quicá, é até melhor que o próprio dever de mitigar os danos do artigo 77. Entretanto os dois fundamentos não deveriam ser tratados em um mesmo caso.

Quando a lei de mérito for a CISG, talvez o ideal fosse utilizar-se do fundamento do artigo 77. Quando a lei de mérito forem as normas de Direito privado brasileiro, a fundamentação poderia ser a boa-fé objetiva, o nexo de causalidade, o *venire contra factum proprium*, ou qualquer outro fundamento que exija da parte ofendida a tomada de condutas a fim de reduzir os próprios prejuízos.

Não é recomendável, entretanto, manter os dois fundamentos operando, que foi o que aconteceu neste caso. Em outros termos, a unificação proposta pela CISG só será alcançada se sua aplicação for isolada aos casos que lhe competem.

CONCLUSÃO

Não há como questionar a existência clara de uma necessidade da parte que sofre um dano de mitigar as suas próprias perdas. Este trabalho mostra que esta necessidade existe tanto nos países que adotam o sistema jurídico de *common law* quanto naqueles que seguem o modelo *civil law*.

Não é diferente no Brasil, onde a tentativa de incorporar o *duty to mitigate the loss* surge em 2004, fruto do trabalho de Vera Jacob de Fradera e diversos outros profissionais, cujo labor acaba formando um corpo acadêmico modesto, mas de qualidade, sobre o assunto. Mesmo assim, seu fundamento, aqui em nosso ordenamento, é bastante nebuloso e incerto.

Dentre os argumentos exibidos neste artigo, foi visto que o *duty to mitigate the loss* pode ser considerado um dever acessório derivado da boa-fé objetiva; também se observou haverem autores que entendem ser um abuso de direito (mais precisamente, *venire contra factum proprium*) a não-tomada de medidas a fim de diminuir os próprios prejuízos; há ainda quem diga não haver necessidade de incorporar o dever de mitigar os próprios danos a nosso ordenamento, porque os danos não causados pelo devedor, por não terem nexo de causalidade com o ato ilícito por este cometido, logo não deveriam ser cobrados deste.

Esta gama de pilares e bases para a existência do dever de mitigar os danos não existe para a CISG. Primeiro porque este deixa claro, em seu artigo 7(1), que requer seja assegurada a “*boa fé no comércio internacional*”. E o artigo 77, onde consta necessidade de mitigar os próprios danos, faz cessar qualquer discussão sobre a existência ou não do instituto.

48 Original: [...] *The promise is also obliged to draw the promisor’s attention to the risk of especially high losses which threaten to result from non-performance.*

O problema que faz surgir este trabalho, então, é a potencial e danosa mistura de conceitos nacionais e internacionais quando aplicado o dever de mitigar os danos. Esta aplicação pouco medida do instituto é perigosa porque diminui o potencial unificador da Convenção, já que o comerciante de outro país não poderá contar com aplicação do artigo 77 no Brasil como é aplicado no resto do mundo.

Fica claro, então, que não é nada recomendável a mistura destes dois mundos, eis que, como visto nos dois julgados aqui analisados, a confusão entre os argumentos do *duty to mitigate the loss* segundo a Convenção de Viena e aqueles usados para incorporar este dever ao ordenamento jurídico brasileiro é que faz surgir interpretações divergentes daquelas que vem sido fornecidas pelas cortes estrangeiras ou tribunais arbitrais que, já há anos, aplicam a CISG.

Começamos o trabalho expondo o potencial prejuízo que a inserção de um novo panorama sobre o dever de mitigar as perdas, trazido pela CISG, poderia causar no processo decisório tomado pelos julgadores e, enfim, em todo o raciocínio jurídico usado por um jurista, em qualquer posição que seja, quando estiver construindo um argumento.

Não é exagero afirmar que a falha na aplicação de um instrumento normativo unificador internacional possa vir até a inibir os comerciantes a aceitar a jurisdição brasileira para solucionar eventuais conflitos comerciais. A análise de só duas decisões já deu cabo de evidenciar que, sim, a confusão entre conceitos e argumentos pode existir, levando ao cometimento de erros que não devem vir a se tornar jurisprudência.

Por esta razão, imperativo que o jurista brasileiro não venha a discorrer sobre os fundamentos do dever de mitigar os danos quando deparado com um caso onde a lei de mérito é a CISG.

Ao invés disso, deve fazer uso do vasto material internacional de mais diversos países, além das diversas obras nacionais que versam sobre a Convenção, algumas citadas, e também do grande rol de decisões referentes a este instrumento internacional.

Tudo isso não só para que faça seu trabalho com eficácia, mas também, e principalmente, para promover a almejada unificação dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Corte de Apelação da Província de Hamburgo. Apelação nº 1 U 167/95 28. Julgada em fevereiro de 1997. Relator: desconhecido. Disponível em: < <http://bit.ly/2cC4itd> >. Acesso em agosto de 2016.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 45, p. 89-144, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 171, p. 35-48, 2009.



FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 19 (jul./set.), 2004.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; STRASSACAPA, Felipe. A obrigação do credor em mitigar seu prejuízo: uma perspectiva brasileira. **Revista Jurídica (FIC)**, v. 3, p. 257-274, 2016.

HONNOLD, John O. **Uniform Law for Internacional Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG: A new textbook for students and practitioners**. München: Sellier European Law Publishers, 2007.

KNAPP, Victor. Article 77. In: BIANCA, C. Massimo; BONELL, Michael Joachim. **Commentary On The International Sales Law**. Milan: Giuffrè, 1987.

KUYVEN, Fernando. PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena: Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIU, Chengwei. **Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL**. Disponível em: < <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html> >, acesso em agosto de 2016.

NALIN, Paulo. A boa-fé entre dois mundos: civil law e common law (aproximação comparativa do princípio da boa-fé “brasileira” em vista da aplicação uniforme do art. 7 da CISG). In: NALIN, Paulo; STEINER, Renata C.; XAVIER, Luciana Pedroso (Org.). **Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 121-140.

PINHEIRO, Denise. Duty to mitigate the loss à brasileira: uma questão além do nexos de causalidade. In: **Congresso Nacional – CONPEDI 21**. 2012, não publicado. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd> >. Acesso em agosto de 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70025609579. Julgada em 20 de maio de 2009. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: < <http://bit.ly/1P0892G> >. Acesso em agosto de 2016.

SAIDOV, Djakhongir. **Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Disponível em: < http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#* >, acesso em agosto de 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1.170.013-1. Julgada em 3 de julho de 2007. Relator: Desembargador Windor Santos. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=83317&cdForo=0> >. Acesso em agosto de 2016.



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 sua recepção pelo direito civil brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, v. 08, 2013. p. 01-30.

SCHWENZER, Ingeborg ; FOUNTOULAKIS, Christiana. **International Sales Law**. New York: Routledge, 2007.

STOLL, Hans; GRUBER, Georg. In: SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg (org.) **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. Oxford: Oxford University Press. 2. ed. 2005.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem**. 2005. Disponível em: < http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_duty.doc >, acesso em agosto de 2016.

UNCITRAL. Text of Secretariat Commentary on article 73 of the 1978 Draft. **IX Yearbook**. [197-?]. Disponível em: < <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html> >. Acesso em agosto de 2016.

