

Gustavo Santos Kulesza

PRINCÍPIO DA MITIGAÇÃO DE DANOS

Evolução no Direito Contratual

Curitiba
Jurua Editora
2015

Visite nossos *sites* na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: *editora@jurua.com.br*

ISBN: 978-85-362-5321-3

JURUÁ
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Kulesza, Gustavo Santos.

K96 Princípio da mitigação de danos: evolução no direito
contratual./ Gustavo Santos Kulesza./ Curitiba: Juruá, 2015.
378p.

1. Direito contratual. 2. Responsabilidade por danos.
I. Título.

000007

CDD 342 (22.ed.)
CDU 342

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	15
INTRODUÇÃO	19
1 – EVOLUÇÃO RECÍPROCA ENTRE O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E OS DIREITOS ESTATAIS	25
1.1 Nota Introdutória: Pluralismo Jurídico	26
1.2 Aproximação do Direito Contratual: Vetor de Evolução Recíproca entre Sistemas Jurídicos.....	31
1.2.1 Fundamentos da aproximação do direito contratual	32
1.2.2 Métodos de aproximação do direito contratual	38
1.3 Direito Internacional Público: Unificação	40
1.3.1 Convenções de direito contratual uniforme	41
1.3.1.1 CISG (1980).....	47
1.3.2 Desvantagens da unificação do direito contratual	50
1.4 Direito do Comércio Internacional: Harmonização	55
1.4.1 <i>Soft law</i> e nova <i>lex mercatoria</i>	63
1.4.1.1 Princípios UNIDROIT (1994; 2004; 2010).....	67
1.4.2 Desvantagens da harmonização do direito contratual.....	81
1.5 Críticas à Aproximação do Direito Contratual	83
1.6 Desenvolvimento do Direito Contratual: Efeito da Evolução Recíproca entre Sistemas.....	89
1.6.1 CISG e direitos nacionais	93
1.6.2 Princípios UNIDROIT e direito estatal	98
2 – ANÁLISE DO DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA MITIGAÇÃO DE DANOS À LUZ DA EVOLUÇÃO RECÍPROCA ENTRE SISTEMAS	121
2.1 Princípio da Mitigação de Danos nos Direitos Nacionais.....	125
2.1.1 <i>Common law</i>	127
2.1.1.1 Inglaterra	130
2.1.1.1.1 Origem.....	131
2.1.1.1.2 Fundamento e natureza jurídica.....	136

2.1.1.1.3	Critérios de razoabilidade.....	138
2.1.1.1.4	Contratação substitutiva (<i>Sale of Goods Act, Sections 50(3) e 51(3)</i>).....	140
2.1.1.1.5	Gastos com mitigação.....	142
2.1.1.1.6	Quebra antecipada	143
2.1.1.1.7	Ônus da prova.....	146
2.1.1.2	Estados Unidos (<i>Restatement (Second) of Contracts, § 350</i>).....	146
2.1.1.2.1	Fundamento e natureza jurídica.....	147
2.1.1.2.2	Critérios de razoabilidade.....	149
2.1.1.2.3	Contratação substitutiva (UCC, §§ 2-706(1) e 2-712(1)).....	150
2.1.1.2.3.1	Perda de volume	154
2.1.1.2.4	Gastos com a mitigação (UCC, §§ 2-710 e 2-715)	156
2.1.1.2.5	Quebra antecipada (UCC, § 2-610)	156
2.1.1.2.6	Ônus da prova.....	160
2.1.2	Sistema romano-germânico	161
2.1.2.1	França	164
2.1.2.1.1	Período anterior ao Código Civil.....	164
2.1.2.1.2	Manifestações indiretas do princípio ..	166
2.1.2.1.3	Manifestações contrárias ao princípio ..	171
2.1.2.1.4	Influência do direito internacional na recepção do princípio (<i>Projet Catala, arts. 1344 e 1373</i>)	175
2.1.2.2	Alemanha (BGB, § 254(2))	178
2.1.2.2.1	Origem.....	178
2.1.2.2.2	Fundamento e natureza jurídica (BGB, § 242)	181
2.1.2.2.3	Critérios de razoabilidade (BGB, § 276(1)).....	183
2.1.2.2.4	Contratação substitutiva (HGB, § 376(2)(3))	185
2.1.2.2.5	Ônus da prova.....	187
2.1.2.3	Itália (CCit., art. 1227(2)).....	187
2.1.2.3.1	Origem.....	188
2.1.2.3.2	Fundamento e natureza jurídica (CCit., arts. 1175 e 1375)	189
2.1.2.3.3	Critérios de razoabilidade (CCit., art. 1227(2) <i>in fine</i>).....	191
2.1.2.3.4	Contratação substitutiva (CCit., arts. 1515 e 1516).....	193

2.1.2.4	Brasil (CCbr., art. 422).....	195
2.1.2.4.1	Influência do direito internacional na recepção do princípio	196
2.1.2.4.2	Lucros cessantes (CCbr., art. 402).....	201
2.1.2.4.3	Nexo causal (CCbr., art. 403).....	203
2.1.2.4.4	Culpa concorrente (CCbr., art. 945)	206
2.1.2.4.5	Boa-fé objetiva (CCbr., art. 422).....	208
2.1.2.4.5.1	Exercício tardio do direito.....	211
2.1.2.4.5.2	Abuso do direito (CCbr., art. 187).....	215
2.1.2.4.5.3	Dever acessório	218
2.1.2.4.5.4	Ônus.....	220
2.2	Princípio da Mitigação de Danos no Direito Internacional Público.....	223
2.2.1	ULIS (1964): art. 88.....	223
2.2.2	CISG (1980): art. 77.....	224
2.2.2.1	Regime de reparação de danos (CISG, art. 74)	225
2.2.2.2	Breve histórico legislativo.....	228
2.2.2.3	Fundamento e natureza jurídica (CISG, art. 7(1)).....	232
2.2.2.4	CrITÉRIOS de razoabilidade.....	236
2.2.2.5	Contratação substitutiva (CISG, arts. 75 e 76)	240
2.2.2.6	Gastos com mitigação	246
2.2.2.7	Quebra antecipada e escopo de aplicação.....	247
2.2.2.8	Ônus da prova e aplicação <i>ex officio</i>	251
2.3	Princípio da Mitigação de Danos no Direito do Comércio Internacional.....	253
2.3.1	Princípios UNIDROIT (2010): art. 7.4.8.....	254
2.3.1.1	Regime de reparação de danos	255
2.3.1.2	Principais características	257
2.3.2	Princípio da mitigação de danos na jurisprudência arbitral	264
2.3.2.1	Consolidação do princípio.....	265
2.3.2.2	Fundamento e natureza jurídica.....	271
2.3.2.3	Efeito negativo	276
2.3.2.4	CrITÉRIOS de razoabilidade.....	278
2.3.2.5	Contratação substitutiva	285
2.3.2.6	Oferta do devedor.....	290
2.3.2.7	Quebra antecipada.....	292
2.3.2.8	Gastos com mitigação	296
2.3.2.9	Ônus da prova e aplicação <i>ex officio</i>	297

2.4	Reflexão Crítica Sobre o Desenvolvimento do Princípio da Mitigação de Danos	300
2.4.1	Síntese do panorama atual: convergência entre sistemas ...	300
2.4.2	Desafios ao desenvolvimento do princípio da mitigação de danos.....	306
CONCLUSÕES		315
LISTA DE CASOS		323
REFERÊNCIAS		347
ÍNDICE ALFABÉTICO		365

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Métodos de Aproximação Jurídica.....	39
Figura 2a. Ciclo Evolutivo do Direito Contratual	91
Figura 2b. Ciclo Evolutivo do Princípio da Mitigação de Danos	307