

**A INTERPRETAÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NA CONVENÇÃO DAS  
NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA  
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS E A SUA RECEPÇÃO PELO DIREITO  
CIVIL BRASILEIRO**

*THE INTERPRETATION OF THE DUTY TO MITIGATE THE LOSS UNDER THE UNITED  
NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF  
GOODS AND ITS RECEPTION BY BRAZILIAN CIVIL LAW*

**Fernanda Sirotsky Scaletsky\***

**Sumário:** Introdução. 1. O Duty to Mitigate the Loss na CISG. 1.1. A interpretação da primeira parte do Artigo 77 da CISG segundo a doutrina internacional. 1.2 A interpretação da segunda parte do Artigo 77 da CISG segundo a doutrina internacional. 2. A Recepção do Duty to Mitigate the Loss no Brasil. 2.1 As teorias utilizadas para a recepção do Duty to Mitigate the Loss no Brasil. 2.1.1 Um dever anexo advindo da boa-fé objetiva. 2.1.2 Abuso de direito e o venire contra factum proprium. 2.1.3 O encargo de evitar o próprio dano. 2.2. Sugestão para a interpretação do art. 77 da CISG no Brasil. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O depósito do instrumento de adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 marca uma nova etapa na história dos contratos internacionais no país. A CISG, que passará a valer a partir de Abril de 2014 no ordenamento pátrio, trará diversas modificações no que tange à regulamentação dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, tendo em vista que ela será a legislação padrão brasileira sobre o tema, bem como pelo fato de conter princípios diferentes daqueles que regiam, até o momento, a matéria no Brasil, como o princípio da autonomia da vontade das partes. O presente trabalho buscará compreender um destes novos institutos que a CISG introduzirá no Direito Brasileiro e cotejá-lo à legislação

---

\* Universidade de São Paulo.

brasileira já existente, a saber, o art. 77 da CISG, que trata da doutrina do *Duty to Mitigate the Loss*, traduzida para o português como o dever do credor de mitigar as próprias perdas. Apesar da adoção da CISG pelo Brasil, muitas questões ainda pairam a respeito da interpretação e da aplicação do *duty to mitigate* no Direito Brasileiro, tendo em vista se tratar de teoria estrangeira que, até pouco tempo atrás, era desconhecida e inaplicada pelos juristas do Brasil. Nesse sentido, o presente trabalho buscará responder à seguinte pergunta: *qual seria a forma mais adequada de interpretação do instituto do duty to mitigate no Direito Brasileiro, ou, em outras palavras, qual a forma de interpretação mais conseqüente com o disposto na CISG?*

**Palavras-chave:** Artigo 77 da CISG; *Duty to Mitigate the Loss*; Boa-fé Objetiva; *Venire Contra Factum Proprium*; Encargo de Evitar o Próprio Dano.

**Abstract:** *The deposit of the instrument of accession of Brazil to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 marks a new stage in the history of international contracts for the country. The CISG, which will be applicable in Brazil starting April 2014, will bring several modifications regarding the regulation of international contracts for the sale of goods, considering that it will become Brazilian's standard legislation on the topic, as well as by the fact that it contains different principles from those who govern the matter in Brazil today, for example, the principle of the parties' autonomy. The present paper will seek to understand one of these new institutes that the CISG will introduce in Brazilian law and compare it to Brazilian legislation, namely, art. 77 of the CISG, which deals with the doctrine of the Duty to Mitigate the Loss, translated into Portuguese as the creditor's duty to mitigate its own losses. Despite the adoption of the CISG by Brazil, many questions still exist regarding the interpretation and the application of the duty to mitigate in Brazilian law, considering that it is a foreign theory and that, until recently, it was unknown and inapplicable by Brazilian jurists. In this sense, this paper will seek to answer the following question: what would be the most appropriate way to interpret the duty to mitigate in Brazilian law, or, in other words, what form of interpretation would be more adjustable to the provisions of the CISG?*

**Keywords:** *Article 77 of the CISG; Duty to Mitigate the Loss; Good Faith; Venire Contra Factum Proprium; Creditor's Duty to Mitigate its Own Losses.*

## INTRODUÇÃO

O depósito do instrumento de adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG” ou “Convenção”), junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (“ONU”), no dia 04 de Março de 2013 (Decreto Legislativo n. 538, publicado em 19 de Outubro de 2012), marca uma nova etapa na história dos contratos internacionais no Brasil e um passo a mais na estrada que o país vem trilhando nos últimos anos para se cristalizar como um dos principais *players* do cenário mundial.

A CISG passará a valer a partir de 1º de Abril de 2014<sup>1</sup> no ordenamento jurídico pátrio e com a adesão do Brasil, a Convenção passará a contar com setenta e nove Estados-membros, sendo que nove em cada dez nações preponderantes no cenário do comércio global já são membros da Convenção, que cobre potencialmente 90% (noventa por cento) das trocas internacionais. A CISG, sendo uma das mais brilhantes realizações visando à unificação de regras para a compra e venda internacional de mercadorias, tem-se mostrado relevante não apenas como *standard* legislativo internacional, mas também tendo um papel decisivo ao influenciar e modelar as legislações nacionais sobre compra e venda de mercadorias<sup>2</sup>.

Nos dias de hoje, a negociação internacional busca, cada vez mais, ter o apoio de regras uniformes e neutras, que contenham verdadeiros padrões de conduta global, e que

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, está a redação do art. 99, 2 da CISG, na tradução para o português realizada por Eduardo Grebler e Gisely Radael, que explicita que a Convenção entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte aos dozes meses subsequentes ao depósito do instrumento de ratificação: “*quando um Estado ratificar, aceitar, aceder ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aderir, após haver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, a Convenção, salvo a Parte excluída, entrará em vigor com relação a esse Estado no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que haja depositado seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo*”. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>>. Último acesso em: 23 de Abril de 2013.

<sup>2</sup> SCHWENZER, Ingeborg. Regional and Global Unification of Sales Law. *European Journal of Law Reform*, n. 13, 2011. pp. 370-379. A autora cita como exemplos da influência da CISG em nível nacional o fato de a Finlândia, a Noruega e a Suécia terem aproveitado a entrada em vigor da CISG em seus países, no ano de 1989, para reformar suas legislações nacionais sobre o tema, grandemente influenciadas pelo texto da Convenção, bem como os recentes países do Leste Europeu que, após a ruína da União Soviética, ocorrida com o fim da Guerra Fria, viram na CISG uma inspiração para a formulação de seus novos Códigos Civis.

possibilitem transações comerciais estáveis e seguras. É por isso que a adoção da CISG pelo Brasil, entre outros benefícios, irá reduzir os obstáculos para os negociantes internacionais que buscarem contratar a compra e venda de mercadorias com empresas brasileiras, por meio de regras mais coerentes, simples e padronizadas para o caso de uma eventual disputa futura entre empresas.

Outra vantagem da adoção da CISG seria a de que a incerteza legal e a relativa falta de incentivos para se fazer negócios com o Brasil são alguns dos pontos que chamam a atenção na atual legislação que governa os contratos para a compra e venda internacional de mercadorias no país, pois quando são os tribunais brasileiros que possuem jurisdição para julgar casos relativos a contratos dessa natureza, é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei nº 4.657/1942 (“LINDB”), que irá ser aplicada à questão controversa, sobretudo no que diz respeito à escolha da lei aplicável ao contrato internacional<sup>3</sup>. Neste sentido, é que o art. 9º da LINDB estabelece como regra geral a de que as obrigações serão regidas pela lei do país em que foram constituídas. Ou seja, a jurisdição do local onde as partes constituíram o contrato internacional.

O art. 9º da LINDB representa uma limitação expressa à autonomia da vontade das partes, ao adotar a lei do local de constituição da obrigação como lei aplicável para a qualificação e regência das relações obrigacionais, sendo tal norma de ordem pública, ou seja, não admitindo derrogação pela vontade das partes. Tal regra, da forma que foi construída, demonstra a não admissão da autonomia da vontade como regra de conexão em matéria obrigacional no Direito Internacional Privado Brasileiro, o que, apesar de ser uma tendência do Direito dos países sul-americanos, fica muito distante dos padrões adotados pelos países de outras partes do globo, com quem o Brasil tem estreitas relações econômicas<sup>4</sup>. Já a CISG, diferentemente da LINDB, tem como um de seus pilares o respeito à autonomia da vontade das partes, permitindo-as não apenas derrogar algumas das disposições da Convenção, como também excluir totalmente a sua aplicação<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> ALMEIDA PRADO, Mauricio; BUENO DE MIRANDA, Sílvia Julio; ALVES, Rafael Francisco e PEARSON, Marcus. *Harmonising with CISG*. Disponível em: <<http://www.latinlawyer.com/news/article/44128/harmonising-cisg/>>. Último acesso em: 19 de Abril de 2013.

<sup>4</sup> Para ver mais sobre a questão da regulamentação das relações obrigacionais internacionais pela LINDB, ver a obra de BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 195-202.

<sup>5</sup> ARAUJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. *O que muda com a Convenção de Viena*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2928448/o-que-muda-com-convencao-de-viena>>. Último acesso em: 17 de Abril de 2013.

A CISG, por conferir às partes maior certeza quanto aos seus direitos e obrigações e o que esperar em caso de descumprimento contratual e por possuir um texto neutro, uniforme e padronizado, que inexistia no passado na legislação brasileira, como antes mencionado, aumenta a segurança jurídica dos contratantes e diminui os custos de transação dos negócios internacionais. As vantagens antes mencionadas beneficiarão tanto às empresas brasileiras, como as estrangeiras, que obterão o mesmo grau de segurança e previsibilidade jurídica no âmbito dos contratos internacionais já vivenciadas em outros países signatários da Convenção.

Como bem coloca Nadia de Araujo, a adesão do Brasil à CISG trará muitas mudanças nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, que passarão a ser regidos pela legislação uniforme, quando ausente acordo sobre a lei aplicável entre as partes, e não mais pela legislação civil brasileira, ou mesmo pela LINDB<sup>6</sup>.

Nesse sentido, e levando-se em conta todas as considerações acima expostas, é mais do que justificável que os estudiosos do Direito Brasileiro debruçam-se, o mais rapidamente possível, no entendimento dos dispositivos da Convenção, tendo em vista que a CISG será a legislação padrão brasileira aplicável aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. É por isso que o presente trabalho buscará compreender um destes dispositivos e cotejá-lo à legislação brasileira já existente.

Trata-se do art. 77 da CISG, que trata da doutrina do *Duty to Mitigate the Loss* (“*duty to mitigate*”), traduzida para o português como o dever do credor de mitigar as próprias perdas. Apesar da adoção da CISG pelo Brasil e, conseqüentemente, da indubitável incorporação da referida teoria pelo ordenamento jurídico pátrio a partir de 2014, muitas questões ainda pairam a respeito da interpretação e da aplicação do *duty to mitigate* no Direito Brasileiro, tendo em vista se tratar de teoria estrangeira que, até pouco tempo atrás, era desconhecida e inaplicada pelos juristas brasileiros.

O presente trabalho buscará nas premissas, sobretudo advindas da doutrina estrangeira e nacional e, subsidiariamente, na jurisprudência estrangeira e nacional, responder à seguinte pergunta: *qual seria a forma mais adequada de interpretação do duty to mitigate no Direito*

---

<sup>6</sup> ARAUJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. *O que muda com a Convenção de Viena*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2928448/o-que-muda-com-convencao-de-viena>>. Último acesso em: 17 de Abril de 2013.

*Brasileiro, ou, em outras palavras, qual a forma de interpretação mais consectária com o disposto na CISG?*

Na busca pela resposta da pergunta acima elencada, o presente trabalho será dividido em duas grandes partes, na PARTE I, buscar-se-á compreender como art. 77 da CISG é interpretado pela doutrina internacional, que já utiliza o dispositivo há mais de duas décadas, e, na PARTE II, procurar-se-á entender a interpretação e o uso que o Direito Brasileiro tem feito do *duty to mitigate*, por meio da análise das teorias que foram utilizadas para incorporar essa doutrina no Brasil até o momento.

## 1. O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NA CISG

O artigo 77 da CISG, na tradução para o português realizada por Eduardo Grebler e Gisely Radael, dispõe que:

### **Artigo 77**

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada<sup>7</sup>.

Tendo em vista a literalidade do dispositivo acima, num primeiro momento (**A**), o presente trabalho dedicar-se-á à parte inicial do art. 77 da CISG, ou seja, ao dever imposto ao credor inadimplido de minimizar as próprias perdas, devendo tomar, para tanto, as medidas consideradas razoáveis, segundo as circunstâncias do caso concreto. Em um segundo momento (**B**), cuidar-se-á da segunda parte do art. 77 da CISG, que traz a consequência jurídica imposta pela Convenção à parte que descumprir o dever de mitigar as próprias perdas.

### 1.1. A interpretação da primeira parte do Artigo 77 da CISG segundo a doutrina internacional

---

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>>. Último acesso em: 23 de Abril de 2013. O mesmo dispositivo em inglês, que é uma das línguas oficiais da CISG, tem a seguinte redação: *Article 77: "a party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated"*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>>. Último acesso em: 23 de Abril de 2013.

Antes de iniciarmos propriamente a interpretação do art. 77 da CISG dada pela doutrina internacional, que há anos se debruça sobre o tema, é importante mencionar que um dos pilares da Convenção é o de que, sendo ela um texto de caráter nitidamente internacional, a sua interpretação deve ser feita de maneira autônoma em relação às legislações nacionais dos países que a ratificaram. Nesse sentido, conforme bem colocou Nadia de Araujo, “no tocante às matérias reguladas pela Convenção, as questões devem ser dirimidas de acordo os princípios que a inspiraram, e não por meio de recurso à lei doméstica”<sup>8</sup>.

Também é importante mencionar, ainda de forma introdutória, que todos os dispositivos da Convenção devem ser interpretados à luz de suas disposições gerais, constantes, sobretudo, dos artigos 7º ao 13º da CISG, que encampam vários dos princípios que embasam o entendimento deste instrumento legislativo<sup>9</sup>.

Ademais, deve-se esclarecer de antemão que o art. 77 da CISG aparece em sua Seção II, que trata da indenização (*Damages*), sendo certo que este artigo será aplicável apenas quando a parte buscar eventual indenização por descumprimento contratual, e não quando o que se busca são outros remédios disponíveis, como o cumprimento específico da obrigação ou a rescisão do contrato, segundo a opinião que prevalece na doutrina internacional<sup>10</sup>.

A regra de que o vendedor ou o comprador podem requerer os danos (ou as perdas e danos, como é a praxe no vocabulário jurídico brasileiro) causados pelo descumprimento contratual da outra parte encontra uma grande exceção na CISG, que limita quantitativamente o montante da indenização devida à vítima de um descumprimento contratual, caso esta não adote as medidas razoáveis para diminuir ou mesmo evitar os danos advindos desse descumprimento.

---

<sup>8</sup> ARAUJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. *O que muda com a Convenção de Viena*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2928448/o-que-muda-com-convencao-de-viena>>. Último acesso em: 17 de Abril de 2013. Como bem colocam as autoras, o uso da jurisprudência já consolidada da CISG é de enorme valia na interpretação da Convenção, embora sua utilização não tenha qualquer efeito vinculante, apenas persuasivo.

<sup>9</sup> Dentre eles, o art. 9º da CISG merece uma atenção especial para o trabalho que aqui será desenvolvido, pois trata de uma importante regra para a compreensão dos casos concretos em que se aplica a Convenção, a saber, a importância da conduta das partes. Nesse sentido, o art. 9º da CISG, em sua tradução para o português, tem a seguinte redação: “(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si. (2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento”.

<sup>10</sup> Entretanto, alguns autores, como o professor John O. Honnold, buscam estender a regra do art. 77 da CISG para outras hipóteses de descumprimento contratual, que não a indenização por perdas e danos. Nesse sentido, ver a obra de HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Último acesso em: 24 de Abril de 2013.

Sendo assim, a primeira parte do art. 77 da CISG traz a seguinte frase “a parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes”. Dois pontos aparecem como essenciais, desde logo, para sua correta compreensão: i) a necessidade de uma ação por parte da parte vítima de um inadimplemento contratual e que essa ação seja ii) razoável dentro das circunstâncias do caso.

Segundo Bianca e Bonell, o art. 77 traz o que eles denominam de princípio da prevenção (*prevention principle*), pelo qual uma parte ameaçada por uma perda decorrente de um inadimplemento contratual incorrido pela outra parte não tem a permissão de esperar passivamente pela ocorrência ou aumento do dano, para então ingressar com a ação indenizatória<sup>11</sup>. Em uma interpretação literal do dispositivo, conforme bem coloca Chengwei Liu, uma parte contratante não pode “*sentar e esperar*” que a outra parte incorra em um descumprimento contratual, devendo agir de forma ativa para minimizar eventual perda dele decorrente ou mesmo visando evitá-la. Mesmo que a parte não tenha contribuído para o descumprimento do contrato ou para os efeitos que dele advieram, ela não poderá, como mais adiante examinaremos, buscar a indenização pelos danos que poderia ter evitado, caso tivesse tomado as medidas razoáveis no momento devido<sup>12</sup>.

Levando em consideração o acima mencionado, sobre o fato de ser a razoabilidade um dos princípios centrais da Convenção, as medidas que são esperadas do credor inadimplido visando diminuir suas próprias perdas, são apenas aquelas consideradas razoáveis, segundo as circunstâncias do caso (*measures as are reasonable in the circumstances*). Tendo em vista a ausência de uma definição do que seria considerado razoável, ou mesmo de razoabilidade (*reasonableness*), na CISG, a avaliação do que seria razoável dependerá de um exame fático do caso concreto. Ou seja, de forma geral, a razoabilidade deve ser interpretada segundo o que pessoas de boa-fé, e em situação similar a das partes do contrato, julgam como sendo razoável<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> BIANCA, C.M.; BONELL, M.J. *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan: Giuffrè, 1987, pp. 559-560.

<sup>12</sup> CHENGWEI, Liu. *Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL*. Setembro de 2003, pp. 18/19. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html>>. Último acesso: 24 de Abril de 2013.

<sup>13</sup> CHENGWEI, Liu. *Remedies...op.cit.*, pp. 19-20. Na decisão do que é razoável, segundo este autor, todos os fatores relevantes da contratação devem ser levados em consideração e atenção deve ser dada, em especial, à natureza e ao propósito do contrato, bem como às circunstâncias, usos e práticas do comércio ou da profissão envolvidos, tendo em vista que estas referências refletem o comportamento de partes consideradas razoáveis.

Conforme bem coloca Ingeborg Schwenzer, o art. 77 da CISG demanda que a parte lesada tome as medidas razoáveis, levando-se em consideração as circunstâncias do caso e o princípio da boa-fé, para mitigar as suas perdas. Na determinação do que seriam consideradas medidas razoáveis, as práticas estabelecidas entre as partes, bem como os usos do comércio internacional, devem ser levados em consideração de forma primordial (art. 9º da CISG). Também se deve ter claro que o ponto de referência do julgador deve ser a conduta que uma pessoa razoável, na mesma posição e sob as mesmas circunstâncias da parte lesada, adotaria no caso concreto (art. 8(2) da CISG).

Ademais, se um dos princípios guias da CISG é a razoabilidade (*reasonableness*), o art. 77 da Convenção exige que, tanto o credor como o devedor, atinja o desafio de ser razoável durante uma situação considerada difícil, a saber, quando ele já está, ou, está prestes a perder dinheiro em virtude de um comportamento da parte contrária, em um contrato internacional de compra e venda de mercadorias<sup>14</sup>. Apesar do preceito contido no art. 77 da CISG impor ao credor inadimplido que aja visando diminuir ou evitar os danos que o descumprimento contratual da outra parte causaria para si mesmo, não se exigem da parte esforços excepcionais, até mesmo porque a parte já é vítima de uma quebra contratual e já suporta as consequências dela decorrentes. Seria desproporcional, juridicamente, exigir do credor inadimplido, que já se encontra em uma situação precária pelo descumprimento da outra parte, a tomada de atitudes ou a despesa de somas exageradas e desproporcionais às suas forças, levando-se em consideração a sua já enfraquecida posição contratual. Por isso é que o art. 77 da Convenção é claro ao estabelecer que as medidas que a parte lesada deve tomar são apenas aquelas consideradas razoáveis nas circunstâncias concretas de cada caso<sup>15</sup>.

Um último ponto a ser mencionado em relação à primeira parte do dispositivo do art. 77 da CISG diz respeito ao momento de sua aplicação. Alguns autores<sup>16</sup> alegam que ele seria

---

<sup>14</sup> OPIE, Elizabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. Janeiro de 2005, p. 1. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Último acesso em: 23 de Abril de 2013.

<sup>15</sup> Exemplos de medidas razoáveis seriam, por exemplo, a revenda das mercadorias pelo vendedor, cujo preço o comprador deixou de pagar, ou uma nova compra pelo comprador, caso as mercadorias entregues pelo vendedor fossem defeituosas, ou mesmo a possibilidade de o próprio comprador remediar as mercadorias defeituosas entregues pelo vendedor. DJAKHONGIR, Saidov. *Methods of limiting damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. *Pace International Law Review*, v. 14, Issue 2, Fall 2002, p. 355. É importante mencionar também que o dinheiro gasto pela parte lesada ao tomar as medidas razoáveis para minimizar os danos também será considerado uma perda advinda do inadimplemento contratual, que poderá ser, logo, objeto de compensação, mesmo que as ações da parte para mitigar os danos tenham sido em vão, contanto que tenham sido razoáveis, segundo as circunstâncias do caso. BIANCA, C.M.; BONELL, M.J. *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan: Giuffrè, 1987, p. 560.

<sup>16</sup> Neste sentido, o posicionamento de Liu Chengwei, John O. Honnold e Saidov Djakhongir.

aplicável tanto no que a doutrina internacional chama de *anticipatory breach* (quando ocorre a quebra contratual por uma das partes antes mesmo de a sua prestação ser devida no tempo), quanto a uma quebra contratual relativa a uma obrigação cuja execução seja atualmente devida. Ou seja, o dever de mitigar as próprias perdas seria devido tanto quando a parte contrária já inadimpliu sua obrigação contratual, ou mesmo quando a execução da prestação pela outra parte ainda não é devida no tempo, mas o credor já tem fortes motivos para acreditar que haverá uma quebra contratual futura. Tem-se constatado que a aplicação do *duty to mitigate* a casos de *anticipatory breach* se baseia no raciocínio de que o objetivo do art. 77 da CISG é a mitigação dos prejuízos. Nesse sentido, medidas visando mitigar as perdas sofridas pelo credor devem ser tomadas assim que este perceba que a outra parte não executará a sua prestação contratual e lhe causará, logo, prejuízos<sup>17</sup>.

## 1.2. A interpretação da segunda parte do Artigo 77 da CISG segundo a doutrina internacional

A segunda parte do art. 77 da CISG traz a consequência da ausência de mitigação das próprias perdas pela parte lesada da relação contratual; a saber, caso não sejam adotadas as medidas razoáveis para mitigar as próprias perdas, a parte causadora da quebra contratual poderá reivindicar a redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada pela parte lesada. A ideia por trás dessa consequência é a de que a parte lesada não pode buscar compensação com respeito aos danos que ela poderia ter, razoavelmente, evitado. Ou seja, caso a parte lesada adote uma atitude passiva e não aja face ao descumprimento contratual perpetrado pela outra parte, em uma interpretação literal do dispositivo, existe a consequência, à disposição da parte que incorreu na quebra do contrato, de buscar a redução das perdas e danos, que, de outra forma, seriam devidos.

Sendo assim, um pré-requisito para a aplicação da sanção prevista na segunda parte do art. 77 da CISG é a falha, pela parte lesada, de tomar as medidas, que são razoáveis e esperadas dela, tendo em vista as circunstâncias do caso, para impedir ou, ao menos, diminuir as perdas advindas de uma quebra contratual, sendo a redução dos danos a única consequência

---

<sup>17</sup> Entretanto, como bem coloca Djakhongir Saidov, resta ainda em debate se haveria um requerimento geral de mitigação, por parte do credor, neste estágio anterior do contrato, quando a prestação da outra parte ainda não atingiu a data para poder ser exigida pelo credor. DJAKHONGIR, Saidov. Methods of limiting damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace International Law Review*, v. 14, Issue 2, 2002, pp. 356-358.

disponível para os casos sujeitos ao art. 77 da CISG. A obrigação contida no art. 77 da CISG, por exemplo, não pode ser diretamente executada e a sua falha não gera a possibilidade de rescisão do contrato<sup>18</sup>.

É importante que se mencione, conforme Jeffrey S. Sutton, que a falha em mitigar as próprias perdas pela parte lesada não elimina o seu direito à indenização pelas perdas e danos, pois, afinal, a outra parte descumpriu com o que havia sido pactuado no contrato, mas apenas acarreta a diminuição no montante, no valor a ser indenizado<sup>19</sup>.

Segundo Ingeborg Schwenzer, o *duty to mitigate* não é uma obrigação diretamente exequível do contrato, mas sim, um dever que deve ser desempenhado nos próprios interesses da parte lesada. Ou seja, a falha em mitigar os próprios danos não leva o credor inadimplido a vir a ser responsabilizado por perdas e danos, mas impede a recuperação dos danos que poderiam ter sido mitigados, sendo, inclusive, irrelevante se a parte lesada agia com culpa ao deixar de mitigar as próprias perdas<sup>20</sup>.

Por fim, é importante esclarecer que a parte que descumpriu com o contrato tem o dever de provar que a parte lesada falhou em preencher a sua obrigação de mitigar as próprias perdas, como também em relação à prova da razoabilidade, ou não, das despesas incorridas pela última ao buscar mitigar os danos. Isso porque existe uma presunção favorável face à parte lesada, mas que pode ser invertida, caso reste devidamente comprovado que esta não agiu de forma razoável ao buscar minimizar as próprias perdas<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> KNAPP, Victor. *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*. Giuffrè: Milan, 1987, p. 559-567. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>>. Último acesso: 26 de Abril de 2013.

<sup>19</sup> SUTTON, Jeffrey S. Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. *Ohio State Law Journal*, v. 50, 1989, pp. 737-752. Tal regra se refere a uma concepção fundamental para a visão Norte-Americana dos danos, a saber, a de que a indenização não deve incluir os danos por perdas que poderiam ter sido evitadas. Essa regra está na Seção 347 do *Restatement (Second) of Contracts* (legislação civil Norte-Americana sobre contratos) e da Seção 2-715(2)(a) do *Uniform Commercial Code* (Código Comercial Norte-Americano).

<sup>20</sup> SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 1043.

<sup>21</sup> OPIE, Elizabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*, pp. 3-4. Janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Último acesso em: 23 de Abril de 2013. No entanto, a autora Ingeborg Schwenzer discorda em parte deste posicionamento relacionado à prova do *duty to mitigate*. Apesar de ambas as autoras concordarem que cabe à parte que descumpriu o contrato a prova de que a parte lesada não cumpriu com o *duty to mitigate*, Schwenzer acredita que caberia à parte lesada a prova das despesas com as medidas tomadas para evitar ou mitigar as próprias perdas, caso esta reclamasse a compensação destas despesas com base no art. 74 da CISG. SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary... op. cit.*, p. 1048.

## 2. A RECEPÇÃO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO BRASIL

Nesta segunda parte do trabalho procurar-se-á entender a interpretação e o uso que o Direito Brasileiro tem feito do *duty to mitigate the loss*, por meio da análise das três principais teorias que foram utilizadas pelos aplicadores do direito pátrio para incorporar este instituto no Brasil. Assim, serão estudadas as teorias da 1) boa-fé objetiva, 2) do abuso de direito e do *venire contra factum proprium*, bem como do 3) encargo de evitar o próprio dano. Ao final, buscar-se-á verificar qual seria o entendimento mais adequado para a recepção do *duty to mitigate* no Brasil.

Antes de adentrar-se no estudo proposto para o presente capítulo, é importante que se mencione que o *duty to mitigate the loss* tem maior amplitude e positivação no âmbito das convenções internacionais, como, por exemplo, a Convenção de Haia de 1964 a respeito da Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias, os Princípios UNIDROIT para os Contratos Comerciais Internacionais e os Princípios Europeus para o Direito Contratual. Os princípios, regras e deveres advindos da chamada *lex mercatoria* incorporam, como bem mencionado por Véra Fradera, o dever do credor de mitigar as próprias perdas<sup>22</sup>.

Ademais, conforme exposto por John O. Honnold, o *duty to mitigate the loss* tem concepções diversas nas várias legislações nacionais:

O princípio de que uma parte deve mitigar as perdas que razoavelmente podem ser evitadas é geralmente reconhecido, mas é expresso de maneiras diferentes e é aplicado com diferentes graus de ênfase. Muitos códigos não falam explicitamente de um “dever” de “mitigar” a perda. Em vez disso, a linguagem legal que uma parte é responsável pelos danos que “provoca”, muitas vezes fornece uma base para a conclusão de que parte dos danos foi causada pelo credor, em vez da parte que causou a quebra contratual. Da mesma forma, alguns sistemas legais limitam a recuperação do credor com base em princípios semelhantes ao que outros sistemas jurídicos chamam *contributory negligence* — ex., a doutrina francesa da *faute de la victime* (tradução livre)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, pp. 109-119. Berthold Goldman também alude ao fato de o *duty to mitigate the loss* ser um princípio constante da *lex mercatoria*, ao alegar que: “[...] existem regras específicas do comércio internacional [...]; um exemplo poderia ser a obrigação do credor de minimizar os prejuízos advindos da inexecução, por parte do devedor, de suas obrigações contratuais”. GOLDMAN, Berthold. “The applicable law: general principles of law - the *lex mercatoria*”: *Lew ed. Contemporary Problems in International Arbitration*. Martinus Nijhoff Publishers: London, 1987, p. 115.

<sup>23</sup> HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Último acesso em: 24 de Abril de 2013. No original em inglês: “the principle that a party must mitigate loss that reasonably can be avoided is generally recognized but is expressed in different ways and is applied with varying degrees of emphasis. Many codes do not explicitly speak of a “duty” to

Véra Fradera alude que o dever de mitigar tem origem no direito anglo-saxão (*mitigate*), de onde passou, posteriormente, aos sistemas jurídicos continentais, sendo que o vocábulo *mitigate* tem raiz no verbo francês *mitiger*. A recepção deste conceito se deu de maneira desigual e assistemática, tendo em vista que alguns ordenamentos nacionais o utilizam frequentemente, como o alemão e o suíço, enquanto outros utilizam de seu conteúdo sem utilizar a sua denominação, como ocorre na França<sup>24</sup>.

### 2.1. As teorias utilizadas para a recepção do *Duty to Mitigate the Loss* no Brasil

A aplicação e a utilidade do *duty to mitigate the loss* no Brasil foram pioneiramente pensadas pela doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Em Julho de 2004, Véra Fradera publicou um artigo pioneiro sobre o assunto, intitulado “pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo”?,<sup>25</sup> expondo a existência de um dever, sobretudo no âmbito das Convenções Internacionais, por parte do credor, de adotar medidas visando evitar ou mesmo minimizar as perdas decorrentes de uma quebra contratual, denominado, pela doutrina estrangeira, de *duty to mitigate the loss*. A pergunta que a autora visou responder, já no ano de 2004, não é tão distinta da que se propõe responder nesta Parte II do trabalho, a saber, “como poderia ser recepcionado o *duty to mitigate the loss*, no âmbito do Código Civil Brasileiro de 2002”?

Nesse sentido, importantes são as palavras de Daniel Pires Novais Dias, no sentido de que a doutrina brasileira tem se manifestado de forma favorável à recepção do *duty to mitigate*

---

*"mitigate" loss. Instead, statutory language that a party is responsible for the damage it "causes" often provides a basis for concluding that some of the damage was caused by the plaintiff rather than the party in breach. Similarly, some systems limit the plaintiff's recovery by principles akin to what other legal systems call contributory negligence—e.g., the French doctrine of faute de la victime”.*

<sup>24</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor... *op.cit.*, pp. 111-112. Como bem exposto pela autora em comentário, na busca da natureza jurídica do *duty to mitigate the loss* verifica-se que, na Alemanha, este dever recebe o nome de *Obliegenheit* (uma obrigação cuja exigência de cumprimento se reveste de menor intensidade), na Suíça recebe o nome de *incombance*, enquanto que a jurisprudência francesa, apesar de não utilizar nenhuma das mencionadas terminologias, vem aplicando este conceito com base no princípio da boa-fé objetiva e do abuso de direito. Já no direito da *Common Law*, o princípio da mitigação dos prejuízos advém do próprio sistema, tendo em vista que aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem considerações de culpa ou de negligência por parte do infrator.

<sup>25</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, pp. 109-119.

*the loss*, sendo que as maiores divergências acerca deste tema se referem ao fundamento jurídico de sua recepção<sup>26</sup>.

### 2.1.1. Um dever anexo advindo da boa-fé objetiva

O primeiro fundamento jurídico que trata da recepção do *duty to mitigate the loss* no âmbito do direito contratual brasileiro percebe o conceito como um dever acessório advindo da boa-fé objetiva, tendo em vista que o legislador civil brasileiro adota uma concepção cooperativa do contrato.

Como bem coloca Flávio Tartuce, a corporificação legislativa de uma atual teoria geral dos contratos, cujo expoente pioneiro é Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, teve uma continuidade com o advento do Código Civil de 2002 (“CCB”), ambos estando repletos de novos princípios jurídicos contratuais e cláusulas gerais, sendo, logo, verdadeiros representantes legislativos de uma nova concepção do contrato<sup>27</sup>. O art. 422 do CCB, que incorporou a boa-fé objetiva em nosso sistema civil, tem a seguinte redação “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”<sup>28</sup>.

Ademais, a positivação da boa-fé também trouxe a criação de diversos deveres jurídicos anexos às obrigações contratuais, que, apesar de sempre terem estado presentes no ordenamento jurídico, não haviam recebido a devida atenção até o advento do CCB. Ao criar tais deveres, a boa-fé objetiva atua como verdadeira fonte de integração do conteúdo do

---

<sup>26</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, p. 4. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1894/1441>>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013.

<sup>27</sup> TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Março de 2005. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce\\_duty.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc)>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013.

<sup>28</sup> Com a boa-fé objetiva, surgiram novos conceitos visando à integração dos contratos e, neste sentido, está o Enunciado nº 26 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013.

contrato, independente do que foi estabelecido segundo a vontade das partes, ou seja, eles possuem uma origem não-voluntarística<sup>29</sup>.

A respeito dos deveres anexos, laterais, instrumentais, acessórios de conduta, meramente de conduta, de proteção ou de tutela, como também são denominados, advindos da boa-fé objetiva, Judith Martins-Costa explica que são deveres que “podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal”, sendo considerados, geralmente, “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”. São deveres que as partes carregam durante toda a vida contratual, da fase pré-contratual à execução, ao se comprometerem a adotar certos comportamentos, tendo em vista o fim do negócio jurídico, os quais são baseados na objetiva confiança depositada mutuamente pelas partes, sendo variáveis conforme as circunstâncias concretas de cada caso<sup>30</sup>.

Entre os deveres com tais características, encontram-se os deveres de colaboração e de cooperação entre as partes contratantes, sendo que o *duty to mitigate the loss* seria uma concretização destes, tendo em vista impor às partes uma conduta guiada a evitar a oneração da prestação da outra parte, tendo como fundamento “o próprio acordo de vontade por elas firmado e por finalidade acautelar e substancializar a prestação contratada, assim o credor que onera ou complica a atuação do devedor está se voltando contra o que foi por ele pactuado, bem como contra o equilíbrio das prestações”<sup>31</sup>. É por isso que, na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, a doutrinadora Véra Fradera elaborou uma proposta interpretativa do art. 422 do CCB a respeito desse novo dever contratual, que acabou sendo aprovada no Enunciado nº 169, que tem a seguinte redação: “o princípio da boa-fé objetiva

---

<sup>29</sup> Segundo Anderson Schreiber, a fonte dos deveres anexos é própria boa-fé objetiva, sendo que a sua criação independe da vontade das partes, podendo surgir mesmo contra esta vontade. Ver: SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82. Ademais dessa função integradora, advinda do art. 422 do Código Civil, a boa-fé ainda possui a função interpretativa (art. 113 do Código Civil), eis que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração e a função de controle (art. 187 do Código Civil), uma vez que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito. Nesse sentido ver: TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 539.

<sup>30</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 438-440. Flávio Tartuce enumera aqueles que são considerados como sendo os deveres anexos, entre outros: “dever de cuidado em relação à outra parte negocial, dever de respeito, dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio, dever de agir conforme a confiança depositada, dever de lealdade e probidade, dever de colaboração ou cooperação, dever de agir com honestidade e dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão”. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil... op.cit.*, p. 538.

<sup>31</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, p. 28. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1894/1441>>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013.

deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Dessa forma, o *duty to mitigate the loss* constituiria um dever natureza acessória, advindo diretamente do dever de cooperação e lealdade que deve pautar a conduta das partes no contrato, o qual, por sua vez, advém diretamente da boa-fé objetiva<sup>32</sup>.

Véra Fradera, ao comentar as peculiaridades da recepção do *duty to mitigate the loss* pelos tribunais franceses, aduz que, apesar de reticentes quanto à recepção do conceito de boa-fé objetiva, a jurisprudência francesa vem adotando o dever de mitigar com base nele. Ademais da boa-fé, a jurisprudência francesa também tem se utilizado dos conceitos de *venire contra factum proprium* e de abuso de direito para sancionar o comportamento do credor que deixar de tomar as medidas razoáveis para mitigar as próprias perdas<sup>33</sup>. Nesse sentido, estabelece a doutrina as consequências em caso de descumprimento do *duty to mitigate the loss*, com base na violação da boa-fé objetiva:

No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral, permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual”. “[...] A consideração do dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos. Como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Como bem lembrado por Flávio Tartuce, conforme o Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, a quebra dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva gera a violação positiva do contrato, hipótese de inadimplemento negocial que independe de culpa, gerando a responsabilidade contratual objetiva, cuja redação é a seguinte: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Março de 2005, p. 2. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce\\_duty.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc)>. Último Acesso em: 03 de Maio de 2013.

<sup>33</sup> Como exemplo desta utilização, a autora cita o caso *Bailleux c. Jarety*, que acabou se tornando um clássico sobre o assunto na França e que influenciou grandemente a aplicação do *duty to mitigate the loss* no Brasil. O caso trata de um locador que permaneceu onze anos sem cobrar os aluguéis e, ao invocar a cláusula resolutória do contrato de locação, acaba sendo privado de exercer o seu direito com fundamento na proibição do *venire contra factum proprium*. FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, p. 113. Os contratos bancários e os de locação de imóveis são a principal fonte de exemplos deste instituto na doutrina, em geral. Nesse sentido, Flávio Tartuce menciona caso semelhante de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve o inadimplemento das prestações devidas pelo locatário e que haveria, por parte do locador, o dever de ingressar, tão logo fosse possível, com a competente ação de despejo, para que a dívida não assumisse valores excessivos. TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 111.

<sup>34</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, p. 119.

Independentemente de se achar adequada a recepção do *duty to mitigate the loss* por meio de quebra de um dever anexo advindo da boa-fé objetiva, o fato é que este foi o fundamento jurídico escolhido pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), para recepcionar o instituto no Brasil no REsp nº 758.518/PR<sup>35</sup>.

O caso em comento trata de uma ação de resolução contratual, com pedidos de reintegração de posse e de indenização, em que o promissário-comprador, além de deixar de pagar as prestações relativas ao contrato, acaba abandonando o imóvel. Mais de um ano depois do abandono, o promitente-vendedor ajuíza a ação, entretanto, com base na aplicação do *duty to mitigate the loss*, o STJ entendeu que o promitente-vendedor descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido:

[...] pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.” E assim concluiu que “[...] a conduta da ora recorrente, inegavelmente, **viola o princípio da boa-fé objetiva**, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária (de exclusão da indenização referente a um ano sem a fruição do imóvel – desde o abandono do imóvel pelo promissário-comprador até o ajuizamento da ação) (p. 12 do acórdão) – *grifo nosso*.

Do que se conclui que a verificação do *duty to mitigate the loss* como um dever anexo advindo da boa-fé objetiva é o principal fundamento de recepção desta teoria pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, tendo em vista a posição já consolidada do STJ.

---

<sup>35</sup> O referido julgado, datado de Junho de 2010, possui a seguinte ementa: “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido” (STJ, REsp 758.518/PR, Terceira Turma, Rel. Des. Conv. Vasco dela Giustina, julgado em 17.06.2010, DJE 01.07.2010).

### 2.1.2 Abuso de direito e o *venire contra factum proprium*

O segundo fundamento jurídico utilizado para a recepção do *duty to mitigate the loss* no Brasil percebe o conceito como uma consequência do abuso de direito e, segundo alguns autores, mais especificamente, como uma modalidade do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Atualmente, de todas as teorias que buscam explicar os fundamentos do abuso de direito no Brasil, a principal é a noção de contrariedade ao fundamento axiológico-normativo do direito exercido, ou seja, o abuso de direito se concretiza quando alguém age de forma aparentemente regular, mas em contradição com os valores do ordenamento jurídico pátrio<sup>36</sup>.

No CCB aparece claramente a figura do abuso de direito, denotando uma evolução da legislação pátria sobre o assunto. Nesse sentido, o art. 187 do CCB tem a seguinte redação: “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”. Dessa forma, conforme a interpretação literal do dispositivo do art. 187 do CCB, resta necessário, para a configuração do abuso de direito, que o seu titular, ao agir, exceda os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Conforme bem expôs Anderson Schreiber, a boa-fé pode ser considerada como um dos critérios *axiológico-materiais* para a verificação do abuso de direito, sendo possível concluir que, no direito positivo brasileiro, a “boa-fé objetiva e o abuso de direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé”<sup>37</sup>. De qualquer forma, conforme menciona Flávio Tartuce, independentemente de se fundamentar a recepção do *duty to mitigate the loss* em um dever anexo decorrente da boa-fé objetiva ou por meio de outro fundamento jurídico qualquer, a sua

---

<sup>36</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 109. Como assevera Danielle Leite, o abuso de direito pode ser considerado o “exercício irregular de um direito subjetivo, que, sob o pretexto de realizá-lo com base na lei, dela se afasta por contrariar os princípios e valores que compõem o ordenamento jurídico, contendo em seu interior práticas que contrariam o bom senso e a equidade, não estando apto à produção dos efeitos visados por seu agente, além de sujeitar-se às sanções correspondentes”. LEITE, Danielle Moraes. *Teorias Consectárias do Abuso de Direito*. Rio de Janeiro, 2010, pp. 5-6. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/danielleleite.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/danielleleite.pdf)>. Último acesso em: 04 de Maio de 2013.

<sup>37</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 113-114.

consequência, em caso de descumprimento do preceito, seria a responsabilidade objetiva pela presença do abuso de direito<sup>38</sup>.

Nesse contexto, os doutrinadores começaram a identificar alguns padrões de conduta que podem ser vistos como abuso de direito, criando teorias para descrever tais comportamentos, a fim de que possam ser sancionados para garantir a manutenção da boa-fé objetiva e da segurança jurídica nas relações negociais. Ou melhor, o comportamento contraditório poderia ser visto como uma espécie ou uma categoria do gênero abuso de direito, ou seja, um abuso de direito por violação da boa-fé objetiva.

Uma destas teorias é o *venire contra factum proprium*, que é uma das condutas mais características do abuso de direito e que se configura pela existência de um comportamento contraditório, ou seja, a contradição entre uma conduta e o exercício de um direito, afrontando uma expectativa criada pelo seu titular de que aquele direito não mais seria exercido. Existiria uma quebra da confiança contratual, tendo em vista que o titular do direito o exerce após ter criado em sua contraparte a legítima expectativa de que não o faria<sup>39</sup>. A doutrina acabou situando na boa-fé objetiva o seu fundamento normativo, tendo em vista que o *venire contra factum proprium* acabou se tornando um princípio de “*proibição à ruptura da confiança*”. É a tutela da confiança o fundamento atual do instituto e é por isso que foi aprovado o Enunciado nº 362 da IV Jornada de Direito Civil: “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”. Ou seja, conforme bem esclarece Anderson Schreiber:

Mais que contra a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. **Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo**

---

<sup>38</sup> TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Março de 2005, p. 2. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce\\_duty.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc)>. Último Acesso em: 03 de Maio de 2013. Sobre o assunto, também é importante que se mencione o Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil, que interpreta o artigo em comento, e que tem a seguinte redação: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

<sup>39</sup> Para Anderson Schreiber, podem ser apontados quatro pressupostos para a aplicação da proibição do comportamento contraditório: (i) um fato próprio, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo, e, por isso mesmo, violador da confiança depositada e (iv) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório... op.cit.*, p. 124.

**a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior** (grifo nosso)<sup>40</sup>.

É importante que se mencione que alguns doutrinadores estudam em separado o abuso de direito do *venire contra factum proprium*, tratando-os como fundamentos jurídicos diversos de recepção do *duty to mitigate the loss* no Brasil. Nesse sentido, o *duty to mitigate*, aparentemente, poderia ser considerado como outra modalidade específica de abuso de direito, diversa do *venire contra factum proprium*, da *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*. Este seria o posicionamento, por exemplo, de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Danielle Moraes Leite<sup>41</sup>. Entretanto, no presente trabalho, tanto o abuso de direito, como o *venire contra factum proprium* serão tratados conjuntamente, pois ambos, ao final, dizem respeito ao comportamento abusivo de uma das partes contratantes, em flagrante desrespeito aos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a boa-fé objetiva, mesmo que possam se manifestar de diferentes formas.

Todavia, uma severa crítica pode ser formulada contra a viabilidade deste fundamento jurídico de recepção do *duty to mitigate the loss* no Brasil, pois a conduta do credor inadimplido, ou a ausência desta, não tem o condão de gerar na outra parte a legítima expectativa ou a confiança de que, em momento posterior, ele não virá a pleitear a indenização pela soma total dos danos sofridos em virtude da quebra contratual, elemento este que seria fundamental para a configuração do *venire contra factum proprium*. Sendo assim, segundo Daniel Pires Novais Dias:

A aplicação do *duty to mitigate* sob o fundamento do *venire contra factum proprium* resta inviável: além de questionável a própria existência de contradição entre essas condutas, manifestamente não há como reconhecer na conduta da vítima de não evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo, principalmente por omissão, a aptidão para gerar no ofensor a confiança de que ela não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 90.

<sup>41</sup> Danielle Moraes Leite considera o *duty to mitigate the loss* como a modalidade de abuso de direito na qual existe um abuso de direito, por parte do credor, que agrava a sua situação e, indiretamente a do devedor, ao não tomar as medidas para evitar as próprias perdas, havendo uma verdadeira violação à boa-fé objetiva. LEITE, Danielle Moraes. *Teorias Consectárias do Abuso de Direito*. Rio de Janeiro, 2010, p. 15 Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/danielleleite.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/danielleleite.pdf)>. Último acesso em: 04 de Maio de 2013.

<sup>42</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, p. 33. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1894/1441>>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013.

Nesse sentido, importante que se mencione um caso em que foi aplicada a doutrina do *duty to mitigate the loss* e que embasa a crítica feita pelo autor acima citado. No caso, decorrente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a correntista teve dinheiro indevidamente sacado de sua conta, mas não aceitou a proposta de acordo da instituição financeira para a restituição dos valores devidos e, conseqüentemente, não foi indenizada pelos danos morais que alegou ter sofrido. Neste caso, como bem relatado por Daniel Pires Novais Dias, “não é plausível defender que o fato dela não ter aceito a proposta de acordo do banco é contraditória com o ajuizamento de ação indenizatória pelos danos sofridos, ou pior ainda, que aquela negativa é apta a gerar no banco a confiança de que sua cliente lesada não mais exerceria o seu direito à indenização”<sup>43</sup>.

Sendo assim, parece adequada a crítica formulada pelo mencionado autor, tendo em vista que, como já referido, o *verire contra factum proprium* caracteriza-se justamente pela contradição entre dois atos subseqüente de um agente e pela quebra da confiança e da expectativa que foram depositadas no outro contratante, características estas que não estão presentes na doutrina do *duty to mitigate the loss*, até mesmo porque, não seria correto pensar que uma eventual omissão do credor geraria a legítima expectativa de que este, em momento futuro, não pleitearia a cobrança total das somas, ou a indenização que acredita lhe ser devida.

### 2.1.3. O encargo de evitar o próprio dano

O último fundamento jurídico que será estudado no presente trabalho e que trata da recepção do *duty to mitigate the loss* no âmbito do Direito Contratual Brasileiro foi preconizado pelo jurista Antônio Menezes Cordeiro, que o nomeou de encargo ou ônus material do credor de evitar o próprio dano, figura esta já utilizada no Direito Civil Português para incorporar a *Obliegenheit* do Direito Alemão.

A explicação para este instituto, segundo o mencionado autor, é a de que se trata de um dever de comportamento, ao menos estruturalmente, dirigido também ao interesse de outras pessoas, mas que se diferencia por não poder ser exigido o seu cumprimento. E, face ao seu não cumprimento, o sistema jurídico reage apenas com sanções mais fracas, relacionadas com a diminuição da posição jurídica da própria pessoa ligada ao encargo, ou seja, o

---

<sup>43</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, p. 32. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1894/1441>>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013. O caso em comento é do TRF5. 3ª T., AC 358434/PE, Rel. Des. Leonardo Resende Martins, j. 03/09/2009, DJ 18/09/2009.

cumprimento do encargo serve apenas para a aquisição ou para a conservação de uma determinada vantagem jurídica<sup>44</sup>. Nas palavras do autor português, “o encargo correspondente estruturalmente a um dever; segue, no entanto, um regime particular: é um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento”<sup>45</sup>.

Não se está diante de um dever propriamente dito, pois ele não pode ser exigido por terceiros, mas caso o credor não aja com fins a mitigar as próprias perdas, perderá o direito de ser indenizado pelo montante dos danos que poderia ter evitado. Nesse sentido, conforme Daniel Pires Novais Dias:

Como visto, não há que se falar em *dever* genérico ou mesmo acessório de evitar danos a si porque esta conduta por parte do lesado *não é exigível*: primeiro que ela tem por finalidade a proteção principalmente dos seus próprios interesses, e, apenas reflexamente os do responsável, e, segundo, que a consequência jurídica pela sua não adoção é a perda, total ou parcial, do direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado sofrer<sup>46</sup>.

A consequência do descumprimento deste encargo seria justamente a perda, total ou parcial, do direito à indenização pelo dano que poderia ter sido evitado, caso o credor lesado tivesse tomado as medidas razoáveis para tanto, no caso concreto. Entretanto, caso cumprido o encargo, à semelhança do que ocorre na CISG, a parte teria direito a reclamar o reembolso pelos gastos razoáveis despendidos ao buscar mitigar as próprias perdas. Ou seja, a conduta da parte lesada, ao buscar cumprir o encargo de evitar ou minimizar os próprios danos, deve se pautar pelo critério da razoabilidade, diante das circunstâncias específicas do caso concreto. Se o credor lesado deve se pautar pela proporção entre as despesas feitas para cumprir o encargo e a utilidade que delas se pretende auferir, seria irrazoável “o gasto que se mostrar superior ao prejuízo que se queira evitar”<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. *O duty to mitigate... op.cit.*, p. 34.

<sup>45</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. 1º V., 1º T.: Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 358/360.

<sup>46</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. pp. 35/36. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1894/1441>>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013.

<sup>47</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. *O duty to mitigate... op.cit.*, p. 37. Como exemplos de medidas irrazoáveis, o autor cita a conduta de proprietário de veículo comercial que sofreu acidente e que não aluga outro veículo, sendo este desembolso tolerável, implicando em perdas imediatas muito maiores à empresa; e, como razoável, a recusa de uma vítima de lesão corporal a se submeter à cirurgia, ou a qualquer outro tratamento, apto a diminuir a extensão da lesão, desde que tal envolva risco para a sua vida.

Nesse sentido, para Daniel Pires Novais Dias, o encargo de evitar o próprio dano deve ser reconhecido no Direito Civil Brasileiro porque ele é “a figura dogmática mais adequada para suprir a lacuna [...] acerca da ausência de prescrição jurídica titularizada pela vítima em evitar a produção ou agravamento de danos a si”. Para o autor, esta figura seria a que “melhor se compatibiliza com a situação jurídica do credor inadimplido ou da vítima de dano extracontratual em face da produção ou agravamento do próprio prejuízo”<sup>48</sup>.

## 2.2. Sugestão para a interpretação do dispositivo da CISG no Brasil

Independentemente da conclusão a que se chegue, pode-se dizer que o Direito Civil Brasileiro vem experimentando um fenômeno de teorização e aplicação judicial do *duty to mitigate the loss*. Até o momento, como já examinado, muitas teorias foram desenvolvidas no bojo do direito pátrio para buscar justificar a incorporação desta teoria. Aliás, é de nossa opinião que, muitas vezes, o excesso de fundamentos jurídicos utilizados para a recepção de instituto alienígena acabe por causar mais dúvidas e incertezas entre os advogados, magistrados e aplicadores do direito em geral, do que segurança jurídica.

A forma mais adequada de interpretação e de recepção desta teoria, segundo o entendimento que aqui se segue, seria a de, com base na boa-fé objetiva, entender o dispositivo segundo as premissas que lhe foram delineadas pela doutrina estrangeira que, há anos, estuda o art. 77 da CISG. Isso porque, ademais de o STJ ter um entendimento consolidado a respeito de a boa-fé objetiva ser o fundamento mais adequado para a utilização do *duty to mitigate the loss* no Brasil, como visto pela análise do REsp nº 758.518/PR, a boa-fé também é um dos princípios norteadores da CISG, como exposto em seu art. 7<sup>o</sup><sup>49</sup>.

Assim, à luz da boa-fé objetiva, quer em sua função criadora de deveres anexos, quer em sua função interpretativa, o *duty to mitigate the loss* deve ser interpretado, conforme preconizado pelo art. 77 da CISG, como um encargo, pois dever, ao menos na língua portuguesa e em nosso vocabulário jurídico, significa a possibilidade de sua exigência, o que não ocorre *in casu*. Ou seja, um encargo que pesa sobre os ombros da parte lesada ou do credor inadimplido de tomar todas as medidas razoáveis, medidas estas que seriam tomadas

<sup>48</sup> DIAS, Daniel Pires Novaes. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*, p. 35. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1894/1441>>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013.

<sup>49</sup> Em sua tradução para o português, o referido artigo tem a seguinte redação: “Artigo 7(1): *na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional*” – grifo nosso.

por pessoas com normal diligência e em situação semelhante à do credor, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto para evitar (*anticipatory breach*) ou mitigar os danos advindos do inadimplemento contratual.

E, no que tange às consequências ou às sanções advindas do incumprimento deste encargo, como bem aludido pela eminente jurista Véra Fradera, duas opções se abrem em face do credor: a) se ele tomou as medidas razoáveis, conforme as circunstâncias do caso, para mitigar as próprias perdas, ele terá direito ao reembolso dessas despesas, independentemente da natureza que se lhe atribui e b) se ele não tomou as medidas necessárias e razoáveis para minimizar suas perdas, isto geraria o pagamento de perdas e danos ou, ao menos, a redução da indenização para que dela se retire o montante das perdas que o credor poderia, razoavelmente, ter evitado<sup>50</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de que a CISG passará a valer a partir de Abril de 2014 no ordenamento jurídico pátrio e que, com a sua adesão, ocorrerão diversas modificações no que tange à regulação dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, faz com que se torne urgente a necessidade de os estudiosos do Direito Brasileiro debruçarem-se, o mais rapidamente possível, no entendimento dos dispositivos da Convenção, tendo em vista que a CISG passará a ser a legislação padrão brasileira aplicável aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

O presente trabalho buscou compreender um dos dispositivos da Convenção, que traz uma teoria que, até pouco tempo atrás, era desconhecida e inaplicada pelos juristas brasileiros, a saber, o art. 77 da CISG, que trata da doutrina do *duty to mitigate the loss*, traduzida para o português como o dever do credor de mitigar as próprias perdas.

Na Parte I do presente trabalho, buscou-se compreender como a doutrina estrangeira tem interpretado o dispositivo do art. 77 da CISG. Nesse sentido, verificou-se que uma parte lesada por uma perda decorrente de um inadimplemento contratual, mesmo antes de a prestação da outra parte ser devida no tempo (*anticipatory breach*), não tem a permissão de esperar passivamente pela ocorrência ou aumento do dano, para então ingressar com uma ação indenizatória. É necessário, dessa forma, um comportamento ativo por esta parte, sendo

---

<sup>50</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, pp. 118-119.

que as medidas que ela deve adotar para evitar as próprias perdas devem seguir o critério da razoabilidade (*reasonableness*), pois são esperadas do credor inadimplido apenas aquelas medidas consideradas razoáveis, segundo as circunstâncias do caso (*measures as are reasonable in the circumstances*).

A segunda parte do art. 77 da CISG traz a consequência em caso de ausência de mitigação das próprias perdas pela parte lesada da relação contratual; ou seja, caso não sejam adotadas as medidas razoáveis para mitigar as próprias perdas, a parte causadora da quebra contratual poderá reivindicar a redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada pela parte lesada.

Já na Parte II do trabalho, buscou-se responder à seguinte pergunta: *qual seria a forma mais adequada de interpretação do duty to mitigate the loss no Direito Brasileiro, ou, em outras palavras, qual a forma de interpretação mais consectária com o disposto na CISG?* Para a consecução deste objetivo, analisaram-se as teorias utilizadas, até o momento, para incorporar essa doutrina no Brasil, com destaque para: a) a boa-fé objetiva, b) o abuso de direito e *o venire contra factum proprium* e c) o encargo de evitar o próprio dano, bem como alguns exemplos do uso destas teorias pela jurisprudência pátria.

O primeiro fundamento jurídico que trata da recepção do *duty to mitigate the loss* percebe o conceito como um dever acessório, advindo da boa-fé objetiva, tendo em vista que o legislador civil brasileiro adota uma concepção cooperativa do contrato. O *duty to mitigate the loss* representaria o dever de colaboração que deve haver entre as partes contratantes, em todas as fases contratuais. Independentemente de se achar adequada a recepção do instituto por meio da quebra de um dever anexo advindo da boa-fé objetiva, o fato é que foi este o fundamento jurídico escolhido pelo STJ para recepcioná-lo no Brasil, do que se conclui que a compreensão do *duty to mitigate the loss* como um dever anexo advindo da boa-fé objetiva é o principal fundamento de recepção desta teoria pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras até o momento.

O segundo fundamento jurídico a respeito da recepção do *duty to mitigate the loss* no Brasil percebe o conceito como uma consequência do abuso de direito e, segundo alguns autores, mais especificamente, como uma modalidade do princípio *nemo potest venire contra factum proprium*, que é uma das condutas mais características do abuso de direito. Ele se configura pela existência de um comportamento contraditório, ou seja, a contradição entre uma conduta e o exercício de um direito, afrontando uma expectativa criada pelo seu titular de que aquele direito não mais seria exercido. Todavia, uma severa crítica pode ser formulada contra a viabilidade deste fundamento jurídico de recepção do *duty to mitigate the loss* no

Brasil, pois a conduta do credor inadimplido, ou a ausência desta, não tem o condão de gerar na outra parte a legítima expectativa de que, em momento posterior, ele não virá a pleitear a indenização pela soma total dos danos sofridos em virtude da quebra contratual, elemento este que seria fundamental para a configuração do *venire contra factum proprium*.

O último fundamento jurídico de recepção do *duty to mitigate the loss* estudado no presente trabalho é o chamado encargo ou ônus material do credor de evitar o próprio dano, figura esta utilizada pelo Direito Civil Português, com base na doutrina de António Menezes Cordeiro. A explicação para este instituto é a de que se trata de um dever de comportamento, dirigido também no interesse de outras pessoas, mas que se diferencia por não poder ser exigido o seu cumprimento por estas. Não se está diante de um dever propriamente dito, pois ele não pode ser exigido por terceiros, mas caso o credor não aja em com fins a mitigar as próprias perdas, perderá o direito de ser indenizado pelo montante dos danos que poderia ter evitado.

De todo o dito, segundo a concepção que aqui se adota, a forma mais adequada de interpretação e de recepção do *duty to mitigate*, seria a de, com base na boa-fé objetiva, entender o dispositivo segundo as premissas que lhe foram delineadas pela doutrina estrangeira que, há anos, estuda o art. 77 da CISG. Isso porque, ademais de o STJ ter um entendimento consolidado a respeito de a boa-fé objetiva ser o fundamento mais adequado para a utilização do *duty to mitigate the loss* no Brasil, a boa-fé também é um dos princípios norteadores da CISG, segundo o seu art. 7º. Assim, à luz da boa-fé objetiva, o *duty to mitigate the loss* deve ser interpretado, conforme preconizado pelo art. 77 da CISG, como um encargo que pesa sobre os ombros do credor inadimplido de tomar todas as medidas razoáveis, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, para evitar (*anticipatory breach*) ou mitigar os danos advindos do inadimplemento contratual. E, no que tange às consequências ou às sanções advindas do incumprimento deste encargo, como bem aludido por Véra Fradera, duas opções se abrem em face do credor: a) se ele tomou as medidas razoáveis, conforme as circunstâncias do caso, para mitigar as próprias perdas, ele terá direito ao reembolso dessas despesas, independentemente da natureza que se lhe atribui e b) se ele não tomou as medidas necessárias e razoáveis para minimizar suas perdas, isto geraria o pagamento de perdas e danos ou, ao menos, a redução da indenização para que dela se retire o montante das perdas que o credor poderia, razoavelmente, ter evitado.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA PRADO, Mauricio; BUENO DE MIRANDA, Sílvia Julio; ALVES, Rafael Francisco e PEARSON, Marcus. *Harmonising with CISG*. Disponível em: <<http://www.latinlawyer.com/news/article/44128/harmonising-cisg/>>. Último acesso em: 19 de Abril de 2013.

ARAUJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. *O que muda com a Convenção de Viena*. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/2928448/o-que-muda-com-convencao-de-viena>>. Último acesso em: 17 de Abril de 2013.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BIANCA, C.M.; BONELL, M.J. *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan: Giuffrè, 1987. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Último acesso em: 23 de Abril de 2013.

CHENGWEI, Liu. *Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL*. Setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html>>. Último acesso: 24 de Abril de 2013.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. 1º V., 1º T.: Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

DIAS, Daniel Pires Novaes. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1894/1441>>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013.

DJAKHONGIR, Saidov. Methods of limiting damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace International Law Review*, v. 14, Issue 2, Fall 2002, pp. 307-377.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, pp. 109-119.

GAMA JUNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, Sep. 1983, p. 967-1024.

GOLDMAN, Berthold. "The applicable law: general principles of law - the lex mercatoria": *Lew ed. Contemporary Problems in International Arbitration*. Martinus Nijhoff Publishers: London, 1987.

GOTANDA, JOHN Y. Awarding damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: a matter of interpretation. *Georgetown Journal of International Law*, v. 37, Fall 2005, pp. 95-140.

HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Último acesso em: 24 de Abril de 2013.

KNAPP, Victor. *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*. Giuffrè: Milan, 1987, p. 559-567. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>>. Último acesso: 26 de Abril de 2013.

LEITE, Gisele. Roteiro sobre o princípio da boa fé objetiva. *Jus Vigilantibus*, Vitória, setembro de 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22364>>. Último acesso em: 03 de Maio de 2013.

LEITE, Danielle Moraes. *Teorias Consectárias do Abuso de Direito*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao\\_/1semestre2010/trabalhos\\_12010/danielleleite.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao_/1semestre2010/trabalhos_12010/danielleleite.pdf)>. Último acesso em: 04 de Maio de 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6903>>. Último acesso em: 12 de Maio 2013.

LOOKOFSKY, Joseph. *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo77.html>>. Último acesso em: 24 de Abril de 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 01 Maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Último acesso em: 12 de Maio 2013.

OPIE, Elizabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. Janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Último acesso em: 23 de Abril de 2013.

PAUTREMAT, Solène Le. Mitigation of Damage: A French Perspective. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 55, 2006, pp. 205-217.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWENZER, Ingeborg. Regional and Global Unification of Sales Law. *European Journal of Law Reform*, n. 13, 2011, pp. 370-379.

\_\_\_\_\_. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. *The CISG - Successes and Pitfalls*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-hachem.html>>. Último acesso em: 12 de Maio de 2013.

SUTTON, Jeffrey S. Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. *Ohio State Law Journal*, v. 50, 1989, pp. 737-752.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Março de 2005. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce\\_duty.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc)>. Último Acesso em: 03 de Maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito civil: volume único*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório (venire contra factum proprium non potest)*. Material da 2ª Aula da Disciplina Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Civil, Negocial e Imobiliário – Universidade Anhanguera – Uniderp – Rede LFG.

VISCASILLAS, Pilar Perales. *IB*, 2001. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-77.html>>. Último acesso em: 26 de Abril de 2013.

ZIEGEL, Jacob S. *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6.html>>. Último acesso em: 12 de Maio de 2013.

Submissão: 29/09/2013  
Aceito para Publicação: 24/12/2013