

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
FACULDADE DE DIREITO

O Dever de Mitigação de Danos na Convenção das Nações Unidas
para Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)

VANESSA WINKLER

RIO DE JANEIRO
2014

RESUMO

WINKLER, Vanessa. *O Dever de Mitigação de Danos na Convenção das Nações Unidas para Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)*. 2014. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Este trabalho tem por escopo abordar o dever de mitigação de danos (“*duty to mitigate the loss*”) na Convenção das Nações Unidas para Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Trata-se, mais especificamente, da análise do art. 77 da Convenção, seus pressupostos e extensão de aplicação, bem como as consequências que advêm do seu descumprimento e do seu cumprimento. Para tanto, estuda-se, à luz da jurisprudência, diferentes tipos de medidas que podem ser adotadas pela parte prejudicada com o objetivo de mitigar seu próprio prejuízo, tenham tais medidas sido bem ou mal sucedidas. Por fim, analisa-se os reflexos do “*duty to mitigate the loss*” no Brasil e as formas nas quais pode haver a sua aplicação no Direito Brasileiro, utilizando-se, para tanto, a opinião da doutrina e dos julgados pátrios.

Palavras-chave: *Duty to mitigate the loss*; Art. 77 CISG; Mitigação de danos no Direito Brasileiro.

ABSTRACT

WINKLER, Vanessa. *O Dever de Mitigação de Danos na Convenção das Nações Unidas para Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)*. 2014. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This work addresses the duty to mitigate the loss in the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG). It analyses specifically art. 77 of the Convention, its requirements, scope of application, and also the consequences from the compliance and the of non-compliance with said duty. In order to do that, it studies, based on the jurisprudence, different types of measures that can be taken by the aggrieved party aiming to mitigate its loss, being such measures successful or unsuccessful for that matter. Finally, it explores the reflexes of the duty to mitigate the loss in Brazil and how it can be applied to Brazilian law, in light of the opinion of national scholars and courts.

Key-words: Duty to mitigate the loss; art. 77 CISG; Mitigation of loss in Brazilian law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 ASPECTOS GERAIS DO DEVER DE MITIGAR DANOS	7
2.1 Fundamentos	7
2.2 Natureza	8
2.3 Histórico Legislativo	9
3 PRESSUPOSTOS E EXTENSÃO	10
3.1 Dano presente ou futuro	10
3.2 Escopo de aplicação do dever	11
3.3 Padrão de Razoabilidade	13
3.4 Elemento subjetivo	16
4 CONSEQUÊNCIAS	17
4.1 Do Cumprimento do Dever de Mitigar os Danos	17
4.2 Da Violação ao Dever de Mitigar Danos	18
4.3 Ônus da Prova	19
5 MEDIDAS DE MITIGAÇÃO DE DANOS –ANÁLISE JURISPRUDENCIAL 20	
5.1 Casos de Compra Substitutiva (“Cover Purchase”)	20
5.1.1 Caso 1	22
5.1.2 Caso 2	22
5.1.3 Caso 3	23
5.2 Casos de Venda Substitutiva (“Cover Sale”)	23
5.2.1 Caso 4	23
5.2.2 Caso 5	24
5.2.3 Caso 6	24
5.3 Outras medidas possíveis para o comprador	25
5.3.1 Caso 7	25
5.3.2 Caso 8	26
5.4 Outras medidas possíveis para o vendedor	26
5.4.1 Caso 9	26
5.5 Mitigação de danos após a quebra contratual	26
5.5.1 Caso 10	27

5.5.2 <u>Caso 11</u>	27
5.6 Mitigação de danos antes da quebra contratual	28
5.6.1 <u>Caso 12</u>	28
5.6.2 <u>Exemplos contrários ao Caso 12</u>	29
5.7 Custos da mitigação de danos	30
5.7.1 <u>Caso 13</u>	31
5.7.2 <u>Caso 14</u>	31
6 REFLEXOS DO DEVER DE MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	32
6.1 <u>Prevenção do agravamento dos danos em casos de seguros</u>	41
7 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

A CISG é a Convenção das Nações Unidas para Compra e Venda Internacional de Mercadorias que foi celebrada em Viena, em 1980. A Convenção tem como objetivo principal promover um regime moderno, uniforme e justo para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, reduzindo inseguranças nas trocas comerciais e contribuindo para a redução dos custos de tais transações.

Isso porque, quando as partes de um contrato nestes moldes são de países signatários da CISG, a Convenção se aplica automaticamente, evitando recurso às regras de direito internacional privado para se determinar qual será a lei aplicável ao contrato. Dessa forma, tem-se mais segurança jurídica. A CISG se aplica ainda caso as regras de direito internacional privado apontem para a lei de um país signatário da Convenção, uma vez que esta é parte do seu direito interno. Por fim, a CISG também poderá ser aplicada se as partes assim o escolherem em cláusula de eleição de lei aplicável, ainda que não sejam de países signatários. Fato é que, em todos esses casos, a CISG é um corpo neutro de regras que pode ser facilmente aceito, em razão da sua natureza transnacional e do vasto material interpretativo que há disponível.

Considerando, então, que contrato de venda é o pilar do comércio internacional mundial, não é difícil perceber a importância que a CISG ganhou. No entanto, apesar de já ter sido elaborada há mais de três décadas e de contar com cerca de 80 estados contratantes (representativos de cerca de três quartos do comércio internacional de bens), o Brasil somente em 2013 aderiu à Convenção, com data de entrada em vigor marcada para 1º de Abril de 2014. Dessa forma, a Convenção e o seu estudo passaram a ser de ainda maior relevância para o nosso país, contexto no qual se insere o presente trabalho.

O dever de mitigar os danos é, na Convenção, um limitador ao princípio da compensação total, cuja violação resultará em diminuição proporcional das perdas e danos a qual a parte prejudicada teria direito. Apesar de a ideia não ser nova no Direito Brasileiro - onde vem atrelada ao princípio da boa-fé -, a CISG tem parâmetros específicos para se aferir o cumprimento ou não deste dever, o que inspira uma análise mais aprofundada do dispositivo que o prevê: o Art. 77 CISG¹.

¹ Art. 77 CISG: “A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para mitigar as perdas resultantes do inadimplemento, incluídos os lucros

Dessa forma, o presente trabalho desenvolverá o tema em cinco capítulos. Em um primeiro capítulo, serão analisados os aspectos gerais do dever de mitigar danos, como o seu fundamento, natureza e o seu histórico na Convenção. O segundo capítulo, tratará especificamente de quais os pressupostos e qual a extensão do referido dever, observando os elementos objetivos e o elemento subjetivo que deverão ser analisados para aferir se houve ou não violação. Dentro dos elementos objetivos, encontram-se o tipo de dano e obrigação sobre a qual este dever recai, e qual o padrão de razoabilidade que deverá ser utilizado para se determinar se houve ou não o cumprimento do dever de mitigação.

Já em um terceiro capítulo, serão analisadas as consequências do cumprimento do dever de mitigação; as consequências da sua violação; e de quem é o ônus de fazer a prova entre essas duas hipóteses. Em um quarto capítulo, será utilizada a jurisprudência para melhor ilustrar a exposição teórica com casos em que, por vezes, houve a violação ao dever de mitigação e, por vezes, o seu cumprimento satisfatório. Por fim, em um quinto capítulo, será observada a aplicação do dever de mitigação no Direito Brasileiro, através da doutrina e dos julgados pátrios.

2 ASPECTOS GERAIS DO DEVER DE MITIGAR DANOS

2.1 Fundamentos

A CISG tem como um dos seus princípios basilares o da compensação total (“*full compensation*”), segundo o qual, consoante art. 74 CISG², a parte prejudicada em um contrato tem direito ao reembolso de todas as perdas ocorridas em consequência da uma violação contratual.³ Este princípio encontra apenas dois limites: o da previsibilidade (art. 74, parte final) e o da mitigação (art. 77)⁴. A previsibilidade prega que a indenização não pode exceder a perda que a parte

cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante das perdas que deveriam ter sido mitigadas.” (Tradução livre)

² Art. 74 CISG: “As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder a 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 do descumprimento do contrato.” (Tradução livre)

³ TIBURCIO, Carmen. Consequências do inadimplemento contratual na Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias (CISG). *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 37, p. 4, 2013.

⁴ CISG-AC Opinion No. 6. *Calculation of Damages under CISG Article 74*. Relator: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA, item 1.1. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html> (acesso em 15.05.2014).

inadimplente tinha ou deveria ter previsto como consequência da sua quebra contratual no momento da conclusão do contrato, considerados os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento.

Já a mitigação dos danos é um princípio de prevenção que tem dois propósitos: (i) evitar que a parte prejudicada se mantenha inerte, esperando passivamente ser recompensada pela sua perda, que poderia ter sido reduzida ou evitada caso tivesse tido uma postura mais pró-ativa⁵; e, por outro lado, (ii) evitar que essa parte pratique atos irrazoáveis que, ao invés de diminuir, apenas aumente as suas perdas⁶.

Vale dizer que a mitigação, além de ser um ônus contido na Convenção, é também considerada expressão do princípio da boa-fé (Art. 7(1) CISG⁷)⁸, sendo fundamental no comércio internacional e em arbitragem internacional⁹. Ademais, esse dever é reconhecido em grande parte das leis domésticas¹⁰, bem como em projetos de uniformização legislativa¹¹.

2.2 Natureza

Apesar da ser frequentemente referido como um “dever”, a mitigação dos danos não se trata de uma obrigação em sentido próprio que, se descumprida pela parte prejudicada, geraria direito à outra parte de reclamar indenização¹² de resolver o contrato¹³ (“*avoidance of the contract*” – Art. 49 CISG¹⁴). A mitigação dos danos pode ser vista, portanto, não como um dever ou obrigação, mas como um ônus

⁵ KNAPP, Victor. Article 77. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Giuffrè, 1987, p. 559/560.

⁶ GOTANDA, John. Article 77. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (ed.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. München: C.H. Beck, 2011, p. 1033, §. 1.

⁷ Art. 7(1) CISG: 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. (Tradução livre).

⁸ HUBER, Peter, in HUBER, Peter; MULLIS, Alastair, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 2007, p. 289.

⁹ SCHWENZER, Ingeborg. Article 77. In: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). 3rd edition, New York: Oxford University Press, 2010, p. 1042, §1.

¹⁰ § 254 BGB alemão; § 1304 ABGB austríaco; Art. 44(1) OR c/c Art. 99(3) OR suíço; Art. 1227 Código Civil Italiano; Art. 6:96(2)(a) NBW holandês; Art. 243(4) OZ esloveno; Art. 404(1) Código Civil russo; Art. 119 CL chinês; Art. 1475 Código Civil do Québec.

¹¹ Art. 7.4.8 PICC e art. 9:505 PECL.

¹² TIBURCIO, Carmen. Op. Cit. p. 5.

¹³ GOTANDA, John. Op. Cit. P. 1034, §. 5.

¹⁴ Art. 49 CISG: (1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; (...). (Tradução livre)

imposto ao credor que, se violado, acarreta a perda do direito à indenização na proporção dos danos evitáveis.

Assim, na verdade, o que ocorre é que, caso a parte prejudicada não tome as medidas razoáveis e disponíveis diante das circunstâncias para minimizar o seu prejuízo, isso precluirá a sua recuperação dos danos evitáveis, na proporção em que estes poderiam ter sido evitados ou reduzidos¹⁵. Dessa forma, a violação ao dever de mitigação dos danos pode reduzir a indenização a até zero¹⁶, se o dano, no caso concreto, pudesse ter sido inteiramente evitado pela parte prejudicada.

2.3 Histórico Legislativo

O ônus de mitigar os danos contido no art. 77 da CISG é análogo a um dispositivo já contido na *Uniform Law on the International Sale of Goods* (ULIS), que é a Convenção que precedeu a CISG, regulamentando o comércio internacional. O art. 88 ULIS previa:

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 damages¹⁷.

Percebe-se que o Art. 77 CISG é adoção quase literal do dispositivo reproduzido acima, com apenas duas exceções. Primeiramente, optou a CISG por adicionar a expressão “*incluídos os lucros cessantes*” para deixar claro que o prejuízo que pode ser mitigado é não apenas o dano emergente¹⁸. Além disso, a CISG optou mais uma vez pela clareza ao adicionar, ao final do seu Art. 77, a frase “*no montante das perdas que deveriam ter sido mitigadas*”. Dessa forma, torna-se evidente que a avaliação da redução da indenização se dará de forma matematicamente proporcional aos prejuízos que poderiam e deveriam ter sido mitigados.

Vale ressaltar, ainda, que, de acordo com o Art. 61(2) ULIS, o vendedor tinha a obrigação de revender os bens, se isto estivesse em conformidade com os usos e

¹⁵ RIZNIK, Peter. *Some aspects of loss mitigation in international sale of goods*. p. 269. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik1.pdf>. (acesso em 14.05.2014).

¹⁶ HUBER, Peter. Op. Cit. p. 289.

¹⁷ Art. 88 ULIS: A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá adotar as medidas razoáveis para mitigar as perdas resultantes do inadimplemento. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos. (Tradução livre).

¹⁸ KNAPP, Victor. Op. Cit. p. 559.

caso fosse razoavelmente possível. Caso contrário, não poderia requerer o pagamento do preço dos bens. No entanto, de acordo com a CISG, o vendedor pode, sim, requerer o preço, uma vez que o dever de mitigação só é aplicável no caso de requerer o pagamento de perdas e danos, como será exposto a seguir (Item 3.3).

3 PRESSUPOSTOS E EXTENSÃO

3.1 Dano presente ou futuro

Para que haja o dever de mitigar danos, é necessário que já tenha ocorrido o dano, ou então, que ele seja ao menos previsível¹⁹. Nesse caso, entende-se que há também o dever de mitigação quando há um risco grande de que haja maiores perdas²⁰. Esse pode ser o caso, por exemplo, quando houver uma quebra antecipada do contrato (Art. 72(1) CISG), naquelas situações em que está claro que a quebra do contrato irá ocorrer, dando o direito à parte prejudicada de resolver o contrato. No mais, a parte prejudicada legitimamente espera que a outra parte cumpra o contrato, de forma que não é razoável que tenha o dever de tomar qualquer medida de mitigação de danos se não há de fato o indício de que a quebra contratual irá ocorrer²¹.

Vejamos, por exemplo, a seguinte situação hipotética: convida-se alguém para jantar, e horas depois que a pessoa devia ter chegado, ela ainda não chegou. Nesse caso, é melhor você inferir que ela não vem e começar a comer, afinal, não se pode deixar que os outros convidados passem fome, porque existe uma pequena chance de que este convidado ainda chegue, mesmo que muito atrasado²².

Nesse caso específico, já teria havido a quebra o contrato quando ele não apareceu na hora combinada. Contudo, se supusermos que antes mesmo desta hora, ele já tivesse dado indícios de que não iria, a outra parte poderia esperar para resolver o contrato, tentando antes a sua execução específica, ou, então, poderia resolvê-lo desde logo.

¹⁹ GOTANDA, John. Op. Cit. p. 1034, §3.

²⁰ TIBURCIO, Carmen, Op. Cit. p. 5.

²¹ RIZNIK, Peter. *Article 77 CISG: Reasonableness of the measures undertaken to mitigate loss*. 2009, p. 13, disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html#i> (acesso em 13.06.2014).

²² BRANDT, Ashley, *apud* POSNER, Richard, *What Is My Duty To "Mitigate" My Damages?*. R.R. Donnelley & Sons v. Vanguard Transportation Systems, Part 1. Disponível em: <http://www.illinoisconstructionlawblog.com/2009/08/Articles/what-is-my-duty-to-mitigate-my-damages-rr-donnelley-sons-v-vanguard-transportation-systems-part-1> (acesso em 17.05.2014).

Caso a parte opte por esperar, não pode o fazer visando qualquer forma de especulação de mercado, e também não é possível esperar para resolver o contrato em casos nos quais o único remédio disponível seja a indenização²³. Isso deverá ser analisado de caso para caso para verificar se a resolução do contrato e a compra ou venda substitutiva foram efetuadas em tempo razoável, como se analisará mais adiante (itens 5.5 e 5.6).

Enquanto isso, outras vezes, ao invés de remédios econômicos, será mais aconselhável que a parte prejudicada simplesmente suspenda a sua prestação²⁴, de acordo com o Art. 71 CISG²⁵. Nesses casos, se não o fizer e forçar a execução específica mesmo quando a quebra do contrato é previsível, corre o risco de violar o dever de mitigação de danos, pois poderá haver produção desnecessária de custos²⁶. No entanto, é preciso ter em mente que algumas medidas, que seriam as mais razoáveis em certas situações, serão mais viáveis após a resolução contratual, como é o caso da compra ou venda substitutivas²⁷.

3.2 Escopo de aplicação do dever

O dever de mitigar danos só se aplica quando o remédio escolhido pela parte prejudicada for a indenização por perdas e danos²⁸. Isto porque o resultado da violação a este dever é, por previsão expressa do Art. 77 CISG, justamente a redução da indenização. Dessa forma, não se falará no referido dever quando a parte optar (i) pela ação para exigência do pagamento do preço, recebimento das mercadorias ou execução de outras obrigações (Art. 62 CISG); (ii) pela ação para redução do preço das mercadorias desconformes (Art. 50 CISG); ou (iii) por requerer a execução específica das obrigações da outra parte (Art. 46 CISG)²⁹.

No entanto, naturalmente, o dever de mitigação poderá influenciar outros remédios, como, por exemplo, levar à resolução do contrato³⁰. Porém, vale ressaltar

²³ SCHWENZER, Ingeborg. Op. Cit. p. 1043, § 2.

²⁴ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich, *International Sales Law*, 1992. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art77> (acesso em 17.05.2014), p. 308.

²⁵ Art 71 CISG: (1) Uma parte poderá suspender o cumprimento de suas obrigações se, após a conclusão do contrato, tornar-se aparente que a outra parte não cumprirá parcela substancial de suas obrigações, devido: (a) a grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou (b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato. (...) (Tradução livre).

²⁶ SCHWENZER, Ingeborg. Op. Cit. p. 1044, §5.

²⁷ KNAPP, Victor. Op. Cit. p. 567.

²⁸ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. Cit. p. 308.

²⁹ GOTANDA, John. Op. Cit. p. 1035, §6.

³⁰ SCHWENZER, Ingeborg. Op. Cit., p. 1043-1044, §4.

que a extensão da possibilidade de resolver o contrato dependerá da ingenuidade da parte, sua experiência e seus recursos financeiros para possibilitar que consiga crédito rápido para um contrato substitutivo³¹. Na verdade, a maior discussão que se tem sobre esse assunto, é quanto à aplicabilidade do dever de mitigação à execução específica da obrigação de uma das partes.

Um exemplo ilustrativo da questão seria o seguinte: o comprador, antes da data da entrega do produto, avisa ao vendedor que não tem mais necessidade da máquina que havia contratado com ele e que recusaria a entrega da mesma. Nessa situação, o vendedor pode optar por continuar a confecção da máquina apesar do aviso do comprador e, após, instaurar uma ação de execução específica para forçar o comprador a receber a máquina e pagar por ela.

Nesse caso, se o dever de mitigação só se aplicar aos casos de pedido de indenização, o vendedor não teria qualquer dever nesse sentido, pois o seu pedido é de execução específica, e não de indenização. Assim, o comprador deveria pagar o valor pela máquina, uma vez que o vendedor não teria qualquer obrigação de mitigação de danos³². Muitos autores entendem que essa seria a aplicação correta do dever de mitigação de danos³³, pois este dever não deveria ter prioridade sobre o dever de exigir execução específica³⁴.

No entanto, outros acreditam que a ideia básica contida no Art. 77 CISG - de que a parte prejudicada deve tentar mitigar seus danos - não deve se perder apenas pelo fato de que a parte escolheu outro remédio que não a indenização³⁵. Isso porque o Art. 77 CISG poderia inclusive ser invocado analogicamente ao princípio da boa fé³⁶. Inclusive, entende-se que a insistência na execução específica também poderia ser uma violação ao dever de mitigação, se houvesse produção desnecessária de gastos³⁷.

Nesse sentido, John Honnold, um dos principais redatores da CISG, sugeriu na Conferência Diplomática de Viena expandir o escopo do Art. 77 CISG para que este

³¹ LOOKOFKY, Joseph, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, 2000, p. 158. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html> (acesso em 18.05.2014).

³² ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. Cit. p. 309.

³³ HUBER, Peter. Op. Cit. p. 290; KNAPP, Victor. Op. Cit. p. 565/566; LOOKOFKY, Joseph. Op. Cit. p. 117.

³⁴ KNAPP, Victor. Op. Cit. p. 564.

³⁵ REHBINDER, Eckard. *Vertragsschluß nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EAG und BGB*. In: SCHLECHTRIEM, Peter (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht. Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht*. Baden Baden: Nomos, 1987, p. 269.

³⁶ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. Cit. p. 309

³⁷ MAGNUS, Ulrich; STAUDINGER, Julius von. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, 2013, Art. 77, § 6.

pudesse ser aplicado a outros remédios além de indenização, principalmente ao direito de requerer execução específica. A sugestão, concretamente, era de que se adicionasse à segunda frase do Art. 77 CISG a expressão “*or a corresponding modification or adjustment of any other remedy*”³⁸.

Essa proposta acabou sendo rejeitada por não ter obtido a necessária maioria. O problema alegado foi que a expressão “*any other remedy*” seria muito vaga e abrangente. Além disso, a proposta somente foi apresentada no final da Conferência, não havendo tempo hábil para que lhe dessem a devida consideração³⁹. Como resultado dessa rejeição, entende-se que a parte geralmente retém o direito de requerer execução específica, mesmo se falhou em mitigar os danos resultantes da quebra contratual pela outra parte⁴⁰.

No entanto, o autor da proposta, admitindo sua parcialidade para opinar sobre a questão, acredita que a história legislativa da Convenção somente deve criar um padrão de interpretação dos seus dispositivos quando um número substancial de delegados tenham votado no mesmo sentido, o que ele não crê que houve no presente caso. Honnold acredita ainda que temos aqui um embate entre princípios, e que, pela complexidade da questão, esta será mais bem analisada caso a caso pelos tribunais. No mais, ele se consola na ideia de que caso uma parte force a execução específica quando poderia ter mitigado seus danos de outra forma, a outra parte poderá suscitar os usos do comércio para argumentar a inconsistência de tal conduta⁴¹ (Art. 9 CISG).

3.3 Padrão de Razoabilidade

Para saber se a parte cumpriu com seu dever de mitigar danos, é necessário ver se ela tomou as medidas razoáveis que estavam disponíveis naquelas circunstâncias⁴². Dessa forma, se não havia nenhuma medida razoável que a parte prejudicada pudesse ter tomado, e esta nada fez, também não violou o dever contido no Art. 77 CISG⁴³. Assim, nenhuma medida excepcional será requerida⁴⁴, e, caso venha a ser tomada,

³⁸ “ou correspondente modificação ou ajuste de qualquer outro remédio.” (Tradução livre)

³⁹ GOTANDA, John. Op. Cit. p. 1035, §7.

⁴⁰ RIZNIK, Peter, Some aspects of loss mitigation in international sale of goods, Op. Cit. p. 270.

⁴¹ HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. *Uniform Law for international sales under the 1980 United Nations Convention*. 2009, 4th edition, Wolters Kluwer. p. 599/600.

⁴² HUBER, Peter. Op. Cit. p. 290.

⁴³ RIZNIK, Peter Some aspects of loss mitigation in international sale of goods. Op. Cit. p. 272.

⁴⁴ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. Cit. p. 308.

poderá da mesma forma violar o dever de mitigação em razão dos gastos que pode gerar e que, nesse caso, não serão reembolsáveis.

Sendo assim, é possível perceber que a chave para se aferir a violação ou não do dever ora em estudo é a razoabilidade. No entanto, não é tarefa simples definir o que é razoável, pois se trata de uma questão de fato, e não de lei⁴⁵, que deverá ser analisada caso a caso⁴⁶. Inclusive, a CISG que é a lei no presente caso, menciona a noção de “razoabilidade” trinta e sete vezes⁴⁷, enquanto o adjetivo “razoável” ou “irrazoável” aparece quarenta e sete vezes⁴⁸ ao longo do texto da Convenção. Apesar disso, a CISG não fornece qualquer definição de tais conceitos.

É bem verdade que os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL) preveem, no seu art. 1:302, o que seria a razoabilidade:

Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.⁴⁹

Essa definição se encaixa na maneira na qual o conceito é usado na CISG e pode ajudar pesquisadores a aplicarem razoabilidade às previsões da Convenção⁵⁰. No entanto, se quisermos aferir se uma conduta é razoável ou não apenas usando os dispositivos da CISG, devemos olhar para os artigos 8 e 9 da Convenção. O art. 8 CISG define o critério de interpretação dos contratos:

- (1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, **statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according**

⁴⁵ZELLER, Bruno. *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provision of PECL (Art. 9:505), §II*. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller77.html> (acesso em 20.05.2014)

⁴⁶HUBER, Peter. Op. Cit. p. 290.

⁴⁷RIZNIK, Peter. Some aspects of loss mitigation in international sale of goods. Op. Cit. p. 270.

⁴⁸LOOKOFSKY, Joseph. *Understanding the CISG, A compact guide to the 1980 United Nations Convention on contract for the international sales of goods*. 3rd edition. Kluwer Law International, 2008, p. 38.

⁴⁹Art 1:302 PECL: Sob esses princípios de razoabilidade deve ser entendido como o que as pessoas agindo de boa fé e na mesma situação das partes considerariam ser razoável. Em particular, ao avaliar o que é razoável, devem ser levadas em consideração a natureza e o propósito do contrato, circunstâncias do caso, e os usos e práticas do comércio ou das profissões envolvidas. (Tradução livre)

⁵⁰KRITZER, Albert H., *Reasonableness*, p. 1. available at: www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html. (acesso em 22.05.2014)

to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.⁵¹ (grifo nosso)

O fato deste artigo de fazer referência a uma pessoa “*of the same kind*” faz com que o critério de pessoa razoável se torne mais imparcial, já que está relacionado a uma pessoa do mesmo ramo de negócios⁵². Inclusive, vale ressaltar que o termo “pessoa razoável” é um instituto do sistema de *common law*⁵³. O equivalente no sistema de *civil law* seria justamente o “*bonus pater familias*” ou “*good businessman*”⁵⁴.

Outro artigo que auxilia na avaliação da razoabilidade de uma conduta é o art. 9 CISG:

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.⁵⁵

⁵¹ Art. 8 CISG: (1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as **declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte**. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.” (grifo nosso) (Tradução livre)

⁵² VILUS, Jelena, *Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention*, p. 1441. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/645/28.pdf> (acesso em 22.05.2014)

⁵³ Loc. Cit.

⁵⁴ ZUPPI, Alberto L. *A comparison of buyer's remedies under the CISG with the Latin American Legal Tradition, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*. Kluwer Law International, 1999, p. 31. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zuppi.html> (acesso em 21.05.2014).

⁵⁵ Art. 9 CISG: (1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas praticas que tiverem estabelecido entre si. (2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso e 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. (Tradução livre).

De acordo com esse artigo, será razoável a conduta praticada em consonância com o que é normal e aceitável no relevante comércio⁵⁶. Dessa forma, a análise de razoabilidade levará em consideração aspectos como o tempo que a pessoa levou para tomar alguma atitude; o interesse das partes; os costumes comerciais⁵⁷ e se era esperada aquela conduta como uma conduta de boa fé naquelas circunstâncias⁵⁸.

Por fim, vale ressaltar que o conceito de razoabilidade tem grande importância também na interpretação dos dispositivos da CISG em si. Afinal, de acordo com o Art. 7(2) CISG⁵⁹, em caso de lacunas na Convenção, estas deverão ser preenchidas segundo os princípios gerais que a inspiram, e a razoabilidade certamente é um dos princípios mais fundamentais da CISG⁶⁰.

3.4 Elemento subjetivo

Para que se configure a violação ao dever de mitigar os danos na CISG, não é necessário que haja a intenção, contribuição ou mesmo a consciência da parte prejudicada nesse sentido. Em outras palavras, o descumprimento ao dever de mitigar danos independe de culpa da parte prejudicada⁶¹.

No entanto, o mesmo não vale para outros sistemas legais que preveem o dever de mitigação⁶². Muitos códigos tratam apenas do dever de responsabilidade da parte pelos danos que causa, sugerindo que tal dever de mitigação só existirá quando os danos forem causados pela parte prejudicada, em concorrência com a parte que descumpriu o contrato. De forma parecida, outros sistemas, como o francês, reduzem a recuperação dos danos no montante da negligência contributiva (“*faute de la victime*”).

Por outro lado, na CISG, o art. 77 se diferencia do art. 80 CISG⁶³ justamente porque naquele não precisa haver qualquer contribuição da parte prejudicada para a

⁵⁶ HONNOLD, John O. Op Cit. p. 101.

⁵⁷ OPIE, Elisabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. 2005, §III. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/opie.html> (acesso em 18.05.2014).

⁵⁸ ÁUSTRIA, Oberster Gerichtshof, 6 February 1996 (*Propane case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html> (acesso em 26.05.2014).

⁵⁹ Art. 7(2) CISG: As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado (Tradução livre).

⁶⁰ KRITZER, Albert H., Op. Cit., p. 1.

⁶¹ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. Cit. p. 308.

⁶² HONNOLD, John O. Op Cit. p. 417.

⁶³ Art. 80 CISG: “Uma parte não poderá alegar o descumprimento da outra, na medida em que tal descumprimento tiver sido causado por uma ação ou omissão da primeira” (Tradução livre).

ocorrência do dano⁶⁴. Assim, segundo o dever de mitigação, uma parte deve reduzir ou prevenir um dano mesmo que este tenha sido causado inteiramente por outra pessoa.

Ademais, a parte prejudicada sequer poderá alegar as exceções constantes no art. 79 CISG⁶⁵ para se eximir de cumprir com seu dever. No entanto, se de fato existir algum impedimento fora do seu controle, dificilmente haveria, naquele contexto, qualquer medida razoável que conseguisse prevenir seu prejuízo⁶⁶.

Além disso, o art. 77 CISG não regula expressamente a questão de até que ponto a parte prejudicada poderia ser responsável pela conduta de terceiros, no que tange ao seu dever de mitigação. Entende-se que, como regra, a parte que tem o referido dever responderá pelos atos e omissões de terceiros⁶⁷, conforme princípio geral que pode ser extraído do Art. 79 CISG. No entanto, da mesma forma, certamente as exceções constantes no Art. 79 (1) e (2) também seriam aplicáveis⁶⁸.

4 CONSEQUÊNCIAS

4.1 Do Cumprimento do Dever de Mitigar os Danos

A primeira consequência do cumprimento do dever de mitigação é que a indenização a qual é devida não será reduzida. No entanto, naturalmente, esta será de menor montante, afinal, parte do prejuízo já terá sido recuperado através da ação pró-ativa da parte prejudicada.

Além disso, a parte que tomou medidas para mitigar os seus danos poderá requerer o reembolso das despesas nas quais tiver incorrido para tanto, pois estas também serão consideradas consequência da violação contratual (“*consequential loss*”)⁶⁹. Apesar de isso ser incontroverso na doutrina, existe uma controvérsia sobre

⁶⁴ SCHWENZER, Ingeborg. Op. Cit.,1044-1045,§ 6.

⁶⁵ Art. 79 CISG: “(1) A parte não será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a um motivo impeditivo fora de seu controle, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado o motivo impeditivo ou as suas consequências. (2) Se o inadimplemento de uma das partes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, esta parte somente ficará exonerada de sua responsabilidade se: (a) estiver exonerada nos termos do parágrafo anterior; e (b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso lhe fossem aplicadas as disposições daquele parágrafo. (...)” (Tradução livre).

⁶⁶ MAGNUS, Ulrich; STAUDINGER, Julius von. Op. Cit. Art. 77, § 9.

⁶⁷ HUBER, Peter. Op. Cit. p. 292.

⁶⁸ SCHWENZER, Ingeborg. Op. Cit. p. 1043, §2.

⁶⁹ KNAPP, Victor. Op. Cit. p. 561.

se esses gastos seriam igualmente recuperáveis caso as medidas tomadas pela parte prejudicada acabassem sendo inúteis.

Assim, parte da doutrina irá alegar que não será possível recuperar os custos havidos com despesas efetuadas com medidas inteiramente inúteis⁷⁰. Isto porque a recuperação será limitada somente ao objetivamente necessário, seja com base no Art. 77 CISG⁷¹, seja com base no Art. 74 CISG. Enquanto isso, outra parte da doutrina defende que essas despesas serão indenizáveis ainda que a medida se mostre infrutífera⁷², desde que ela tenha sido razoável naquelas circunstâncias.

Há ainda uma terceira corrente que defende o ressarcimento mesmo em casos de medidas não bem sucedidas, exceto se estas medidas tivessem pouca chance de sucesso e altos gastos pela tentativa⁷³. Sendo assim, em se tomando medidas extremas ou caras, a parte corre o risco de ter que arcar com o custo delas, caso não sejam consideradas dentro da razoabilidade necessária ao cumprimento do dever de mitigação dos danos.

4.2 Da Violação ao Dever de Mitigar Danos

De acordo com a segunda frase do Art. 77 CISG, a falha em prevenir perdas evitáveis leva à redução da indenização no montante equivalente ao da perda que poderia ter sido evitada⁷⁴. Dessa forma, a violação a este dever pode levar até à exclusão total de qualquer indenização, se o dano era, naquele caso, inteiramente evitável⁷⁵. A razão é que para ser recuperável, o dano deve ser consequência da quebra contratual (Art. 74 CISG). Assim, ao não mitigar os danos, parte da perda não terá sido diretamente causada pela quebra contratual, como, por exemplo, possíveis lucros cessantes⁷⁶.

Em havendo violação ao dever de mitigação, surge, ainda, a dúvida se isso poderia ser trazido de ofício pelo juiz, ou se deverá ser alegado pela parte que quebrou o contrato. Assim, apesar de haver julgados no sentido de que a parte

⁷⁰SCHWENZER, Ingeborg. Op. Cit. p. 1047, §11; HUBER, Peter. *Artikel 77: Schadensminderungspflicht des Ersatzberechtigten*. In: Münchener Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch. München: C.H. Beck, 2008, Art. 77, §12.

⁷¹ MAGNUS, Ulrich; STAUDINGER, Julius von. Op. Cit. Art. 77, §16.

⁷² HUBER, Peter, Op. Cit. p. 291; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. Cit. p. 308.

⁷³ GOTANDA, John. Op. Cit. p. 1040, §26.

⁷⁴ KNAPP, Victor. Op. Cit. p. 560.

⁷⁵ MAGNUS, Ulrich; STAUDINGER, Julius von. Op. Cit. Art. 77, §19.

⁷⁶ LOOKOFISKY, Joseph, LOOKOFISKY, Joseph, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Op. Cit. p. 158

interessada é quem deverá trazer o argumento da violação ao Art. 77 CISG⁷⁷, outros chegaram à decisão contrária, afirmando que tal argumento poderia ser invocado *ex officio*⁷⁸. Neste mesmo sentido, alguns autores afirmam que apesar de o Art. 77 CISG conter a expressão “*may claim*”, isso não impede que a violação ao dever de mitigação seja trazida de ofício pelo tribunal⁷⁹.

4.3 Ônus da Prova

O ônus da prova de demonstrar a violação ao Art. 77 CISG é da parte que violou o contrato, pois ela que terá invocado a redução da indenização com base na referida violação⁸⁰. Por outro lado, o ônus de provar que incorreu em gastos razoáveis - e que devem ser indenizados – ao tentar mitigar seus danos é da parte prejudicada.

Apesar de não ser discutido de quem é o ônus de cada uma dessas provas, discute-se a extensão desse ônus. Isto porque, em alguns casos, será impossível a uma parte fazer prova negativa de que a outra não cumpriu com seu dever de mitigação. Afinal, essa prova pode estar inteiramente no conhecimento e no controle da outra parte⁸¹.

Assim, por vezes, entenderam diferentes cortes que o ônus deve ser de quem alega, e que, em alegando, a parte deve também exemplificar o que a outra parte deveria ter feito, e, caso o tivesse feito, em quanto isso reduziria a indenização. No entanto, tais cortes ponderaram que apesar do ônus da prova não ser seu, muitas vezes a parte prejudicada terá mais condições de fazer prova de que mitigou seus danos, e nesses casos, deverá ser responsável por fazê-lo⁸². Nesse caso, se uma das partes provar que mitigou seus danos, só restaria à outra tentar provar que as medidas tomadas não foram razoáveis dentro das circunstâncias.

⁷⁷ ESTADOS UNIDOS. Federal Appellate Court (11th Circuit), 12.09.2006. (*Treibacher Industrie, AG v. Allegheny Technologies, Inc.*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912u1.html> (acesso em 25.05.2014).

⁷⁸ ALEMANHA. Supreme Court. 24.03.1999. (*Vine wax case*) Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/990324g1.html> (acesso em 25.05.2014); ÁUSTRIA. Supreme Court, 06.02.1996. (*Propane case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html> (acesso em 26.05.2014).

⁷⁹ HUBER, Peter, Op. Cit. p. 292.

⁸⁰ HUBER, Peter, Op. Cit. p. 291; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. Cit. p. 289 e 292.

⁸¹ GOTANDA, John. Op. Cit. p. 1036, §11 e 12.

⁸² ÁUSTRIA. Supreme Court, 06.02.1996. (*Propane case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html> (acesso em 26.05.2014); SUÍÇA. Handelsgericht des Kantons St. Gallen. 03.12.2002. (CISG-online 727). Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=727> (acesso em: 30.05.2014); ÁUSTRIA. Supreme Court. 21.06.2005. (*Software Case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050621a3.html> (acesso em 21.05.2014).

5 MEDIDAS DE MITIGAÇÃO DE DANOS – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Considerando que a medida tomada pela parte prejudicada deve ser razoável dentro das circunstâncias, somente a análise de cada caso de forma isolada permitirá chegar à conclusão se foi cumprido ou não o dever de mitigação de danos naquele caso. Sendo assim, a lista de medidas apropriadas é apenas exemplificativa⁸³, e, dentre outros, os seguintes fatores deverão ser levados em consideração para esta análise: se o bem é perecível; se há flutuação do preço de mercado; quanto tempo levou até a medida ser tomada; e quais gastos que se teve com a medida⁸⁴.

Apesar de não haver uma regra, e cada caso ter suas particularidades, existem algumas medidas típicas de mitigação de danos, que serão analisadas adiante, à luz da jurisprudência.

5.1 Casos de Compra Substitutiva (“Cover Purchase”)

A compra substitutiva é um dos mais tradicionais meios de mitigação de danos para se evitar prejuízos consequentes da quebra de contrato pelo vendedor, ou seja, quando este não entrega a mercadoria; o faz de forma intempestiva; ou, até mesmo, entrega mercadoria desconforme. Assim, se feita de forma razoável e em atenção aos ditames do art. 77 CISG, a parte terá direito à indenização no montante da diferença entre o valor inicial do contrato e o valor pelo qual conseguiu comprar o bem de terceiro (art. 75 CISG⁸⁵), como forma de mitigar seus danos.

Ademais, para que se faça uma compra substitutiva, não é necessário que se resolva o contrato antes, de forma a que a parte prejudicada possa continuar demandando execução específica sem, ao mesmo tempo, violar seu dever de mitigação⁸⁶. Na verdade, alguns autores defendem até que se deve dar prioridade à

⁸³ SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. §4b. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#iv> (acesso em 13.06.2014).

⁸⁴ OPIE, Elisabeth. Op. Cit. § III.

⁸⁵ Art. 75 CISG: Se o contrato for rescindido e se, em modo e prazo razoáveis após a rescisão, o comprador proceder a uma compra substitutiva ou o vendedor a uma venda substitutiva, a parte que exigir a indenização poderá obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação substitutiva, assim como quaisquer outras perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74. (Tradução livre)

⁸⁶ RIZNIK, Peter, Some aspects of loss mitigation in international sale of goods, Op. Cit. p. 273; STOLL, Hans; GRUBER, Georg. In: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Peter SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). 2nd Edition. New York: Oxford University Press, 2005, p. 792.

execução específica, e que a resolução do contrato seguida de uma compra substitutiva só seria requerida em circunstâncias especiais⁸⁷.

Um exemplo típico dessas circunstâncias é caso a parte prejudicada quisesse retardar a resolução do contrato com fins especulativos. Isto porque, de acordo com o art. 76 CISG⁸⁸, o dano concreto é recalculado de forma abstrata⁸⁹, e a indenização é baseada no preço de mercado no momento da resolução contratual. Dessa forma, se houver flutuação do preço do objeto do contrato, isso poderá beneficiar a parte que esteja visando à especulação de mercado.

Assim como este, outros casos em que a parte não tenha motivo para não resolver o contrato desde logo e efetuar uma compra substitutiva, quando seria razoável que o fizesse, serão vistos igualmente como violação ao dever de mitigação de danos⁹⁰. Caso isso ocorra, uma solução é se levar em conta o momento em que a parte deveria ter resolvido o contrato, e o preço de mercado deste momento, reduzindo-se a sua indenização no que ultrapassar esse valor⁹¹.

Por outro lado, pode ocorrer também o inverso: uma compra substitutiva feita de forma preventiva acabar sendo desvantajosa em razão de queda no preço de mercado dos bens. Neste caso, a compra substitutiva não poderá ser vista como medida de mitigação de danos, e o cálculo concreto do prejuízo à luz do art. 77 CISG não será possível. Ao invés disso, aplicar-se-á o art. 76 CISG, calculando o prejuízo de forma abstrata de acordo com o preço de mercado no momento da resolução contratual⁹².

Entende-se, ainda, que se a medida de mitigação tomada foi razoável dentro das circunstâncias, deverá ser concedida a indenização apesar do insucesso da medida em efetivamente mitigar os danos⁹³. Isso porque, o prejuízo hipotético que haveria se não houvesse qualquer compra substitutiva, como, por exemplo, a perda de

⁸⁷ MAGNUS, Ulrich. Art. 77: Obliegenheit, den Schaden zu mindern. In: *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, HONSELL, Heinrich et al. (Ed.). Springer Verlag, 1997 p. 976.

⁸⁸ Art. 76 CISG: (1) Se o contrato for rescindido e as mercadorias tiverem preço corrente, a parte que exigir a indenização das perdas e danos poderá, se não houver procedido à compra substitutiva ou à venda substitutiva prevista no artigo 75, obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da rescisão, bem como quaisquer outras perdas e danos exigíveis em razão do artigo 74. (...). (Tradução livre)

⁸⁹ OFFERMANN, Jennifer, Damages arising out of a cover purchase within the framework of articles 74 to 77 CISG, *10 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2006, p. 3. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/offermanns.html> (acesso em 01.06.2014).

⁹⁰ RIZNIK, Peter, *Article 77 CISG: Reasonableness of the measures undertaken to mitigate loss*, Op. Cit. p. 11.

⁹¹ OFFERMANN, Jennifer, Op. Cit., p. 5-6.

⁹² Ibid, p. 7-8.

⁹³ Ibid, p. 7.

consumidores, seria superior ao prejuízo de se ter efetuado uma compra substitutiva a um preço mais alto.

A verdade é que se espera que a parte conclua o negócio mais vantajoso possível, em atenção ao dever de mitigação de danos. Dessa forma, o valor da compra substitutiva deve ser o mais próximo possível do valor de mercado dos bens no momento da resolução do contrato⁹⁴.

5.1.1 Caso 1

No Caso 1⁹⁵, um vendedor holandês e um comprador alemão concluíram um contrato para a compra de aspiradores de pó. Após a entrega, os aspiradores se mostraram defeituosos. Ainda assim, o comprador não efetuou uma compra substitutiva alegando que aquela marca de aspirador de pó não seria encontrada na sua região da Alemanha. Ocorre que a compra inicial havia sido feita de um vendedor holandês, ou seja, não era nem proveniente do mesmo país que o comprador, motivo pelo qual a compra substitutiva deveria ter sido tentada, pelo menos, em todo território alemão.

Dessa forma, o tribunal julgou que o comprador não comprovou seu esforço em concluir um contrato para compra substitutiva, violando, assim, seu dever de mitigação de danos. No entanto, nesse caso específico isso acabou não sendo relevante para o resultado do julgamento, pois a Corte entendeu que a ação estava incompleta e que não lhe seria possível determinar a extensão dos danos.

5.1.2 Caso 2

No caso 2⁹⁶, o contrato era para a venda de compressores para a instalação de equipamentos de ar-condicionado manufaturados pelo comprador. O objeto do contrato seria entregue em três carregamentos, no entanto, antes do segundo carregamento chegar, o comprador percebeu a desconformidade do primeiro carregamento e, assim, rejeitou o segundo e armazenou a mercadoria no porto de

⁹⁴ Ibid, p.7-8.

⁹⁵ ALEMANHA. Oberlandesgericht Celle. 02.09.1998. (*Vacuum cleaners case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>. (acesso em 15.06.2014).

⁹⁶ ESTADOS UNIDOS. Federal District Court New York. 09.09.1994. (*Delchi Carrier v. Rotorex*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html> (acesso em 15.06.2014).

entrega, enquanto tentava, sem sucesso, consertar o defeito. No entanto, sem conseguir compressores substitutivos a tempo, o comprador teve que parar a linha de montagem. Quando enfim os conseguiu, modificou o painel elétrico dos equipamentos e os instalou.

A Corte entendeu que foi cumprido o dever de mitigação de danos e que seriam reembolsáveis os gastos incorridos (i) ao tentar consertar os compressores, mesmo que sem sucesso; (ii) ao efetuar a compra substitutiva; (iii) ao armazenar a mercadoria não conforme; além do (iv) lucro cessante ao ter que parar a linha de montagem. Assim, apenas o custo da modificação dos equipamentos não foi reembolsado, pois, na opinião da Corte, o comprador não provou que este era realmente necessário e resultado da quebra contratual pelo vendedor.

5.1.3 Caso 3

No caso 3⁹⁷, um vendedor de Hong Kong concluiu com um comprador alemão um contrato para fornecimento de bens. No entanto, um dos fornecedores do vendedor apresentou dificuldades financeiras e este não pode honrar o contrato até o fim. Este caso merece atenção por ser diferente dos anteriores. Isto porque a Corte, a qual o caso foi submetido, entendeu que, ao não ter efetuado uma compra substitutiva, o comprador não violou seu dever de mitigação de danos, pois foi levado em consideração o curto tempo para entrega da mercadoria e a dificuldade alegada em achar outro fornecedor.

5.2 Casos de Venda Substitutiva (“Cover Sale”)

Da mesma forma que a compra substitutiva é uma medida típica de mitigação de danos, também o é a venda substitutiva, nos casos em que quem quebra o contrato é o comprador, e não o vendedor.

5.2.1 Caso 4

⁹⁷ ALEMANHA. Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.03.1996 (*Chinese goods case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html> (acesso em 16.06.2014).

No Caso 4⁹⁸, a República Islâmica do Irã e uma empresa americana concluíram um contrato para a compra de equipamento eletrônico usado para programa militar. A República do Irã, então, não pagou uma parte substancial do preço, motivo pelo qual a vendedora optou por efetuar uma venda substitutiva. De acordo com as provas apresentadas, a Corte entendeu que a vendedora se esforçou em tentar revender a mercadoria pelo mundo todo. Assim, a maioria da mercadoria foi revendida, mas por um preço abaixo do inicialmente contratado com o Irã. A justificativa dada pela vendedora foi de que a mercadoria havia sido feita de acordo com as especificações do Irã, o que fez com que a revenda fosse mais difícil. A Corte acreditou no argumento, e julgou que o dever de mitigação de danos foi cumprido no presente caso.

5.2.2 Caso 5

No Caso 5⁹⁹, um comprador alemão encomendou bacon embrulhado de um vendedor italiano. A resposta do vendedor, no entanto, fazia referência ao bacon desembrulhado, e o comprador não fez qualquer objeção aos termos do contrato. No entanto, após a entrega de aproximadamente 40% da mercadoria, o comprador se recusou a receber o resto dela. Sendo assim, o vendedor efetuou uma venda substitutiva.

Nesse caso, apesar da venda substitutiva ter sido feita por preço abaixo do preço de mercado, a Corte entendeu que o dever de mitigação de danos havia sido cumprido, uma vez que, diante das circunstâncias, teria sido impossível efetuar uma venda substitutiva por preço acima do preço de mercado, e o vendedor só é obrigado a fazer transação substitutiva que esteja dentro do possível e razoável no caso concreto.

5.2.3 Caso 6

⁹⁸ SENTENÇA ARBITRAL. Iran-United States Claims Tribunal. Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran. 28.07.1989. Disponível em:

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=38&step=FullText> (acesso em 16.06.2014).

⁹⁹ ALEMANHA. Oberlandesgericht Hamm, 22.09.1992 (*Frozen bacon case*). Disponível em:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html> (acesso em 16.06.2014).

No Caso 6¹⁰⁰, um comprador espanhol e um vendedor holandês concluíram um contrato de compra de 800.000 sacos de juta por \$0.559 por saco. Em seguida, o comprador propôs reduzir o preço contratualmente acordado para grande parte da mercadoria. O vendedor não aceitou e, após alguns dias, revendeu os bens por preço inferior ao que havia sido oferecido pelo espanhol.

Diante disso, a Corte entendeu que o holandês descumpriu o seu dever de mitigação de danos, pois se a parte que quebrou o contrato oferece um preço pelos bens que seja acima do preço de mercado, a parte prejudicada deve aceitar, pois estará mitigando seus danos. No entanto, se recusar, somente terá direito a ser ressarcido da diferença entre o preço que foi oferecido pelo comprador inicial e o preço obtido na venda substitutiva¹⁰¹. Assim, a Corte corretamente reduziu a indenização do holandês para o correspondente a esta diferença no caso em tela.

5.3 Outras medidas possíveis para o comprador

Além da compra substitutiva, existem outras medidas que o comprador pode tomar como forma de mitigar os seus danos, como, por exemplo, ele mesmo consertar os bens defeituosos ou buscar os bens com o vendedor, quando este está impossibilitado de entregá-los. Alguns julgados lidaram com diferentes medidas de mitigação de danos na prática, como se vê adiante.

5.3.1 Caso 7

No Caso 7¹⁰², o vendedor entregou os bens atrasado ao comprador, após a época da venda desses bens já ter terminado. Ao revender os bens para seus sub-compradores, o comprador ofereceu uma redução de 10% no preço em razão da entrega tardia. O Tribunal entendeu que, ao fazê-lo, o comprador mitigou os seus danos e lhe concedeu, como indenização, a diferença entre o valor que pagou inicialmente na mercadoria e o preço pelo qual a revendeu para os seus compradores.

¹⁰⁰ ESPANHA. Tribunal Supremo. 28.01.2000. (*Internationale Jute Maatschappij v. Marin Palomares*).

Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html> (acesso em 16.06.2014).

¹⁰¹ STOLL, Hans; GRUBER, Georg. Op. Cit. p. 791.

¹⁰² SENTENÇA ARBITRAL. ICC Arbitration Case No. 8786. Janeiro de 1997 (*Clothing case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html> (acesso em 17.06.2014).

5.3.2 Caso 8

No Caso 8¹⁰³, o Tribunal entendeu que um comprador de hidróxido de alumínio não cumpriu com o seu dever de mitigação de danos por não ter inspecionado a mercadoria recebida em diferentes carregamentos antes de misturá-los. Agindo assim, apesar de somente um carregamento não estar conforme, todos os demais acabaram igualmente contaminados por terem sido colocados pelo comprador no mesmo recipiente.

5.4 **Outras medidas possíveis para o vendedor**

Da mesma forma que o comprador, o vendedor também pode tomar outras medidas para mitigar seus danos além da venda substitutiva.

5.4.1 Caso 9

No Caso 9¹⁰⁴, um vendedor italiano de máquinas para a linha de produção processou um comprador finlandês, uma vez que este não efetuou parte do pagamento pelas máquinas. Ao julgar o caso, o Tribunal entendeu que o vendedor mitigou corretamente os seus danos ao armazenar as máquinas até que efetuasse a venda substitutiva e lhe concedeu indenização pelos custos incorridos - por serem elas de grande porte - ao transportá-las e armazená-las. O Tribunal lhe concedeu ainda indenização pelos custos que teve na modificação do equipamento elétrico para adequar as máquinas às necessidades do novo comprador.

5.5 **Mitigação de danos após a quebra contratual**

A regra é que a parte prejudicada deve mitigar os seus danos assim que isso for razoável dentro das circunstâncias, o que normalmente ocorre apenas após a efetivação da quebra contratual. Essa agilidade em mitigar os danos é devida em

¹⁰³ ALEMANHA. Oberlandesgericht Köln. 21.08.1997. (*Aluminium hydroxide case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970821g1.html> (acesso em 17.06.2014).

¹⁰⁴ SENTENÇA ARBITRAL. ICC Arbitration Case No. 7585. 1992. (*Foamed board machinery case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html> (acesso em 17.06.2014).

razão do princípio da boa fé no comércio internacional¹⁰⁵, para evitar, por exemplo, que a parte espere que o preço do objeto do contrato suba ou caia no mercado e que isto lhe favoreça na indenização.

No entanto, apesar de já ter havido a quebra contratual, nem sempre terá ocorrido a resolução do contrato. Por exemplo, pode ser que a parte prejudicada dê à outra parte um tempo a mais para performar, mas que ainda assim tenha que efetuar a transação substitutiva para evitar maiores prejuízos. Nesses casos, o art. 75 CISG será inaplicável, uma vez que não houve ainda a resolução do contrato, mas os prejuízos serão recuperáveis pelo art. 74 CISG, se a medida tomada tiver sido necessária e razoável nas circunstâncias. No entanto, ao requerer indenização, a parte não deve requerer também a execução específica do contrato, pois isso seria um comportamento contraditório¹⁰⁶.

Fato é que, por não haver um momento pré-determinado para que sejam tomadas as medidas de mitigação de danos, isso varia muito de caso para caso, baseado na razoabilidade, como se vê abaixo.

5.5.1 Caso 10

O Caso 10¹⁰⁷ envolve um fabricante de sapatos italiano e um comprador alemão, que comprou os bens para revendê-los. A Corte, nesse caso, entendeu que o vendedor havia cumprido seu dever de mitigação de danos, diante do descumprimento contratual do comprador, ao revender os bens dois meses após ter resolvido o contrato. Isto porque quando o contrato foi resolvido, em agosto, a maior parte dos varejistas já estava com o estoque completo para o inverno e não precisava de novas mercadorias. Já os novos compradores, efetuaram a compra em outubro, já que a atividade deles envolve a compra do estoque remanescente dos outros ao final da estação.

5.5.2 Caso 11

¹⁰⁵ RIZNIK, Peter, *Article 77 CISG: Reasonableness of the measures undertaken to mitigate loss*, Op. Cit., p. 11.

¹⁰⁶ OFFERMANN, Jennifer, Op. Cit. p. 12.

¹⁰⁷ ALEMANHA. Oberlandesgericht Düsseldorf. 14.01.1994 (*Shoes case*). Disponível em: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/119.htm> (acesso em 11.06.2014).

No Caso 11¹⁰⁸, o vendedor revendeu os bens dois dias após o comprador ter se recusado a aceitar os bens. Desta forma, a Corte não o responsabilizou pelo fato de que o valor de mercado dos bens caiu entre o momento da resolução do contrato e o momento em que efetuou a venda substitutiva. O vendedor recebeu indenização completa pelos danos resultantes da quebra contratual.

5.6 Mitigação de danos antes da quebra contratual

As situações que envolvem repudição do contrato antes da data estabelecida para a entrega da mercadoria e o pagamento do preço são mais complexas, pois parte da doutrina acredita que o dever de mitigação só nasce após a resolução contratual¹⁰⁹. Afinal, a parte prejudicada legitimamente espera que a outra parte cumpra o contrato e ainda pode exigir a sua execução específica, de forma que não é razoável que tenha o dever de tomar qualquer medida de mitigação de danos se não há indício de que a quebra contratual irá ocorrer¹¹⁰. Inclusive, se a medida tomada por precaução acabar sendo inútil, em razão de a outra parte ter cumprido o contrato, os custos não serão reembolsados¹¹¹.

No entanto, se o preço de mercado daquele bem está aumentando, a parte prejudicada pode até lucrar com uma compra substitutiva anterior à quebra contratual. Isso porque se a outra parte acaba efetivamente violando o contrato, a parte prejudicada poderá reclamar indenização com base no preço de mercado do momento da resolução do contrato (art. 76 CISG), que será maior do que ela de fato gastou na compra substitutiva¹¹².

5.6.1 Caso 12

O Caso 12¹¹³ consistiu em uma disputa entre um vendedor alemão e um comprador belga. O comprador, no caso, se recusou a pagar o preço do contrato alegando que o vendedor havia entregado as mercadorias em lugar diferente do acordado. Como o contrato previa que o comprador deveria pagar o preço antes da

¹⁰⁸ SUÍÇA. Kantonsgericht Zug. 12.12.2002. (*Methyl tertiary-butyl ether case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021212s1.html> (acesso em 18.06.2014).

¹⁰⁹ KNAPP, Victor. Op. Cit. p. 567.

¹¹⁰ RIZNIK, Peter. *Article 77 CISG: Reasonableness of the measures undertaken to mitigate loss*. Op.Cit. p. 13.

¹¹¹ OFFERMANNNS, Jennifer. Op. Cit. p. 10.

¹¹² OFFERMANNNS, Jennifer. Op. Cit. p. 10.

¹¹³ ALEMANHA. Oberlandesgericht Braunschweig. 28.10.1999. (*Frozen meat case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991028g1.html> (acesso em 18.06.2014).

entrega da mercadoria, o contrato ainda vigorava entre as partes. Por esse motivo, a Corte entendeu que a parte prejudicada não tinha o dever de mitigar os seus danos, uma vez que o contrato ainda não havia sido resolvido.

5.6.2 Exemplos contrários ao Caso 12

Apesar do acima exposto, normalmente, para que haja o dever de mitigar danos, é necessário que já tenha ocorrido o dano, ou então, pelo menos que ele seja previsível¹¹⁴. Esse pode ser o caso, por exemplo, quando houver uma quebra antecipada do contrato (Art. 72(1) CISG), naquelas situações em que está claro que a quebra do contrato ocorrerá¹¹⁵, dando o direito à parte prejudicada de resolver o contrato.

Nesse sentido, Honnold¹¹⁶ propõe que deve haver uma distinção entre casos em que os bens foram comprados para a revenda e em casos em que os bens foram comprados para serem usados no processo de produção do comprador:

Exemplo 1 – Bens para a revenda: Em 1º de junho, um comprador e um vendedor concluem um contrato à \$ 50.000,00 para a compra de bens destinados à revenda. A mercadoria deveria ser entregue em 1º de agosto, no entanto, em 1º de julho, após queda do valor de mercado dos bens para \$ 40.000,00, o comprador repudia o contrato e requer que o vendedor revenda a mercadoria. O vendedor, entretanto, insiste na execução específica do contrato. Na data marcada para a entrega dos produtos, 1º de agosto, o preço de mercado havia chegado a \$ 30.000,00. O vendedor, então, resolveu o contrato e fez uma venda substitutiva por \$ 30.000,00. Nesse contexto, o comprador inicial argumenta que o vendedor deveria ter efetuado a venda substitutiva em 1º de julho, o que reduziria o seu prejuízo de \$ 20.000,00 para \$ 10.000,00.

Com base no art. 72(1) CISG¹¹⁷, a parte prejudicada tem o direito, e não o dever, de resolver o contrato se está claro, antes mesmo da data estabelecida, que a outra parte quebrará o contrato de forma fundamental. Isto porque a parte ainda tem

¹¹⁴ GOTANDA, John. Op. Cit. p. 1034, §3.

¹¹⁵ SECRETARIAT COMMENTARY, Guide to CISG Article 77. § 4. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html> (acesso em 10.06.2014).

¹¹⁶ HONNOLD, John O. Op. Cit. p. 594/595.

¹¹⁷ Art. 72 CISG: (1) Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste. (...) (Tradução livre).

direito de exigir o cumprimento da prestação, e não se tem como saber quando que o mercado, que está em queda, atingirá o seu ponto mais baixo. Dessa forma, não há que se falar em violação ao princípio da boa-fé, caso a parte prefira insistir no cumprimento contratual¹¹⁸.

No entanto, diferente seria se os bens comprados tivessem como destino a própria produção do comprador:

Exemplo 2 – Bens para a produção do comprador: Em 1º de junho, um comprador e um vendedor entram em um contrato cujo objeto será usado na produção do comprador. No entanto, antes da data marcada para a entrega, o vendedor informa o comprador que não conseguirá entregar a mercadoria a tempo devido a dificuldades de produção. Diante disso, apesar da possibilidade de fazer uma compra substitutiva, o comprador nada faz, e acaba tendo que parar a sua linha de produção. Em seguida, requer indenização de \$ 300.000,00 e o vendedor argumenta que deve haver redução da indenização no montante em que o prejuízo poderia ter sido evitado.

Nesse caso, a atitude inerte do comprador faz com que o total do seu prejuízo não se origine apenas da quebra contratual em si, mas também do seu ato negligente. Dessa forma, se fosse um caso real, a sua indenização seria reduzida no montante que o comprador poderia ter evitado o prejuízo. O comprador deveria ter optado por resolver o contrato (art. 72 CISG) e efetuar uma compra substitutiva ou enviar uma notificação de suspensão ao vendedor (art. 71(3) CISG¹¹⁹), se quisesse pressionar a entrega atrasada¹²⁰.

5.7 Custos da mitigação de danos

Quando toma medidas para mitigar os seus danos, a parte prejudicada possivelmente terá custos adicionais, que devem ser igualmente considerados como consequência da quebra contratual¹²¹. Dessa forma, de acordo com o art. 74 CISG,

¹¹⁸ HONNOLD, John O. Op. Cit. p. 594/595.

¹¹⁹ Art. 71 CISG: (3) A parte que suspender o cumprimento de suas obrigações, antes ou depois da expedição das mercadorias, deverá comunicar imediatamente a suspensão à outra parte e deverá prosseguir no cumprimento se esta oferecer garantias suficientes do cumprimento de suas obrigações. (Tradução livre).

¹²⁰ HONNOLD, John O. Op. Cit. p. 595/596.

¹²¹ KNAPP, Victor. Op. Cit. p. 561.

tais custos também serão incluídos na indenização e deverão ser arcados pela parte que violou o contrato.

Apesar de isso valer inclusive para medidas que não se mostrarem bem sucedidas, tais despesas somente serão indenizáveis se tiverem sido medidas razoáveis diante das circunstâncias¹²².

5.7.1 Caso 13

No Caso 13¹²³, um comprador suíço e um vendedor alemão concluíram um contrato para a venda de 4000 gravadores de vídeo. O vendedor, no entanto, somente entregou os manuais em alemão, e o comprador entendeu que isso teria sido uma violação contratual, uma vez que deveria ter manuais também nas outras línguas oficiais suíças. O comprador, então, mandou traduzir os manuais.

Primeiramente, a Corte entendeu que não havia essa obrigação por parte do vendedor, já que isto não estava contratualmente estipulado. Entretanto, ainda que estivesse, a Corte entendeu que o comprador deveria primeiro ter requerido ao próprio vendedor a entrega dos manuais nas demais línguas. Assim, ao mandar traduzir os manuais sem ter antes entrado em contato com o vendedor, o comprador violou o seu dever de mitigação de danos. Isto porque a empresa matriz do vendedor é uma empresa global e poderia ter providenciado a entrega dos manuais em francês e italiano sem necessidade dos custos extra de tradução.

5.7.2 Caso 14

No Caso 14¹²⁴, a Corte entendeu que as despesas havidas ao confiar em um agente para reaver a dívida não deverão ser ressarcidas pela parte que violou o contrato. Isto, porque contratar tal agente não era medida razoável, uma vez que a parte não conseguiu provar que este agente teria meios mais efetivos de recuperar os prejuízos.

¹²² MAGNUS, Ulrich. Art. 77: Obliegenheit, den Schaden zu mindern. Op. Cit. p. 976.

¹²³ ALEMANHA. Landesgericht Darmstadt. 9.05.2000. (*Video recorders case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html> (acesso em 19.06.2014).

¹²⁴ ALEMANHA. Landesgericht Düsseldorf, 25.08.1994 (*Fashion goods case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940825g1.html> (acesso em 19.06.2014).

6 OS REFLEXOS DO DEVER DE MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Antes mesmo de o Brasil ter aderido à CISG, em 2013, a noção de dever de mitigação de danos já era reconhecida no país e aplicada, na prática, pelos tribunais brasileiros. No entanto, atualmente, o Direito Civil brasileiro vive o fenômeno da teorização e aplicação judicial do “*duty to mitigate the loss*”¹²⁵. O estudo da matéria na doutrina nacional, bem como a sua aplicação aos casos concretos, encontram divergências quanto (i) ao fundamento jurídico de sua recepção (se seria dever acessório ou abuso de direito); (ii) ao fundamento jurídico de imputação dos danos agravados (se pela culpa delitual ou pela responsabilidade objetiva); e (iii) as consequências jurídicas do seu descumprimento (se perdas e danos ou redução do crédito).

Primeiramente vale dizer que a expressão “*duty to mitigate the loss*”, apesar de não ser um termo estranho ao Direito Brasileiro, não é positivada no ordenamento. No entanto, o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 422, aproxima-se do disposto na CISG, ao impor a ambos os contratantes que se comportem de acordo com os princípios da probidade e da boa-fé: “Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

Mesmo não havendo referência direta ao dever de mitigação no art. 422 do CC/02, tal dever é visto por parte da doutrina como uma espécie de obrigação acessória, derivada do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres de cooperação entre as partes¹²⁶. Isso porque a positivação do princípio da boa-fé no Código Civil de 2002, bem como a sua classificação como cláusula geral, possibilitam a interpretação da norma no sentido de ampliar as obrigações ou incumbências das partes, de acordo com cada caso concreto. Afinal, a previsão de deveres jurídicos também para o credor é uma das principais manifestações do princípio da boa-fé¹²⁷.

Ainda assim, em dezembro de 2004, diante desse contexto de ausência de positivação do dever de mitigação, a Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade

¹²⁵ 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*, vol. 45, 2011, p. 89.

¹²⁶ KIRCHNER, Felipe, Os novos fatores teóricos da imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 65, 2003, p. 63.

¹²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie Souza, Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, set./out. 2009, p. 42.

Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), apresentou a seguinte proposta de enunciado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422: O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo”. Nas razões de sua proposta, a Professora tentou responder à seguinte pergunta: “Pode o credor ser instado a mitigar o próprio prejuízo?”.

Nesse contexto, Fradera ressaltou a importância do dever de mitigação para se evitar eventual postura inerte do credor face ao descumprimento da avença por parte do devedor, vendo crescer seu prejuízo sem procurar evitá-lo ou minimizar a própria perda¹²⁸. Ademais, a Professora reforçou a ideia de que tal dever poderia ser visto como um reflexo do princípio da boa-fé e do princípio de cooperação entre as partes. No entanto, se isso não fosse fundamento suficiente para adoção de enunciado e recepção do dever de mitigação, expôs, ainda, que havia duas outras possibilidades de justificação da referida adoção: o conceito de *venire contra factum proprium* e o de abuso de direito (Art. 187 Código Civil¹²⁹).

O *venire contra factum proprium* se justificaria nos casos em que o credor gerasse no devedor a confiança de que não mais iria requerer a reparação integral pelos danos sofridos, deixasse os danos se acumularem e, anos depois, viesse pleitear a soma destes. No entanto, doutrinadores como Fredie Didier, tendem a discordar deste argumento, alegando que como o comportamento abusivo, no caso, é omissivo, ou seja, trata-se de não evitar o aumento do prejuízo e não de causá-lo, talvez fosse mais adequado referir-se à *supressio*, e não ao *venire contra factum proprium*¹³⁰. O *supressio* se justificaria nos casos em que em função do não exercício do direito, tenha gerado a confiança legítima da parte devedora de que não mais o exercitaria. Já o abuso de direito se configuraria ao não diligenciar para que o valor do próprio prejuízo não aumente¹³¹.

De todo modo, após ter exposto as suas razões, a Professora Vera Fradera conseguiu que o enunciado que propôs fosse aprovado pela III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal sob o número 169, e com a seguinte redação: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento

¹²⁸ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Enunciado: o credor pode ser instado a mitigar o próprio prejuízo*. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Org.) Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2005.

¹²⁹ Art. 187 do Código Civil: 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.

¹³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Op. Cit. p. 42.

¹³¹ Loc. cit.

do próprio prejuízo”. Hoje, no Direito Brasileiro, este enunciado é o que mais perto temos de uma positivação do “*duty to mitigate the loss*”.

Quanto ao fundamento jurídico da imputação dos danos agravados, para quem entende que, por não estar contratualmente estipulada e ser uma derivação dos princípios da boa-fé e cooperação, trata-se um dever acessório, a sua violação corresponderia somente à culpa delitual¹³². Em posição contrária, há ainda quem defenda que não se trata de culpa delitual, mas sim de caso de responsabilidade objetiva¹³³. O motivo seria que a violação ao dever de mitigação violaria o princípio da boa-fé objetiva, e o desrespeito a este, por ser um dever anexo, geraria violação positiva do contrato, hipótese de inadimplemento negocial que independe de culpa¹³⁴. Quem defende essa visão alega que é possível se chegar a essa mesma conclusão caso se considere que se trata de abuso de direito (Art. 187 CC/02), que, uma vez verificado, também gera responsabilidade objetiva¹³⁵.

Já no que tange às consequências jurídicas do inadimplemento, por violar cláusula geral da boa-fé objetiva, não há previsão exata para a consequência decorrente do descumprimento do dever de mitigação. Isso porque a cláusula geral é espécie normativa composta de termos vagos e não estabelece preceito, o qual deve ser determinado pelo órgão jurisdicional, à luz das peculiaridades do caso concreto¹³⁶. Nesse sentido, vê-se na jurisprudência diversos julgados que reconheceram o “*duty to mitigate the loss*” e as suas implicações práticas em diferentes circunstâncias em que o credor, diante do inadimplemento contratual, não adota medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo (Julgado nºs 1 e 2).

No entanto, nem sempre esse dever de mitigação vai ter as mesmas características que o da CISG. Por vezes, apesar do julgado se referir ao “*duty to mitigate the loss*”, tratar-se-á, de fato, de outra situação. Por exemplo, casos em que a vítima de dano extracontratual não adota medidas para evitar o agravamento do próprio dano (Julgado nº 3), ou, ainda, casos que envolvam o exercício considerado tardio de direito com aumento vultoso do débito (Julgado nº 4).

¹³² FRADERA, Vera Maria Jacob de. Enunciado: o credor pode ser instado a mitigar o próprio prejuízo. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Org.) Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2005.

¹³³ TARTUCE, Flávio, A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2.

¹³⁴ Enunciado n. 24 CJF: Art. 422: 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.

¹³⁵ Enunciado n. 37 CJF: Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

¹³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Op. Cit. p. 42.

No julgado nº 1, abaixo, a empresa havia comprado uma máquina industrial que se revelou defeituosa. No entanto, na ação indenizatória contra o vendedor, o comprador não provou a adoção de medidas para evitar as perdas havidas durante o tempo de inatividade da máquina, como a aquisição de uma máquina substitutiva ou a contratação de alguém para efetuar o serviço. Por isso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu que os danos que poderiam ter sido evitados deveriam ser excluídos da indenização.

Apesar da referencia ao “*duty to mitigate the loss*”, do ponto de vista do direito material, essa decisão chegaria à mesma conclusão se baseando apenas na aplicação da exigência da razoabilidade do que se deixou de lucrar, de acordo com o limite estabelecido no art. 402 do Código Civil¹³⁷. Segue a ementa do julgado nº 1:

1) APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C LUCROS CESSANTES. DANO DIAGNOSTICADO EM MÁQUINA. CONSERTO. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO LOSS OF PROFITS. INOBSERVADO O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. 1- Lucros Cessantes: As provas constantes nos autos não permitem aferir o lucro cessante experimentado pela autora, por conta da desventura do negócio jurídico entabulado com a ré. Em que pese a alegação da demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o `loss of profits no valor de R\$ 25.440,00 (vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais), caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação de serviço com outra empresa, no afã de substituir a máquina danificada, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC. Ademais, não se pode aferir objetivamente a possibilidade do lucro aventado, que adviria do trabalho gerado pela máquina de eletroerosão em sua produção. Não se podem presumir danos hipotéticos sugeridos pela autora. 2- **Dever de mitigar o próprio prejuízo: a parte que invoca o revés financeiro derivado de infortúnio negocial deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as contingências do caso concreto, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante do evento danoso standard de conduta que se espera observar de empresas experimentadas no nicho negocial, e que não foi diagnosticado no agir da parte autora.** 3- Ônus de sucumbência: por conta do decaimento da parte autora, cumpre redimensionar os ônus de sucumbência, à razão de 80 % (autora) e 20% (ré), no referente às custas processuais. Quanto aos honorários advocatícios, é de ser majorada a verba honorária fixada em valor que atenda ao comando estabelecido nos parágrafos 3º e 4º do art. 20 do CPC. Verba honorária fixada em R\$ 2.000,00 para os patronos da ré e R\$ 500,00 aos patronos da autora. 4- Multa prevista

¹³⁷ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

no artigo 475-J e Fase de Cumprimento da Sentença: considerando que ainda nem sequer encerrou a fase cognitiva, não é o momento processual para discorrer acerca do termo inicial da multa prevista no artigo 475-J, muito menos sobre os honorários da fase executiva. Excluídos da sentença os dispositivos atinentes à outra fase processual. Apelo parcialmente provido.¹³⁸ (grifo nosso)

Já no julgado nº 2, uma prestadora de serviços procede a ajustes em instalação elétrica do contratante para que ele obtivesse abatimento em suas contas de luz, mas não informou a concessionária fornecedora de energia elétrica. Dessa forma, o contratante continuou pagando por mais seis meses contas de luz com valor indevidamente cobrado. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que, como o autor não havia informado a cobrança indevida, não mitigou os seus danos, e, assim, apenas metade dos valores pagos indevidamente lhe foram reembolsados na ação indenizatória.

Também aqui o caso poderia ter sido resolvido aplicando um dispositivo do Código Civil, qual seja o art. 403¹³⁹. Isto porque este dispositivo estabelece que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação. No entanto, os prejuízos desencadeados pelo inadimplemento do contrato, mas que o credor poderia ter evitado, não devem ser indenizados por se tratarem de dano indireto. Segue, abaixo, a ementa do referido julgado:

2) Apelação. Empresa ré que se compromete em contrato a otimizar as instalações elétricas da autora, assim evitando a cobrança de adicional pelo consumo de energia reativa. Cláusula contratual que previa, após o serviço, a comunicação pela contratada à Light de que realizados os reparos, notícia esta que constituía condição para o fim do referido adicional. Falta de comunicação e falha na prestação do serviço que somente foi levada ao conhecimento da ré após seis meses de cobrança do adicional. **À luz do dever de mitigação do prejuízo ou duty to mitigate the loss, consagrado no art.77 da Convenção de Viena de 1980 e extraído do art. 422 do Código Civil, não pode o credor demandar a reparação pela integralidade dos danos sofridos se poderia, com comportamento seu, sem maiores esforços, tomar as providências necessárias a reduzi-los. O contrário importaria em atribuir ao credor a cômoda posição de nada fazer e, contrariamente à necessária boa-fé, exigir do devedor a**

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70025609579, Relator Umberto Guaspari Sudbrack, Quinta Câmara Cível, julgado em 20/05/2009.

¹³⁹ Art. 403 do Código Civil: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

reparação por prejuízos que se mostravam evitáveis. Recurso conhecido e parcialmente provido.¹⁴⁰ (grifo nosso)

O julgado nº 3, por sua vez, é bastante diferente dos anteriores. Nele, vítimas de colisão de automóveis, sem necessidade, resolveram mudar do ambulatório, cujos custos eram cobertos pelo plano de saúde, para outro apartamento. Além disso, consertaram o veículo acidentado a um valor superior ao de aquisição de um similar em bom estado. Diante do contexto fático, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que as vítimas não seriam reembolsadas pelo excedente de ambas as despesas.

Trata-se, aqui, de um caso de responsabilidade civil aquiliana, de acordo com o art. 945 CC/02. Vale ressaltar que a violação ao “*duty to mitigate the loss*” como consta na CISG, prescinde de culpa, já o art. 945 CC/02 pressupõe a culpa e fixa a indenização pelos danos evitáveis com base na gravidade dessa culpa em confronto com a culpa do autor do dano¹⁴¹. Segue, abaixo, a ementa do referido julgado n. 3:

3) RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA CONCORRENTE. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. BOA-FÉ OBJETIVA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. Age com culpa aquele que conduz o seu veículo em velocidade superior à permitida no local. Do mesmo modo, atua culposamente o motorista que efetua uma mudança de faixa sem as devidas cautelas. 2. Configurada a culpa concorrente entre os envolvidos no acidente, reparte-se a indenização de acordo com o grau de culpabilidade de cada um, consoante se extrai do disposto no artigo 945 do Código Civil. 3. A imputação do dever de indenizar exige a presença do fato, do dano e do nexo de causalidade entre eles. 4. É possível a cumulação de danos morais e estéticos. 5. Os direitos da personalidade, além da imagem, do nome, da boa fama etc., englobam a integridade fisiológica do indivíduo. Assim, constatada a lesão grave à integridade física da vítima, não há dúvida da ocorrência de dano moral indenizável. 6. O valor da indenização por danos morais deve atender ao chamado 'binômio do equilíbrio', não podendo causar enriquecimento ou empobrecimento das partes envolvidas. Leva-se em consideração ainda o grau de culpabilidade do ofensor e a gravidade do dano. 7. O dano estético relaciona-se às conseqüências físicas do acidente. Decorre da dor causada à vítima, obrigada a conviver com a triste realidade de ter sua aparência física alterada irreversivelmente, e de sua exposição à comiseração pública, quando se depara com reações de pena ou de aversão em suas relações sociais. 8. O ordenamento jurídico brasileiro, no campo da responsabilidade civil, orienta-se, em regra, pelo princípio da 'restitutio in integrum' - art. 944, caput, do Código Civil -, ou seja, a

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2008.001.45909, Relator Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Décima Sexta Câmara Cível, julgado em 16/09/2008.

¹⁴¹ DIAS, Daniel Pires Novais. Op. Cit. p. 89.

indenização deve possibilitar a recomposição original do estado patrimonial da vítima, o seu retorno ao 'status quo' ante. 9. Em casos em que o ilícito provoca lesão corporal à vítima, o próprio Código Civil, em seu artigo 949, prevê o caráter indenizável das despesas com tratamento médico. 10. **No campo extranegocial, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva se dá por meio do instituto do abuso de direito. O 'duty to mitigate the loss', que encontra origem no direito anglo-saxão, consiste no dever de o credor minimizar o próprio prejuízo. Destarte, a reparação dos danos materiais suportados, se possível por diversos meios, deve ser feita do modo menos gravoso para o devedor. Da mesma forma, o agravamento desnecessário dos danos materiais pelo credor não deve ser indenizado.** 11. No tocante aos danos morais e estéticos, a indenização deve ser corrigida e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da data de publicação do acórdão. Por outro lado, em relação aos danos materiais, aplicáveis as súmulas 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça, de modo que a correção e os juros devem incidir desde a data do evento danoso.¹⁴² (grifo nosso)

Por fim, no julgado ilustrativo nº 4, o promitente vendedor demorou, desde o inadimplemento, quase sete anos para ajuizar a ação requerendo a resolução do contrato, reintegração de posse e indenização pelo tempo que o imóvel ficou em estado de não fruição, motivo pelo qual a indenização foi reduzida, como se vê abaixo:

- 4) “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.
1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.
 3. **Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.**
 4. **Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete)**

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0701.07.183692-1/001, Relator Wagner Wilson, Décima Sexta Câmara Cível, julgado em 11/03/2009.

anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

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

6. Recurso improvido.”¹⁴³ (grifo nosso)

Apesar do STJ ter se referido ao “*duty to mitigate the loss*”, em verdade, trata-se, aqui de exercício tardio de direito. A justificativa de invocar o *duty* nesses casos é porque, quando o credor vem a exercer o seu direito, o valor a ser cobrado já aumentou muito em razão da incidência de juros de mora e correção monetária. No entanto, para esses casos, não é correta a alusão ao dever de mitigar danos¹⁴⁴.

Primeiramente, para casos envolvendo juros de mora, existe um regramento específico no art. 405 CC/02. Ademais, nos casos em que a oneração da obrigação se dá por inadimplemento reiterado do devedor, não se deve aplicar o *duty*, pois não é caso de imputação de danos que a própria vítima poderia ter evitado, mas sim caso de exercício abusivo de direito, figura típica da *supressio*¹⁴⁵.

Em termos gerais, observa-se, então, que, na prática, a violação ao dever de mitigação de danos como uma espécie de ato ilícito caducificante, ou seja, uma conduta contrária ao Direito que, uma vez praticada, resulta na perda de uma situação jurídica ativa por aquele que a praticou¹⁴⁶.

Diante de todo exposto, há quem defenda que o Direito Brasileiro não deve recepcionar a figura do “*duty to mitigate the loss*”, pois isso decorreria de uma equivocada premissa de que haveria lacuna no Código Civil Brasileiro para regular a situação em que a parte lesada negligencia conduta tendente a minimizar seu prejuízo¹⁴⁷.

Segundo estes autores, não haveria a referida lacuna, pois, como mencionado acima, o art. 402 do Código Civil prevê que as perdas e danos devidos ao credor abrangem o que ele perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, é necessária demonstração da probabilidade daquele lucro. Então, ao não se mitigar

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 758518/PR, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17/06/2010.

¹⁴⁴ DIAS, Daniel Pires Novais. Op. Cit. p. 89.

¹⁴⁵ Loc. Cit.

¹⁴⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Op. Cit. p. 42.

¹⁴⁷ DIAS, Daniel Pires Novais. Op. Cit. p. 89.

seus prejuízos, esta perda já não se incluiria na indenização, pois o credor terá deixado de lucrar de forma irrazoável. Nesse mesmo sentido, e também aludido acima, o art. 403 CC/02 estabelece que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto da inexecução da obrigação. Então, os prejuízos que o credor poderia ter evitado já não seriam indenizáveis, por serem dano indireto.

Por fim, vale dizer que, por vezes, mesmo a nomenclatura de “dever acessório de mitigação” é tida como inadequada, pois a parte lesada não tem propriamente um “dever” de reduzir o seu prejuízo, já que a violação a essa conduta não gera direito ao pagamento de indenização, mas acarretará somente a proporcional redução da indenização a que a parte faria jus¹⁴⁸. Ademais, caso tome medidas de mitigação, a parte o estará fazendo, primeiramente, objetivando proteger seu próprio patrimônio, e, somente indiretamente, estará evitando agravar a situação da outra parte. Dessa forma, não se poderia falar em um dever de cooperação, que seria um dos deveres acessórios que supostamente dariam respaldo ao “*duty to mitigate the loss*”¹⁴⁹.

Nesse contexto, uma solução proposta é o reconhecimento de um encargo de evitar o próprio dano, pois seria, para alguns autores, a figura mais adequada para se reconhecer a necessidade da parte prejudicada evitar a produção ou agravamento do seu prejuízo¹⁵⁰. Isto porque a parte lesada não tem um dever propriamente dito de evitar o próprio prejuízo em decorrência de um evento danoso imputável a terceiro, mas, em não o fazendo, perderá o direito de ser indenizada pelos danos que poderia ter evitado.

Apesar das críticas que vem recebendo e das discussões doutrinárias sobre a forma como o dever de mitigação de danos seria aplicável ao Direito Brasileiro e qual seria a sua natureza, fato é que, na prática - tenha o nome que se queira dar -, se a parte se mantiver inerte e houver um aumento do seu prejuízo no contexto de uma quebra contratual, o Judiciário Brasileiro pode, deve e tem reduzido proporcionalmente a sua indenização.

Ademais, a referência à expressão em inglês é inevitável, pois a sua grande popularidade no Brasil a torna a única expressão que dá efetivamente unidade ao fenômeno apresentado¹⁵¹.

¹⁴⁸ Loc. Cit.

¹⁴⁹ Loc. Cit.

¹⁵⁰ Loc. Cit.

¹⁵¹ Loc. Cit.

6.1 Prevenção do agravamento dos danos em casos de seguros

Apesar do “*duty to mitigate the loss*” não se encontrar positivado no Direito Brasileiro com essa expressão, existe um dispositivo do Código Civil de 2002 que positivou a mesma noção do dever de mitigação de danos, mas aplicada especificamente aos contratos de seguro. Trata-se do art. 771 CC/02¹⁵², segundo o qual o segurado deve informar o segurador sobre a ocorrência do sinistro tão logo o saiba, e deve também tomar providências imediatas para minorar as consequências do referido sinistro.

Este dispositivo foi uma inovação do Código Civil de 2002, assim como também o é o seu parágrafo único, que estipula que as despesas incorridas pelo segurado ao evitar prejuízos maiores deverão ficar por conta do segurador¹⁵³. Sob a égide do antigo Código Civil de 1916, era possível, inclusive, que o segurador se isentasse contratualmente de arcar com estas despesas. No entanto, hoje isso não é mais permitido, de acordo com o art. 779 CC/02¹⁵⁴, o que se assemelha ao “*duty to mitigate the loss*”, que, uma vez cumprido de forma razoável, dá à parte prejudicada o direito de requerer reembolso das despesas nas quais tiver incorrido para atender ao seu dever de mitigação.

Diante desses dispositivos ligados ao direito dos seguros, a doutrina ultrapassa os limites do estudo da Professora Vera Fradera e os aponta como expressões presentes no Direito Brasileiro do “*duty to mitigate the loss*”¹⁵⁵. Nesse contexto, a maior diferença que se pode observar entre os dois conceitos é de que as providências que devem ser tomadas de acordo com o art. 771 CC/02 são em benefício do segurador¹⁵⁶, e não do segurado em si, como ocorre no “*duty to mitigate the loss*”.

Um exemplo de medida que se espera que o segurado tome é a de ter cuidados de guarda com seu carro acidentado e não deixá-lo em via pública. Vale dizer, ainda, que assim como no “*duty to mitigate the loss*”, o segurado apenas poderá se exonerar

¹⁵² Art. 771: Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro.

¹⁵³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena Barboza; BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin.

Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 581.

¹⁵⁴ Art. 779: O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa.

¹⁵⁵ DIAS, Daniel Pires Novais. Op. Cit. p. 89.

¹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena Barboza; BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin. Op. Cit. p. 581.

das obrigações de prevenção de agravamento dos danos, caso comprove a impossibilidade absoluta em tomar as medidas que seriam necessárias¹⁵⁷.

7 CONCLUSÃO

O Art. 77 CISG estabelece um princípio baseado na boa-fé e na cooperação entre as partes que exige que aquela que for vítima de uma quebra contratual não espere inerte que o seu prejuízo seja ressarcido. O racional por trás desse princípio é perfeito, pois todos saem ganhando: a parte prejudicada vai reduzir o seu prejuízo, e mesmo aquela que violou o contrato se beneficia ao ter que pagar uma indenização menor.

Para que se aplique esse dever de mitigação de danos, a quebra contratual pode ter ocorrido com ou sem culpa. Sendo assim, em muitos casos a violação contratual não terá decorrido de má-fé, mas sim de um infortúnio, o que justifica ainda mais que a outra parte tenha uma postura pró-ativa em tentar amenizar ou evitar seus efeitos negativos.

No entanto, os problemas começam a surgir quando se trata de verificar se o dever de mitigação foi ou não cumprido no caso concreto. Isto, porque não há uma regra geral, tudo que se sabe é que a parte deve tomar medidas razoáveis, dentro das circunstâncias, para mitigar os seus danos. Como se vê, o dever de mitigação se baseia em termos jurídicos indeterminados, que só poderão ser verificados caso a caso, o que abre espaço para a subjetividade.

Primeiramente, não se têm uma definição clara na CISG do que é “razoável”, apesar de essa expressão aparecer muitas vezes ao longo do texto da Convenção. Parece, assim, que a CISG espera que todos que a utilizem ao redor do mundo tenham a mesma concepção acerca da razoabilidade. Além disso, as medidas que podem ser tomadas pela parte prejudicada não estão listadas em um rol taxativo, mas, pelo contrário, dependem, de novo, das circunstâncias do caso.

Com isso, a crítica que pode ser feita é que, depois que a situação ocorreu, é fácil condenar uma parte por ter violado o dever de mitigação de danos. No entanto, às vezes, a parte não conseguiria prever que, por exemplo, o preço de mercado dos bens aumentaria drasticamente e que, para evitar isso, ela deveria ter efetuado uma

¹⁵⁷ Loc. Cit.

compra substitutiva antes mesmo que a quebra contratual viesse ocorrer, de forma preventiva.

Assim, vemos que a análise do cumprimento ou não do dever de mitigação tem grande carga de subjetivismo, o que pode acabar levando a certa injustiça. Por esse motivo, deve-se ter cautela ao se julgar os casos concretos e tentar ao máximo fazer uma análise objetiva das circunstâncias e das medidas tomadas.

Ademais, deve-se também se orientar por como casos similares foram julgados, para se tentar criar um padrão no que se refere, por exemplo, a (i) até que preço a transação substitutiva é considerada razoável; (ii) quanto tempo se pode esperar até que se tome alguma medida de mitigação de danos; ou (iii) qual a medida mais apropriada ao caso, dentre outras questões subjetivas e até polêmicas que giram em torno da aplicação prática do dever contido no art. 77 CISG.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Landesgericht Darmstadt. 9.05.2000. (*Video recorders case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html> (acesso em 19.06.2014).

ALEMANHA. Landesgericht Düsseldorf, 25.08.1994 (*Fashion goods case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940825g1.html> (acesso em 19.06.2014).

ALEMANHA. Oberlandesgericht Braunschweig. 28.10.1999. (*Frozen meat case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991028g1.html> (acesso em 18.06.2014).

ALEMANHA. Oberlandesgericht Celle. 02.09.1998. (*Vacuum cleaners case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>. (acesso em 15.06.2014).

ALEMANHA. Oberlandesgericht Düsseldorf. 14.01.1994 (*Shoes case*). Disponível em: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/119.htm> (acesso em 11.06.2014).

ALEMANHA. Oberlandesgericht Hamm, 22.09.1992 (*Frozen bacon case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html> (acesso em 16.06.2014).

ALEMANHA. Oberlandesgericht Köln. 21.08.1997. (*Aluminium hydroxide case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970821g1.html> (acesso em 17.06.2014).

ALEMANHA. Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.03.1996 (*Chinese goods case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html> (acesso em 16.06.2014).

ALEMANHA. Supreme Court. 24.03.1999. (*Vine wax case*) Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/990324g1.html> (acesso em 25.05.2014).

ÁUSTRIA, Supreme Court, 06.02.1996. (*Propane case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html> (acesso em 26.05.2014).

ÁUSTRIA. Supreme Court. 21.06.2005. (*Software Case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050621a3.html> (acesso em 21.05.2014).

BRANDT, Ashley, *apud* POSNER, Richard, *What Is My Duty To "Mitigate" My Damages?*. R.R. Donnelley & Sons v. Vanguard Transportation Systems, Part 1. Disponível em: <http://www.illinoisconstructionlawblog.com/2009/08/Articles/what-is-my-duty-to-mitigate-my-damages-rr-donnelley-sons-v-vanguard-transportation-systems-part-1> (acesso em 17.05.2014).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 758518/PR, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0701.07.183692-1/001, Relator Wagner Wilson, Décima Sexta Câmara Cível, julgado em 11/03/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70025609579, Relator Umberto Guaspari Sudbrack, Quinta Câmara Cível, julgado em 20/05/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2008.001.45909, Relator Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Décima Sexta Câmara Cível, julgado em 16/09/2008.

CISG-AC Opinion No. 6. *Calculation of Damages under CISG Article 74*. Relator: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html> (acesso em 15.05.2014)

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*, vol. 45, p. 89, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza, Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, set./out. 2009, p. 42.

ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich, *International Sales Law*, 1992. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art77> (acesso em 17.05.2014), p. 308-309.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. 28.01.2000. (*Internationale Jute Maatschappij v. Marin Palomares*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html> (acesso em 16.06.2014).

ESTADOS UNIDOS. Federal Appellate Court (11th Circuit), 12 de setembro de 2006 (*Treibacher Industrie, AG v. Allegheny Technologies, Inc*), CISG-online 1278. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912u1.html> (acesso em 25.05.2014).

ESTADOS UNIDOS. Federal District Court New York. 09.09.1994. (*Delchi Carrier v. Rotorex*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html> (acesso em 15.06.2014).

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Enunciado: o credor pode ser instado a mitigar o próprio prejuízo*. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Org.) Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2005.

GOTANDA, John. Article 77. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (ed.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. München: C.H. Beck, 2011, p. 1033-1041.

HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. *Uniform Law for international sales under the 1980 United Nations Convention*. 4th edition. Wolters Kluwer, 2009, p. 592/600.

HUBER, Peter. In: HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. 2007, p. 289-292.

HUBER, Peter. *Artikel 77: Schadensminderungspflicht des Ersatzberechtigten*. In: Münchener Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch. München: C.H. Beck, 2008.

KIRCHNER, Felipe, Os novos fatores teóricos da imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 65, 2003, p. 63.

KNAPP, Victor. Article 77. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Giuffrè, 1987, p. 559-576.

KRITZER, Albert H., *Reasonableness*, available at:
www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html (acesso em 22.05.2014).

LOOKOFSKY, Joseph, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, 2000, p. 158. Disponível em:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html> (acesso em 18.05.2014), p. 116-117 e 157-158.

LOOKOFSKY, Joseph. *Understanding the CISG, A compact guide to the 1980 United Nations Convention on contract for the international sales of goods*. 3rd edition. Kluwer Law International, 2008, p. 38.

MAGNUS, Ulrich. Art. 77: Obliegenheit, den Schaden zu mindern. In: *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, HONSELL, Heinrich et al. (Ed.). Springer Verlag, 1997.

MAGNUS, Ulrich; STAUDINGER, Julius von. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Article 77, 2013.

OFFERMANN, Jennifer, Damages arising out of a cover purchase within the framework of articles 74 to 77 CISG, *10 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2006, p. 1-14. Disponível em:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/offermanns.html> (acesso em 01.06.2014).

OPIE, Elisabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. 2005. Disponível em:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/opie.html> (acesso em 18.05.2014).

REHBINDER, Eckard. Vertragsschluß nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EAG und BGB. In: SCHLECHTRIEM, Peter (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht. Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht*. Baden Baden: Nomos, 1987, p. 269.

RIZNIK, Peter. *Some aspects of loss mitigation in international sale of goods*. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik1.pdf> (acesso em 14.05.2014), p. 267-282.

RIZNIK, Peter. *Article 77 CISG: Reasonableness of the measures undertaken to mitigate loss*. 2009, , disponível em:
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html#i> (acesso em 13.06.2014), p. 1-24.

SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#iv> (acesso em 13.06.2014).

SCHWENZER, Ingeborg. Article 77. In: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). 3rd edition, New York: Oxford University Press, 2010, p. 1042-1048.

SECRETARIAT COMMENTARY, Guide to CISG Article 77. § 4. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html> (acesso em 10.06.2014).

SENTENÇA ARBITRAL. ICC Arbitration Case No. 7585. 1992. (*Foamed board machinery case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html> (acesso em 17.06.2014).

SENTENÇA ARBITRAL. ICC Arbitration Case No. 8786. Janeiro de 1997 (*Clothing case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html> (acesso em 17.06.2014).

SENTENÇA ARBITRAL. Iran-United States Claims Tribunal. Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran. 28.07.1989. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=38&step=FullText> (acesso em 16.06.2014).

STOLL, Hans; GRUBER, Georg. Article 77. In: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Peter SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). 2nd Edition. New York: Oxford University Press, 2005.

SUÍÇA. Handelsgericht des Kantons St. Gallen. 03.12.2002. (CISG-online 727). Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=727> (acesso em: 30.05.2014).

SUÍÇA. Kantonsgericht Zug. 12.12.2002. (*Methyl tertiary-butyl ether case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021212s1.html> (acesso em 18.06.2014).

TARTUCE, Flávio, A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em:
www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena Barboza; BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 581.

TIBURCIO, Carmen. Consequências do inadimplemento contratual na Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias (CISG). *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 37, p. 167, 2013.

VILUS, Jelena. *Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/645/28.pdf> (acesso em 22.05.2014), p. 1440-1441.

ZELLER, Bruno. *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provision of PECL (Art. 9:505). § II*. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller77.html> (acesso em 20.05.2014).

ZUPPI, Alberto L. *A comparison of buyer's remedies under the CISG with the Latin American Legal Tradition, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*. Kluwer Law International, 1999. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zuppi.html> (acesso em 21.05.2014), p. 3-39.