

## ARTIGO:

**O DEVER DE MITIGAR OS PRÓPRIOS DANOS:  
Breve análise da Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda In-  
ternacional de Mercadoria em contraponto ao Ordenamento Jurídico Bra-  
sileiro**

*DUTY TO MITIGATE THE LOSS:  
Brief analysis of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of  
Goods in counterpoint to the Brazilian Legal Order*

*Renata Cristina Cavalcanti de Barros e Paula Guimarães<sup>1</sup>*

*Paul Hugo Weberbauer<sup>2</sup>*

## RESUMO

A Convenção de Viena de 1980 consiste em uma norma internacional de Direito uniforme destinada a trazer regras de direito material sobre os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, costumeiramente referenciada pela sua sigla em inglês “CISG”. Dentre os institutos abordados na Convenção, encontra-se a figura jurídica do dever de mitigar os próprios danos, que impõe ao credor a obrigação de adotar medidas razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento da outra parte. A recepção do instituto no direito brasileiro ocorreu por força da doutrina e jurisprudência que, tomando por referência a redação do art. 77 da Convenção de Viena, associou-o a princípios e institutos do direito privado doméstico. Ocorre que a interpretação que é dada pelos juristas brasileiros nem sempre se coaduna ao desenvolvimento teórico alcançado pela comunidade internacional, o que compromete a segurança jurídica esperada pelos atores do comércio global, prejudicando, assim, a sedimentação da Convenção no território brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Convenção de Viena de 1980. Uniformização do Direito Privado. Dever de Mitigar os próprios danos. Direito privado brasileiro.

## ABSTRACT

*The Vienna Convention of 1980 consists of an international standard of uniform law designed to bring rules of substantive law on the International Sale of Goods, usually referred to by its english acronym "CISG". Among the institutes approached in the Convention, there is the legal figure of the duty to mitigate their own loss, which imposes on the creditor the obligation to take reasonable measures, according to the circumstances, to reduce the losses resulting from the breach of contract of the other party. The reception of the institute in Brazilian law occurred due to the doctrine and jurisprudence that, taking as reference the text of article 77 of the Vienna Convention, associated it with principles and institutes of domestic private law. It turns out that the interpretation that is given by Brazilian jurists is not always consistent with the theoretical development reached by the international community, which compromises the legal certainty expected by the actors of global trade, thus harming the sedimentation of the Convention in Brazilian territory.*

**KEYWORDS:** Vienna Convention of 1980. Standardization of Private Law. Duty to mitigate the loss. Brazilian private law.

<sup>1</sup>Mestra em Direito Internacional pelo PPGD-UFPE.

<sup>2</sup>Doutor em Direito (UFPE). Professor Associado de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito do Recife/CCJ/UFPE. Editor-chefe do periódico MERCATORIA. Professor permanente do PPGD-UFPE, linha de pesquisa Direito Internacional e Globalização.

## 1 INTRODUÇÃO

A globalização dos mercados, o advento e expansão dos meios de comunicação através da Internet, fazem com que a questão da diversidade legislativa se torne um imperativo no estudo do comércio internacional neste séc. XXI, em especial na busca de soluções para os crescentes casos de conflito de leis em matéria contratual que surgem nas contratações internacionais.

A Convenção de Viena sobre contratos de compra a venda internacionais de mercadoria (CISG) é uma das principais normativas internacionais que servem de baliza para solucionar esses crescentes desafios da contratação internacional e lançando bases efetivas para uma uniformização na matéria contratual, sendo fruto de intensos trabalhos dos mais renomados juristas do séc. XX, foi celebrada no ano de 1980 e ratificada por mais de 94 países, inclusive o Brasil, cuja incorporação ocorreu em 2014.

Diante desse contexto, o presente estudo foca no artigo 77 da Convenção de Viena, que dispõe acerca do dever atribuído ao credor de mitigar a sua própria perda. Trata-se de um instituto de origem anglo-saxão, enraizado na *common law* e disseminado para os países das demais tradições jurídicas.

Considerando, portanto, a natureza principiológica subjacente que lhe é própria, far-se-á uma breve análise dos princípios gerais da CISG, passando em seguida para a origem do *duty to mitigate the loss*, seu conceito e alcance no âmbito da Convenção para ao final tecer resumidamente a forma como o direito brasileiro tem lidado com tal figura jurídica.

Para elaboração do estudo foram coletados dados através da pesquisa bibliográfica em doutrina qualificada sobre o assunto, bem como a pesquisa jurisprudencial no Brasil e na database CLOUT (*Case Law on Uncitral Texts*). A metodologia utilizada foi de raciocínio dedutivo, amparado na interpretação sistemática e teológica dos dados coletados.

## 2 PRINCÍPIOS GERAIS DA CISG

A Convenção de Viena de 1980 constitui a mais bem sucedida normativa de uniformização internacional em matérias de contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, consagra além de regras, princípios gerais os quais servem de inspiração para a aplicação da própria convenção (artigo 7(2)).

No entanto, não há unanimidade com relação aos princípios que estão estipulados na CISG, muito provavelmente porque o texto convencional não retrata de forma explícita quais seriam os seus princípios gerais. Segundo Bruno Zeller, *“In the absence of defined and recognizable principles, we must rely on case law to “tease out” the principles by practice instead of the application of a generally recognized and acceptable model of general principles”* (ZELLER, 2003)<sup>3</sup>.

Alerta o autor, porém, que a uniformidade não se deve basear no resultado final do caso, especialmente se considerar a permissividade do art. 9 da CISG<sup>4</sup> que sobreleva o acordado em detrimento dos usos ou costumes do comércio internacional. Em outras palavras, *“Uniformity of outcome is not as important as uniformity of application of principles. Hence, the outcome is not the key to uniformity but the mechanism to gain an outcome must be uniform”* (ZELLER, 2003)<sup>5</sup>.

Nada obstante a dificuldade de se estabelecer todos os princípios gerais, alguns são fáceis de identificar (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS; DIMSEY, 2019), a exemplo da autonomia da vontade, da interpretação uniforme, da boa-fé objetiva.

Bastante comentado, o artigo 6º da Convenção dispõe que “as partes podem excluir a aplicação [da] Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”. Referido artigo traduz a representação de dois princípios, quais sejam, o da autonomia da vontade e o do caráter dispositivo da convenção, por

<sup>3</sup> Em tradução livre: “Na ausência de princípios definidos e reconhecíveis, devemos confiar nos casos jurídicos para “descobrir” os princípios pela prática, em vez da aplicação de um modelo de princípios gerais normalmente reconhecido e aceitável”.

<sup>4</sup> CISG - Artigo 9. (1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si. (2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento.

<sup>5</sup> Em tradução livre: “A uniformidade de resultados não é tão importante quanto a uniformidade de aplicação de princípios. Portanto, o resultado não é a chave para a uniformidade, mas o mecanismo para obter um resultado deve ser uniforme”.

meio do qual se percebe que todas as disposições são não mandatárias, salvo a prevista no artigo 12<sup>6</sup>.

A autonomia da vontade aqui referida destaca a possibilidade de as partes escolherem o direito aplicado ao contrato. Com efeito, o artigo prevê que a revogação poderá ser total ou parcial, o que a literatura especializada chama de cláusulas *opting-out* ou derogatórias. Grande questão cinge a respeito da possibilidade da cláusula de *opting out* ser prevista tacitamente. Moser e Pignatta afirmam que a doutrina majoritária entende que seria possível, desde que as partes verdadeiramente intencionem excluir a convenção do contrato. Tal se daria, por exemplo, com a inserção de uma cláusula incompatível com o texto da CISG (MOSER; PIGNATA, 2015).

Indaga-se, ademais, se a escolha das partes pela aplicação da lei de determinado país implica na renúncia tácita à convenção, mesmo que tal Estado tenha ratificado a CISG. A doutrina especializada esclarece que a maioria das Cortes judiciais e arbitrais entendem que a aplicação da CISG nesses casos seria automática, não se podendo excluir o direito uniforme, já que uma vez incorporado, torna-se direito interno do Estado signatário (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS; DIMSEY, 2019).

Nessa esteira, revela-se adequado o alerta feito pelos autores Moser e Pignatta no sentido de que melhor seria deixar expresso quando se desejar excluir a aplicação da CISG, sobretudo que “a dúvida aproveita interpretações disformes e prejudica a própria harmonização das interpretações jurisprudenciais sobre o comércio internacional” (MOSER, PIGNATA, 2015).

A harmonização nas interpretações está presente no artigo 7º da Convenção de Viena de 1980, cujo item (1) assevera que para interpretar a 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.

O comando da interpretação uniforme é direcionado aos juízes e árbitros para que, na condição de intérpretes, zelem pela correta aplicação da Convenção (PESSOA, 2014). A interpretação deve partir não apenas da hermenêutica gramatical, mas levar em consideração

---

<sup>6</sup> O artigo 12 determina que: “Não se aplicará qualquer das disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita a celebração, alteração ou rescisão do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer manifestação de intenção, por outra forma que não a escrita, quando uma das partes tiver seu estabelecimento comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derogar nem modificar o efeito do presente artigo”. A declaração prevista no artigo 96 deste artigo cuida de uma reserva feita pelo Estado signatário para não admitir outra forma de conclusão, modificação ou resolução do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção por qualquer forma que não a escrita.

aspectos históricos da formação da convenção, bem como o contexto em que a disposição está inserida. Ferrari e Torsello defendem que

proper interpretation requires resort to the contextual interpretation in all cases, not only in those where recourse to other methods of interpretation presentes no solution, such as when a literal interpretation leads to more than one plausible solution (FERRARI; TORSELLO, 2018)<sup>7</sup>.

De modo a facilitar a uniformização, há iniciativas da UNCITRAL, no sentido de criar uma base de dados formada pelo conjunto de decisões judiciais e arbitrais que tenham utilizado a CISG na fundamentação, a qual é conhecida por Case Law in UNCITRAL Texts (CLOUT).

No mesmo sentido, os trabalhos preparatórios da Convenção constituem um compilado de textos que auxiliam na harmonização e coerência da interpretação. (PUGLIESE, 2014, 57). Sem embargo, utilizar os *travaux préparatoires*, tal qual são conhecidos, como fontes interpretativas, por vezes é uma tarefa árdua. Segundo William Pugliese, “a numeração dos artigos foi alterada inúmeras vezes, e por conta disso, muitas vezes encontrar trechos relevantes nestes documentos se revela uma verdadeira busca por uma ‘agulha no palheiro’” (PUGLIESE, 2014, 58).

Frise-se, porém, que tamanho esforço e compromisso para viabilizar a interpretação uniforme não busca engessar o julgador, estabelecendo balizas rígidas, já que a CISG prevê margem de flexibilidade para dirimir o conflito. É dizer que os conceitos que não integram propriamente o contrato de compra e venda internacional “estão isentos desta interpretação, como é o caso da expressão “regras de direito internacional privado” constante no art. 1(1) “b”” (PESSÔA, 2014, 46)

Em verdade, a harmonização da interpretação é um pressuposto do direito uniforme, visto que a polissemia da linguagem poderia conduzir a acepções diametralmente opostas, sobretudo se considerar a influência das tradições jurídicas existentes. É preciso se atentar que a Convenção bebeu da fonte dos diversos sistemas jurídicos para criar um estatuto singular, que detém uma lógica própria. Ao analisar a CISG, deve esta lógica ser a bússola a guiar o intérprete.

<sup>7</sup> Em tradução livre: “a interpretação adequada requer o recurso à interpretação contextual em todos os casos, não apenas naqueles em que a utilização de outros métodos de interpretação não apresenta solução, como quando uma interpretação literal conduz a mais de uma solução plausível”.

O referido art. 7<sup>o</sup> consagra, ademais, o princípio da boa-fé no âmbito da Convenção de Viena de 1980, a qual teve a complexa tarefa de conciliar os ditames da boa-fé no *civil law* e no *common law*, embora se defenda que a doutrina alemã do *civil law* tenha prevalecido no texto final<sup>9</sup>. Destaque-se que a questão se imiscuiu na dúvida de se a boa-fé assumiria uma função interpretativa ou se estabeleceria um padrão de conduta a ser esperado do comerciante (NALIN, 2014, 127).

Harmonizar duas tradições jurídicas desagua numa dificuldade maior ainda, qual seja, a de estabelecer um conceito de boa-fé sob a perspectiva da Convenção em si. Isso porque o aplicador da norma no momento de julgar o caso tende a desenvolver o instituto sob o auspício do seu direito doméstico, o que a CISG busca evitar que ocorra. Nessa esteira, a Comissão responsável por redigir a Convenção assentou ao final que a boa-fé deveria restringir-se ao viés interpretativo do texto convencional, não se dirigindo necessariamente às partes, mas às Cortes julgadoras (NALIN, 2014, 127).

Paulo Nalin afirma que a boa-fé foi incorporada na CISG “não como um requisito do contrato, nem da sua validade, tampouco da sua eficácia, contemplando um perfil mais axiológico” (NALIN, 2014, 127), isto é, a boa-fé é consagrada como um princípio geral.

Moser e Pignatta afirmam que a boa-fé prevista na Convenção é a objetiva, segundo a qual deveres de conduta anexos são esperados dos contratantes. De todo modo, uma vez que assume função interpretativa, os deveres anexos derivados da boa-fé são extraídos do próprio texto convencional, a exemplo dos artigos 27, 32, 35, 38(1), 46(1), 54, 62, 68, 77 e 79 (4) (MOSER; PIGNATTA, 2015, ebook).

Nesse tocante, destaque-se o artigo 77 da CISG, que constitui a fundamentação legal do dever assumido pelo credor de mitigar seu próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*). Como tal dever se trata do objeto do presente ensaio, impende que este seja desenvolvido com maior acuidade em tópico próprio, a começar pelas origens desse instituto jurídico.

### 3 ORIGEM DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS

<sup>8</sup> Artigo 7. (1) 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.

<sup>9</sup> Nesse sentido, ver mais em MOSER; PIGNATTA, 2015.

Em um conceito breve, pode-se dizer que o *duty to mitigate the loss* cuida de um dever direcionado ao credor para que, dentro da razoabilidade, tenha uma atitude proativa no sentido de minimizar seu prejuízo, sob pena da consequência de sua omissão ser compensada no cômputo de eventual indenização.

A origem do instituto, segundo Vera Fradera, ocorrera no direito anglo-saxão, tendo posteriormente se deslocado para os demais sistemas jurídicos do continente europeu (FRADERA, 2004). O precedente emblemático sobre o tema foi julgado pela *House of lords* em 1912<sup>10</sup> e ficou conhecido por *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd*.<sup>11</sup> O caso se baseava em um contrato de compra e venda no qual a *Underground Electric* adquirira da *British Westinghouse* oito turbinas a vapor com capacidade de 5500 kilowatt e oito turbo-alternadores (CARVALHO, 2014).

A *British Westinghouse* entregou as turbinas com potência abaixo do esperado, já que a economia e o consumo de vapor não atenderam as expectativas do acordado, o que levou a *Underground Electric* a comprar oito novas turbinas Parsons, máquinas mais econômicas e de capacidade melhorada. Ocorre que as máquinas da *British* chegaram a ser instaladas e funcionaram, ainda que de forma defeituosa, por pelo menos seis anos, tendo sido apenas em 1908 que a *Underground* resolveu pedir indenização por quebra contratual, na qual incluíram o custo de instalação das máquinas Parsons.

A Corte entendeu que a aquisição das novas turbinas foi tão satisfatória que ensejou o afastamento da indenização, fundando o argumento no dever do autor de adotar as medidas razoáveis para mitigar os danos derivados do inadimplemento:

I think that there are certain broad principles which are quite well settled. The first is that, as far as possible, he who has proved a breach of a bargain to supply what he contracted to get is to be placed, as far as money can do it, in as good a situation as if the contract had been performed.

The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the

<sup>10</sup> Conquanto *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd* seja o caso paradigma, há quem defenda que sua origem seria ainda mais antiga no caso *Virtue v. Bird* julgado em 1678 pelo King's Bench. Para mais informações, ver: CARVALHO, 2014.

<sup>11</sup> Ver mais em **United Kingdom House of Lords Decisions – Database. Disponível em:** <<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1912/50SLR0617.html>>. Acessado em 26/10/2020.

breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps (UKHL, 1912)<sup>12</sup>.

Sendo assim, restou assentado que se o credor - homem razoável e prudente - adotar medidas capazes de diminuir a perda, mesmo que não houvesse sobre ele qualquer dever de agir, o efeito na diminuição real da perda pode ser levado em consideração no cálculo da indenização. Tal julgado é tido por alguns como sendo a primeira vez em que o *duty to mitigate the loss* foi usado de forma expressa como princípio de quantificação da indenização (CARVALHO, 2014, 26).

Conquanto pareça ser lugar comum na doutrina de que o início do *duty to mitigate the loss* esteja enraizado no direito anglo-saxão, seja por conta do seu maior desenvolvimento na tradição da *common law*, seja porque o próprio vernáculo da expressão é costumeiramente o inglês, há autores que discordam e defendem que o direito alemão previra anteriormente o instituto (DIAS, 2012).

Daniel Dias (2012) por exemplo afirma que, desde 1896, o BGB continha dispositivo que determinava a redução da indenização por negligência da parte lesada em afastar ou minorar seu próprio dano (§ 254<sup>13</sup>). Beatriz Carvalho (2014) na sua dissertação de mestrado rebate tal afirmação, afinando-se ao posicionamento de Vera Fradera (2004) ao defender que o BGB não previa o *duty to mitigate the loss* como uma regra autônoma e limitativa do *quantum* indenizatório. Em suas próprias palavras: “a falha na prevenção ou redução de danos é exemplificativamente citada no § 254(2) como uma forma de culpa concorrente da vítima do dano, equiparando-se a não mitigação do dano a uma concausa dele próprio” (CARVALHO, 2014, 26).

Não obstante a discursão acerca da verdadeira origem do *duty to mitigate the loss*, fato é que o *common law* parece ter sido a tradição jurídica que mais teria desenvolvido o in-

<sup>12</sup> Em tradução livre: “Penso que existem certos princípios gerais que estão muito bem estabelecidos. O primeiro é que, na medida do possível, aquele que provou o inadimplemento do contrato para fornecimento do que fora acordado, deve ser colocado, na medida em que o dinheiro possa fazê-lo, em uma situação tão boa como se o contrato tivesse sido realizado.

A base fundamental é, portanto, a compensação pelo prejuízo pecuniário decorrente naturalmente da violação; mas este primeiro princípio é qualificado por um segundo, que impõe ao demandante o dever de tomar todas as medidas razoáveis para mitigar a perda resultante da violação, e o impede de reclamar qualquer parte do dano devido à sua negligência em adotar tais passos”.

<sup>13</sup> Código Civil alemão: “§ 254 (Participação na culpa). Se, na produção do dano, concorrer uma culpa do prejudicado, dependerá a obrigação à indenização, bem como o alcance da indenização a prestar, das circunstâncias, particularmente do fato de que até que ponto o dano foi, preponderantemente, por uma ou outra parte, causado. Aplica-se isto, mesmo quando a culpa do prejudicado se limita à circunstância de que negligenciou ele de chamar a atenção do devedor sobre o perigo de um dano inteiramente excepcional que o devedor não conhecia nem era obrigado a conhecer, ou de que negligenciou êle de afastar ou de minorar o dano.” (DINIZ, Souza, apud DIAS).

stituto, dando-se especial ênfase ao direito estadunidense, em comparação ao direito inglês, quando do cotejo do tema com o *Restatement of Contracts – Second* e o *Uniform Commercial Code*<sup>14</sup> (CARVALHO, 2014).

No Brasil, o dever de mitigar os próprios danos teve a sua introdução expressa no direito interno pela doutrina e jurisprudência, porém esse tema será objeto de análise do tópico mais abaixo do presente artigo.

Para além do direito doméstico, o *duty to mitigate the loss* foi também incorporado em alguns documentos de cunho internacional, a exemplo da Convenção de Haia de 1964 sobre a venda internacional de bens móveis (ULIS)<sup>15</sup>, bem como nos princípios do UNIDROIT sobre o comércio internacional<sup>16</sup>. A ULIS foi uma das convenções base para a redação da Convenção de Viena de 1980, que também – conforme visto – reproduziu o *duty to mitigate the loss*.

## 4 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980 - ALCANCE DO INSTITUTO SEGUNDO A CONVENÇÃO

O artigo 77 da Convenção de Viena de 1980 estabelece que:

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.

<sup>14</sup> Casos judiciais relevantes para o desenvolvimento do instituto no direito estadunidense: *Rockingham County v. Luten Btidge Co.*, julgado pela Corte de Apelações do 4º Circuito, 1929; *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp* (3 Cal. 3d. 176, 474, P.2d 689 – *Supreme Court of California*, 1970); *Groves v. John Wunder Co.* 205 Minn. 163, 286 N.W.235 (*Supreme Court of Minnesota*, 1939); *Shea-S&M Ball v. Massman-Kiewit-Early et. al.* 606 F.2d 1245; 196 U.S. App. D.C. 338 (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 1979). O *Restatement of Contracts – Second* traz duas regras que possuem ligação à mitigação dos prejuízos, reproduzidas na seção 347 e na 350. A *Uniform Commercial Code – UCC* cuidou do assunto nos dispositivos § 2-706, §2 -708, § 2-712, § 2-713. Para maior aprofundamento, ver a dissertação de mestrado de Beatriz Carvalho, 2014.

<sup>15</sup> Art. 88 da ULIS dispunha: “*The party who relies on a breach of the contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages*”. Tradução Livre: A parte lesada por uma quebra do contrato deve adotar todas as medidas razoáveis para mitigar a perda resultante da violação. Se não adotar tais medidas, a parte que ocasionou a quebra pode reivindicar uma redução dos danos.

<sup>16</sup> Art. 7.4.8. dos Princípios do UNIDROIT: “*(Mitigation of harm) (1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party’s taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm*”. Tradução de Lauro Gama Jr.: ARTIGO 7.4.8 (Mitigação do dano) (1) A parte inadimplente não é responsável por danos sofridos pela parte prejudicada na medida em que esses danos poderiam ter sido reduzidos com a adoção de medidas razoáveis por parte desta. (2) A parte prejudicada tem direito a reaver quaisquer despesas que tenha razoavelmente realizado na tentativa de reduzir os danos.

Da leitura do dispositivo, percebe-se a invocação de dois requisitos básicos, quais sejam, (1) a parte que arguir o inadimplemento deverá agir razoavelmente para minimizar os danos; e (2) se não adotar essas medidas, a outra parte poderá pedir redução do valor da indenização correspondente a quanto teria sido mitigado. Trata-se de uma obrigação dirigida ao credor, que não deve permanecer omissa diante dos danos que decorrem da quebra contratual.

The duty to mitigate is one imposed in many jurisdiction and it is therefore not surprising that the CISG also imposes on the aggrieved party duty to mitigate the loss. Accordingly, in the event of a breach the aggrieved party is not allowed to remain passive as damages are being caused by breach, and to comfortably rely on the possibility to then sue the party in breach and recover the entire amount of damages suffered. To the contrary, the aggrieved party has a duty to take the initiative and take all reasonable steps in order to reduce the damages from materializing (FERRARI; TORSELLO, 2018, ebook)<sup>17</sup>.

Aspecto a se evidenciar diz respeito à imperativa razoabilidade das medidas a serem adotadas. Ora, não se exige do credor que assuma atitudes extremas para mitigar seu dano, já que o efeito poderia ser muito mais prejudicial que benéfico ao resultado prático do contrato de compra e venda. Em verdade, a conduta esperada seria aquela de um credor prudente e cauteloso, diante das circunstâncias fáticas que se lhe apresentam, tomando por base os usos e costumes internacionais. Como se sabe, o artigo 9º da CISG presume inerente ao contrato a reconhecida *praxe* mercantil, a qual só não será aplicada mediante acordo das partes em contrário<sup>18</sup>.

Por certo, o conceito de razoabilidade não pode ser extraído de forma abstrata, já que a análise das circunstâncias em concreto é determinante para definir a medida a ser tomada. Zeller afirma que “*this is not a question of law but rather a question of fact [...] [cabendo por consequência] within court's discretion to evaluate measures of mitigation*”<sup>19</sup> (ZELLER apud RIZNIK).

<sup>17</sup> Tradução livre: “O dever de mitigar é imposto em muitas jurisdições e, portanto, não surpreende que a CISG também imponha à parte lesada o dever de mitigar o prejuízo. De fato, em caso de violação, a parte prejudicada não pode permanecer passiva, visto que os danos estão sendo causados pela quebra contratual, e confortavelmente confiar na possibilidade de processar a parte devedora para recuperar o valor total dos danos sofridos. Ao contrário, a parte prejudicada tem o dever de tomar a iniciativa e tomar todas as medidas razoáveis para reduzir a materialização dos danos”.

<sup>18</sup> Artigo 9 (1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si. (2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento.

<sup>19</sup> Tradução Livre: “não se trata de uma questão de direito, mas sim de uma questão de fato [...] [cabendo por consequência] ao crivo do tribunal para avaliar medidas de mitigação”.

Nesse sentido, caso interessante sobre o tema foi julgado pelo Tribunal Arbitral de Hamburg (CLOUT n° 166)<sup>20</sup>, em que uma companhia de Hong Kong (vendedor) e uma empresa alemã (comprador) firmaram um contrato para entrega e distribuição de mercadorias chinesas. Nesse acordo, o vendedor era responsável pelas relações negociais com os fabricantes chineses, enquanto o comprador tinha a incumbência de distribuir as mercadorias na Europa.

Devido a dificuldades financeiras, porém, os fabricantes chineses não conseguiram entregar o produto ao vendedor que, por consequência, também não cumpriu com sua obrigação contratual perante o comprador. A Companhia de Hong Kong solicitou o pagamento das mercadorias que haviam sido entregues, ao que a empresa alemã se recusou a fazer, requerendo indenização pelos lucros cessantes decorrentes do término da relação comercial.

O Tribunal arbitral acolheu o pedido do vendedor (companhia de Hong Kong), considerando que o comprador poderia suscitar a violação do contrato com relação à venda em questão, mas não no que tange a todo o contrato de distribuição. Porém, concluiu que o fato do comprador (empresa alemã) não ter adquirido as mercadorias em outro lugar não violou seu dever legal de mitigar os danos, vez que o curto prazo de entrega previsto no contrato e a suposta dificuldade em encontrar outro fornecedor eximiriam sua responsabilidade para adotar tal medida.

Ao cabo, porém, a Corte julgou improcedente o pedido de danos por considerar que o contrato básico da relação comercial por tempo indeterminado se difere dos contratos comerciais para entrega de mercadorias em prestações. Nesse sentido, excertos relevantes sobre a mitigação são extraídos da fundamentação da Corte, *in verbis*:

For the rest, the apportionment of damages according to Art. 74 CISG is not to be judged differently from national law, which law can be applied [...] subsidiarily, under Art. 7 CISG, in the absence of more detailed supranational provisions.

[...] It is true that in German private law, in the case of the termination of a long-term relationship on serious grounds, according to the legal principles of Sects. 326, 626 and 628 Civil Code, the damage caused by the termination (failure to perform) can in principle be asserted. However, this does not apply where a party failed to fulfill the contract and thereby gave the other contracting party serious grounds to terminate the relationship. It would be contrary to good faith if the non-terminating party were put in a worse position because he was ready to continue under the contract notwithstanding the contractual violation by the terminating party. The general principle of good faith also applies to international contracts for the delivery of goods by installments.

**[...] Even if the above principles were not applied when apportioning the damages according to Art. 74, they would have to be considered at the latest when**

<sup>20</sup> Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, Germany, 21 March 1996 (Chinese goods case); available at: , CLOUT case no. 166. Ver mais em: <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>. Acessado em 31/10/2020.

**examining the obligation to mitigate the damage, respectively the co-responsibility or joint causing [of the damages] according to Arts. 77 and 80 CISG.** Leaving that aside, damages in excess of the damages for the specific supply would presuppose a corresponding relationship for further supplies under the basic agreement. The buyer cannot rely on the fact that the contract was concluded for an indefinite period of time, until joint termination, because this agreement violates *bonos mores* and good faith - Art. 7 CISG in conjunction with Sects. 138 and 242 Civil Code - and is invalid<sup>21</sup> (grifos nossos).

A despeito da análise ter se valido de conceitos do direito privado alemão, salta aos olhos a referência que o Tribunal arbitral faz ao princípio da boa-fé, relacionando-o ao dever de mitigar os próprios danos. Com efeito, a boa-fé é um dos grandes pilares do *duty to mitigate the loss*, consubstanciado – como visto – na sua função interpretativa.

Elucida Elisabeth Opie que “*The obligation stated in Art. 77 CISG is to be interpreted taking into account the competing interests of the parties, as well as commercial customs and the principle of good Faith*”<sup>22</sup> (OPIE, 2005), isto é, “*A potential measure to mitigate damages is reasonable, if in good faith it could be expected under the circumstances*” (OPIE, 2005)<sup>23</sup>.

A razoabilidade, portanto, enquanto medida da boa-fé, é aferida pela ótica dos usos e costumes do comércio internacional, cabendo ao intérprete – diante do caso concreto – verificar os aspectos fáticos que ensejam o dever de agir do credor.

A esse respeito, deve-se ressaltar que a doutrina internacional debate acerca da natureza jurídica do artigo 77, questionando se trataria de um dever ou de uma obrigação do credor. Se for encarado como obrigação, o credor responsável por mitigar os danos pode ser le-

<sup>21</sup> Tradução livre: Quanto ao resto, a repartição dos danos de acordo com o Art. 74 da CISG não deve ser julgada de forma diferente da legislação nacional, cuja lei pode ser aplicada [...] subsidiariamente, nos termos do Art. 7 da CISG, na ausência de disposições supranacionais mais detalhadas. [...] É verdade que no direito privado alemão, em caso de rescisão de uma relação de longa duração por motivos graves, de acordo com os princípios jurídicos das sects. 326, 626 e 628 do Código Civil, o dano causado pela rescisão (descumprimento) pode, em princípio, ser reivindicado. No entanto, isso não se aplica quando uma parte não cumpriu o contrato e, assim, deu a outra parte contratante motivos sérios para rescindir a relação. Seria contrário à boa fé se a parte que não rescindiu fosse colocada em uma posição pior, já que estava pronta para continuar sob o contrato, não obstante a violação contratual pela parte que rescindiu. O princípio geral de boa fé também se aplica a contratos internacionais para entrega de mercadorias em prestações. [...] Mesmo que os princípios anteriores não fossem aplicados na repartição dos danos de acordo com o art. 74, deveriam ser considerados, ao menos, no exame da obrigação de mitigar o dano, respectivamente a corresponsabilidade ou co-causação [dos danos] nos termos dos arts. 77 e 80 CISG. Deixando isso de lado, os danos que excedam os danos do fornecimento específico pressupõem uma relação correspondente para outros fornecimentos no âmbito do contrato base. O comprador não pode contar com o fato de que o contrato foi celebrado por tempo indeterminado, até a rescisão conjunta, pois este acordo viola os bons costumes e a boa fé - art. 7 CISG em conjunto com sects. 138 e 242 do Código Civil - e é inválido”. Ver mais em Database Pace Law school. CISG CASE PRESENTATION. English Translation. Disponível em: <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html#27>>. Acessado em 31/10/2020.

<sup>22</sup> Tradução livre: “A obrigação prevista no art. 77 A CISG deve ser interpretada levando em consideração os interesses conflitantes das partes, bem como os costumes comerciais e o princípio da boa fé”.

<sup>23</sup> Tradução livre: “Uma medida potencial para mitigar os danos é razoável, se de boa fé, poderia ser esperada nas circunstâncias”.

galmente acionado pelo devedor. Do contrário, se for tido como dever, o devedor não pode exigir que o credor afetado assumira comportamento atenuante (ALBÁN, 2018).

Isso porque, neste último caso, o credor tem o dever de defender seu interesse, qual seja, a indenização pela violação do devedor, sabendo que seu comportamento será considerado para mensurar o *quantum* indenizatório. Em verdade, os que defendem se tratar de um dever – não uma obrigação – têm seus argumentos fortalecidos especialmente pelo fato de o devedor inadimplente não poder alegar quebra contratual para se valer dos remédios previstos na Convenção. Jorge Oviedo-Albán explica que seria um dever porquanto “*Non performance with this duty will bring about consequences for the creditor in terms of his inability to claim complete damages for the debtor's breach*” (ALBÁN, 2018)<sup>24</sup>.

Argumenta-se, porém, conquanto imposto ao credor, o custo expendido para reduzir a perda deve ser pago pelo devedor com base no que afirma o art. 74 da Convenção, o qual dispõe que as perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido<sup>25</sup>.

Por fim, registre-se que para a doutrina internacional, cabe ao devedor provar que a parte lesada não cumpriu com seu dever de reduzir os danos – inclusive os lucros cessantes – nos termos do artigo 77 da Convenção. Isto é, o ônus da prova recai sobre o devedor inadimplente, inclusive no que toca à não razoabilidade da eventual medida adotada pelo credor (OPIE, 2005).

## 5 A RECEPÇÃO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO BRASILEIRO

A internalização do dever de mitigar os próprios danos no Brasil teve início com a professora Vera Fradera ao publicar o artigo intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o

<sup>24</sup> Tradução livre: “O não cumprimento deste dever trará consequências para o credor em termos de inviabilizar sua reivindicação por danos completos pela violação do devedor”.

<sup>25</sup> CISG. Artigo 74. “As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato”. Nada obstante, há precedente do Tribunal alemão *LG Darmstadt* em que se condicionou o exercício desse direito à prévia notificação do devedor das medidas que estavam sendo tomadas para minimizar o dano *Landgericht Darmstadt 9 May 2000. 10 O 72/00*, Case law on UNCITRAL texts (CLOUT) abstract no. 343. Ver mais em: <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html>>. Acessado em 30/10/2020 (FERRARI; TORSELLO, 2018, ebook).

próprio prejuízo?” na Revista trimestral de direito civil, no ano de 2004, por intermédio do qual sustentou que a boa-fé objetiva impõe à parte o dever acessório de mitigar o seu próprio dano (TARTUCE, 2005).

Naquele mesmo ano, a professora também apresentou à III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal proposta de enunciado, baseado no art. 422 do CC/02, que desencadeou na elaboração do Enunciado 169 do CJF, segundo o qual “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

O alicerce de seu argumento reside no fato de que o Código Civil brasileiro – para a autora – é silente no que tange à formulação expressa do dever de mitigar o prejuízo, razão pela qual, ao esmiuçar a construção doutrinária do direito comparado, concluiu que “*o duty to mitigate the loss poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato*” (FRADERA, 2004, 116).

O enunciado 169, certamente, possui relação com o de nº 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Tartuce, muito embora não rejeite a proposta da professora, evidencia como sendo caminho alternativo para a recepção do dever de mitigar o próprio prejuízo a vedação ao abuso de direito, representada pelo art. 187 do Código Civil/2002 e pela interpretação que lhe é dada pelo Enunciado nº 37 do CJF (TARTUCE, 2005), *in verbis*:

Art. 187 CC/02. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Enunciado nº 37 do CJF: Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu o entendimento da boa-fé objetiva no Recurso Especial nº 758.518-PR<sup>26</sup>, de relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, julgado pela terceira turma em 17/06/2010. O STJ afirmou que a boa-fé objetiva é um padrão ético-jurídico, no qual se espera probidade, cooperação e lealdade dos contratantes em todas as fases da relação obrigacional.

Assim, o dever de mitigar o próprio prejuízo seria preceito decorrente da boa-fé objetiva que exige dos contratantes a assunção das medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado, sob pena de se justificar a aplicação de penalidades.

Citando as lições da professora Vera Fradera, STJ concluiu que a parte à cuja perda é aproveitada não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Nesse tocante, impende destacar que outros Tribunais também já fizeram uso do *duty to mitigate the loss* com base no conceito de boa-fé objetiva do Código Civil e alguns, inclusive, citaram a CISG na fundamentação do julgado<sup>27</sup>.

Essa concepção, no entanto, não é unânime. Daniel Dias (2012), por exemplo, discorda do pressuposto de que o Código Civil seria lacunoso sobre a matéria, sustentando que os artigos 402, 403 e 945 do CC/02 albergariam razão jurídica suficiente para exigir do credor

<sup>26</sup> 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. RECURSOIMPROVIDO. 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 inseridos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente 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. (STJ - REsp: 758518 PR 2005/0096775-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 01/07/2010)

<sup>27</sup> Exemplos de decisões foram prolatadas nesse sentido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0011244-64.2009.8.19.0208. Nona Câmara Cível. Relator Roberto de Abreu e Silva. Julgamento em 12 de junho de 2012; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0010623-64.2009.8.19.0209. Nona Câmara. Cível. Des. Roberto de Abreu e Silva. Julgamento em 07 de junho de 2011; Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 755934-0. Décima Quinta Câmara Cível. Relator Jucimar Novochadlo. Julgado em 23 de março de 2011; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70054835921, Décima Sétima Câmara Cível. Relator Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 04/07/2013; Para ver mais a respeito, consultar artigo redigido por Felipe Strassacapa e Frederico Eduardo Zenedin Glitz, intitulado “A Obrigação Do Credor Em Mitigar Seu Prejuízo: Uma Perspectiva Brasileira” (STRASSACAPA; GLITZ, 2016).

que agisse no sentido de mitigar seu dano, independente da necessidade de recepção do instituto.

Ele argumenta que não se deve conduzir pelo viés de dever acessório, abuso de direito, *venire contra factum proprium* ou *supressio*. Com efeito, argui que em essência a omissão do credor não seria rigorosamente oposta ao ordenamento brasileiro, já que este último não veda “a lesão ao próprio patrimônio, mas sim que os lesados pretendam posteriormente responsabilizar terceiros pelo dano sofrido” (DIAS, 2012, 27), o que sobremaneira confronta a aplicação do enunciado CJF n.º 24 à hipótese.

Inspirado, assim, no conceito de *Obliegenheit*<sup>28</sup> do Direito alemão, afirma que o *duty to mitigate the loss* para o direito brasileiro seria oponível ao credor pela figura jurídica do encargo, instituto bastante utilizado nos contratos que contêm alguma espécie de liberalidade, o encargo cuidaria de uma conduta relacionada a determinada vantagem jurídica, mas sem que seu descumprimento gere danos a terceiros ou dele nasça o dever de indenizar. Isto é:

não há que se falar em dever genérico ou mesmo acessório de evitar danos a si porque esta conduta por parte do lesado não é exigível: primeiro que ela tem por finalidade a proteção principalmente dos seus próprios interesses, e, apenas reflexamente os do responsável, e, segundo, 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. É exatamente isso que reflete a figura do encargo aplicado à situação da parte prejudicada diante da produção ou agravamento do próprio prejuízo (DIAS, 2012, 34).

Daniel Dias afirma, porém, que a figura do encargo para evitar o agravamento do próprio prejuízo não é aplicável aos casos de exercício tardio do direito, o que tem sido bem comum perante os tribunais brasileiros. Sustenta que a jurisprudência estaria distorcendo a situação para forçar uma aplicação do instituto às hipóteses em que o credor demora para agir, como se este tivesse que agir imediatamente para inibir os danos, ainda que o direito de ação não estivesse prescrito (DIAS, 2012,13).

A quinta turma do Superior Tribunal de Justiça – no julgamento do REsp 1201672 MS, relatoria do Ministro Lázaro Guimarães – baseou-se nessa premissa que afasta a aplica-

<sup>28</sup> *Obliegenheit* é uma particularidade do Direito obrigacional alemão que consiste um mandamento (*Gebot*) que não é imposto as partes mas que existe em decorrência do próprio interesse das mesmas envolvidas no negócio jurídico, pois sua não-observância geraria uma situação de desvantagem jurídica (MUSIELAK, 2005, 271). Em linhas gerais, é uma espécie de dever de cuidado implícito.

ção do *duty to mitigate the loss* do exercício tardio do direito<sup>29</sup>. O caso cuidava de uma ação de cobrança de faturas atrasadas do cartão de crédito, em que as instâncias ordinárias condenaram o réu ao pagamento do valor atrasado, excluindo desse cômputo, porém, juros e correção monetária em virtude da demora do autor para ajuizar a demanda.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, entendeu que ao caso em tela não cabia tal consequência, já que a ação iniciara dentro do prazo prescricional, de modo que se faria necessário além do exercício tardio do direito, a ofensa comprovada a alguns deveres anexos do contrato, ou ainda a comportamento que leve o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada.

Frise-se que, porém, conquanto tenha a egrégia Corte bebido da doutrina de Daniel Dias, não rejeitou a tese de que o fundamento do instituto residiria na boa-fé objetiva, à luz do que ensinara a professora Vera Fradera.

Como se vê, há bastante dissonância no âmbito da doutrina e da jurisprudência acerca do dever de mitigar os próprios danos, não se concluindo ao certo a natureza jurídica do instituto, o que reflete no próprio alcance de sua aplicação. Tal discrepância também se observa no âmbito dos contratos internacionais que foram julgados no Brasil, em especial se considerar o direito comparado hasteado em prol da uniformização da CISG.

Daniel Dias (2012) assevera que os operadores do direito não estariam sabendo lidar com a recepção do *duty to mitigate the loss*, pois as decisões sobre o tema não estariam em conformidade nem com a legislação brasileira, nem com toda a sistematização desenvolvida pela *common law* para essa figura jurídica. “Equivoca-se, enfim, duplamente”, registra o autor (DIAS, 2012, 12).

Guilherme Penteado e Frederico Glitz, partindo de uma análise da jurisprudência brasileira acerca do *duty to mitigate the loss* e da CISG, identificaram igualmente uma mistura danosa entre conceitos nacionais e internacionais que podem prejudicar a esperada uniformização da interpretação da Convenção de Viena de 1980 (PENTEADO; GLITZ, 2016, 109).

<sup>29</sup>RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE CONTRATO NOS AUTOS. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. TAXA MÉDIA DE MERCADO. RECURSO PROVIDO.(AgRg no REsp 1.578.048/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18/08/2016, DJe de 26/08/2016). 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1201672 MS 2010/0133286-6, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 21/11/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2017).

O objeto de estudo deles centrou-se na Apelação cível nº 70025609579 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e na Apelação Cível nº 1.170.013-144 do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>30</sup>, nas quais perceberam o uso indeterminado do *duty to mitigate the loss*, mesclando entendimentos heterogêneos do direito doméstico e do direito uniforme que obstaculizam a sedimentação da CISG no ordenamento pátrio.

Na primeira delas, por exemplo, chamou atenção o aspecto do ônus probatório em que o judiciário brasileiro concedeu ao credor o dever de se desincumbir de tal responsabilidade. Acontece que perante a doutrina internacional especializada, o ônus para provar se as medidas razoáveis foram tomadas recai sobre o devedor que deu causa ao inadimplemento.

Resta problemático o uso desacautelado das provisões da CISG, tendo em vista a repercussão perante o cenário internacional caso os julgados brasileiros destoem da interpretação uniforme, sobretudo pelo fato de onerar a parte ofendida, sabendo-se que tais situações prejudicam o amadurecimento e a confiança dos negociantes nas Cortes nacionais.

A confusão está, assim, no que designa a CISG e no que vem sendo aplicado pelos Tribunais, uma vez que no âmbito internacional, considerada como dever e não obrigação, caberia à discricionariedade do credor agir, sabendo que a omissão acarretará na diminuição futura da indenização, sem que se pudesse ser considerado como abuso de direito. De outra banda, o entendimento trilhado no Brasil de que a quebra do dever de boa-fé gera a violação do contrato, tal qual afirma o alhures transcrito Enunciado CJF nº 24, pode vir a gerar responsabilidade civil do credor para além da redução da indenização, o que onera sua posição.

## CONCLUSÃO

A CISG detém enorme importância para o direito uniforme comercial, consagrando-se como um dos tratados de maior sucesso desse campo jurídico. Sendo um texto destinado à elaboração de normas de direito material, visa à regulamentação específica da compra e venda internacional, de forma objetiva e voltada ao resultado prático das relações mercantis.

Nessa esteira, consolidando-se como um estatuto independente, possui a CISG uma lógica jurídica própria, que se arrima na necessidade de facilitar as transações comerciais,

<sup>30</sup>Apelação cível nº 70025609579, da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack (julgado em 20/05/2009) e 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 Pedro Alem Júnior (julgado em 03/07/2007).

conferindo segurança ao comerciante que saberá ao certo as repercussões jurídicas dos atos que tenham relação com o contrato.

Por essa razão, é natural que tenha a Convenção expressamente orientado a interpretação uniforme, dado que não basta a homogeneidade do texto, já que o aplicador do direito poderia fugir da *ratio* que lhe notabiliza para focar em sistematizações teóricas do direito doméstico. Em outras palavras, caso a Convenção não seja encarada como uma regra transfronteiriça, que por isso mesmo desenha contornos de diversos ordenamentos, o resultado almejado com a uniformidade não será alcançado.

No presente trabalho, deu-se ênfase ao *duty to mitigate the loss* previsto no artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, que demanda do credor conduta razoável para mitigar o dano, ainda que não tenha dado causa ao inadimplemento contratual. Funda-se, tal dispositivo, no princípio da boa-fé alocado no artigo 7º da CISG, o qual se reveste de uma função interpretativa, destinada ao aplicador da norma. Tendo, pois, viés hermenêutico, tal dispositivo não é pressuposto de validade ou eficácia contratual, porém sua inobservância culminará em repercussões jurídicas.

Dessa senda, a consequência pelo descumprimento do dever de reduzir a perda encerra-se na diminuição da indenização que pode ser cobrada pelo credor, sabendo-se que o comportamento deste esperado deve-se primar pela razoabilidade e pelos usos e costumes do comércio internacional. Frise-se, outrossim, que tal situação não impede o credor de buscar os demais remédios previstos na CISG, nem o obriga a exigir a indenização decorrente do descumprimento contratual.

No Brasil, o *duty to mitigate the loss* foi recepcionado através de construção doutrinária e jurisprudencial, visto que não existe no Código Civil dispositivo expresso que reproduza redação similar à prevista no artigo 77 da CISG. Há uma gama de correntes que buscam explicar a recepção do instituto, discorrendo a respeito da natureza jurídica e aplicação, muito embora a jurisprudência tenda a utilizar o conceito de boa-fé objetiva do art. 422 do CC/02 para fundamentar a aplicação do *duty to mitigate the loss* aos descumprimentos contratuais.

Acontece que o caráter de dever acessório previsto pelo artigo 422 do CC/02 não corresponde com perfeição à função interpretativa concedida pela CISG ao princípio da boa-fé, o que se revela problemático na *praxis jurídica*, haja vista a dissonância de interpretação que desencadeia, em especial no que tange aos contratos internacionais.

Assim, uma vez que se prolifere decisões desarmônicas, há sério risco para o futuro da convenção com relação ao ordenamento pátrio, vez que os comerciantes poderão prever meios legais de evitar que os conflitos sejam solucionados por cortes brasileiras, prejudicando, assim, o prestígio e desenvolvimento do próprio direito comercial no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044)>. Acessado em 13/03/2021.

BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 out. de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm)>. Acessado em 13/03/2021.

CARVALHO, Beatriz Veiga. **O “DEVER DE MITIGAR DANOS” NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL: A Perspectiva do Direito Brasileiro**. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-12122014-101356/publico/BEATRIZ\\_VEIGA\\_CARVALHO\\_integral.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-12122014-101356/publico/BEATRIZ_VEIGA_CARVALHO_integral.pdf)>, 2014. Acessado em 26/10/2020.

CISG CASE PRESENTATION. Schiedsgericht der Handelskammer [Arbitral Tribunal] Hamburg. **Case law on UNCITRAL texts (CLOUT) abstract no. 166**. Disponível em: <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>. Acessado em 08/11/2020.

CONVENTION RELATING TO A UNIFORM LAW ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (1964, THE HAGUE). Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>> Acessado em 27/10/2020.

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 UNIFACS – Debate Virtual, n. 139, 2012. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>>. Acessado em 27/10/2020.

FERRARI, Franco; TORSELLO, Marco. **International Sales Law – CISG – in a Nutshell (Nutshells)**. West Academic Publishing. 2nd. Edição, 2018, ebook.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo**. Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJF, 2005. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>>. Acessado em 12/01/2021.

\_\_\_\_\_. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Arquivo Jurídico**: In: Revista trimestral de direito civil. RTCD, v.5, n.19, jul/set, 2004, p. 109-119.

GAMA JR., Lauro. Tradução - **PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS 2010**. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 27/10/2020.

HUBER, Peter. **Some introductory remarks on the CISG**. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/huber.html>>. Acessado em 08/11/2020.

International Institute for the Unification of Private Law. **UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS**. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>>. Acessado em 27/10/2020.

LOOKOFSKY, Joseph. **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Disponível em: <<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo77.html>>. Acessado em 08/11/2020.

KOZIOL, Helmut. **REDUCTION IN DAMAGES ACCORDING TO ARTICLE 77 CISG**. Disponível em: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/koziol.pdf>>. Acessado em 30/10/2020.

MUSIELAK, Hans-Joachim. **Grundkurs BGB**. 9 Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2005.

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 (coord.). *Compra e venda internacional de mercadorias: vigência, aplicação e operação da CISG no Brasil.*/ coordenação Paulo Nalin, Renata C. Steiner, Lucviana Pedrosa Xavier. Curitiba: Juruá, 2014, p. 121-140.

NETO, Eugênio Facchini. **DUTY TO MITIGATE THE LOSS. CHEAPEST COST AVOIDER. HAND FORMULA: APLICAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRAS. O POSITIVISMO JURÍDICO EM UM MUNDO GLOBALIZADO**. Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 13/2017 | p. 249 - 279 | Out - Dez / 2017.

OPIE, Elisabeth. **Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG**. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>. Acessado em 03/11/2020.

OVIEDO-ALBÁN, Jorge. **Mitigation of Damages for Breach of Contract for the International Sale of Goods. 137 Vniversitas, (2018)**. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/330428815\\_Mitigation\\_of\\_Damages\\_for\\_Breach\\_of\\_Contract\\_for\\_the\\_International\\_Sale\\_of\\_Goods](https://www.researchgate.net/publication/330428815_Mitigation_of_Damages_for_Breach_of_Contract_for_the_International_Sale_of_Goods)>. Acessado em 04/11/2020.

MOSER, Luis Gustavo Meira; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Campo de Aplicação e Disposições Gerais (arts. 1 a 13)**. In. Moser, Luiz Gustavo Meira (coord. et al ). Comentários à Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG): visão geral e aspectos pontuais. São Paulo: Atlas, 2015.

PESSÔA, Fernando. **O impacto do princípio da interpretação uniforme da CISG no Direito Brasileiro**. In. Nalin, Paulo (coord. et al). Compra e venda internacional de mercadorias: vigência, aplicação e operação da CISG no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014, p. 33-48.

PENTEADO, Guilherme Stadler; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **O dever de mitigação das perdas em contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. In GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin (org.). Questões de Direito Internacional: pessoas, comércio e procedimento II. Curitiba: JML, 2018, p. 93-111. Disponível em: <https://fredericoglitz.adv.br/2018/05/29/o-dever-de-mitigacao-de-perdas-em-contratos-de-compra-e-venda-internacional-de-mercadorias/>. Acessado em 07/11/2020

PUGLIESE, William Soares. **A interpretação da CISG: em busca da uniformidade**. In. Nalin, Paulo (coord. et al). Compra e venda internacional de mercadorias: vigência, aplicação e operação da CISG no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014, p. 49-74.

RIZNIK, Peter. **“SOME ASPECTS OF LOSS MITIGATION IN INTERNATIONAL SALE OF GOODS”**. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik1.pdf>>. Acessado em 30/10/2020.

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. **Arquivo jurídico**: Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS. v. 8, n. 2, 2013. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/42881>>. Acessado em 27/10/2020.

SCHWENZER, Ingeborg; FOUNTOULAKIS, Christiana; DIMSEY, Mariel. International Sales Law: a guide to the CISG. **Arquivo jurídico**: 3rd Edition. Hart Publishing, 2019.

STRASSACAPA, Felipe; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **A OBRIGAÇÃO DO CREDOR EM MITIGAR SEU PREJUÍZO: UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA**. Disponível em: <<https://fredericoglitz.adv.br/2018/05/29/a-obrigacao-do-credor-em-mitigar-seu-prejuizo-uma-perspectiva-brasileira/>>. Acessado em 08/11/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1201672 no MS 2010/0133286-6**. Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 21/11/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 758518 PR 2005/0096775-4**. Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 01/07/2010.

TARTUCE, Flávio. **A BOA-FÉ OBJETIVA E A MITIGAÇÃO DO PREJUÍZO PELO CREDOR. ESBOÇO DO TEMA E PRIMEIRA ABORDAGEM, 2005.** Disponível em: <[http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/tartuce\\_boa\\_objetiva.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/tartuce_boa_objetiva.pdf)>. Acessado em 04/11/2020.

UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS DECISIONS – Database. *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd*. Disponível em: <<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1912/50SLR0617.html>>. Acessado em 26/10/2020.

UNCITRAL. **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Depositary.** Disponível em: <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=X-10&chapter=10&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&lang=en)>. Acessado em 08/11/2020.

WEBERBAUER, Paul Hugo; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Introdução às regras de aplicação da Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o direito internacional privado brasileiro. **Arquivo jurídico**: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 1, 2015 p. 379-394.

ZELLER, Bruno. **Four Corners – The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. s.l. s.n. 2003.** Disponível em <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>>. Acesso em 04/11/2020.