

Parceria institucional acadêmico-científica

**GRUPO DE ESTUDOS SOBRE A CONVENÇÃO SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS E ARBITRAGEM DO
COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM (CBAR)
&
CISG-BRASIL.NET**

1ª Edição da Pesquisa de Jurisprudência
A CISG E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO
2016

Coordenador do Grupo de Estudos do CBar sobre a CISG e Arbitragem
Gustavo Kulesza

Editores do site CISG-Brasil.net
Rafael Bittencourt
Rodrigo Moreira

SUMÁRIO

1.	APRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVA DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE A CISG.....	8
2.	METODOLOGIA DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA	11
2.1.	ETAPAS DA PESQUISA	11
2.1.1.	NOTA INTRODUTÓRIA SOBRE O NÍVEL DE TRANSPARÊNCIA DOS BANCOS DE DADOS DOS TRIBUNAIS.....	11
2.1.2.	PRIMEIRA ETAPA: COLETA DE DECISÕES NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	12
2.1.2.	SEGUNDA ETAPA: LEITURA E TABULAÇÃO DAS DECISÕES	13
2.1.3.	TERCEIRA ETAPA: ANÁLISE QUALITATIVA DAS DECISÕES E REDAÇÃO DE RELATÓRIOS ANALÍTICOS	15
3.	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ÀS DECISÕES ANALISADAS: CISG SOMENTE APLICADA COMO FONTE DE INSPIRAÇÃO E NÃO COMO NORMA DE DIREITO MATERIAL.....	16
4.	APLICAÇÃO DA CISG COMO FONTE NARRATIVA (<i>SOFT LAW</i>) NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	18
4.1.	BREVE NOTA SOBRE A APROXIMAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO CONTRATUAL: HARMONIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO DIREITO.....	18
4.2.	O PAPEL DA CISG COMO FONTE DE INSPIRAÇÃO DOS DIREITOS NACIONAIS.	23
4.1.1.	O EXEMPLO BRASILEIRO	25
5.	INSTITUTOS JURÍDICOS APLICADOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOB INFLUÊNCIA DA CISG	27
5.1.	MITIGAÇÃO DE DANOS	27
5.1.1.	BREVE NOTA SOBRE O ÔNUS DO CREDOR DE MITIGAR SEUS PRÓPRIOS PREJUÍZOS (<i>DUTY TO MITIGATE</i>) NA CISG	27
5.1.2.	COMENTÁRIOS ÀS DECISÕES BRASILEIRAS EM QUE O INSTITUTO DA MITIGAÇÃO DE DANOS FOI APLICADO SOB INFLUÊNCIA DA CISG.....	39
5.2.	ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	47
5.2.1.	BREVE NOTA SOBRE O INADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL (<i>FUNDAMENTAL BREACH</i>) NA CISG.....	47
5.2.2.	COMENTÁRIOS ÀS DECISÕES BRASILEIRAS EM QUE O INSTITUTO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL FOI APLICADO SOB INFLUÊNCIA DA CISG.....	55
5.3.	VIOLAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS.....	65
5.3.1.	BREVE NOTA SOBRE A VIOLAÇÃO ANTECIPADA (<i>ANTICIPATORY BREACH</i>) NA CISG	65
5.3.2.	COMENTÁRIOS À DECISÃO BRASILEIRA EM QUE O INSTITUTO DA QUEBRA ANTECIPADA FOI APLICADO SOB INFLUÊNCIA DA CISG	82
5.4.	REQUISITOS DE FORMA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS	85
5.4.1.	BREVE NOTA SOBRE OS REQUISITOS DE FORMA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS NA CISG	85
5.4.2.	COMENTÁRIOS À DECISÃO BRASILEIRA EM QUE SE DECIDIU SOBRE OS REQUISITOS DE FORMA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS SOB INFLUÊNCIA DA CISG	88

6. CONCLUSÃO	90
ANEXO I: BANCO DE DADOS DAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS SOBRE A CISG	92

**MEMBROS DO GRUPO DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE A CISG
2015-2016**

COORDENADORES

Gustavo Kulesza

Associado de Barbosa, Müssnich e Aragão Advogados, em São Paulo. Bacharel e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. Coordenador do Grupo de Estudos do CBAr sobre a CISG e Arbitragem. Cofundador do Grupo de Estudos em Arbitragem e Contratos Internacionais da USP.

Rafael Bittencourt

Advogado em Mattos Filho Advogados, em São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Editor da base de dados brasileira sobre a CISG (www.cisg-brasil.net). Coordenador do Grupo de Estudos em Arbitragem e Contratos Internacionais da USP.

Rodrigo Moreira

Associado de Trench, Rossi e Watanabe. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Editor da base de dados brasileira sobre a CISG (www.cisg-brasil.net). Co-coordenador do Curso Prático de Advocacia em Arbitragem da ESA-OAB/RJ. Cofundador do Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito do Comércio Internacional da PUC-Rio.

PESQUISADORES

Ana Carolina Beneti

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), LL.M. - Master of Law in Procedural Law pela London School of Economics and Political Science (LSE), Universidade de Londres e doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Autora de vários artigos publicados em revistas nacionais e internacionais sobre arbitragem e a CISG. Foi pesquisadora no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht em Hamburgo, Alemanha (2013 e 2014). Ana é sócia das áreas Arbitragem e Mediação e Contencioso do Souza, Cescon, Barrieu & Flesch Advogados. Atua como advogada e árbitra em arbitragens internacionais e nacionais, casos ADR e contencioso relacionado à arbitragem em diversas áreas de direito civil e comercial.

Ana Julia Grein Moniz de Aragão

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), fez parte de seus estudos na Università degli Studi di Firenze (Itália) e na Universidade da Basileia (Suíça). Foi oradora nas competições do Willem C. Vis Moot (Viena) e Vis East (Hong Kong) pela Equipe de Arbitragem da UFPR, da qual é atualmente orientadora. Advogada no Sergio

Bermudes Advogados.

Camile Souza Costa

Advogada em Propriedade Intelectual, com relevante experiência profissional em gestão empresarial e experiência acadêmica em Arbitragem, Contratos Internacionais e Mediação. Membro da Comissão Especial de Arbitragem da OAB/RS e da Câmara de Propriedade Intelectual da FEDERASUL. Co-coordenadora do Grupo de Pesquisa de Arbitragem e Contratos Internacionais da UFRGS, sob orientação da Professora Véra Fradera.

Daniel Freitas Drumond Bento

Advogado da área de arbitragem, mediação e contencioso estratégico do Tolentino Advogados. Mestrando em Direito Empresarial pela UFMG com projeto na área de arbitragem societária. Membro da Comissão Organizadora da Competição Brasileira de Arbitragem. Membro Fundador da Competição Brasileira de Mediação Empresarial.

Felipe Lima Matthes

Advogado no escritório L.O. Baptista – SVMFA Advogados. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Graduado (Especialização) em Fusões e Aquisições pela Fundação Getúlio Vargas. Pesquisador do Grupo de Estudos CBar & CISG.Brasil.net – São Paulo, Brasil. Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Jurisprudência CBar-ABEArb – São Paulo, Brasil. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar).

Giovana Benetti

Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, com períodos de pesquisa no Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Direito Internacional Privado (Hamburgo). Sócia de Judith Martins-Costa Advogados. Professora convidada em cursos de Pós-Graduação.

Igor Cunha Arantes Castro

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da USP. Pós-graduando em Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas-SP. Advogado no Veirano Advogados.

Júlio César Fernandes

Mestre em Contencioso, Arbitragem e MARC pela Universidade Panthéon-Assas - Paris II (Paris-França). Diplôme Supérieur d'Université (DSU) em Direito Internacional Privado pela Universidade Panthéon-Assas – Paris II (Paris-França). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Advogado de Dinamarco, Rossi, Beraldo & Bedaque Advocacia.

Laura Gouvêa de França Pereira

Advogada. *LL.M. Candidate* pela Harvard Law School. Graduada pela Faculdade de Direito da USP, com intercâmbio na SciencesPo Paris. Coordenadora do Grupo de Estudos em Arbitragem e Contratos Internacionais da USP. Presidente da ABEArb em 2014 e orientadora do time da USP para o 21st Willem C. Vis Moot neste mesmo ano.

Leonardo Polastri Lima Peixoto

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro da Comissão Organizadora da Competição Brasileira de Arbitragem. Estagiário na área de arbitragem, mediação e contencioso estratégico do Tolentino Advogados.

Lívia Calicchio Barbosa

Advogada da área de arbitragem do escritório L.O.Baptista-SVMFA Advogados. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Concluiu especializações em Fusões e Aquisições pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Arbitragem pelo Instituto Internacional da Ciências Sociais (IICS). Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) e do Instituto de Direito Privado (IDP).

Luisa Cristina Bottrel Souza

Desembargadora aposentada do TJRJ, mestre em direito pela Unesa, especialista em direito imobiliário pela PUC-RJ, sócia do escritório SBS-Adv.Associados.

Natália Mizrahi Lamas

Sócia de Ferro, Castro Neves, Daltro & Gomide Advogados no Rio de Janeiro, Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica pela UERJ, Mestre em Direito do Comércio Internacional pela Universidade Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Professora de Arbitragem nos programas de pós-graduação do IBMEC-RJ.

Pedro Silveira Campos Soares

Advogado associado a Grebler Advogados. Master of Laws (LLM) por Duke University School of Law, Especialização em Direito Empresarial pela FGV, Extensão em Arbitragem Comercial Internacional por University of Miami School of Law, Editor-chefe da base de dados brasileira sobre a CISG (www.cisg-brasil.net).

Rafael Branco Xavier

Advogado. Sócio de Judith Martins-Costa Advogados. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Foi orientador do time da UFRGS entre 2014 e 2015 na Competição Brasileira de Arbitragem e no Willem C. Vis Moot. Membro do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC)

Renata Rizzo

Advogada. Associada do escritório Rothmann, Sperling, Padovan, Duarte Advogados. Pós-Graduada em Contratos no Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. Graduada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Vera Cecília Monteiro de Barros

Advogada. Sócia de Selma Lemes Advogados. Mestre e Doutoranda em Direito Internacional pela USP. Professora de Técnicas de Negociação, Mediação e Arbitragem na FAAP. Mediadora capacitada pelo IMAB. Relatora do Tribunal de Ética e Disciplina III da OAB/SP. Membro do Comitê de Coordenação da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Comissão das Sociedades de Advogados. Autora de diversos artigos jurídicos na área de arbitragem.

1. APRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVA DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE A CISG

O Grupo de Pesquisa de Jurisprudência sobre a Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG”) foi criado sob a égide do Grupo de Estudos do Comitê Brasileiro de Arbitragem (“CBAR”) sobre a CISG e Arbitragem. Esta 1ª edição da Pesquisa de Jurisprudência “A CISG e o Judiciário Brasileiro” (“PESQUISA”) representa um esforço conjunto dos membros do Grupo de Pesquisa de Jurisprudência sobre a CISG e de editores do site CISG-Brasil.net. O foco principal da PESQUISA é examinar como o Poder Judiciário brasileiro tem aplicado a convenção.

A CISG foi celebrada em Viena, Áustria, em 1980, sob os auspícios da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (“UNCITRAL”). O tratado tem ampla aceitação internacional, contando atualmente com 85 Estados signatários (o Brasil foi o 79º a aderir ao instrumento).¹ Estima-se que mais de dois terços de todas as operações de compra e venda internacional de mercadorias sejam regidas pela CISG.² Entre os países que adotaram o tratado estão os principais parceiros comerciais do Brasil, como Estados Unidos, China, Argentina, Itália, França e Alemanha.

A acessão ao tratado representa a adoção de um regime jurídico uniforme aplicável aos contratos de compra e venda internacional. A CISG reduz o custo de transação em negociações internacionais, porque oferece às partes uma estrutura jurídica neutra. Essa neutralidade pretende afastar a necessidade de discussão sobre a lei aplicável, o que, não raro, causa *deadlocks* em negociações de contratos internacionais. A convenção busca também conferir previsibilidade, já que suas regras devem ser aplicadas de maneira uniforme por todos os Estados-membros. Por isso, a adesão do Brasil à convenção – embora 33 anos atrasada – representa um marco jurídico importantíssimo em direção à modernização das regras brasileiras aplicáveis ao comércio internacional de mercadorias.³

¹ *Status* atualizado da CISG disponível *online*: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>.

² Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. notícia publicada no website da ONU Brasil, disponível *online*: <<http://www.onu.org.br/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias>>.

³ LOPES, Christian Sahb Batista; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Brasil e a CISG: mais uma pilhéria do 1º de abril?*. in Migalhas de 17.4.2014, disponível *online*: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199340,71043Brasil+e+a+CISG+mais+uma+pilha+do+1+de+abril>>.

O trâmite legislativo para adesão do país ao tratado teve início na Câmara dos Deputados, que aprovou o texto da convenção em 8 de maio de 2012. O Senado ratificou a aprovação em 16 de outubro de 2012. Em seguida, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo n. 583/2012.⁴ Em março de 2013, o Brasil depositou o instrumento de adesão junto ao Secretário-geral da ONU.⁵ Assim, pelas regras da própria convenção, a CISG passou a vigorar no país em 1º de abril de 2014 (CISG, art. 99(2)). A ratificação presidencial ao tratado veio em 16 de outubro de 2014, data de promulgação do Decreto Legislativo n. 8327/2104.⁶

A adesão do Brasil à CISG foi, com razão, celebrada por muitos juristas, advogados e empresários brasileiros, que lutaram durante décadas para que o país internalizasse o tratado. Vencida a primeira etapa, fica clara a necessidade de se dar continuidade ao esforço de conscientização dos potenciais usuários brasileiros da convenção. Do contrário, corre-se o risco de o árduo trabalho em prol da adesão brasileira ao tratado não ser devidamente recompensado. Um dos principais focos desse esforço deve agora se concentrar no Poder Judiciário.

Infelizmente, a grande maioria dos magistrados que compõem o Judiciário brasileiro não teve a oportunidade de se familiarizar com a CISG durante sua formação acadêmica. Contudo, a convenção integra hoje o ordenamento jurídico brasileiro e deve ser aplicada pelos magistrados para resolver as disputas que lhes são postas sempre que uma das hipóteses de aplicação do tratado estiver presente. Aqui, surge a questão central objeto desta PESQUISA: como o Poder Judiciário brasileiro tem aplicado a CISG?

A despeito do entusiasmo em torno da CISG, até o presente momento não havia sido feita nenhuma pesquisa científica que buscasse identificar, com o devido rigor metodológico, o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro com relação ao tratado. Alguns levantamentos pontuais foram realizados, mas nenhum deles se debruçou sobre a jurisprudência de todos os tribunais brasileiros, como realizado nesta PESQUISA. O objetivo aqui foi mapear *todas* as decisões já proferidas pelo Judiciário brasileiro em segunda

⁴ Disponível *online*: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-norma-pl.html>>.

⁵ Disponível *online*: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/cn1772013.pdf>>.

⁶ Disponível *online*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>.

instância e instâncias superiores sobre a CISG com base em critérios quantitativos e qualitativos bem definidos.

Esta investigação, até então inédita, é fundamental para se avaliar adequadamente qual a posição do Judiciário nacional sobre a CISG. O diagnóstico obtido por esta PESQUISA sobre a relação entre o Poder Judiciário e a convenção constitui um instrumento relevantíssimo para se aferir o grau de conscientização e aceitação da CISG no país. Dito de outro modo, o nível de receptividade da CISG pelo Judiciário reflete, em boa medida, o nível de aceitação do próprio Brasil à CISG.

Como se verá, os resultados colhidos nesta PESQUISA demonstram a inexistência de precedentes judiciais aplicando a CISG diretamente como norma de regência do mérito da disputa. Contudo, em todos os 81 julgados colhidos na PESQUISA, há referência expressa à CISG como fonte de inspiração (*soft law*) para o direito brasileiro, inclusive em casos puramente domésticos. Neste relatório (“RELATÓRIO”) analisam-se os julgados encontrados na PESQUISA com foco nos institutos aplicados pelo Poder Judiciário brasileiro sob influência, ainda que indireta, da CISG.

2. METODOLOGIA DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA

2.1. ETAPAS DA PESQUISA

A PESQUISA se desenvolveu em três etapas:

1ª etapa: consistiu na busca de decisões judiciais por palavras-chave e triagens das ocorrências, para composição do banco de dados de decisões;

2ª etapa: consistiu na tabulação das decisões judiciais obtidas na 1ª etapa, a partir da leitura do inteiro teor das decisões judiciais que compõem o banco de dados, com a consequente tabulação de informações de acordo com as variáveis da pesquisa;

3ª etapa: após leitura, cruzamentos e exclusões de algumas decisões, foi delimitado o universo da PESQUISA, objeto da análise qualitativa da 3ª etapa, cujo resultado é a elaboração deste RELATÓRIO.

Estas etapas serão tratadas individualmente a seguir, com a apresentação da metodologia utilizada e dos produtos da PESQUISA oriundos de cada estágio do trabalho.

2.1.1. NOTA INTRODUTÓRIA SOBRE O NÍVEL DE TRANSPARÊNCIA DOS BANCOS DE DADOS DOS TRIBUNAIS

Em razão do grau de semelhança metodológica entre a presente PESQUISA e a Pesquisa de Jurisprudência Arbitral CBar-ABEArb,⁷ foram aproveitadas as conclusões do importante levantamento feito nesta última a respeito da transparência na disponibilização dos dados obtidos em cada um dos tribunais pesquisados. No âmbito daquela pesquisa, buscou-se aferir (i) o modo como os Tribunais disponibilizam as decisões judiciais; (ii) de que forma é realizada a busca por palavras-chave em seus bancos de dados eletrônicos; (iii) como são alimentados esses bancos de dados, e (iv) quais são suas características e limitações.

Conforme observado na Pesquisa de Jurisprudência Arbitral CBar-ABEArb, atualmente, todos os tribunais brasileiros possuem um sistema de busca eletrônica de

⁷ Mais informações disponíveis *online*: <<http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-abearb-2014>>.

decisões, muito embora tais sistemas não sejam uniformizados: existem tribunais que permitem a busca nos padrões de indexação disponibilizados, outros na ementa e outros no inteiro teor do acórdão. Os campos de pesquisa disponíveis também variam de tribunal para tribunal, bem como a existência de busca por “frase exata”, o limite de ocorrências disponibilizado por busca, a disponibilização de decisões “em segredo de justiça”, bem como a disponibilização integral do acervo de decisões do tribunal.⁸ Para os fins desta PESQUISA, isso significa que o alcance dos termos de pesquisa utilizados pode variar, de tribunal a tribunal, impedindo a pesquisa de pretender identificar e analisar todas as decisões judiciais relacionadas à CISG.

Outro ponto relevante que aquela pesquisa aferiu foi o de que os tribunais brasileiros também não possuem uma política claramente definida e uniforme de envio (*upload*) de decisões para o sistema de acompanhamento jurisprudencial *online*. De fato, aquela pesquisa identificou que nem todos os tribunais brasileiros possuem uma política de disponibilização *online* em tempo real de suas decisões. O tempo necessário para isso varia de horas a meses.⁹

Portanto, não se pode descartar a possibilidade de que, desde o encerramento da etapa de coleta de decisões, “novas” decisões proferidas no período relevante desta PESQUISA, tenham sido disponibilizadas nos sítios eletrônicos de alguns tribunais. Não obstante, foi possível utilizar um único método de busca de decisões, implementado na primeira etapa da PESQUISA, utilizável em todos os tribunais pesquisados.

2.1.2. PRIMEIRA ETAPA: COLETA DE DECISÕES NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A coleta dos julgados teve duas balizas: a temporal e a espacial. No que toca a delimitação temporal, não se adotou termo inicial. Buscou-se a máxima abrangência possível, a fim de se alcançar, inclusive, decisões que abordassem a CISG antes de ela ter sido ratificada ou entrado em vigor no Brasil. Quanto ao termo final, utilizou-se a data de 6 de outubro de 2015, quando foi encerrada a fase de coleta de dados.

⁸ Pesquisa de Jurisprudência Arbitral CBAr-ABEARb 2014, Relatório Preliminar, disponível *online*: <<http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2014/09/Pesquisa-Jurisprudência-CBAr-Relatório-Preliminar.pdf>>

⁹ *Idem*.

No que toca à delimitação espacial, a pesquisa abrangeu a análise da jurisprudência dos Tribunais de Justiça Estaduais (TJ) e Tribunais Superiores (STJ e STF), excluindo-se os Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e Tribunais Regionais Federais (TRF).

A PESQUISA teve por base o uso de palavras-chave nos bancos de decisões de cada tribunal. Foi realizada uma triagem, com base em diferentes palavras-chave, para garantir que o maior volume possível de decisões sobre arbitragem em cada tribunal fosse encontrado e incluído para análise na segunda etapa. Os termos de pesquisa utilizados foram elaborados para abranger as diferentes abreviações e denominações que a CISG veio a adquirir no cenário jurídico brasileiro:

1. “Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias”
2. “Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias”
3. “Compra e venda internacional”
4. “Convenção da ONU sobre os Contratos de Compra e Venda”
5. “Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda”
6. “Convenção de Viena”
7. CISG
8. CVIM

Ressalta-se que, como visto anteriormente, nem todos os tribunais permitiram a realização da busca por “frase exata”, dentre eles, destacam-se o TJRJ, TJDFT, TJPA, TJRN, TJPB, TJPE, TJAL e TJMA. Importante também esclarecer que os termos de busca foram pensados tendo em vista o objetivo de abranger o maior volume de decisões sobre a CISG. Ao final da primeira etapa, alcançou-se o número total de 107 ocorrências.

2.1.2. SEGUNDA ETAPA: LEITURA E TABULAÇÃO DAS DECISÕES

Em seguida, após o arquivamento eletrônico de todas as 107 decisões encontradas, passou-se à leitura das decisões para se excluir as decisões que não diziam respeito à CISG. Nessa segunda etapa, apenas as decisões que indicavam afastamento do tema foram excluídas do banco de decisões formado a partir da primeira etapa da PESQUISA.

Como se verá a seguir, após essa filtragem, o número total de decisões foi reduzido de 107 para 81.

O número de decisões coletadas na primeira fase e filtradas na segunda fase integraram o banco de dados da PESQUISA que, dividido por tribunal, está resumido no quadro abaixo:

Tribunal	Total de decisões	Decisões excluídas	Decisões mantidas
STF	0	0	0
STJ	2	0	2
TJAC	0	0	0
TJAL	3	0	3
TJAM	0	0	0
TJAP	0	0	0
TJBA	0	0	0
TJCE	0	0	0
TJDFT	19	19	0
TJES	0	0	0
TJGO	0	0	0
TJMA	0	0	0
TJMG	2	1	1
TJMS	0	0	0
TJMT	4	0	4
TJPA	3	0	3
TJPB	0	0	0
TJPE	0	0	0
TJPI	0	0	0
TJPR	7	1	6
TJRJ	2	0	2
TJRN	2	1	1
TJRO	1	0	1
TJRR	0	0	0
TJRS	5	0	5
TJSC	7	0	7
TJSE	0	0	0
TJSP	50	4	46
TJTO	0	0	0
Totais	107	26	81

Após a leitura e filtragem das decisões colhidas na primeira fase, procedeu-se à tabulação das decisões de acordo com as variáveis da PESQUISA, cujo resultado consta do

ANEXO I a este RELATÓRIO. O ANEXO I indica precisamente quais são as informações buscadas no curso da pesquisa.

O resultado desta segunda etapa guiou a elaboração dos relatórios qualitativos das decisões, divididos por temas, na terceira etapa da PESQUISA. Com o emprego de filtros, foi possível verificar com que temas o Judiciário brasileiro tem se deparado, ou seja, quais temas relacionados à da CISG penetraram o racional e a fundamentação das decisões brasileiras.

2.1.3. TERCEIRA ETAPA: ANÁLISE QUALITATIVA DAS DECISÕES E REDAÇÃO DE RELATÓRIOS ANALÍTICOS

Concluída a segunda etapa, tornou-se claro o dado mais interessante da PESQUISA, quando se verificou que nenhuma das decisões obtidas aplica diretamente a CISG como norma de direito material¹⁰. A menção contida nas decisões é tão somente argumentativa ou exemplificativa, empregada com o intuito de se favorecer ou justificar um entendimento específico. Essa constatação será melhor analisada no Capítulo 4 *infra*.

Apesar da ausência de decisões que apliquem diretamente a CISG, o número de decisões encontradas na PESQUISA (81) é significativo, haja vista que a CISG, quando do término da coleta de decisões em 6.10.2015, estava em vigor no Brasil há apenas um ano e meio.

Esses fatos limitaram, naturalmente, o número de temas analisados, que se restringiram a: (i) aplicação da CISG como fonte narrativa (*soft law*) na jurisprudência brasileira; (ii) mitigação de danos; (iii) adimplemento substancial; (iv) quebra antecipada; e (v) requisitos de forma dos contratos internacionais. Esses temas são analisados nos próximos capítulos deste RELATÓRIO.

¹⁰ V. ANEXO I, coluna “Aplicação efetiva da CISG [S/N]”.

3. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ÀS DECISÕES ANALISADAS: CISG SOMENTE APLICADA COMO FONTE DE INSPIRAÇÃO E NÃO COMO NORMA DE DIREITO MATERIAL

Conforme já se adiantou, a extensa pesquisa sobre as bases de dados dos tribunais estaduais não identificou nenhum caso em que a CISG fosse efetivamente aplicada como norma de direito material – que é a sua função primária, na medida em que, de acordo com o seu preâmbulo, a CISG foi criada sob a premissa de que a “*adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (...) contribuirá para a eliminação de obstáculos jurídicos às trocas internacionais e promoverá o desenvolvimento do comércio internacional*”.

No entanto, nestes 36 anos desde a edição da convenção em 1980, a CISG vem se consolidando não apenas como um instrumento de uniformização da lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, mas também como um instrumento de “*soft law*”, ou seja, como fonte de inspiração para o desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos nacionais mundo afora. Tal aspecto será melhor abordado no Cap. 4 *infra* deste RELATÓRIO, mas é possível afirmar desde logo que “*the Convention is a source of inspiration for regional and national law reforms*”¹¹, tendo influenciado a legislação da Argentina¹², da China¹³ e também de instrumentos regionais, como as normas da Organização pela Harmonização do Direito Comercial na África (em francês, OHADA¹⁴), e os Princípios do UNIDROIT sobre Contratos Comerciais *etc.*¹⁵

¹¹ MARTONYI, János. *Thirty-five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives. Introduction*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/35_Years_of_Uniform_Sales_Law-E.pdf>.

¹² Ver GARRO, Alejandro; ZUPPI, Alberto L. *The new civil and commercial code of Argentina (2015) and the Vienna Convention on Contracts for the Sale of Goods*. Disponível em: <http://www.sbm.com.ar/assets/pdf/prensa/nuevo_codigo/final_the_new_CCiv_com_Argentina_and_the_cisg4.pdf>.

¹³ DING, Ding. *China and CISG*. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dingding.html>>.

¹⁴ A OHADA - *l'Organisation pour harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* – publicou, em 2013, o *Acte uniforme sur le droit commercial général* (AUDCG), fortemente influenciado pela CISG. Informações a este respeito, v. PENDA, Jean Alain. *OHADA and the CISG*. Disponível em <http://cisgbasel2015.com/index_htm_files/20_paper_Jean%20Alain%20Penda_OHADA%20and%20the%20CISG.pdf>.

¹⁵ Sobre a influência da CISG como “fonte de inspiração” de normas nacionais e regionais, ver SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *The CISG – A story of worldwide success*. Disponível em <https://ius.unibas.ch/uploads/publics/9587/20110913164502_4e6f6c6e5b746.pdf>.

É neste sentido, portanto, que podemos atestar a influência da CISG sobre o ordenamento brasileiro. Se é verdade que não foi encontrado nenhum caso judicial em que a CISG fosse considerada a lei aplicável, não há dúvida de que, muito embora tenha apenas pouco mais de 2 anos de vigência, a convenção já exerce considerável influência sobre a jurisprudência brasileira – o que, por si só, já é uma vitória no esforço de harmonização do direito brasileiro com as tendências mundiais.

Pode-se vislumbrar algumas razões que explicam por que a CISG ainda não foi concretamente aplicada pelos Tribunais brasileiros. O desconhecimento das partes e dos magistrados, fruto certamente da recente vigência da lei, mas, sobretudo, pela cultura pouco cosmopolita do ensino jurídico no Brasil, que, em princípio, dá pouco valor aos estudos sob a perspectiva comparada. Além disso, a esfera de aplicação restrita da convenção, que demanda que o litígio envolva contrato de compra de venda firmado entre sujeitos oriundos de países signatários (art. 1) e que tenha por objeto mercadorias para uso comercial (art. 2), também contribui, na medida em que o universo de contratos domésticos levados ao judiciário nacional é infinitamente maior.

Deve-se considerar ainda o fato de que contratos internacionais de compra e venda geralmente incluem cláusula compromissória, o que dificulta a sua identificação, uma vez que os procedimentos arbitrais são, em regra, sigilosos. A opção pela exclusão da CISG como lei aplicável, possível nos termos do art. 6, também pode contribuir para ausência de casos judiciais na PESQUISA.

De todo modo, é certo que a vigência da convenção não passou despercebida no universo jurídico brasileiro, na medida em que vem influenciando decisões país a fora – em casos em que, a rigor, não seria a norma aplicável, o que indica que a CISG vem se tornando um instrumento de modernização do direito contratual como um todo, não estando restrita aos contratos internacionais.

4. APLICAÇÃO DA CISG COMO FONTE NARRATIVA (SOFT LAW) NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

*Pedro Silveira Campos Soares
Rafael Branco Xavier*

Neste capítulo serão analisados os reflexos diretos e indiretos da utilização da CISG como *fonte narrativa*,¹⁶ traçando os contornos que servirão de base para a análise substantiva dos julgados colacionados na PESQUISA. Inicialmente, será abordado o fenômeno de harmonização e unificação do direito comercial, não se limitando ao direito da compra e venda (4.1), passando, em seguida, para a influência indireta da CISG para ordenamentos domésticos, como fonte de inspiração à análise de conduta das partes e à aplicação do direito (4.2), notadamente no caso do direito brasileiro (4.3).

4.1. BREVE NOTA SOBRE A APROXIMAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO CONTRATUAL: HARMONIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO DIREITO

A busca por uma maior aproximação jurídica entre os diferentes sistemas de direito contratual remonta à primeira década do século passado, quando foi aprovada a lei uniforme de compra e venda de mercadorias dos países escandinavos, em 1905, ratificada por Suécia, Dinamarca, Noruega e Finlândia na década seguinte.¹⁷ Já em 1926, Ernst Rabel e Vitório Scialoja capitanearam a criação do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), com o objetivo de propor soluções de harmonização e coordenação do direito privado Estatal e de grupos de Estados, bem como de preparar regras uniformes de direito privado para adoção por diversos estados.¹⁸

Um de seus primeiros trabalhos foi a elaboração de um projeto de lei sobre a compra e venda internacional, que, ultrapassada a Segunda Guerra Mundial, foi finalizado em conferência diplomática realizada na Haia, em 1964, ocasião em que foram aprovadas a Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, conhecida por seu

¹⁶ BASSO, Maristela. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2015, *passim*.

¹⁷ GARRO, Alejandro M.; e ZUPPI, Alberto L. *Compraventa Internacional de Mercadorias: La Convencion de Viena de 1980*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2012, p. 7 (cf. nota de rodapé n. 1). Cf., ainda, RAMBERG, Jan. *The Vanishing Scandinavian Sales Law*, disponível em: <<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/50-16.pdf>>.

¹⁸ Estatuto jurídico da UNIDROIT, preâmbulo.

acrônimo em inglês “*ULIS*”, e a Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, também conhecida como “*ULF*”.¹⁹

Após o estabelecimento da ONU, a necessidade de aproximação jurídica para a efetividade do direito do comércio internacional voltou a ser objeto de preocupação, uma vez que as duas Convenções da Haia não tiveram ampla aceitação como era esperado.²⁰ Em vista disto, a representação diplomática húngara para a ONU sugeriu a criação de uma comissão que buscasse desenvolver o direito internacional privado, mediante discussão sobre a “*unificação do direito privado, notadamente no âmbito do comércio internacional (por exemplo, a unificação do direito da compra e venda internacional ou do direito da formação dos contratos).*”²¹

Este movimento deu origem à Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL ou, em português, CNUDCI), que propôs a elaboração de um tratado internacional sobre compra e venda internacional de mercadorias, como instrumento de direito uniforme mais atualizado do que as anteriores Convenções de Haia e

¹⁹ Para uma análise mais aprofundada dos aspectos históricos da unificação do direito privado, cf. GARRO, Alejandro; ZUPPI, Alberto L., nota 17, *supra*, pp. 7-17.

²⁰ Cf. TRIPODI, Leandro. *A Convenção de Viena de 1980: Esboço de sua Gênese Histórica e Estrutura Normativa*. In.: VENOSA, Silvio de Salvo, et al., *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5 (“*Não é difícil entender o porquê de as leis uniformes da Haia não terem alcançado grande aceitação em termos do número de Estados-partes [...] Afinal, os textos eram permeados de idiosincrasias, a começar pelo nome que se lhes foi atribuído, o qual fazia menção aos ‘objetos móveis corpóreos’, ao invés de ‘mercadorias’, termo mais corriqueiro e fácil de compreender [...]. Até mesmo o campo de aplicação das leis uniformes era difícil de determinar, não bastando, a exemplo do que acontece com a CISG, que as partes se situem em Estados diferentes que sejam partes da Convenção (critério eminentemente prático), mas sendo também necessário que o contrato de compra e venda satisfizesse outras condições [...].*” Cf. KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação de Danos*. São Paulo: Juruá, 2015, p. 45 (“*Vários motivos são indicados como justificativa para seu insucesso. Primeiro, o caráter essencialmente ocidental e europeu do texto da convenção. Segundo, o amplo âmbito de aplicação: a convenção também se aplicava à compra e venda de natureza civil, em vez de limitar-se a contratos comerciais. Terceiro, a emergência do direito consumerista, que impunha uma barreira à adesão dos Estados a um instrumento internacional que unificava o direito aplicável à compra e venda. Quarto, a divisão entre a ULIS e a ULF, separando-se o regime aplicável à formação do contrato daquele aplicável aos demais direitos e obrigações dos contratantes, também era tida como um obstáculo à ratificação, interpretação e aplicação da Convenção da Haia.*”)

²¹ ONU, Registros Oficiais da Assembleia Geral, Vigésima Sessão, Anexos, item 92 da agenda, documento A/C.6/L.572.

mais apropriado para as necessidades da sociedade mercantil.²² Este objetivo foi alcançado em 1980, com a aprovação da CISG.

Dentre os objetivos elencados no preâmbulo da CISG encontra-se a aproximação de um direito da compra e venda internacional de mercadorias uniforme para os diferentes sistemas jurídicos em vigor. Os redatores da CISG consideravam que esta medida contribuiria para a remoção de barreiras legais e, por conseguinte, para o desenvolvimento do comércio internacional, e fizeram constá-la no preâmbulo da CISG.

Para alcançar a harmonização, a CISG foi extensamente discutida por representantes de múltiplos Estados, localizados em ambos os hemisférios e com características econômicas diferentes.²³ Tudo isto com o intuito de se evitar a pecha de uma convenção criada para atender interesses dos mais ricos ou dos países europeus.²⁴ Por conta disso, diversos artigos foram vigorosamente debatidos, pois poderiam representar benefício injustificado para partes oriundas de Estados exportadores ou importadores.²⁵

A busca por um direito mais uniforme é justificável, apesar de críticas esparsas.²⁶ O principal benefício reside na segurança jurídica oriunda de um corpo de normas unificado, que reduz as barreiras do desconhecido, diminuindo, igualmente, os custos de

²² Cf., GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L. Nota 17, *supra*, p. 19 (“*El trabajo de UNCITRAL sobre el anteproyecto de lo que luego vino a ser la CISG de Viena de 1980 llevó mucho más tiempo. Bajo la presidencia de Jorge Barrera Graf, de la Universidad Nacional Autónoma de México, el grupo de trabajo de UNCITRAL concluyó su labor en nueve sesiones anuales.*”)

²³ Cf., TRIPODI, Leandro, *A Convenção de Viena de 1980: Esboço de sua Gênese Histórica e Estrutura Normativa*, In.: VENOSA, Silvio de Salvo, et al., *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7: “*o rol de Estados participantes na gestação do texto, representados por hábeis especialistas, constituía um pool verdadeiramente global, o que levou à criação de um texto que, efetivamente, pode ser tido não somente como sintético em relação às tensões existentes entre as diferentes tendências culturais existentes no mundo, como também um sucesso em número de adesões, principalmente quando se considera o percentual de participação dos Estados aderentes no comércio mundial.*”

²⁴ Cf., KOLLEWIJN, R. D., *Conflicts of Western and Non-Western Law*, In. *The International Law Quarterly*, vol. 4, n. 3 (Jul. 1951), p. 311 (ao tratar das Convenções da Haia, o autor salienta que “*it has been found essential to have uniform law of contracts and other commercial topics, such as bankruptcy, and civil wrongs, and of land ownership and possession common to all persons in the territories concerned. In general such uniform law has been arrived at on models almost entirely Western.*”).

²⁵ CISG-AC Declaration n. 1, §§ 5-6. *The CISG and Regional Harmonization*, Rapporteur: Professor Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom. Adopted by the CISG-AC following its 16th meeting, in Wellington, New Zealand, on Friday, 3 August 2012.

²⁶ STEPHAN, Paul B. *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*. In. 39 *Virginia Journal of International Law* (Spring 1999), pp. 743-797. Cf., ainda, KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação de Danos*. São Paulo: Juruá, 2015, p. 50-55.

transação associados ao estudo de um ordenamento jurídico que não se tenha domínio. De fato, com a adoção de um sistema uniforme, o setor produtivo pode planejar seus negócios e investimentos com a segurança de que eventuais controvérsias serão dirimidas por meio de regras únicas e conhecidas, reduzindo a importância dos direitos domésticos de domicílio das partes.

Ademais, com o desenvolvimento de um sistema unificado de regência, os participantes do mercado e os operadores do direito paulatinamente adequam a sua conduta ao um padrão de comportamento mais harmônico. No tocante à CISG, temas como boa-fé, comportamento contraditório, força maior, revisão dos contratos passam a ter um tratamento mais palpável para o comerciante, facilitando as negociações internacionais.

Bruno Zeller é esclarecedor neste ponto ao analisar a extensão do significado de boa-fé no direito dos contratos internacionais. Segundo o autor, o benefício indireto da CISG (e que pode ser transplantado para outros mecanismos de direito uniforme) é verdadeiramente a formação de uma cultura contratual harmônica, que permita a partes de diferentes origens prever o comportamento de seu parceiro comercial, com base naquilo que se convencionou ser razoável para as circunstâncias do comércio internacional no setor produtivo envolvido, conforme prescreve o art. 7º da CISG.²⁷

Mas não é só no âmbito da compra e venda que se buscou a uniformização do direito. De um lado, é digno de nota o trabalho realizado pela *International Bar Association - IBA*,²⁸ no tocante à arbitragem, ao desenvolver inúmeros instrumentos de *soft law*, como, por exemplo, (i) as *Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*, estabelecendo hipóteses em que a revelação pelo árbitro de determinado fato é obrigatória, recomendável ou desnecessária; (ii) as *Rules on Taking of Evidence on International Arbitration*, determinando regras de procedimento para produção probatória em procedimentos arbitrais internacionais;

²⁷ ZELLER, Bruno. *Good Faith: The Scarlet Pimpernel of the CISG*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html>> (“good faith can and has been used to impose upon parties' obligations by interpreting the CISG in a manner, which closes the door on deliberate pursuit of self-interest, deliberate exploitation of dominance over others and discourages dishonest behavior. [...] In my view, the uniform development of good faith as a state of mind is the culmination of the socialization process. It will become the expression of the culture of the CISG. Because it is the culture -- hence underpinning the success of the application of the Convention -- good faith is also a principle or doctrine of the CISG.”).

²⁸ Os textos preparados pela IBA estão disponíveis em <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>.

bem como (iii) as *Guidelines on Party Representation in International Arbitration*, estabelecendo um padrão de conduta a ser seguido por advogados e árbitros no que toca à relação com as partes.²⁹

A UNIDROIT, de outro lado, possui conjuntos de regras uniformes para variados ramos do direito, dentre os quais se destacam os Princípios do Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais.³⁰ Já a Câmara de Comércio Internacional (CCI) desenvolveu um dos conjuntos de regras mais utilizados no comércio marítimo, cuja primeira versão foi publicada em 1936, e passou por diversas atualizações até chegar à sua última versão de 2010. As denominadas INCOTERMS são um conjunto de regras que refletem a prática comercial internacional³¹ e dispõem sobre a transferência de risco das mercadorias, sem a necessidade de se recorrer a ordenamentos domésticos, evitando-se, assim, dúvida e potenciais conflitos.

Naquilo que toca ao desenvolvimento do presente capítulo, a CISG é o instrumento jurídico mais representativo da tendência uniformizadora e harmonizadora do direito privado, dada a sua ampla adoção, hoje em 85 países, dentre os quais se incluem alguns dos maiores parceiros comerciais brasileiros, como Argentina, Estados Unidos e China³². No entanto, referida tendência não pode ficar exclusivamente no papel; é necessário vê-la em ação, a partir da efetiva utilização das regras de direito uniforme pelos operadores do direito, notadamente no ambiente jurisdicional, bem como por meio da sua utilização como fonte narrativa, conforme se verá a seguir.³³

²⁹ A respeito, v. ABBUD, Andre de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo, Atlas: 2015.

³⁰ Os textos podem ser encontrados em: <<http://www.unidroit.org/news>>. Os Princípios são atualizados periodicamente, sendo sua última versão de 2010, disponível em <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>>. Maiores informações sobre a obra em GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004*; *Soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³¹ JAN, Ramberg. *ICC Guide do Incoterms 2010*. Paris: ICC Services Publications, 2011, p.8.

³² Os países signatários da CISG podem ser encontrados em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>.

³³ FERRARI, Franco. *The CISG and its Impact on National Legal Systems – General Report*. In: FERRARI, Franco (ed.). *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, European Law Publishers, Munich, 2008, p.457 (“[t]hus, whether the CISG is a success depends – inter alia – on whether courts are taking into account the aforementioned mandate to interpret the CISG autonomously and in light of the need to promote uniformity in its application or whether they instead succumb to the homeward trend, i.e., the ‘natural’ tendency of those interpreting the CISG to project the domestic law in which the interpreter was

4.2. O PAPEL DA CISG COMO FONTE DE INSPIRAÇÃO DOS DIREITOS NACIONAIS.

Para além da unificação global da compra e venda, é fato conhecido que a CISG exerce influência internacional e doméstica³⁴. Essa influência, também chamada “efeito harmonizante”³⁵ se dá, espontaneamente³⁶, de várias formas: pela inspiração de instrumentos internacionais³⁷; pela reforma nos diplomas legislativos internos; ou pela aplicação do texto da convenção de forma indireta (como *soft law*). A interpretação do direito doméstico brasileiro com os olhos voltados para a prática internacional, “*outward trend*”³⁸ tem por base, geralmente, o princípio da boa-fé.

Em vários países a CISG teve papel decisivo para a elaboração ou atualização de leis domésticas³⁹. Na Finlândia, Noruega e Suécia, sua entrada em vigor em 1989 foi uma “oportunidade” para novos diplomas legislativos relativos à compra e venda de mercadoria. Por igual, países do leste europeu foram influenciados diretamente pelo texto da CISG desde o colapso da antiga União Soviética. Além disso, desde 1999, o direito contratual chinês segue de perto a CISG⁴⁰; além da modernização do Código Civil alemão, iniciada na década de 1980 e as reformas nos Códigos Civis da Coreia do Sul e do Japão terem também sofrido influência direta.

trained (and with which he or she is likely most familiar) onto the international provisions of the Convention.”).

³⁴ SCHWENZER, Ingeborg. *Uniform Sales Law – Brazil Joining the CISG Family*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimarães; TRIPODI, Leandro. *CISG and Latin America: regional and global perspectives*. *International commerce and arbitration*. Volume 21. Eleven International Publishing: The Hague, 2016, p.478, também mencionados em KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação de Danos*. São Paulo: Juruá, 2015, p. 94 e 95.

³⁵ Termo utilizado por SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *The CISG-successes and pitfalls*. in *American Journal of Comparative Law*, n. 57, 2009, p. 477. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzler-hachem.html>>.

³⁶ KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação de Danos*. São Paulo: Juruá, 2015, p. 93

³⁷ Tais como a primeira versão dos Princípios UNIDROIT de 1994, os Princípios Europeus dos Contratos, de 1999, entre outros. SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *The CISG-successes and pitfalls*. in *American Journal of Comparative Law*, n. 57, 2009, p. 461. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzler-hachem.html>>.

³⁸ KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação de Danos*. São Paulo: Juruá, 2015, p. 308.

³⁹ Os exemplos deste parágrafo são trazidos por SCHWENZER, Ingeborg. *Uniform Sales Law – Brazil Joining the CISG Family*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimarães; TRIPODI, Leandro. *CISG and Latin America: regional and global perspectives*. *International commerce and arbitration*. Volume 21. Eleven International Publishing: The Hague, 2016, p.479.

⁴⁰ Maiores informações em DING, Ding. *China and CISG*. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dingding.html>>.

Do ponto de vista legislativo brasileiro, não se pode dizer ter havido influência significativa direta da CISG na elaboração do Código Civil, principal diploma normativo a reger os contratos celebrados sob a égide do direito brasileiro.

A recente incorporação da CISG à ordem jurídica brasileira como lei a regular os contratos de compra e venda de mercadorias ainda não revelou, na prática dos Tribunais, caso de aplicação efetiva da convenção. Nos 81 julgados que responderam aos filtros desta PESQUISA, a CISG não foi aplicada como *hard law*, mas sim como fonte narrativa, a inspirar o julgador no caso concreto.

No entanto, essa assertiva não afasta, em nenhuma medida, o relevante papel da CISG como fonte de inspiração para o Poder Judiciário. Enunciados Interpretativos aos dispositivos do Código Civil⁴¹ foram aprovados e são expressamente mencionados pela jurisprudência. Com efeito, o fato do Brasil ter adotado uma concepção de contrato na qual o comportamento das partes é regulado pela boa-fé torna a comparação – cada vez mais frequente – entre o sistema nacional e a CISG um “*interessante exercício comparativo, podendo o modelo da lei internacional servir à interpretação da noção brasileira de contrato*”⁴²⁻⁴³. Tais Enunciados, assim como a jurisprudência a seguir analisada, tomam o princípio da boa-fé como fundamento normativo a amparar a aplicação dos institutos de inspiração na convenção.

Diga-se, preliminarmente, quanto a isso que, embora a relevância dada à boa-fé e à razoabilidade da conduta das partes sejam traços semelhantes entre o direito brasileiro e a CISG, há uma diferença fundamental, derivada da força normativa da lei doméstica e do diploma internacional.

⁴¹ Enunciado Interpretativo n. 169 ao art. 422 do Código Civil, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, realizada em 2004; Enunciado 361 da IV aos arts. 421, 422 e 475 do Código Civil, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, realizada em 2006.

⁴² FRADERA, Vera Maria Jacob. *A saga da uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria à Convenção de Viena de 1980*. in MOSER, Luiz Gustavo. (Orgs). *A Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Atlas, 2010, p.3.

⁴³ Cf. o tópico 4.1, *supra*.

Na CISG, há consenso de que o art. 7(1) prevê a boa-fé como cânone hermenêutico da própria CISG.⁴⁴ Já no sistema brasileiro, a noção de boa-fé objetiva⁴⁵ tem “*potencial jurisgênico, isto é, produtor de normatividade*”⁴⁶. Em outras palavras, a boa-fé atua como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos; como balizadora do exercício jurídico e, ainda, como fonte de deveres aos contratantes.

Essa diferença é fundamental, não sendo “*adequado, do ponto de vista técnico-jurídico, emprestar ao mencionado art. 7(1) significados que são próprios ao Direito brasileiro. Na interpretação dos princípios e regras da CISG, o contexto será demarcado pelo caráter internacional do contrato*”⁴⁷.

Ou seja, quando for aplicada como *hard law*, à CISG não pode ser emprestada a concepção interna de boa-fé objetiva. Isso não afasta, como se verá, o papel inspirador (fonte narrativa) que vem sendo expressamente reconhecido pelos Tribunais na avaliação dos casos concretos de direito interno.

4.1.1. O EXEMPLO BRASILEIRO

A jurisprudência brasileira tem aplicado a CISG como cânone interpretativo. Exemplo disso é um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prolatado em 2012, antes da entrada em vigor da CISG no Brasil.⁴⁸ Segundo a decisão “[e]mbora o Brasil não seja signatário da referida Convenção, pode-se examiná-la sob a perspectiva de costume

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. *CISG, Código Civil e Constituição Brasileira: Paralelos Congruentes sob os Deveres de Conformidade das Mercadorias*. In.: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimarães; TRIPODI, Leandro. *A CISG e o Brasil*. Marcial Pons, 2015, p. 536 (“São três os principais elementos que pautam a interpretação da CISG: seu caráter internacional, a necessidade de uniformização de sua aplicação e o respeito à boa-fé.”).

⁴⁵ No Código Civil prevista nos arts. 113, 187 e 422.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 266.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 491.

⁴⁸ Para um histórico do processo de adesão da CISG pelo Brasil, cf. GREBLER, Eduardo; SOARES, Pedro Silveira C. *O Processo de Adesão do Brasil à CISG*. In.: *Comentários à Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Visão Geral e Aspectos Pontuais*. São Paulo: Atlas, 2016.

*aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, observando-se, é claro, os limites deste ordenamento*⁴⁹.

As diferentes formas da aplicação indireta – e as críticas que lhes podem ser dirigidas – serão pormenorizadamente tratadas nas secções seguintes deste relatório.

Por ora, apenas elenca-se que a inspiração na CISG se dá, quase sempre a partir da boa-fé como válvula de aplicação, para: (i) registrar a necessidade de meios que devem ser privilegiados pelo credor antes de proceder a atos executivos; (ii) amparar o “*princípio do adimplemento substancial*”; (iii) reconhecer a necessidade do fornecedor “*cooperar com o consumidor no adimplemento do contrato em observância à eticidade*”; (iv) reconhecer o dever de mitigar os prejuízos, ou a “*não oneração*” do devedor; (v) reforçar os arts. 212 e 482 do Código Civil quanto à possibilidade da prova do contrato de compra e venda de mercadoria dar-se por testemunhos;⁵⁰ (vi) não se reconhecer, quando da homologação de sentença arbitral, a possibilidade de análise do judiciário brasileiro quanto à escolha da lei aplicável em contrato que elegeu a arbitragem.

Igualmente, a CISG pode servir de inspiração para outros temas controvertidos do direito contratual brasileiro que não apresentam tratamento específico no Código Civil, notadamente a previsão de regras sobre inadimplemento antecipado do contrato, exame de mercadorias pelo comprador⁵¹ e concessão de prazo adicional para cumprimento de obrigações.⁵² Como se verá nos próximos tópicos deste relatório, é justamente aí que se verifica, concretamente, a influência da CISG na Jurisprudência brasileira e, por consequência, na ordem jurídica nacional.

⁴⁹ TJSP. Apel n. 9068343-85.2006.8.26.0000. Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 19.04.2012.

⁵⁰ Cf. XAVIER, Rafael B. *Written Requirements in Brazil and Argentina: A Comparison under the Applicability of the CISG*. In.: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimarães; TRIPODI, Leandro. *CISG and Latin America: regional and global perspectives. International commerce and arbitration*. Volume 21. Eleven International Publishing: The Hague, 2016, p. 451.

⁵¹ Cf. SOARES, Pedro Silveira C. *A Concessão de Prazo Suplementar pelo Comprador para Cumprimento de Obrigações do Vendedor na Perspectiva da CISG*. In.: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimarães; TRIPODI, Leandro. *A CISG e o Brasil*. Marcial Pons, 2015, p. 325.

⁵² Cf. SOARES, Pedro Silveira C. *Examination of the Goods and Notice of Non-conformity*. In.: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar Guimarães; TRIPODI, Leandro. *CISG and Latin America: regional and global perspectives. International commerce and arbitration*. Volume 21. Eleven International Publishing: The Hague, 2016, p. 209.

5. INSTITUTOS JURÍDICOS APLICADOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOB INFLUÊNCIA DA CISG

5.1. MITIGAÇÃO DE DANOS

Camile Souza Costa

Giovana Benetti

Laura Gouvêa de França Pereira

Luisa Cristina Bottrel Souza

Natália Mizrahi Lamas

5.1.1. BREVE NOTA SOBRE O ÔNUS DO CREDOR DE MITIGAR SEUS PRÓPRIOS PREJUÍZOS (*DUTY TO MITIGATE*) NA CISG

5.1.1.1. HISTÓRICO LEGISLATIVO

Em seu artigo 77, a CISG prevê o princípio da mitigação de danos, que se vincula à quantificação dos prejuízos passíveis de indenização ao credor inadimplido (*quantum debeatur*)⁵³. Apesar de estar presente em muitos sistemas jurídicos nacionais e, inclusive, ser considerado um princípio geral em arbitragens comerciais internacionais⁵⁴, as origens do princípio da mitigação de danos remontam à tradição jurídica de *common law*⁵⁵, já que a natural preferência desse sistema pela compensação monetária da obrigação inadimplida – em oposição ao cumprimento específico da obrigação, que tende a prevalecer em países de tradição romano-germânica – impulsionou sua evolução⁵⁶.

É com base neste princípio que, diante do inadimplemento de sua contraparte, não pode o credor manter-se inerte e passivo: sendo possível adotar medidas razoáveis para mitigar seu prejuízo, deve fazê-lo. Caso esse credor, que busca reparação dos prejuízos advindos do inadimplemento, deixe de adotar essas medidas razoáveis para mitigação de danos, a parte inadimplente poderá pleitear a redução da indenização devida ao credor no

⁵³ KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação dos Danos. Evolução no Direito Contratual*, Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 121.

⁵⁴ SCHWENZER, Ingeborg, in SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Eds.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1042.

⁵⁵ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. rev. atualizada por FLECTHNER, Harry, 4ª ed, The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 592.

⁵⁶ KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação dos Danos. Evolução no Direito Contratual*. Juruá Editora, Curitiba, 2015, p. 125-126.

montante em que as perdas poderiam ter sido mitigadas. Recai, portanto, sobre a parte inadimplente o ônus de provar que a outra parte não adotou as medidas que seriam razoáveis para mitigar seu dano⁵⁷.

Nos termos do artigo 77 da CISG:

“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”

O princípio da mitigação de danos já estava presente no artigo 88 da *Uniform Law on the International Sale of Goods* (ULIS), convenção internacional que precedeu a CISG na regulamentação dos contratos de compra e venda internacional. O artigo 88 da ULIS previa que:

*“A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá adotar as medidas razoáveis para mitigar as perdas resultantes do inadimplemento. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos.”*⁵⁸

Ao confrontar esse dispositivo com o artigo 77 da CISG, nota-se que a ULIS não esclareceu alguns pontos quanto à aplicação do princípio da mitigação, por exemplo, (i) quais tipos de danos deveriam ser mitigados pelo credor lesado; e (ii) qual critério deveria ser empregado para determinar o montante a ser reduzido da indenização, caso o credor não adote medidas razoáveis para mitigar seus prejuízos⁵⁹.

A CISG, em seu artigo 77, esclareceu essas questões, aprimorando o regramento legislativo da mitigação de danos no âmbito do comércio internacional. Quanto

⁵⁷ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG – a New Textbook for Students and Practitioners*. Sellier European Law Publishers, 2007, p. 289.

⁵⁸ Tradução livre do texto original da ULIS, em inglês: “*The party who relies on a breach of the contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages*”.

⁵⁹ KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação dos Danos. Evolução no Direito Contratual*, Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 224.

aos tipos de danos que são alcançados pelo princípio da mitigação, a CISG adicionou ao seu texto a expressão “*incluídos os lucros cessantes*”, esclarecendo que o prejuízo a ser mitigado pelo credor inadimplido não se limita aos danos emergentes⁶⁰. Ainda, como critério para determinar o montante de redução dos danos por inobservância do princípio de mitigação, a CISG optou por incluir em seu texto que a parte inadimplente poderá requerer a redução dos danos “*no montante da perda que deveria ter sido mitigada*”. Ou seja: a redução da indenização será sempre equivalente aos danos que poderiam ter sido razoavelmente mitigados pelo credor.

Durante os trabalhos legislativos que culminaram no texto final da CISG, na Convenção Diplomática de Viena de 1980, a delegação norte-americana sugeriu alteração na redação do atual artigo 77 para que o princípio da mitigação dos danos fosse aplicado a outros remédios previstos na Convenção em favor da parte inadimplida, e não somente à situação em que o credor buscasse perdas e danos⁶¹.

O objetivo da delegação norte-americana era, essencialmente, estender a aplicação do princípio da mitigação a uma situação em que, mesmo diante da quebra antecipada de contrato pelo comprador e de seu pedido para que o vendedor não produzisse mais as mercadorias, o vendedor produz as mercadorias e, em momento subsequente, requer a execução específica para que o comprador pague o preço pactuado⁶². Caso o artigo 77 fosse aplicável a outros remédios que não somente a reparação por perdas e danos, o comprador poderia pleitear a aplicação do princípio da mitigação a esta situação, levando à redução do preço a que o vendedor teria direito em proporção à não adoção de medidas mitigatórias.

A sugestão da delegação norte-americana, entretanto, não atingiu o quórum necessário para sua aprovação e foi rejeitada. Para Peter Schlechtriem, a fraqueza da proposta de emenda norte-americana residia no fato de que, ampliando a aplicação do princípio da mitigação a outros remédios que não apenas o pedido indenizatório, se daria poderes

⁶⁰ KNAPP, Victor. Article 77. in BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Eds). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 559.

⁶¹ SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna: Manz, 1986, p. 99.

⁶² KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação dos Danos. Evolução no Direito Contratual*, Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 229 a 232.

discrecionários às cortes estatais e tribunais arbitrais para modificar a aplicação de outros remédios previstos na CISG – como a execução específica e a resolução do contrato⁶³.

Contudo, a despeito do histórico legislativo e da rejeição da proposta de alteração, a preocupação norte-americana é legítima⁶⁴ e, conseqüentemente, autorizada doutrina sustenta hoje que o princípio da mitigação pode influenciar a aplicação de outros remédios da CISG, como a execução específica e o recurso à resolução do contrato⁶⁵. Cabe ressaltar, no entanto, haver autores com posicionamento mais restritivo⁶⁶.

Dessa forma, entende-se que, na situação descrita acima, a insistência do vendedor na execução específica pode caracterizar violação ao princípio da mitigação e, inclusive, dar ensejo à redução do preço devido pelo comprador⁶⁷. Na falta de previsão expressa na CISG, fica a cargo das cortes estatais e tribunais arbitrais avaliar, no caso concreto, a aplicação da mitigação dos danos em favor do comprador, também à luz dos usos e costumes do comércio internacional⁶⁸.

5.1.1.2. FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA

Diferentes são os entendimentos acerca da natureza jurídica do instituto previsto no artigo 77 da CISG. Há quem sustente ser simplesmente um dever; para outros, seria uma obrigação, um dever de cooperação, um ônus ou até mesmo dever para recuperação integral do prejuízo decorrente do inadimplemento.

⁶³ SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna: Manz, 1986, p. 99.

⁶⁴ KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação dos Danos – Evolução no Direito Contratual*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 232.

⁶⁵ SCHWENZER, Ingeborg, in SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Eds.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1044.

⁶⁶ KNAPP, Victor. Article 77. In BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 562.

⁶⁷ SCHWENZER, Ingeborg, in SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1044.

⁶⁸ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, rev. e atualizado por FLECHTNER, H. M., 4ª ed, The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 600.

Segundo o comentário do Secretariado da UNCITRAL⁶⁹, ao requerer-se a adoção de medidas razoáveis para que o credor lesado mitigue os seus prejuízos, se está diante de um *dever*⁷⁰. Tal comando seria dirigido, assim, à parte lesada, que estaria obrigada a adotar as medidas razoáveis. Também neste sentido aponta Peter Schlechtriem, ao referir que a violação ao dever enseja a correspondente redução das perdas e danos⁷¹.

Este posicionamento encontraria amparo na redação literal do artigo 77, ao prever que “*A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes*”. Nessa linha, não seria, portanto, uma opção, mas um dever⁷².

Diferentemente, há quem entenda pela caracterização como *obrigação*. Neste sentido, Victor Knapp refere estar a parte lesada “*obrigada a adotar as medidas adequadas para mitigar os seus prejuízos*”⁷³. O autor destaca se tratar de obrigação de natureza diferente em relação às demais obrigações, previstas na CISG, para o vendedor e para o comprador,

⁶⁹ Trata-se de Comentário ao art. 73 da versão de 1978 da CISG, e não ao texto final aprovado. Embora não diga respeito à versão oficial, como reconhecido pelo Secretariado, trata-se provavelmente da fonte mais autorizada para ser citada (no original: “[...] *the Secretariat Commentary on the 1978 Draft is perhaps the most authoritative source on can cite. It is the closest counterpart to an Official Commentary on the CISG*”). Secretariat Commentary on article 73 of the 1978 Draft, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html>>. Último acesso em 25.06.2016.

⁷⁰ “*Article 73 [draft counterpart of CISG article 77] against a party who fails to mitigate his loss only enables the other party to claim a reduction in the damages*”. Secretariat Commentary on article 73 of the 1978 Draft, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html>>. Último acesso em 25.06.2016.

⁷¹ SCHLECHTRIEM, Peter. *The UN-Convention on Contracts for International Sale of Goods*. Viena: Manz, 1986, p. 99. Também assim sugerem ZELLER, Bruno, (“[...] *the reading suggests that the non-breaching party has legal duty to mitigate the loss*”) e Jeffrey S. Sutton (“*Article 77 of the Convention states the injured party’s duty to mitigate damages*”) em seus artigos, respectivamente: *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html?=>>; *Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sutton.html>>.

⁷² Sobre a versão em inglês da CISG (“*A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss*”), Zeller destaca o caráter vinculativo do termo “*must*”: “*It could not have been clearer that ‘must’ is linked to the second sentence which means inactivity, or the failure to take reasonable steps to mitigate, are no excuse*”. ZELLER, Bruno. *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html?=>>. Último acesso em 25.06.2016.

⁷³ KNAPP, Victor. Article 77. in BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Eds). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 559: “*He is obliged to take adequate preventive measures to mitigate his loss*”.

pois, caso o credor não adote as medidas razoáveis, o único remédio disponível para o devedor inadimplente seria a redução no valor das perdas e danos devidas ao credor⁷⁴.

Além disso, outros autores entendem pela caracterização como *dever de cooperação* (“*duty to cooperate*”)⁷⁵ ou, ainda, *dever para recuperação integral do prejuízo decorrente do inadimplemento*, no sentido de não ser um dever geral a informar todos os dispositivos da CISG, tendo a sua aplicabilidade voltada à possibilidade de se “*recuperarem [...] os danos sofridos em decorrência do inadimplemento contratual*”⁷⁶.

A dificuldade em se sustentar as visões que enquadram a mitigação de danos como dever ou obrigação repousa em duas ordens de razões: (i) a não observância da mitigação de danos pelo credor não abre caminho para a execução forçada da obrigação pelo devedor; e (ii) o seu descumprimento não enseja responsabilidade civil do credor⁷⁷.

Assim, o instituto previsto no artigo 77 mais se aproxima da concepção jurídica de *ônus*, no sentido de que, muito embora não possa ser “*objeto de execução por quem quer que seja, seu cumprimento é essencial para a realização do interesse do sujeito onerado, no caso, o credor que pretende ser ressarcido dos danos que lhe foram causados pelo inadimplemento*”⁷⁸.

⁷⁴ KNAPP, Victor. *Article 77*. in BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Eds). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 552.

⁷⁵ Neste sentido, aponta Jelena Vilus, porém, sem discorrer sobre as razões pelas quais qualifica a mitigação de danos como dever de cooperação. VILUS, Jelena. *Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html>>. Último acesso em 25.06.2016.

⁷⁶ MARÇAL, João; MUNIZ, Joaquim; PERETTI, Luiz. *O dever de mitigação de danos na CISG e a aplicação do instituto no Brasil*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro. *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 617.

⁷⁷ KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação dos Danos – Evolução no Direito Contratual*, Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 233; SCHWENZER, Ingeborg, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1043: “Failure to comply with the duty to mitigate damages does not result in the aggrieved party’s liability for damages, but rather precludes recovery of any loss which could have been avoided” (p. 1043).

⁷⁸ KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da Mitigação dos Danos – Evolução no Direito Contratual*, Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 233-234. Cabe ressaltar que o autor ressalva o fato de a preocupação da delegação norte-americana referida no item 5.1.1.1, *supra*, é legítima (p. 248-250).

Neste sentido, autorizada doutrina internacional reconhece que “o *dever de mitigar os danos não é uma obrigação passível de ser exigida por via contratual, mas um dever não-exigível*⁷⁹ a ser adotado nos próprios interesses da parte lesada”⁸⁰.

Independentemente do entendimento que se adote – o que pode variar a depender dos conceitos adotados para “dever”, “princípio”, “obrigação”, etc. –, de modo geral, parece ser possível identificar certa concordância a respeito dos efeitos decorrentes do descumprimento do instituto previsto no artigo 77: se a parte lesada pelo inadimplemento não adotar as medidas razoáveis que estiverem ao seu alcance para minimizar os prejuízos derivados do descumprimento, estará sujeita a possível redução no valor que lhe seria atribuído a título de perdas e danos.

Para saber quais seriam as medidas razoáveis a serem adotadas pelo credor, é preciso manejar com precisão os critérios para aplicação do artigo 77.

5.1.1.3. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO ÂMBITO DA CISG

Em se tratando especificamente dos critérios de aplicação do instituto da mitigação de danos no âmbito da CISG, tem-se a existência de um prejuízo que poderia ter sido mitigado pelo credor como primeiro critério. Isso porque a ideia é justamente impedir que a parte lesada espere inerte a efetivação de um prejuízo para, somente então, processar a parte inadimplente por aquilo que ela (a parte lesada/credora) poderia ter evitado⁸¹.

⁷⁹ A dificuldade de qualificar juridicamente o “dever de colaborar para a mitigação do próprio prejuízo” foi bem exposta por Judith Martins-Costa, apresentando as objeções a sua qualificação como dever e como ônus. A autora, em vista do sistema do Direito brasileiro e em relação às consequências do inadimplemento imputável, conclui: “o ‘dever de mitigar’ resta, efetivamente, a meio caminho entre as categorias do ônus jurídico (no sentido tradicional) e a do dever de proteção, razão pela qual ou se deveria admitir a categoria do encargo de direito material ou expressar a particularidade pela díade ônus/dever de proteção” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 557).

⁸⁰ SCHWENZER, Ingeborg, in Schlechtriem, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1043, no original: “The duty to mitigate damages is not an enforceable obligation under the contract, but rather a non-actionable duty to be taken in the aggrieved party’s own interest”.

⁸¹ SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. December 2001. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>>

Em outras palavras, cabe ao credor lesado buscar ao máximo diminuir os prejuízos ou ao menos impedir seu aumento⁸². Desta forma, sempre que houver a possibilidade de o credor mitigar seu prejuízo, haverá a possibilidade de aplicação do instituto da mitigação de danos para, eventualmente, reduzi-los “*no montante da perda que deveria ter sido mitigada*” e não o foi.

Segundo ensinamentos de Knapp em seu texto sobre o artigo 77⁸³, o montante de redução dos danos pela utilização do instituto da mitigação deve seguir a seguinte fórmula:

1. Calcular o montante total dos danos indenizáveis, conforme as regras dos artigos 74-76 da CISG;
2. Calcular o montante do prejuízo que poderia ter sido evitado;
3. Deduzir o segundo montante do primeiro.

No entanto, como determinar a existência deste prejuízo "mitigável"? E sua extensão? Para responder a essas perguntas, entramos em um segundo critério: razoabilidade. De acordo com o artigo 77, as medidas para mitigar o prejuízo devem ser razoáveis⁸⁴. Medidas apropriadas são aquelas que objetivam diminuir o prejuízo o máximo possível dentro da razoabilidade⁸⁵. Desta forma, para que o prejuízo seja passível de mitigação, deve-se analisar se existiam medidas razoáveis para mitigá-lo e se estas foram tomadas.

KNAPP, Victor. Article 77. In BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim (Eds). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 559. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>>.

⁸² VILUS, Jelena. *Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer*, in SARCEVIC, P & Volken P (eds.), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana (1986) at p. 251. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html>>.

⁸³ KNAPP, Victor. Article 77. In BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim (Eds). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 561. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>>.

⁸⁴ SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. December 2001. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>>.

⁸⁵ KNAPP, Victor. Article 77. In BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim (Eds). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 559. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>>.

O critério da razoabilidade, por sua vez, é uma questão de fato⁸⁶ e estará intimamente ligado com um terceiro critério: as circunstâncias do caso⁸⁷, e um quarto: o tipo de dano em questão⁸⁸. Isto é, a análise sobre uma medida de mitigação ser razoável ou não dependerá da avaliação do caso concreto⁸⁹.

Tal análise das circunstâncias do caso se subdivide em: práticas entre as partes e costumes do comércio internacional (artigo 9⁹⁰) e conduta esperada de uma pessoa razoável na mesma posição e nas mesmas circunstâncias que a parte prejudicada (artigo 8⁹¹)⁹². Ainda, aos critérios da razoabilidade e das circunstâncias do caso deve ser adicionado o critério da boa-fé⁹³. Segundo esta combinação de critérios, uma potencial medida para mitigar danos será razoável se puder ser legitimamente esperada conforme as circunstâncias,

⁸⁶ OPIE, Elisabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. January 2005. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>.

⁸⁷ KNAPP, Victor. Article 77. In BIANCA, Cesare Massimo & BONELLI, Michael Joachim (Eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 559. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>>.

⁸⁸ SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. December 2001. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>>.

⁸⁹ LOOKOFSKY, Joseph. *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. University of Copenhagen, p.157-158. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>>.

⁹⁰ CISG, Artigo 9(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si. (2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento.

⁹¹ CISG, Art. 8(1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

⁹² SCHWENZER, Ingeborg, in Schlechtriem, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1045.

⁹³ SCHWENZER, Ingeborg, in Schlechtriem, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1045; OGH, 6 February 1996, CISG-online 224, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>.

levando em conta, para a sua determinação, as ações de uma pessoa razoável nas mesmas circunstâncias⁹⁴.

Importante ressaltar que o credor lesado não está obrigado a tomar medidas que envolvam custos extraordinários, desproporcionais⁹⁵ ou excessivos⁹⁶. Caso se abstenha de tomar tais medidas excessivas, não se deverá ser considerado que tenha falhado em mitigar os prejuízos nos termos do artigo 77⁹⁷.

Ainda, caso uma parte tome medidas para mitigar os danos e tenha gastos com essas medidas, o montante gasto é considerado uma perda sofrida como consequência da quebra do contrato e, portanto, recuperável por meio de compensação, ainda que as medidas tomadas tenham sido em vão, mas desde que razoáveis conforme as circunstâncias⁹⁸. Dessa forma, os gastos para tomar as medidas razoáveis de mitigação podem ser indenizados como parte dos danos reivindicados sob o artigo 74⁹⁹ pela parte lesada¹⁰⁰.

⁹⁴ OPIE Elisabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. January 2005. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>; Digesto da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 2012. Versão reduzida do Digesto para o Artigo 77, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-77.html>>.

⁹⁵ SCHWENZER, Ingeborg, in Schlechtriem, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1045.

⁹⁶ KNAPP, Victor. Article 77. In BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim (Eds). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 560. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>>.

⁹⁷ KNAPP, Victor. Article 77. In BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim (Eds). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 560. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>>.

⁹⁸ KNAPP, Victor. Article 77. In BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim (Eds). *Commentary on the International Sales Law*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 560. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>>.

⁹⁹ CISG, Art. 74. As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

¹⁰⁰ Digesto da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 2012. Versão reduzida do Digesto para o Artigo 77, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-77.html>>; Caso do maquinário de engomagem têxtil (Sizing machine case), Suíça, Corte comercial de St. Gallen, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>>.

Por fim, para melhor ilustrar os critérios acima mencionados, mais especificamente aquele relativo às circunstâncias do caso, temos os exemplos trazidos por Elisabeth Opie e Djakhongir Saidov. A primeira, em seus comentários ao artigo 77, menciona que podem ser considerados fatores como a perecibilidade de alimentos, flutuações nos preços do mercado, disponibilidade de determinado mercado e obrigações de terceiros¹⁰¹. Saidov, por sua vez, afirma que a mitigação pode se dar por meio de uma transação substituta, pelo término do contrato, por uma subcontratação, pelo despacho das mercadorias que não tenham sido compradas em uma transação substituta; pela sublocação de um navio; ou então pelo contato à parte inadimplente submetendo documentos para receber informações necessárias que auxiliem na mitigação dos prejuízos¹⁰².

A seguir, serão examinados casos concretos em que o instituto da mitigação de danos foi aplicado à luz da CISG, que era a norma aplicável à disputa.

5.1.1.4. REFERÊNCIAS A JULGADOS E SENTENÇAS ARBITRAIS EM QUE SE APLICOU A MITIGAÇÃO TENDO A CISG COMO NORMA DE REGÊNCIA DA DISPUTA

Inúmeros são os casos em que se aplicou a mitigação de danos tendo a CISG como norma de regência. No Digesto, documento formulado pela UNCITRAL que compila os casos publicados relacionados a cada artigo da CISG, são referidos mais de 70 casos em que o instituto da mitigação foi aplicado tendo a CISG como lei aplicável¹⁰³. A seguir, destacam-se alguns casos relevantes, ilustrando a aplicação da mitigação em diferentes cenários.

Primeiramente, apresentam-se casos em que o instituto da mitigação foi aplicado em relação direta com outros artigos da CISG. Há uma decisão no sentido de que as regras de mitigação obrigam o comprador a efetuar a compra de mercadorias substitutas se razoavelmente possível, situação na qual o comprador terá direito a danos calculados com

¹⁰¹ OPIE Elisabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. January 2005. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>.

¹⁰² SAIDOV, Djakhongir. *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. December 2001. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>>.

¹⁰³ Digesto da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 2012. Versão reduzida do Digesto para o Artigo 77, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-77.html>>.

referência ao artigo 75¹⁰⁴. Em outro caso, concluiu-se que a revenda das mercadorias pelo vendedor para um terceiro dois meses após terem sido rejeitadas, consistiu em medida razoável no contexto da indústria de moda¹⁰⁵, relacionando, portanto, ao artigo 9 da CISG.

Além disso, em alguns casos, considerou-se como medida razoável a conclusão de uma compra substituta dentro de um período razoável e a um preço razoável para substituir mercadorias não entregues¹⁰⁶. Em outro caso, a medida razoável foi a contratação com um terceiro fornecedor em função da impossibilidade de entrega das mercadorias por parte do inadimplente dentro do prazo estipulado¹⁰⁷. Ainda, aceitou-se como medida razoável a contratação de um terceiro para tratar mercadorias de couro quando o vendedor se recusou a devolver máquinas de curtimento que tinham sido vendidas ao comprador e então retomadas para ajustes¹⁰⁸. Outros exemplos encontrados incluem a proposta de diminuição de preço a um subcomprador em função do atraso na entrega pelo vendedor¹⁰⁹; o aceite de redução de preço em lugar da devolução das mercadorias¹¹⁰; o desmonte de uma máquina única e revenda de suas partes quando tal máquina não podia ser usada ou prontamente vendida¹¹¹.

Vale mencionar, do mesmo modo, casos em que medidas tomadas pelo vendedor prejudicado foram consideradas razoáveis. Por exemplo, foi considerada razoável

¹⁰⁴ Caso dos relógios (Watches case), Suíça, j. em 17 de dezembro de 2009 pela Suprema Corte, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091217s1.html>>.

¹⁰⁵ Caso dos sapatos (Shoes case), Alemanha, j. em 14 de janeiro de 1994 pela Corte de Apelações de Düsseldorf, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>>.

¹⁰⁶ Caso das sementes de girasol (Sunflower seed case), Grécia, j. em 2006 pela Corte de Apelações de Lamia; Caso N.V. Maes Roger vs. N.V. Kapa Reynolds, Bélgica, j. em 10 de maio de 2004 pela Corte de Apelações de Gent; Caso da Vitamina C (Vitamin C case), Caso CLOUT n. 681, República Popular da China, j. em 18 de agosto de 1997 em Arbitragem pela CIETAC - China International Economic and Trade Arbitration Commission; Caso da oxitetraciclina (Oxytetracycline case), República Popular da China, j. em 15 de novembro de 1996 em arbitragem pela CIETAC - China International Economic and Trade Arbitration Commission.

¹⁰⁷ Caso CLOUT n. 85, Estados Unidos, j. em 9 de setembro de 1994 pela Corte Distrital do Distrito Norte de Nova Iorque; decisão mantida, cf. Caso CLOUT n. 138, j. em 3 de março de 1995 pela Corte de Apelações do Segundo Circuito.

¹⁰⁸ Caso Nova Tool & Mold Inc. vs. London Industries Inc., Canadá, j. em 26 de janeiro de 2000 pela Corte de Apelações de Ontário.

¹⁰⁹ Sentença arbitral da CCI – Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional n. 8740, j. em Outubro de 1996.

¹¹⁰ Caso do veículo furtado (Stolen automobile case), Alemanha, j. em 21 de março de 2007 pela Corte de Apelações de Dresden.

¹¹¹ Sentença arbitral da Câmara da Federação Russa de Comércio e Indústria n. 107/2002, j. em 16 de fevereiro de 2004.

uma venda substituta feita pelo mesmo preço pelo qual as mercadorias haviam sido adquiridas, mesmo diante de evidências de que estariam abaixo do preço de mercado¹¹². Em outros casos, os gastos para transporte, estoque e manutenção de máquinas não entregues foram tidos como medida razoável adotada pelo vendedor prejudicado¹¹³. Ainda, considerou-se razoável a revenda das mercadorias a um terceiro dentro de um curto período de tempo¹¹⁴.

Por fim, tendo em conta os critérios de aplicação do instituto (existência de prejuízo mitigável; razoabilidade da medida tomada para mitigá-lo; e consideração da conduta segundo a boa-fé e das circunstâncias do caso¹¹⁵) e considerando os exemplos trazidos, é possível perceber de modo mais nítido a forma pela qual o instituto da mitigação de danos vem sendo aplicado quando se tem a CISG como norma de regência. Conclui-se, portanto, que a análise pormenorizada do caso concreto e de suas nuances é essencial para aplicar o referido instituto de modo criterioso.

5.1.2. COMENTÁRIOS ÀS DECISÕES BRASILEIRAS EM QUE O INSTITUTO DA MITIGAÇÃO DE DANOS FOI APLICADO SOB INFLUÊNCIA DA CISG.

O emprego pela jurisprudência brasileira do instituto da mitigação de prejuízos sob a influência da CISG ainda é pouco expressivo.

Nos poucos casos em que isso ocorre, a referência ao art. 77 da CISG se faz apenas como forma de indicar a norma de regência informada pelo referido instituto, como base de aplicação analógica, sem que a regra do referido dispositivo legal tenha aplicação ao caso

¹¹² Sentença arbitral da CCI – Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional n. 7585, j. em 1992 – Caso CLOUT n. 301.

¹¹³ Caso CLOUT n. 130, Alemanha, j. em 14 de janeiro de 1994 pela Corte de Apelações de Düsseldorf; Caso CLOUT n. 93, Áustria, j. em 15 de junho de 1994 por tribunal arbitral com sede em Viena; Caso CLOUT n. 227, Alemanha, j. em 22 de setembro de 1992 pela Corte de Apelações de Hamm; Caso Watkins-Johnson Co. vs. Islamic Republic of Iran, j. em 28 de julho de 1989 pelo Tribunal de Causas do Irã e Estados Unidos.

¹¹⁴ Caso Treibacher Industrie, A.G. vs. Allegheny Technologies, Inc., Estados Unidos, j. em 12 de setembro de 2006 pela Corte de Apelações do 11º Circuito; Caso da lã crua australiana (Australian raw wool case), República Popular da China, j. em 6 de janeiro de 1999 em arbitragem CIETAC – China, International Economic and Trade Arbitration Commission.

¹¹⁵ Conforme descrito *supra* (item 5.1.1.3.), tipo de dano, práticas das partes, costumes do comércio internacional e conduta esperada de pessoa razoável nas mesmas circunstâncias.

concreto. De fato, nenhum dos 81 casos examinados envolve compra e venda internacional de mercadorias¹¹⁶.

Nesses casos, são encontradas referências ao art. 77 da CISG, por vezes associadas a referências ao art. 422 do Código Civil sobre a boa-fé e à noção de que dela decorrem deveres anexos às partes contratantes. A alusão ao art. 77 da CISG é, portanto, mais um argumento teórico, dentre outros existentes, para se demonstrar o embasamento da mitigação do prejuízo.

¹¹⁶ TJRJ, AC 0039093-24.2008.8.19.0021, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa, v.u., j. 14.12.2009; TJRJ, AC 0019781-35.2007.8.19.0203, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, v.u., j. 16.09.2008; TJSP, AC 1.029.972-4, 16ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Cândido Alem, v.m., j. 05.09.2006; TJSP, AC 1.170.013-1, 16ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Cândido Alem, v.m., j. 03.07.2007; TJSP, AC 0891290-1, 16ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Cândido Alem, v.u., j. 19.05.2009; TJSP, AC 0967851-1, 16ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Cândido Alem, v.u., j. 02.06.2009; TJSP, AC 7199559-0, 16ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Cândido Alem, v.u., j. 17.06.2009; TJSP, AC 991.06.44156-0, 16ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Cândido Alem, v.u., j. 31.08.2010; TJSP, AC 991.07.65969-0, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 28.09.2010; TJSP, AC 991.07.072632-5, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 19.10.2010; TJSP, AC 991.06.054173-7, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 26.10.2010; TJSP, AC 9265561-53.2008.8.26.0000, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 30.05.2011; TJSP, AC 0034257-60.2009.8.26.0576, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Sebastião Alves Junqueira, v.m., j. 04.07.2011; TJSP, AC 0016932-54.2009.8.26.0000, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, v.m., j. 13.09.2011; TJSP, AC 0014229-65.2006.8.26.0224, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 13.09.2011; TJSP, AC 9212771-58.2009.8.26.0000, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 08.11.2011; TJSP, AC 9106029-09.2009.8.26.0000, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 14.02.2012; TJSP, EI 9224321-55.2006.8.26.0000/50000, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.m., 02.04.2012; TJSP, AC 0137517-29.2009.8.26.0100, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.m., j. 16.04.2012; TJSP, AC 0017135-02.2011.8.26.0564, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.m., j. 06.08.2012; TJSP, AC 0021995-83.2011.8.26.0002, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Sebastião Junqueira, v.m., j. 17.09.2012; TJSP, AC 0000273-77.2009.8.26.0223, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.m., j. 01.10.2012; TJSP, AC 0011228-84.2009.8.26.0477, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.m., j. 10.12.2012; TJSP, AC 0000330-63.2012.8.26.0620, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 04.03.2013; TJSP, AC 0000641-30.2004.8.26.0072, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 04.03.2013; TJSP, AC 0006158-20.2011.8.26.0347, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Sebastião Junqueira, v.m., j. 29.07.2013; TJSP, AC 0175286-37.2010.8.26.0100, 14ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Carlos Abrão, v.u., j. 11.09.2013; TJSP, AC 0025525-75.2010.8.26.0602, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 24.03.2014; TJSP, AC 0106896-44.2012.8.26.0100, 21ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Itamar Gaino, v.u., 19.05.2014; TJSP, AC 0032489-26.2010.8.26.0007, 30ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Penna Machado, v.u., 04.06.2014; TJSP, AC 0104578-90.2009.8.26.0004, 25ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Marcondes D'Angelo, v.u., 21.08.2014; TJSP, AC, 1001202-93.2013.8.26.0695, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 15.12.2014; TJAL, AC 0000465-26.2011.8.02.0023, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Elisabeth Carvalho Nascimento, v.u., j. 18.09.2014; TJAL, AC 0000001-10.2007.8.02.0001, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Elisabeth Carvalho Nascimento, v.u., j. 12.03.2015; TJAL, AC 0000732-87.2010.8.02.0037, Rel. Des. Elisabeth Carvalho Nascimento, v.u., 19.03.2015; TJRO, AC 0025802-91.2012.8.22.0001, 1ª Câmara Cível, Des. Sansão Saldanha, decisão monocrática, j. 06.10.2015; TJRS, AC 70037651064, 20ª Câmara Cível, Des. Carlos Cini Marchionatti, v.u., 08.09.2010.

A despeito de não se tratar de casos de compra e venda internacional, nem de exemplos de aplicação estrita da CISG – já que outros fundamentos teóricos embasam o recurso ao instituto –, é relevante examinar a forma como a mitigação de danos foi aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro.

Primeiramente, é preciso apontar que, apesar de focarem na aplicação do Código Civil brasileiro, nos casos examinados, a mitigação do prejuízo foi aplicada sem ser cotejada com o princípio da reparação integral dos danos, o que pode denotar certo descompromisso com sua fundamentação teórica. Sabe-se ser princípio basilar da responsabilidade civil o da integral reparação dos danos, o que, pelo ordenamento jurídico brasileiro, não encontra, em regra, limites (art. 5º, V, da Constituição Federal e arts. 944, 186 e 402 do Código Civil). Uma vez causado o dano, a vítima tem direito à reparação plena e ampla dos prejuízos sofridos, desde que comprovados, ou de que haja a possibilidade de serem comprovados, e observada a extensão dos danos causados.

No âmbito da CISG, o princípio da reparação integral, no entanto, comporta dois limites: o da previsibilidade (art. 74, parte final) e o da mitigação (art. 77), sendo este corolário do princípio da prevenção, segundo o qual a parte prejudicada não pode ficar inerte, esperando o ressarcimento pela perda, que poderia ser por ela própria minimizada, tampouco pode praticar atos que gerem o aumento das perdas.

Dá-se, dessa forma, a discussão sobre o ônus de mitigação dos danos, quando a parte prejudicada postula perdas e danos.

Em segundo lugar, deve ser notado que, além de os casos não abordarem o inadimplemento de contrato de compra e venda internacional de mercadorias, a aplicação do princípio da mitigação pelos tribunais parece ocorrer sem que a matéria tenha sido debatida anteriormente pelas partes. Da leitura dos relatórios das decisões, tem-se a impressão de que o assunto foi introduzido tão-somente quando do julgamento da causa. Ressalte-se, todavia, que esse não é o caso dos dois precedentes do STJ examinados¹¹⁷, os quais, justamente por estarem já em nível de instância extraordinária, trazem referências aos debates ocorridos, ao menos, na segunda instância.

¹¹⁷ STJ, REsp 758.518-PR, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, v.u., j. 17.06.2010 e STJ, REsp 1.325.862-PR, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, v.u., j. 05.09.2013.

Merece destaque o fato de que, como visto acima, a maioria da doutrina estrangeira considera que “*o dever de mitigar danos só se aplica quando o remédio escolhido pela parte prejudicada for a indenização por perdas e danos*”¹¹⁸. A redução da indenização é o resultado da violação do dever de mitigar os prejuízos pelo credor. No caso brasileiro, a aplicação judicial do “*duty to mitigate the loss*” tem tido maior alcance, recorrendo-se ao instituto até mesmo para fundamentar sentenças declaratórias da inexigibilidade de dívidas, como nos casos acima apontados.

Em algumas das decisões analisadas¹¹⁹, verificou-se que a mitigação de prejuízos tem servido como fundamento para se declarar a inexigibilidade de dívida decorrente de contrato bancário, quando a instituição financeira, mesmo ciente da não movimentação da conta bancária pelo cliente por vários anos, continua cobrando tarifas por serviços não prestados. Gera-se, portanto, a dívida e, por consequência do não pagamento, a inclusão do devedor nos cadastros de restrição ao crédito.

Há decisões judiciais que aplicam o dever de mitigação dos danos como decorrência lógica de interpretação do artigo 422 do Código Civil, que consagra a boa-fé objetiva como pauta da conduta devida¹²⁰. Se o credor se mantém inerte, diante do

¹¹⁸ WINKLER, Vanessa. *O Dever de Mitigação de Danos na Convenção das Nações Unidas para Compra e Venda Internacional de Mercadorias*, UERJ, Rio de Janeiro, 2014, consulta em www.cisg-brasil.net, em 20/07/2016, p. 11.

¹¹⁹ TJSP, AC 991.07.65969-0, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 28.09.2010; TJSP, AC 991.07.072632-5, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 19.10.2010; TJSP, AC 991.06.054173-7, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 26.10.2010; TJSP, AC 0014229-65.2006.8.26.0224, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 13.09.2011; TJSP, AC 9212771-58.2009.8.26.0000, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 08.11.2011; TJSP, AC 9106029-09.2009.8.26.0000, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 14.02.2012; TJSP, EI 9224321-55.2006.8.26.0000/50000, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.m., 02.04.2012; TJSP, AC 0017135-02.2011.8.26.0564, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.m., j. 06.08.2012; TJSP, AC 0021995-83.2011.8.26.0002, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Sebastião Junqueira, v.m., j. 17.09.2012; TJSP, AC 0000273-77.2009.8.26.0223, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.m., j. 01.10.2012; TJSP, AC 0011228-84.2009.8.26.0477, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.m., j. 10.12.2012; TJSP, AC 0000330-63.2012.8.26.0620, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 04.03.2013; TJSP, AC 0000641-30.2004.8.26.0072, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 04.03.2013; TJSP, AC 0006158-20.2011.8.26.0347, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Sebastião Junqueira, v.m., j. 29.07.2013; TJSP, AC 0025525-75.2010.8.26.0602, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 24.03.2014.

¹²⁰ Neste sentido, vide MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 39. Ainda conforme apontado pela autora “[n]o Ordenamento brasileiro (e salvo o que nele é integrado hoje pela CISG), a figura do dever de mitigar o próprio prejuízo não está prevista expressamente, por exemplo, no Código Civil, embora seja aceito, ao menos majoritariamente, o seu acolhimento por via integrativa” (p. 559, destaque original).

inadimplemento do devedor, e com sua omissão permite que os prejuízos se tornem de maior monta, quando poderia ter evitado essa situação, não parece equânime que ao devedor seja essa parcela aumentada do prejuízo imposta.

Nesse sentido, pode-se ilustrar com a decisão proferida pela Egrégia 19ª Câmara Cível do TJSP¹²¹, que, na ação declaratória de inexigibilidade de dívida e indenização por dano moral, acolheu a pretensão da devedora-correntista, porque “*se a parte, em posição de vantagem, negligencia em tomar as providências que possibilitam a mitigação das perdas, a parte devedora pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ser diminuída*”. Concluiu-se que a instituição financeira não poderia ter permanecido por longo tempo inerte, permitindo que a dívida avolumasse, agravando a situação da devedora.

Observa-se que quem ajuizou a ação não foi a parte prejudicada com a quebra do contrato, isto é, a instituição financeira. Foi a devedora, consumidora, quem ajuizou ação indenizatória para haver danos morais, em razão da inclusão – a seu ver, indevida – de seu nome nos cadastros de restrição ao crédito. A turma julgadora entendeu que a instituição financeira foi negligente e deu causa a uma situação que poderia ter sido evitada. Por isso, não só se declarou inexigível a dívida apontada em nome da correntista, como foi o banco condenado a pagar indenização pelo dano moral que lhe causou, ao incluir seu nome no rol dos devedores inadimplentes.

Em praticamente todas as decisões do tribunal estadual paulista, há remissão não só ao Enunciado 169 da Jornada de Direito Civil¹²², como ao REsp 758.518-PR, julgado em votação unânime da Terceira Turma do STJ, datada de 17.06.2010, sob a relatoria do Min. Vasco Della Giustina.

Nesse recurso especial, a questão posta em julgamento dizia respeito à possibilidade de o promitente-vendedor ser penalizado pela demora no ajuizamento de ação de reintegração de posse, contra o promissário-comprador inadimplente. Quando do

¹²¹ TJSP, AC 0014229-65.2006.8.26.0224, 19ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 13.09.2011.

¹²² O Enunciado n. 169 foi aprovado na III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho de Justiça Federal: “*O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*”. Tal enunciado foi formulado em 2004 pela Professora Vera Maria Jacob Fradera.

Julgamento da apelação pelo tribunal de origem (TJPR), assentou-se que, embora reconhecido o inadimplemento do promissário-comprador, a inércia do promitente-vendedor no ajuizamento da ação terminou por configurar a inobservância do princípio da boa-fé objetiva, o que deveria se refletir na mitigação do valor indenizatório. O promitente-vendedor teria deixado o promitente-comprador inadimplente na posse do imóvel por quase sete anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual de pagamento das prestações. Restou evidenciado, assim, a falta de zelo do credor com seu patrimônio, visto que a realização mais célere dos atos de defesa diminuiria a extensão dos danos. O STJ, por sua vez, negou provimento ao recurso especial, fundamentando-se no “*duty to mitigate the loss*” e reconhecendo a boa-fé como *standard* ético-jurídico, além de reconhecer que é dever das partes mitigar o próprio prejuízo com a adoção das medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado.

Duas questões merecem destaque nesse julgado. Primeiramente, é interessante notar que, como argumento para a interposição de recurso especial, o promitente-vendedor alegou que ajuizara a ação dentro do prazo prescricional previsto em lei, o que fora rechaçado pelo STJ com os fundamentos acima expostos.

Em segundo lugar, deve ser salientado que, no acórdão do recurso especial, não se explicou o cálculo, nem a motivação subjacente, a respeito da forma como o princípio da mitigação redundou em uma diminuição do *quantum* devido a ser concretamente considerada. No julgamento do TJPR, transcrito no referido acórdão, entendeu-se que a inércia do credor deveria representar a diminuição de um ano de ressarcimento, nos seguintes termos:

“Como a demora deve ser debitada à apelante, é de se excluir do ressarcimento a privação do uso por um ano, e para o cálculo da indenização dever-se-á considerar a demanda como proposta em 16 de outubro de 2001, por ficção, situando-se, portanto, o termo ad quem da indenização em 10 de fevereiro de 2003 (o que corresponde ao tempo transcorrido entre o ajuizamento da demanda e o cumprimento do mandado de reintegração de posse, 15 meses e 25 dias)”¹²³.

¹²³ Acórdão do TJPR transcrito em STJ, REsp 758.518-PR, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, v.u., j 17.06.2010.

Outro precedente do STJ, da Quarta Turma, também faz referência à mitigação de danos. Trata-se do REsp nº 1.325.862-PR, relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, em julgamento datado de 05.09.2013.

Nesse caso, um procurador do Estado do Paraná ajuizou ação de responsabilidade civil contra serventuária de cartório que publicou certidão de julgamento equivocada, na qual constou ter sido o Estado condenado por litigância de má-fé, o que não correspondia à verdade. Segundo o autor da ação, tal publicação teria lhe causado dano moral, por ofender a sua honra pessoal e profissional.

A decisão afastou, inicialmente, a existência de dano moral, por considerar que não teria havido abalo significativo de sua dignidade. Segundo o relator Min. Luis Felipe Salomão, trata-se de fato absolutamente corriqueiro da vida forense.

O acórdão examinou, ainda, o comportamento do autor da ação em relação ao alegado dano, como argumento para corroborar o entendimento de que não teria havido dano moral. Notou o relator que, após a publicação equivocada, o autor não manejou qualquer recurso com o objetivo de ver corrigida a certidão de julgamento. Leia-se o trecho da ementa correspondente ao instituto da mitigação de danos:

“Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do Duty to mitigate the loss, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade”¹²⁴.

¹²⁴ STJ, REsp 1.325.862-PR, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, v.u., j. 05.09.2013.

Observa-se que, nesse caso, a mitigação de danos pela parte credora funcionou apenas como um argumento de reforço à inexistência de dano indenizável. Justamente por isso, vale notar que a consequência de sua aplicação não foi a diminuição da indenização devida correspondente ao que o credor deveria ter mitigado. Entendeu-se que a falta de mitigação afastou por completo o dano passível de qualificação como indenizável.

Essa breve análise dos recentes julgados brasileiros sobre o tema da mitigação de danos pelo credor demonstra que, embora seja necessário maior aprofundamento teórico do instituto e, especificamente, maior exame dos critérios e das consequências de sua aplicação, o Judiciário brasileiro está caminhando a passos largos rumo à internalização do instituto em nosso sistema jurídico. E a análise da jurisprudência confirma a clara influência da CISG nesse processo.

5.2. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Ana Júlia Grein Moniz de Aragão
Daniel Freitas Drumond Bento
Júlio César Fernandes
Leonardo Polastri Lima Peixoto
Vera Cecília Monteiro de Barros

5.2.1. BREVE NOTA SOBRE O INADIMPLENTO SUBSTANCIAL (*FUNDAMENTAL BREACH*) NA CISG

O artigo 25 da CISG define o inadimplemento substancial (*fundamental breach*), estabelecendo que “[a] violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado¹²⁵”.

A redação do referido dispositivo resultou de diversos esboços e inúmeras propostas, tendo por fim a busca de precisão dos termos utilizados¹²⁶. Cabe notar que o conceito básico de violação essencial já estava presente no artigo 10 da Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)¹²⁷ e não foi questionado durante os debates preliminares a respeito da CISG. Os requisitos para configuração da violação essencial e a necessidade de se

¹²⁵ Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em 04.06.2016.

¹²⁶ Sobre o histórico legislativo do Artigo 25 da CISG, confira-se: SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law - The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html#a37>>. Acesso em 04.06.2016; Annotated Text of CISG. Article 25. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e-text-25.html>>. Acesso em: 04.06.2016; HONNOLD, John. *Article 25. Definitions of “Fundamental Breach”*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ho25.html>>. Acesso em 04.06.2016; WILL, Michael. *Article 25*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>>. Acesso em: 04.06.2016, p. 1-3; FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de fundamental breach constante do Artigo 25 da CISG*. In: Revista de arbitragem e mediação, v. 10, n. 37, abr./jun. 2013, p. 68-75.

¹²⁷ Artigo 10 da ULIS: “For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the other party would not have entered in to the contract if he had foreseen the breach and its effects”.

declarar o contrato rescindido, contudo, permaneceram em debate até a Conferência de Viena¹²⁸.

Apesar de ser pouco conhecido em muitas ordens jurídicas, o inadimplemento substancial é conceito essencial para o sistema de reparação instituído pela CISG. Ele representa um pré-requisito para a utilização de certos remédios previstos ao longo da CISG, a saber: (i) pedido do comprador para entrega de bens em substituição (artigo 46-2); (ii) rescisão do contrato pelas Partes (artigos 49-1 “a”, 51-2, 64-1 “a”, 72-1, 73-1 e 73-2); e (iii) transferência de risco (artigo 70).

O artigo 25 da CISG é alvo de críticas tanto pela forma quanto pelo conteúdo, sendo algumas vezes apresentado como um exemplo de falha da Convenção, o que justificaria a resistência por parte de alguns países em adotá-la¹²⁹.

Sua linguagem intrincada, fruto dos esforços dos redatores do texto em conciliar o direito consuetudinário e o direito codificado com o objetivo de conferir estabilidade aos contratos de venda internacional de mercadorias, de fato torna sua interpretação complexa e também controvertida, tanto que ao comentar o dispositivo, Michael Will ponderou que a “*meditação sobre vocábulos como ‘fundamental’, ‘substancial’, ‘previsível’ nunca tem fim, tampouco a controvérsia em torno de seu significado*”¹³⁰.

Os problemas de interpretação, contudo, “*são contrabalanceados pelos benefícios de uma legislação uniforme para reger a venda internacional de mercadorias*”¹³¹.

¹²⁸ Sobre esse ponto e com relação ao distanciamento da CISG no que tange à resolução do contrato na ULIS, confira-se: Parecer n° 5 do Conselho Consultivo da CISG sobre “O Direito de Resolução Contratual pelo Comprador na Hipótese de Desconformidade de Mercadorias ou Documentos. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/downloads/cisgac/op5.pdf>>. Acesso em: 04.06.2016.

¹²⁹ Sobre os problemas formais e de fundo do Artigo 25 da CISG vide: GREBLER, Eduardo. *Violação Essencial dos Contratos no Âmbito da CISG: Uma regra controvertida*. In FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 208-211.

¹³⁰ WILL, Michael. *Article 25*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>>. Acesso em: 04.06.2016, p. 3.

¹³¹ GREBLER, Eduardo. *Violação Essencial dos Contratos no Âmbito da CISG: Uma regra controvertida*. In FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 216.

A definição constante do Artigo 25 busca distinguir, primeiramente, o inadimplemento substancial daquele que não pode assim ser considerado. Tal distinção é extremamente importante, uma vez que pode determinar a vida ou a morte do contrato¹³². A violação não essencial dará basicamente à parte prejudicada¹³³ o direito de pedir a reparação do dano sofrido em razão o inadimplemento¹³⁴, enquanto que a violação essencial dará direito ao prejudicado de declarar a resolução do contrato¹³⁵, sem a necessidade de ingressar em juízo (estatal ou arbitral)¹³⁶. A resolução do contrato, mesmo em casos de violação essencial, não opera *ipso iure*, sendo necessário para tanto que o credor notifique o devedor acerca da rescisão do contrato.¹³⁷

Para que uma violação ao contrato seja considerada fundamental, algumas condições precisam estar presentes¹³⁸. A primeira delas é a existência de um prejuízo substancial (*substancial detriment*). A caracterização de um prejuízo como substancial, que deve ser interpretado num sentido amplo, dependerá das circunstâncias do caso concreto, considerando-se os termos do contrato e as legítimas expectativas da parte prejudicada¹³⁹.

¹³² WILL, Michael. *Article 25*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>>. Acesso em: 04.06.2016, p. 1.

¹³³ A parte prejudicada também poderá adotar outras medidas pontuais, dentre as quais exigir que o devedor sane o defeito ou lhe dê um abatimento do preço.

¹³⁴ “O inadimplemento fundamental, no âmbito das relações comerciais internacionais, é o que Von Caemmerer denominou de conceito central, permitindo o remédio da resolução. Não sendo o inadimplemento qualificado como fundamental, restringe-se a sanção à reparação do dano.” (FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de fundamental breach constante do Artigo 25 da CISG*. In: Revista de arbitragem e mediação, v. 10, n. 37, abr./jun. 2013, p. 72)

¹³⁵ Artigo 49(1) da CISG: “O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato”.

¹³⁶ “(...) a declaração da violação fundamental é unilateral, independente da atuação do magistrado, porém, eventualmente, a parte lesada poderá recorrer ao juiz para que ele decida ter ocorrido, ou não, violação fundamental do contrato, mas ele não poderá conceder prazos suplementares às partes para adimplirem suas obrigações contratuais, conforme o disposto nos arts. 45 e 61 da CISG”. (FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de fundamental breach constante do Artigo 25 da CISG*. In: Revista de arbitragem e mediação, v. 10, n. 37, abr./jun. 2013, p.74).

¹³⁷ SCHWENZER, Ingeborg. *The right to avoid the contract*. Disponível em <https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6943/20130115135504_50f551a8f3a38.pdf>.

¹³⁸ Sobre o tema, confira-se: Digesto da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 2012. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>>. Acesso em 04.06.2016.

¹³⁹ Cabe primeiramente às Partes estipular o que consideram ser da essência do contrato, devendo a essencialidade de determinado ajuste contratual ser interpretada conforme o Artigo 8 da CISG. Contudo, na hipótese de o contrato em si não deixar claro o que constitui violação essencial, deve-se aferir o uso

Mostra-se relevante aqui também o papel das práticas estabelecidas e dos usos e costumes do setor do comércio internacional em que as partes atuam. No comércio de *commodities*, por exemplo, tendo em vista a doutrina do *strict compliance* absorvida pelos usos e costumes do setor, mesmo violações que, em outros setores do comércio, poderiam ser consideradas irrelevantes, podem constituir violação essencial.¹⁴⁰

A violação do contrato, em geral, será considerada essencial quando causar à parte lesada um prejuízo de tal ordem que fique substancialmente privada daquilo que era legítimo esperar do contrato¹⁴¹. Como bem destacam Schlechtriem e Schwenzler, a seriedade do inadimplemento não deve ser definida pela magnitude do dano, “*mas determinada pela referência ao interesse do credor posto no e circunscrito ao contrato*”¹⁴². Não importa, assim, analisar se a violação tem como objeto obrigação principal ou auxiliar, mas apenas se a violação de tal obrigação era apta a causar prejuízo substancial à parte lesada.¹⁴³

para o qual as mercadorias foram adquiridas e, finalmente, a possibilidade de se sanar o defeito. Sobre o tema, confira-se o já referido Parecer n° 5 do Conselho Consultivo da CISG.

¹⁴⁰ SINGH, Lachmi; LEISINGER, Benjamin. *A Law for International Sale of Goods: A Reply to Michael Bridge*. In: *Pace International Law Review*, vol. 20, Spring 2008, pp. 165-166. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/singh-leisinger.html>>

¹⁴¹ Nesse sentido, confira-se: “*In order to rank as fundamental, a breach must be of a certain nature and weight. The aggrieved party must have suffered such detriment as to substantially deprive it of what it was entitled to expect under the contract. The breach must therefore nullify or essentially depreciate the aggrieved party’s justified contract expectations. What expectations are justified depends on the specific contract and the risk allocation envisaged by the contract provisions, on customary usages, and on the provisions of the Convention*”. (Sobre o tema, confira-se: Digesto da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 2012. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>>. Acesso em 04.06.2016, p. 118); “*A caracterização de um dano como substancial, ou não, dependerá da interpretação do caso concreto, ligada às expectativas da parte prejudicada, levando em consideração não os seus sentimentos, sim os termos do contrato. Uma fórmula simplificada e resumida de tudo o que se disse e escreveu, e todavia se escreve sobre isso, seria vincular a violação fundamental do contrato à questão da confiança legítima suscitada na parte lesada, sendo a confiança o alicerce do comércio, nacional e internacional, presente nas relações entre comerciantes, desde os primórdios da humanidade*”. (FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de fundamental breach constante do Artigo 25 da CISG*. In: *Revista de arbitragem e mediação*, v. 10, n. 37, abr./jun. 2013, p. 75); “*decidiu-se que a gravidade da violação deveria ser determinada com base nos interesses do promissário como de fato previstos e circunscritos pelo contrato*” (Parecer n° 5 do Conselho Consultivo da CISG).

¹⁴² SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZLER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the international Sale of Goods (CISG)*. 3ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 401.

¹⁴³ LIU, Chengwei. *The concept of fundamental breach: perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law*. 2ª ed, 2005. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html>>

A segunda condição para que a violação ao contrato seja considerada fundamental é que o prejuízo substancial seja razoavelmente previsível para a parte faltosa¹⁴⁴. Não basta, contudo, que a parte invoque ignorância das circunstâncias como meio de se escusar pelo inadimplemento, já que a imprevisibilidade precisa ser provada, recaindo o ônus da prova sobre a parte inadimplente¹⁴⁵. E, ainda que a parte faltosa consiga provar a imprevisibilidade, o artigo 25 exige que uma pessoa razoável¹⁴⁶, da mesma condição¹⁴⁷ e nas mesmas circunstâncias¹⁴⁸, não pudesse prever o resultado¹⁴⁹.

Como se vê, antes que se possa dizer que ocorreu um inadimplemento substancial, diversas circunstâncias devem ser consideradas, ou seja, deve-se verificar se o inadimplemento causou um prejuízo inegável ao direito que a parte prejudicada poderia

¹⁴⁴ A inclusão da imprevisibilidade foi objeto de longo debate e também de críticas, por se entender que encorajaria a parte inadimplente a invocar ignorância das circunstâncias. Sobre a questão, vide: FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de fundamental breach constante do Artigo 25 da CISG*. In: Revista de arbitragem e mediação, v. 10, n. 37, abr./jun. 2013, p. 77. Cabe notar, ainda, que a CISG é omissa a respeito do momento em que a parte faltosa tinha que prever ou deveria ter previsto as consequências prejudiciais. No entanto, a maior parte da doutrina entende como marco temporal relevante o momento de conclusão do contrato. Sobre o assunto, confira-se: WILL, Michael. Article 25. Op. Cit., p. 9-10; SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*; SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the international Sale of Goods (CISG)*. 3ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2010, pp. 411-412. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html#a37>>. Acesso em 04.06.2016; FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de fundamental breach constante do Artigo 25 da CISG*. In: Revista de arbitragem e mediação, v. 10, n. 37, abr./jun. 2013, pp. 78-79.

¹⁴⁵ Nesse sentido, confira-se: Sobre o tema, confira-se: Digesto da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 2012. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>>. Acesso em 04.06.2016, p. 119 e WILL, Michael. Article 25. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>>. Acesso em: 04.06.2016, p. 7.

¹⁴⁶ A inclusão da expressão “pessoa razoável” também causou polemica e suscitou críticas, diante das divergências de interpretação que a expressão recebe nas diferentes ordens jurídicas. Michael Will pondera, contudo, que “[the] reasonable person test simply serves to eliminate unreasonable persons; i.e., those who are to be considered intellectually, professionally or morally sub-standard in international trade. By proving that the fictitious merchant, too, would not have foreseen the detrimental result of the breach in question, the party in breach removes possible doubts that his own foresight might have been beclouded -- a risk which the aggrieved party need not bear under the Convention”. (WILL, Michael. Article 25. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>>. Acesso em: 04.06.2016, p. 9)

¹⁴⁷ Ou seja, “[uma] pessoa dedicada à mesma linha de comércio, exercendo a mesma função, enfim, com o mesmo nível socioeconômico”. (FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de fundamental breach constante do Artigo 25 da CISG*. In: Revista de arbitragem e mediação, v. 10, n. 37, abr./jun. 2013, p. 78)

¹⁴⁸ Ou seja, “relativamente às condições nos mercados, tanto internacionais como regionais, à legislação e ao conjunto de fatos relevantes no momento”. (FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de fundamental breach constante do Artigo 25 da CISG*. In: Revista de arbitragem e mediação, v. 10, n. 37, abr./jun. 2013, p. 78)

¹⁴⁹ Sobre o tema, confira-se: WILL, Michael. Article 25. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>>. Acesso em: 04.06.2016, p. 6-9;

esperar do contrato, sendo que tal prejuízo deveria, ou ao menos poderia ter sido previsto pela parte inadimplente¹⁵⁰.

Ao se exigir a essencialidade da violação para justificar a rescisão do contrato, fica claro o esforço dos redatores da CISG em preservar o contrato de compra e venda internacional de mercadorias¹⁵¹, reservando a rescisão do contrato como último recurso, apesar dos problemas que possam surgir durante a sua execução, pois somente uma circunstância que frustre de modo substancial a expectativa de interesse da parte lesada é que será causa suficiente para se rescindir o contrato¹⁵².

Conforme aponta Schroeter, um dos principais motivos pelo qual se optou pela necessidade da violação essencial para se justificar a rescisão do contrato é exatamente a eficiência econômica.¹⁵³ Afinal, dentro do comércio internacional, com o transporte das mercadorias por longas distâncias e os altos custos de armazenamento, a rescisão do contrato seria muito custosa e ineficiente se comparada com outros remédios.¹⁵⁴

Deve-se ponderar, ainda, que na medida em que o Artigo 25 da CISG possui conceitos bastante abstratos, juízes e árbitros possuem grande discricionariedade para decidir se uma violação poderá ou não ser considerada essencial. Assim, para que se consiga aplicar e interpretar o Artigo 25 da CISG com respeito “*ao seu caráter internacional e à necessidade*

¹⁵⁰ Nesse sentido: GREBLER, Eduardo. *Violação Essencial dos Contratos no Âmbito da CISG: Uma regra controversa*. In FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 210.

¹⁵¹ Leis modernas como o Código Civil Holandês, assim como outros instrumentos internacionais de uniformização do direito, como os Princípios UNIDROIT e os Princípios Europeus de Direito Contratual, seguem a mesma orientação da CISG e aplicam a noção de violação essencial ou conceitos essenciais similares para a resolução contratual. A exigência de essencialidade da violação para permitir a rescisão do contrato se tornou uma tendência do direito contratual moderno.

¹⁵² “*No Brasil, o Código Civil permite à parte prejudicada requerer a rescisão do contrato na ocorrência de uma violação sem exigir que seja essencial [Artigo 475 do Código Civil], mas os princípios da função social do contrato e da boa-fé mitigam o efeito de tal dispositivo, quando uma das partes pretender rescindir o contrato em decorrência de desvios menores da outra parte*”. (GREBLER, Eduardo. *Violação Essencial dos Contratos no Âmbito da CISG: Uma regra controversa*. In FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 213.)

¹⁵³ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the international Sale of Goods (CISG)*. 3ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 403.

¹⁵⁴ GREBLER, Eduardo. *Fundamental breach of contract under the CISG: A controversial rule*. In: *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 101, março de 2007, p. 407, 410; PEACOCK, Darren. *Avoidance and the Notion of Fundamental Breach Under the CISG: An English Perspective*. In: *International Trade and Business Law Review*, vol. 95, 2003, disponível em <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/IntTBLawRw/2003/4.html>>

de promover a uniformidade de sua aplicação e a observância da boa fé no comércio internacional”, tal como disposto no artigo 7 da CISG, é indispensável a análise da jurisprudência sobre a aplicação do inadimplemento substancial.

Por meio de referida análise se constatou a aplicação do artigo 25 da CISG como norma de regência da disputa em diversas decisões de tribunais judiciais e arbitrais, sendo que o último julgado encontrado foi proferido recentemente pela *Cour de Cassation* francesa.¹⁵⁵

No caso, entendeu a *Cour de Cassation* por manter a decisão da *Cour d’appel* de Douai, a qual afirmara que o comprador não pode exigir que as mercadorias sejam perfeitas ou não apresentem falhas, mas somente que elas sejam aptas a serem utilizadas para aquilo a que são normalmente destinadas, motivo pelo qual não haveria violação essencial ao contrato.

Infelizmente, ao menos até o momento, nenhum tribunal estatal brasileiro analisou especificamente dito artigo, conforme se verá mais detidamente abaixo.

Não obstante tal fato, a teoria do adimplemento substancial já restou consagrada no ordenamento jurídico pátrio com o *leading case* do Superior Tribunal de Justiça, proferido pelo ilustre relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em demanda decorrente de contrato de alienação fiduciária.¹⁵⁶

Entendeu o ilustre Ministro que: “*A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito*”.

¹⁵⁵ Corte de cassação, matéria civil, câmara comercial, caso n. 14-16.585, j. em 22 de março de 2016. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032316251>>

¹⁵⁶ STJ, REsp n. 272.739-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 1.3.2001.

Quanto às decisões proferidas pelos tribunais estatais estrangeiros, seguem apenas alguns exemplos em que já se decidiu pela ocorrência de violação essencial do contrato apta a ensejar sua resolução:

1. falta de pagamento do valor ajustado;^{157_158_159}
2. falta de entrega das mercadorias;^{160_161_162}
3. as mercadorias entregues eram totalmente inadequadas para revenda¹⁶³ ou impróprias para utilização;¹⁶⁴
4. a desconformidade das mercadorias entregues era tamanha que tornou a execução do contrato sem interesse para a parte lesada¹⁶⁵
5. as mercadorias entregues não apresentavam garantias de segurança de utilização;¹⁶⁶
6. as mercadorias entregues não estavam em conformidade com as normas técnicas especificadas pelo comprador;¹⁶⁷
7. ausência de entrega das mercadorias no prazo acordado entre as partes quando o elemento tempo for essencial ao cumprimento da avença (time is of the essence) ou quando se tratarem de bens sujeitos à sazonalidade;^{168_169}

Quanto a este último ponto (atraso na entrega), deve-se ressaltar que não se considera violação essencial do contrato o mero desrespeito a uma data apazada pelas partes.^{170_171_172_173}

¹⁵⁷ Disponível em <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=85&do=case>>

¹⁵⁸ Disponível em <http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_130_leg-1333.html>

¹⁵⁹ Disponível em <http://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_578_leg-1259.html>

¹⁶⁰ Disponível em <<http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=708>>

¹⁶¹ Disponível em <http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_90_leg-1293.html>

¹⁶² Disponível em <http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_136_leg-1339.html>

¹⁶³ Disponível em <http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_79_leg-1245.html>

¹⁶⁴ Cour d'appel de Grenoble, 5-3-1998, n. 96-1609, SARL Sodice c/ Planam Arbeitsschutz Vertriebs GmbH;

¹⁶⁵ Disponível em <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=1368&do=case>>

¹⁶⁶ Disponível em <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=984&do=case>>

¹⁶⁷ Sentença arbitral da CCI – Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional n. 6653, in *Journal du Droit International*, 1993, p. 1041.

¹⁶⁸ Sentença arbitral da CCI – Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional n. 8786, in *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2000, p. 70.

¹⁶⁹ Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980320i3.html>>

¹⁷⁰ Disponível em <<http://www.uncitral.org/clout/search.jsp?match=275>>

¹⁷¹ Disponível em <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=361&do=case>>

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a demonstrar de que forma os tribunais brasileiros estão aplicando a teoria do adimplemento substancial.

5.2.2. COMENTÁRIOS ÀS DECISÕES BRASILEIRAS EM QUE O INSTITUTO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL FOI APLICADO SOB INFLUÊNCIA DA CISG

Dos 81 acórdãos coletados pelo grupo de pesquisa, 37 versaram, de algum modo, sobre o tema do Adimplemento Substancial – trazido, como já exposto, no Artigo 25 da CISG.

Em geral, constata-se que nenhum dos acórdãos evidenciou a aplicação concreta da CISG no direito pátrio, mas meramente como uma fonte de *soft law*. Além disso, apenas 5 das decisões fizeram menção expressa ao dispositivo da CISG (13,5%), enquanto as demais limitaram-se a se referir genericamente à Teoria do Adimplemento Substancial (86,5%).

Tal fato, muito provavelmente, decorre da recente ratificação da CISG no país e, conseqüentemente, da escassez de julgados de segunda instância que tenham por objeto contratos celebrados sob a égide da CISG – número, todavia, crescente. Note-se, a esse respeito, o número de julgados encontrados por ano:

¹⁷² Sentença arbitral da CCI – Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional n. 7585, in *Journal du Droit International*, p. 1015, comentada por Yves Derains.

¹⁷³ Disponível em <http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_277_leg-1500.html>

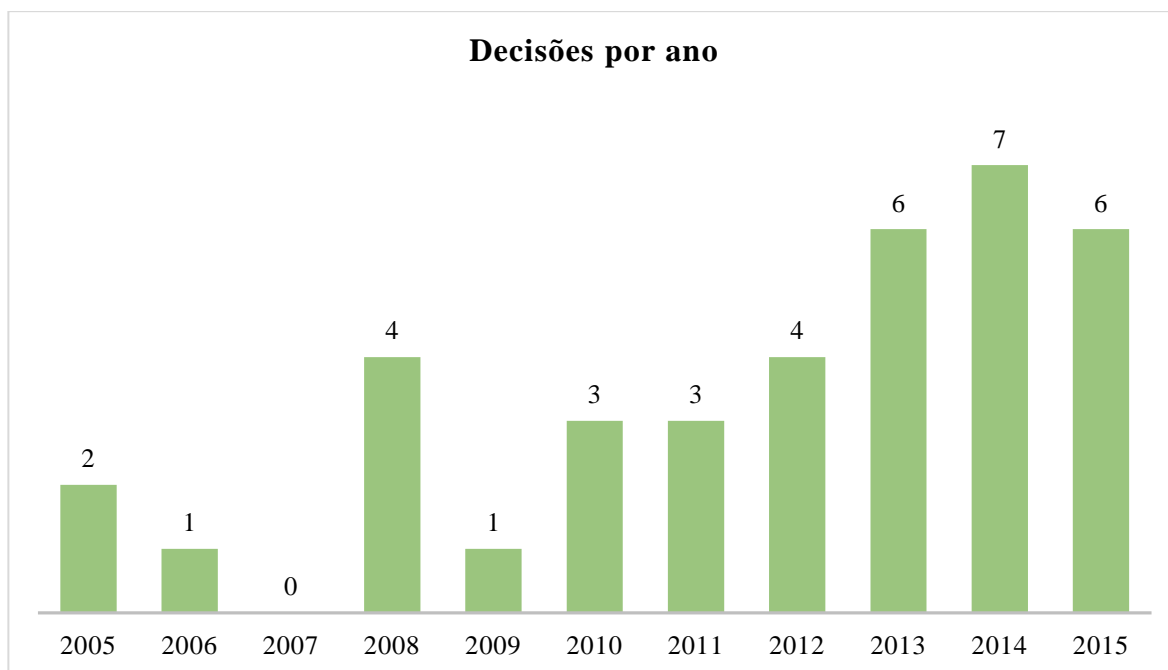


Gráfico 1 – Decisões sobre Adimplemento Substancial por ano.

A fim de apreciar os dados coletados, far-se-á análises quantitativa e qualitativa das decisões no intuito de se verificar como a Teoria do Adimplemento Substancial vem sido aplicada no ordenamento pátrio.

A primeira das análises diz respeito à natureza das demandas, classificada entre: (a) cível, entendida como litígio entre duas pessoas físicas; (b) cível/empresarial, na qual pelo menos uma das partes do conflito é pessoa jurídica; e, por fim, (c) consumerista, que envolva consumidor, tal como definido no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Partindo-se dessa classificação, temos a seguinte composição do total de 37 decisões:

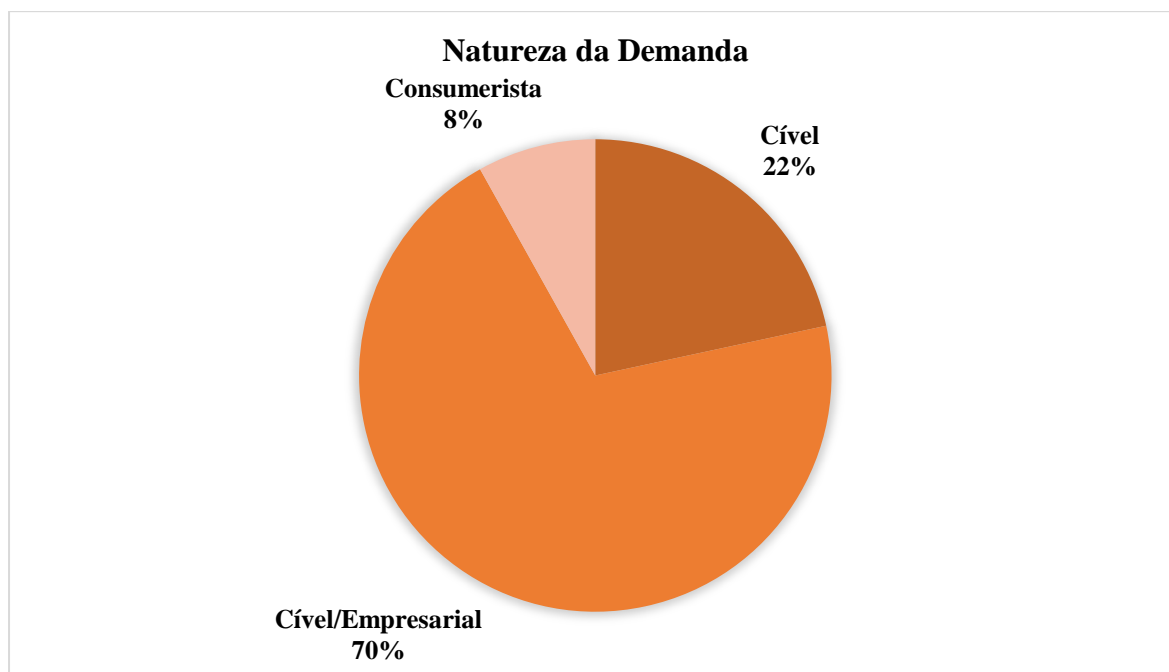


Gráfico 2 – Natureza das demandas que mencionaram a Teoria do Adimplemento Substancial.

Nesse ponto, observa-se uma primeira “contradição” entre a aplicação da CISG e a sua “importação jabuticaba”. Isso, pois nos termos do artigo 2(a) da CISG, são excluídas de seu escopo de incidência aquelas operações de compra e venda “*de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico*”. Com efeito, o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor define o consumidor como “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. Desse modo, de pronto, todas as ações consumeristas que aplicaram o adimplemento substancial, com referência à CISG, o fizeram de forma “tecnicamente incorreta”, visto que miram na aplicação pessoal e final dos produtos das transações¹⁷⁴.

Do mesmo modo, as ações de natureza cível não poderiam, em um primeiro momento, ser solucionadas pela CISG – não por serem pessoas físicas, mas por seu aspecto objetivo. Das ações cíveis catalogadas, a totalidade trata de compra e venda de imóveis ou de direitos possessórios entre pessoas físicas¹⁷⁵. Logo, do ponto de vista objetivo, tais transações

¹⁷⁴ Conforme consta no site da UNCITRAL, “A CISG governa contratos de compra e venda internacional de mercadorias entre empresas privadas, excluindo a venda a consumidores e a prestação de serviços, assim como certos tipos específicos de bens” (trad. livre). “*The CISG governs contracts for the international sales of goods between private businesses, excluding sales to consumers and sales of services, as well as sales of certain types of goods*”. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html>. Acesso em 17. jun. 2016.

¹⁷⁵ Cf. tabela consolidada dos acórdãos da pesquisa.

são excluídas do escopo de aplicação da CISG, vez que bens imóveis não são considerados como mercadorias para os fins da CISG¹⁷⁶.

Ainda quanto à natureza das demandas, 26 das 37 ações (70%) estariam de fato, e em uma primeira análise¹⁷⁷, abarcadas pelo escopo objetivo da CISG, visto que se tratam de natureza eminentemente empresarial, não caindo, *prima facie*, nas hipóteses de exclusão da CISG, seja pelo viés subjetivo, seja pelo viés objetivo.

A segunda análise a ser feita refere-se aos instrumentos contratuais objeto das decisões que puderam ser classificados entre: (a) contratos de compra e venda; (b) contratos de alienação fiduciária; (c) contratos de arrendamento mercantil; e (d) contratos de financiamento. Partindo-se dessa classificação, tem-se a seguinte composição:

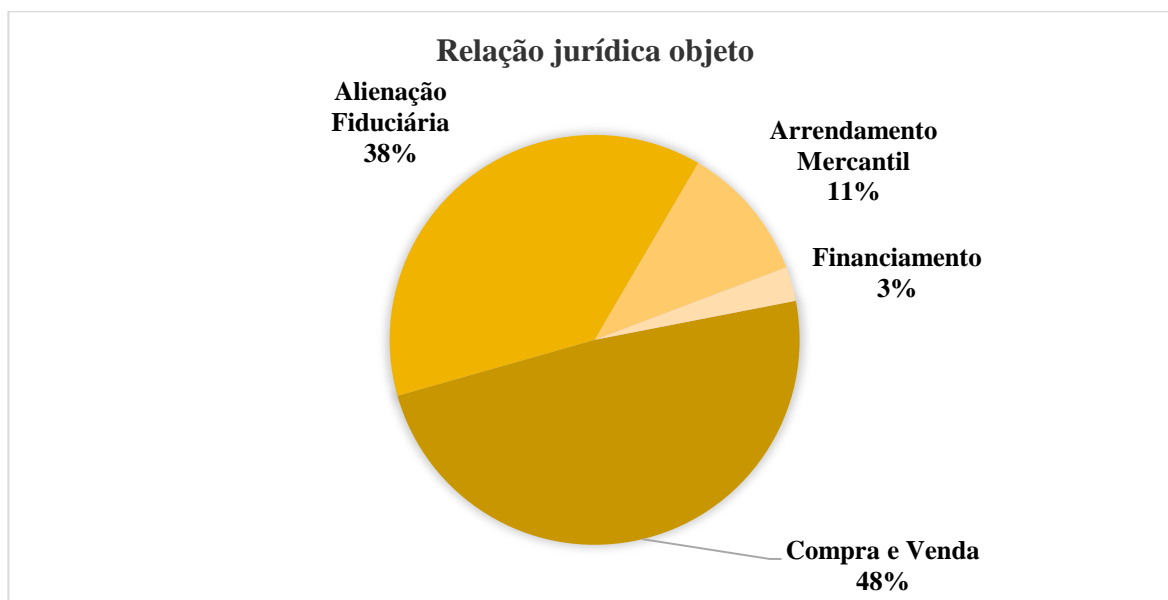


Gráfico 3 – Relação Jurídica objeto das demandas

¹⁷⁶ “A CISG se aplica a contratos de compra e venda de bens móveis entre partes que tenham domicílio em diferentes Estados quando esses Estados são signatários da Convenção ou quando as regras de direito internacional privado conduzem à aplicação da lei de um Estado signatário” (trad. livre). “*The CISG applies to contracts of sale of moveable goods between parties which have their place of business in different states when these States are Contracting States or when the rules of private international law lead to the application of the law of a contracting state*”. HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Sellier, European Law Publishers, 2007, p. 1.

¹⁷⁷ Diz-se primeira, pois, em uma análise mais detida das ações, percebe-se que, em muitos dos casos, o objeto dos contratos discutidos nas disputas tratam de alienação fiduciária e arrendamento mercantil, e não compra e venda de mercadorias (cf. tabela consolidada).

Como se pode notar, menos da metade dos julgados (48%) têm como objeto contratos de compra e venda. Assim, por previsão expressa do artigo 1º da CISG, somente tais instrumentos estariam subordinados às regras e aos princípios nela previstos, desde que preenchidos os demais requisitos de aplicação da CISG.

Por outro lado, percebe-se que a outra parcela (52%) é composta pelos contratos de alienação fiduciária, arrendamento mercantil e financiamento, que, não obstante, estão excluídos do escopo da CISG por não tratarem de compra e venda de mercadorias.

Referida composição demonstra a vasta amplitude dada à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no direito pátrio, que desconsidera o escopo de incidência da própria CISG e de seus institutos.

A terceira divisão diz respeito ao tipo de ação ajuizada, dentre as quais identificou-se as de *(i)* reintegração de posse; *(ii)* rescisão contratual c/c reintegração de posse c/c perdas e danos; *(iii)* rescisão contratual c/c reintegração de posse; *(iv)* rescisão contratual c/c perdas e danos; *(v)* rescisão contratual; *(vi)* busca e apreensão; *(vii)* cautelar inominada; *(viii)* inexistência de débito; e *(ix)* anulatória.

Tipo de Ação

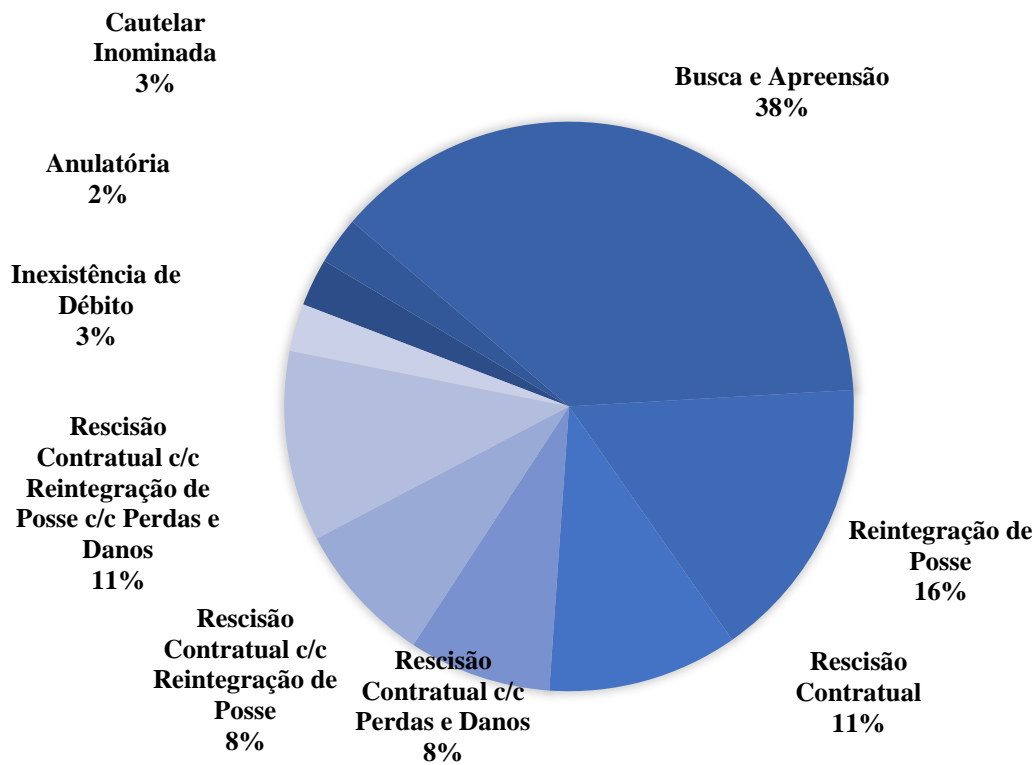


Gráfico 4 – Tipo de Ação

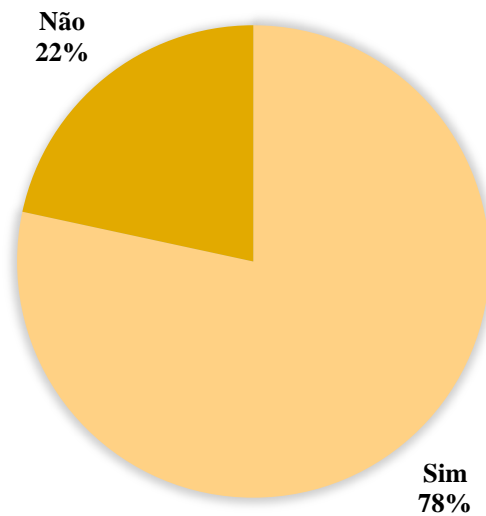
Diretamente ligadas às demandas referentes à alienação fiduciária (38%) estão as ações de busca e apreensão (38%). Nessas situações, o Adimplemento Substancial foi utilizado para obstar a apreensão do bem alienado fiduciariamente, obrigando a parte inadimplente a pagar o valor devido com as correções e consectários cabíveis, em alternativa à devolução do bem ao seu proprietário fiduciário.

As ações de reintegração de posse (16%) seguem a mesma lógica, pois versam sobre contratos de compra e venda de imóveis e visam a retomada da posse em virtude do inadimplemento contratual do comprador. Todavia, na maioria dos casos, a reintegração de posse é impedida em virtude da ocorrência do Adimplemento Substancial.

No que tange às ações de rescisão contratual (38%), em suas diferentes combinações, a depender dos pedidos cumulados, o Adimplemento Substancial consistiu na defesa dos réus para impedir a rescisão contratual.

A quarta divisão refere-se à ocorrência ou não do Adimplemento Substancial no caso concreto:

Aplicação ou não da Teoria do Adimplemento Substancial



Como se demonstra, a maior parte dos acórdãos (78% contra 22%) reconheceu a existência de Adimplemento Substancial no litígio em questão. Nessas hipóteses, percebe-se que a *ratio* geral dos acórdãos é que a guarida ou não do Adimplemento Substancial depende do percentual de adimplemento face ao valor total da obrigação.

A esse respeito, note-se a seguinte tabela que correlaciona (i) a porcentagem de adimplemento e (ii) a ocorrência ou não de Adimplemento Substancial caso a caso:

Acórdão	% Adimplido	Aplicação do Adimplemento Substancial?
TJSP – AI nº 901165-0/1	100%	Sim
TJRN - AC nº 0000048-17.1999.8.20.0145	97,3%	Sim
TJSP – AC nº 232.517-4/1-00	97,22%	Sim
TJSC – AC nº 2009062480-7	97,18%	Sim
TJSC – AC nº 2.006.032.334	96%	Sim
TJSP - AC nº 788809-0/3	95%	Sim
TJPR – AI nº 0043525-94.2012.8.16.0000	94,4%	Sim
TJPR – AC nº 0000256-68.2011.8.16.0152	94,4%	Sim
TJSP – AC nº 775288-0/7	91,6%	Sim
TJPR – AI nº 0047635-68.2014.8.16.0000	87,5%	Sim
TJSC – AC nº 2.009.015.386	87%	Sim
TJSP – AI nº 2047232-52.2015.8.26.0000	86,6%	Sim
TJPR – AC nº 0004999-45.2012.8.16.0069	85,23%	Sim

TJSP – AI nº 2018227-82.2015.8.26.0000	85%	Sim
TJPR – AI nº 0021632-47.2012.8.16.0000	83,3%	Sim
TJSC – AC nº 2010.054894 e 2010.054895-8	81,42%	Sim
TJMT – EDcl nº 0009226-95.2013.8.11.0000	81,1%	Sim
TJRS – AC nº 70050723055	80%	Sim
TJMT – AI nº 0029439-25.2013.8.11.0000	80%	Sim
TJSP – AC nº 0022021-34.2010.8.26.0320	80%	Sim
TJRS – AC nº 70053949186	79%	Sim
TJSC – AC nº 2.007.056.482	77,7%	Não
TJSP – AI nº 2083421-63.2014.8.26.0000	76,7%	Não
TJRS – AC nº 70048856496	75%	Sim
TJMT – AI nº 0004980-56.2013.8.11.0000	75%	Sim
TJPA – AI nº 2008.02472233-82	75%	Sim
TJPA – Ag nº 2015.03080993-66	72,2%	Sim
TJSC – AC nº 2006037301-1	70%	Sim
TJMT – AI nº 7723/2015	65%	Não
TJPA – Edcl no Ag no AI nº 2014.04610509-55	58,3%	Não
TJSP – AC nº 0001862-87.2012.8.26.0615	50%	Não

Como se nota, há um certo padrão em relacionar o Adimplemento Substancial com o grau (numérico) de execução da obrigação, o que, todavia, nem sempre consiste na metodologia mais adequada na CISG.

Embora haja relação matemática entre o grau de adimplemento e o cabimento da teoria, ressalta-se que, em um dos casos, notou-se uma acertada decisão no seguinte sentido: *“E melhor motivação não está em dar primazia exclusiva para estatísticas ou percentuais, como se o adimplemento substancial estivesse preso a números, como 70% ou 90% das prestações pagas, embora constitua o grau de cumprimento um fator importante e até decisivo conforme o caso. É preciso atentar para o sentido de inadimplemento de reduzida importância”*¹⁷⁸.

Ademais, conforme se teve a oportunidade de evidenciar acima, os tribunais estrangeiros entendem pela aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial em diversas hipóteses, tais como em casos de não conformidade da mercadoria ou de ausência de apresentação de garantias de segurança de utilização.

¹⁷⁸ TJSP, AC nº 0022021-34.2010.8.26.0320, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Zuliani, v.u., j. 30.01.2014.

Em contrapartida, a aplicação pátria da Teoria do Adimplemento Substancial demonstra-se limitada, vez que, na quase, senão totalidade dos casos, seu cabimento se dá em hipóteses de ausência ou mora de/no pagamento do valor ajustado.

Em outro acórdão, tomado, como já se mencionou, como *leading case* na matéria, consignou-se que “A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada (...) Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva”¹⁷⁹.

No tocante, ainda, ao ponto acima, embora referido *leading case* refira-se à Teoria do Adimplemento Substancial como consectário, no Brasil, da boa-fé objetiva, é importante identificar quais os artigos do Código Civil são comumente remetidos para aplicação da referida teoria. Por meio de tanto, chega-se ao gráfico abaixo:

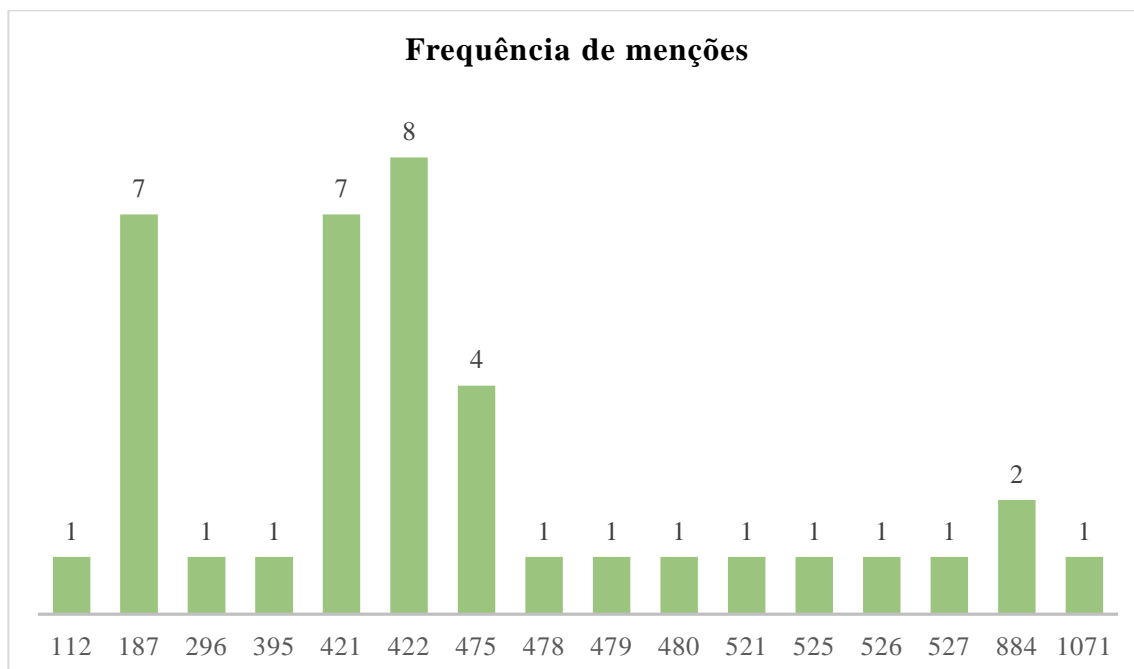


Gráfico 5 – Menções aos artigos do Código Civil.

¹⁷⁹ STJ, 4ª Turma, REsp nº 272.739/MG, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 02.04.2001.

Com efeito, os artigos mais citados quando se fala em Adimplemento Substancial são os arts. 422, 421 e 187, todos do Código Civil. Como premeditado pelo *leading case*, o artigo 422 é o considerado o maior consectário da Teoria do Adimplemento Substancial, vez que trata da aplicação da boa-fé objetiva aos contratos em geral. Por sua vez, o artigo 421 do Código Civil restringe a liberdade de contratar, limitando a interpretação e execução dos contratos a sua função do social, que, nas palavras de Miguel Reale: “*estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros*”¹⁸⁰.

Intimamente ligado à boa-fé e ao princípio da função social do contrato está o artigo 187 do Código Civil, terceiro colocado em citações, que atribui ao ato ilícito o abuso de direito que manifestadamente excede os limites de seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou costumes.

¹⁸⁰ REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 18. jun. 2016.

5.3. VIOLAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS

*Ana Carolina Beneti
Felipe Lima Matthes
Igor Cunha Arantes Castro*

5.3.1. BREVE NOTA SOBRE A VIOLAÇÃO ANTECIPADA (*ANTICIPATORY BREACH*) NA CISG

O instituto da violação antecipada dos contratos autoriza a suspensão ou a resolução do contrato, por um dos contratantes, quando existirem fundadas suspeitas de que o outro contratante não cumprirá suas obrigações. Tal prerrogativa é válida, ainda que se trate de momento temporal prévio ao ajustado para o adimplemento da obrigação.

Na CISG, referido instituto encontra-se regulado pelos artigos 71, 72 e 73. Cada um desses dispositivos cuida de hipótese de incidência diversa, com a previsão de remédios distintos às partes e que variam conforme a gravidade do inadimplemento da obrigação contratual.

Por esses motivos, a análise de cada dispositivo deve ser feita individualmente, conforme se fará a seguir.

Artigo 71

(1) Uma parte poderá suspender o cumprimento de suas obrigações se, após a conclusão do contrato, tornar-se evidente que a outra parte não cumprirá parcela substancial de suas obrigações, devido:

(a) à grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou

(b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato.

(2) Se o vendedor houver expedido as mercadorias antes de se tornarem evidentes os motivos a que se refere o parágrafo anterior, poderá se opor a que o comprador tome posse das mercadorias, ainda que este seja portador de documento que lhe permita obtê-la. Este parágrafo refere-se somente aos direitos respectivos do comprador e do vendedor sobre as mercadorias.

(3) A parte que suspender o cumprimento de suas obrigações, antes ou depois da expedição das mercadorias, deverá comunicá-lo imediatamente à outra parte, mas deverá prosseguir no cumprimento se esta oferecer garantias suficientes do cumprimento de suas obrigações.

O parágrafo 1º do artigo elenca os fundamentos que devem estar presentes para que uma das partes possa suspender a execução do contrato. São eles: (i) o elevado grau de certeza de que a parte contrária descumprirá suas obrigações, consubstanciado no termo “evidente”; e (ii) a gravidade/intensidade de referido inadimplemento, indicado pela expressão “parcela substancial”. Os itens (a) e (b) do parágrafo 1, a seu turno, apresentam alguns indícios de ocorrência do inadimplemento, que auxiliam na aferição da presença do primeiro fundamento.

O primeiro fundamento (“evidência” da violação) deve ser avaliado de acordo com parâmetros objetivos. Vale dizer: um observador neutro, que se encontrasse nas mesmas circunstâncias da parte inocente, razoavelmente concluiria ser altamente provável que a parte contrária descumpriria o contrato¹⁸¹.

Ademais, a CISG prioriza o momento em que as causas responsáveis pela expectativa de descumprimento das obrigações pela parte contrária se tornam evidentes à parte inocente (após a conclusão do contrato), e não o momento em que eles se materializaram¹⁸². Desse modo, ainda que referidos motivos fossem contemporâneos à celebração do contrato, porém desconhecidos, a parte inocente teria direito a pleitear a suspensão do contrato a partir do momento em que tivesse ciência deles¹⁸³.

Quanto ao segundo fundamento, deve o inadimplemento sobre cuja ocorrência repousam suspeitas referir-se a “parcela substancial” das obrigações contratuais. Embora a CISG não defina o que se entende por “parcela substancial”, considera-se que estão afastadas obrigações secundárias e de menor monta, bem como as obrigações cujo descumprimento resultem em uma violação fundamental do contrato (estas últimas cobertas pela hipótese de incidência do artigo 72 da CISG). Dada a amplitude dessa noção, para evitar que a aplicação

¹⁸¹ ZIEGLER, Alexander von. *The Right of Suspension and Stoppage in Transit (and Notification Thereof)*, in *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, 2005, pp. 353-374. Vide Seção II.b, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegler.html>>.

¹⁸² SILVEIRA, Mercédeh Azeredo da. *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 2005 #2. Vide Seção II.2.a., disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azeredo.html>>.

¹⁸³ Em sentido contrário, LIU, Chengwei. *Suspension or avoidance due to anticipatory breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*. 2ª ed., 2005. Vide Seção 3.3, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>: “*If those circumstances were generally apparent but not in fact known by the party wishing to suspend performance, it is not clear whether the article would be held to be applicable, but probably it would be held not to be*”.

desse dispositivo seja impregnada de subjetivismo, recomenda-se que o intérprete leve em conta os indícios constantes dos itens (a) e (b), que conferem uma carga de objetividade ao seu exame¹⁸⁴.

Quanto aos indícios que apontam para a possibilidade de ocorrência de inadimplemento contratual, a CISG elenca três elementos distintos. O primeiro consiste na “grave insuficiência” da capacidade da parte infratora em cumprir suas obrigações. Tal deficiência pode ser relacionada tanto ao comprador quanto ao devedor, e pode resultar de elementos subjetivos (i.e., perda de licença) e objetivos (i.e., ocorrência de uma greve anunciada)¹⁸⁵.

O segundo indício refere-se à solvência das partes (aplicável, portanto, tanto ao comprador como ao vendedor). Não apenas o comprador pode se deparar com uma dificuldade em realizar o pagamento do preço de compra, mas também o vendedor pode ter dificuldades em financiar a fabricação das mercadorias a serem vendidas.

O terceiro indício, a seu turno, refere-se à maneira como a parte se dispõe a cumprir ou cumpre o contrato. Este item deve ser interpretado à luz dos artigos 32 e 34 da CISG, no que diz respeito às obrigações do vendedor, e artigos 54, 60 e 65, no que diz respeito às obrigações do comprador. Nessa esteira, constituem violações ao artigo 71(1)(b) da CISG: (i) o fornecimento de mercadorias com qualidade distinta daquela presente em amostra anteriormente apresentada¹⁸⁶; (ii) falha em apresentar fiança bancária conforme acordado¹⁸⁷; (iii) não pagamento do preço¹⁸⁸; entre outros.

¹⁸⁴ LIU, Chengwei. *Suspension or avoidance due to anticipatory breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*. 2ª ed., 2005. Vide Seção 3.2, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>.

¹⁸⁵ SILVEIRA, Mercédeh Azeredo da. *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 2005 #2. Vide Seção II.2.a., disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azeredo.html>>.

¹⁸⁶ Alemanha, Corte Distrital de Berlin, j. em 15 de setembro de 1994, caso n. 52 S 247/94. Embora neste caso o vendedor tenha efetivamente declarado o contrato rescindido, a Corte afirmou que a opção de suspender sua execução, com base no Artigo 71.1.1b da CISG, seria igualmente permitida: “*In this respect the buyer also had the right to suspend its performance under Art. 71 CISG*”.

¹⁸⁷ Hungria, Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria de Budapest, sentença arbitral n. VB/94124, j. em 17 de novembro de 1995.

¹⁸⁸ Hungria, Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria de Budapest, sentença arbitral n. VB/94131, j. em 5 de dezembro de 1995: “*The [seller] was led to believe that the [buyer] would not voluntarily pay, and could therefore refuse to do improvements according to CISG Art. 71(1)(b)*”.

Caso todos os fundamentos ora apresentados estejam presentes, a parte inocente (que pode ser tanto o vendedor quanto o comprador) fica autorizada a suspender o contrato. A suspensão pode se referir à obrigação principal ou a atos preparatórios necessários à execução do contrato, desde que haja uma relação de interdependência entre a obrigação a ser suspensa e a obrigação que se teme seja descumprida¹⁸⁹.

Dessa assertiva emerge uma questão importante: por quanto tempo a execução do contrato pode permanecer suspensa? O entendimento mais aceito é de que a suspensão se mantém até que a ameaça de violação cesse de existir, ou até que a parte cometa uma violação fundamental do contrato, ou até que a parte faltosa ofereça garantias adequadas de que a execução do contrato não será interrompida¹⁹⁰.

Entretanto, se nada disso ocorrer, poderia o contrato permanecer suspenso indefinidamente? Parte da doutrina entende que uma suspensão contínua do contrato por um longo período equipara-se à rescisão, de modo que seria possível fazer uso do remédio previsto no artigo 72 da CISG¹⁹¹.

Procedendo à análise do parágrafo 2º do dispositivo em comento, infere-se, pelo seu texto, que a disposição se dirige exclusivamente ao vendedor, dando-lhe mecanismos para suspender a execução do contrato, em oposição ao parágrafo antecedente, aplicável a ambas as partes. Referida disposição só se aplica aos casos em que a ameaça de ocorrência de descumprimento contratual pelo comprador se torna evidente após o despacho das mercadorias e anteriormente a sua entrega ao comprador, o que autoriza o vendedor a impedir que o comprador tome posse das mercadorias.

¹⁸⁹ SILVEIRA, Mercédeh Azeredo da. *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 2005 #2. Vide Seção II.2.b., disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azeredo.html>>.

¹⁹⁰ Vide decisão alemã, da Corte Distrital de Stenda, j. em 12 de outubro de 2000, decisão n. 22 S 234/94, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/001012g1.html>>. In verbis: "*The first party's obligation to perform remains suspended until either (1) the other party performs his obligations, (2) adequate assurances are given, (3) the first party declares the contract avoided, or (4) the period of limitation applicable to the contract has expired [under the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Art. 8, this period would be four years. That Convention does not prescribe as to whether the rights under the contract are terminated or whether it is the right of a party to commence an action to enforce such a right which is terminated].*"

¹⁹¹ FLECHTNER, Harry M. *Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.*, in *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, 1988, pp. 53-108, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht.html>>.

Previsão semelhante consta do artigo 58(2) da CISG, o qual autoriza o vendedor a expedir as mercadorias sob as instruções de não serem entregues ao comprador exceto mediante pagamento. Assim, entende-se que o artigo 71(2) incidirá somente nos casos em que as mercadorias não foram expedidas sob referidas instruções¹⁹².

O mesmo dispositivo, ademais, restringe os efeitos da suspensão promovida pelo vendedor à relação existente entre ele e o comprador, de modo que o direito de terceiros (tais como indivíduos a quem o comprador tenha prometido revender os produtos adquiridos, ou o fretador) permanece intacto e resguardado¹⁹³.

O parágrafo terceiro trata da necessidade de envio de notificação pela parte que suspende a execução do contrato à parte que deu causa a tanto, dando conta da própria suspensão. Referida notificação deve observar o disposto no artigo 27 da CISG, segundo o qual seus efeitos se irradiam a partir de sua emissão, independentemente de seu recebimento pelo destinatário¹⁹⁴. Entretanto, considerando que o propósito do envio da notificação é permitir que a parte possivelmente inadimplente adote as medidas necessárias a prevenir uma eventual falha e a assegurar a execução do contrato, é do próprio interesse do emissor enviar os esforços necessários ao recebimento da notificação pelo destinatário¹⁹⁵.

Embora parte da doutrina sustente que a falha no envio da notificação não implica perda do direito de suspender o contrato¹⁹⁶, algumas decisões tem adotado posicionamento diverso¹⁹⁷.

¹⁹² BENNETT, Trevor. *Comments on Article 71*, in BIANCA, Cesare Massimo, BONELL, Michael Joachim, *Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 529.

¹⁹³ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 431-433.

¹⁹⁴ SILVEIRA, Mercédeh Azeredo da. *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 2005 #2. Vide Seção II.4.a., disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azeredo.html>>.

¹⁹⁵ LIU, Chengwei. *Suspension or avoidance due to anticipatory breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*. 2ª ed., 2005. Vide Seção 5.1.c., disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>.

¹⁹⁶ LIU, Chengwei. *Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL and Case Law*, 1ª ed., 2003. Vide Seção 9.4., disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>>

¹⁹⁷ Alemanha, Corte Distrital de Frankfurt, j. em 31 de janeiro de 1991, decisão n. 32 C 1074/90-41.

Recebida a notificação, o notificado tem a possibilidade de oferecer as garantias adequadas de que a execução do contrato não será interrompida. Para que referidas garantias sejam consideradas “adequadas”, devem elas ser aptas a demonstrar que as circunstâncias que levaram à suspensão jamais existiram ou que elas já foram superadas¹⁹⁸, ou que a parte contrária será compensada por todos os danos incorridos¹⁹⁹.

Se isso de fato for feito, a parte que suspendeu o contrato deve dar prosseguimento a sua execução²⁰⁰.

Caso o notificado consiga demonstrar que as circunstâncias que deram azo à suspensão jamais existiram, a parte supostamente inocente pode ser responsabilizada pela suspensão infundada e conseqüentemente penalizada a suportar as penas e danos decorrentes²⁰¹.

Caso o notificado não consiga prestar garantias suficientes do cumprimento de suas obrigações, pairam dúvidas acerca de quais seriam as conseqüências impostas a ele. De um lado, defende-se a tese de que referida falha autorizaria o notificante a fazer uso do remédio previsto no artigo subsequente: declarar o contrato rescindido²⁰². Por outro lado,

¹⁹⁸ KRITZER, Albert H. *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, Seção 461.

¹⁹⁹ LIU, Chengwei. *Suspension or avoidance due to anticipatory breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*. 2ª ed., 2005, Seção 5.2., disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>.

²⁰⁰ BENNETT, Trevor. *Comments on Article 71*, in BIANCA, Cesare Massimo, BONELL, Michael Joachim, *Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 529.

²⁰¹ LIU, Chengwei. *Suspension or avoidance due to anticipatory breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*. 2ª ed., 2005, Seção 2.2, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>. SILVEIRA, Mercédeh Azeredo da. *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 2005 #2. Vide Seção II.4.b., disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azeredo.html>>.

²⁰² HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 435-436.

BENNETT, Trevor. *Comments on Article 71*, in BIANCA, Cesare Massimo, BONELL, Michael Joachim, *Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 523: “Frequently, however, a failure to provide an adequate assurance will justify a conclusion that a fundamental breach will be committed and avoidance for anticipatory breach will be possible”.

entende-se que referida falha não poderia ser tomada como uma evidência de que o contrato não seria cumprido, de modo que o contrato deveria permanecer apenas suspenso²⁰³.

Artigo 72

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

(2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações.

(3) Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações.

Diferentemente do artigo 71, acima comentado, que lidou com a possibilidade de suspensão do contrato, o artigo 72 lida com a rescisão do contrato por uma das partes, caso torne-se evidente que a outra incorrerá em violação essencial do contrato. Essa diferenciação entre a possibilidade de suspensão e de rescisão do contrato se dá em função da probabilidade e essencialidade da violação²⁰⁴, isto é, caso a violação seja essencial e torne-se manifesta, amplia-se o direito da parte prejudicada, que agora poderá optar por rescindir o contrato, enquanto antes poderia apenas suspendê-lo²⁰⁵.

Feita essa abordagem inicial, passa-se à análise específica de cada parágrafo do artigo em comento. No parágrafo primeiro, temos os requisitos que devem ser satisfeitos a fim de que se possa declarar o contrato rescindido: (i) o primeiro deles diz respeito ao grau de certeza de que a violação contratual ocorrerá; e o segundo, (ii) à gravidade/intensidade da referida violação.

²⁰³ ZIEGEL, Jacob S. *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*. In GALSTON & SMIT ed., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, 1984. Vide Cap. 9, Seção. 9.05, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6.html>>.

²⁰⁴ Digesto da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 2012. Versão reduzida do Digesto para o Artigo 72, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-72.html>>.

²⁰⁵ FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 971.

Quanto ao primeiro requisito, a CISG impõe que a possibilidade de ocorrência de violação contratual deve ser “evidente”. Diferentemente da provisão anterior (artigo 71), o presente dispositivo não enumera os indícios que permitiriam concluir ser “evidente” a possibilidade de ocorrência de violação contratual²⁰⁶. Ademais, o termo “evidente” não apenas se refere à ciência do credor em relação às circunstâncias relevantes para a violação, mas também enfatiza a necessidade de um grau mais elevado de probabilidade de que a violação irá efetivamente ocorrer²⁰⁷.

Assim, o alcance ou não de tal nível de probabilidade deve ser determinado de acordo com o teste objetivo da razoabilidade, nos termos do artigo 8(2) da CISG²⁰⁸²⁰⁹.

Em relação ao segundo requisito do primeiro parágrafo, prescreve a CISG que a violação deve ser antecipada e essencial²¹⁰. Deve ser antecipada, pois ainda não se chegou

²⁰⁶ BENNETT, Trevor, *Comments on Article 72*, in BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim, *Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 528.

²⁰⁷ FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 973. Ressalta-se que a Landgericht de Berlim, em entendimento ratificado pela doutrina acima, apontou que essa alta probabilidade não poderia ser confundida com uma certeza (Caso dos sapatos (Shoes case), Corte Distrital de Berlim, Alemanha, j. em 30 de setembro de 1992, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920930g1.html>>. Similarmente, o tribunal arbitral, no caso da cevada (Barley case), considerou que deveriam existir “good grounds” para evidenciar a futura violação (Barley case, procedimento arbitral n. S 2/97, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche in Wien, Áustria, j. em 10 de dezembro de 1997, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971210a3.html>>.

²⁰⁸ FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 973.

²⁰⁹ Artigo 8(1): “Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes (grifos nossos).

²¹⁰ A título de ilustração, é pertinente mencionar alguns precedentes. A Suprema Corte de Queensland, na Austrália, considerou correta a rescisão contratual antecipada diante da recusa do comprador em providenciar a devida carta de crédito, acordada no contrato (Downs Investments Pty Ltd vs. Perjawa Steel, Suprema Corte de Queensland, Austrália, j. em 17 de novembro de 2000, disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=472>>. Por sua vez, a Corte de Apelação de Düsseldorf, reconheceu como válida a rescisão antecipada fundamentada na recusa de pagamento e de constituição de garantia pelo comprador (Caso dos sapatos (Shoes case), Corte de Apelação de Düsseldorf, Alemanha, j. em 14 de janeiro de 1994, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>>, cf. também Doolim Corp. vs. R Doll, LLC, et al., Corte Distrital Federal de Nova Iorque, Estados Unidos da América, j. em 29 de maio de 2009, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090529u1.html>>. Em sentido similar, a Corte Distrital de Berlim entendeu que a falha do comprador em cumprir suas obrigações de pagar contrato

ao termo de cumprimento da obrigação. Deve ser essencial, em função das circunstâncias existentes e conforme os standards do artigo 25 (cuja análise mais detalhada é feita no item 5.2 do presente estudo). Deve haver a ameaça de uma violação que, se consumada, concede o direito à rescisão do contrato nos termos dos artigos 49 e 64²¹¹⁻²¹².

anterior entre as partes indicaria dificuldades financeiras, permitindo a aplicação do Artigo 72 CISG (Caso dos sapatos (Shoes case), Corte Distrital de Berlim, Alemanha, j. em 30 de setembro de 1992, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920930g1.html>>. Em relação à violação essencial por parte do vendedor, destaca-se precedente russo em que o vendedor, contratado para construir determinado equipamento para o comprador, entregou desenhos preliminares do produto insatisfatórios. Segundo o tribunal arbitral, os erros técnicos presentes nos desenhos já apontavam uma futura violação essencial, permitindo a rescisão antecipada (Caso dos equipamentos de computador (Computer equipment case), Tribunal Arbitral da Câmara da Federação Russa de Comércio e Indústria, Rússia, j. em 25 de abril de 1995, cf. também Procedimento Arbitral n. 238/1998, da Câmara da Federação Russa de Comércio e Indústria, Rússia, j. em 7 de junho de 1999, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990607r1.html>>, em que o vendedor se recusou a contratar frete para o transporte exclusivo dos produtos). A jurisprudência também aponta que não necessariamente a evidência da violação essencial deve se basear em um só fator, podendo ser construída a partir de um conjunto de fatores, como recusa em providenciar carta de crédito ou em receber as mercadorias, insistência na mudança das condições contratuais, cancelamento da garantia contratual etc (Zweirad Technik v. C. Reinhardt A/S, Suprema Corte da Dinamarca, Dinamarca, j. em 17 de outubro de 2007, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071017d1.html>>; CD-R and DVD-R production systems case, CIETAC, China, outubro de 2007, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071000c1.html>>.

²¹¹ LIU, Chengwei, *Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2^a ed, 2005, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>.

²¹² Artigo 49

(1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido:

(a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

(b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do Artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido.

(2) Todavia, se o vendedor tiver entregue as mercadorias, o comprador perderá o direito de declarar o contrato rescindido, se não o fizer:

(a) em caso de entrega tardia, em prazo razoável após ter tomado conhecimento de que a entrega foi efetuada;

(b) em caso de outro descumprimento que não a entrega tardia, dentro de prazo razoável:

(i) após o momento em que tiver ou dever ter tido conhecimento da violação;

(ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo comprador conforme o parágrafo (1) do Artigo 47, ou após o vendedor declarar que não executará suas obrigações no referido prazo suplementar, ou

(iii) após o vencimento de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor conforme o parágrafo (2) do Artigo 48, ou após o comprador declarar que não aceitará o cumprimento.

Artigo 64

(1) O vendedor poderá declarar rescindido o contrato se:

Preenchidos os requisitos constantes do primeiro parágrafo, tem a parte inocente o direito de declarar a rescisão do contrato. A contrario sensu, a declaração infundada da rescisão contratual pode, per se, significar uma violação do contrato, visto que constituirá injustificada recusa de cumprir com as obrigações contratuais, conferindo à outra parte, sobre a qual originalmente recaiam as suspeitas de impossibilidade de adimplemento, o direito a todos os remédios estabelecidos pela CISG, em especial aos danos previstos pelos artigos 74²¹³ e seguintes²¹⁴.

Prosseguindo à análise do parágrafo segundo, trata este da necessidade de notificação da parte potencialmente inadimplente para que tenha a oportunidade de oferecer, em tempo hábil, garantias suficientes ao cumprimento das obrigações²¹⁵. O fundamento por trás da obrigatoriedade da notificação está em dar à parte supostamente devedora a

(a) o descumprimento pelo comprador de qualquer das obrigações que lhe incumbem segundo o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

b) o comprador não cumprir a obrigação de pagar o preço, ou não receber as mercadorias no prazo suplementar fixado pelo vendedor, de acordo com o parágrafo (1) do Artigo 63, ou, ainda, declarar que não o fará no prazo assim fixado.

(2) Todavia, caso o comprador tenha pago o preço, o vendedor perderá o direito de declarar resolvido o contrato se não o fizer:

(a) antes que o vendedor tome conhecimento do cumprimento da obrigação, caso se trate de cumprimento tardio pelo comprador;

(b) caso se trate de descumprimento de outra natureza que não o cumprimento tardio pelo comprador, dentro de prazo razoável:

(i) após o momento em que teve ou deveria ter tido conhecimento do descumprimento; ou

(ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo vendedor de acordo com o parágrafo (1) do Artigo 63, ou após o comprador ter declarado que não cumpriria suas obrigações dentro desse prazo.

²¹³ Artigo 74: As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

²¹⁴ LOOKOFKY, Joseph, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in HERBOTS, J. & BLANPAIN, R. (Eds.), *International Encyclopaedia of Laws - Contracts*, Suppl. 29 (December 2000) 1-192, p. 150; FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 982.

²¹⁵ Caso dos Sapatos, Corte de Apelação de Düsseldorf, Alemanha, j. em 14 de janeiro de 1994, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>>.

oportunidade de sanar as incertezas em relação a sua lealdade contratual, por meio do fornecimento de garantia adequada²¹⁶.

Em relação à forma, a notificação deve estar de acordo com o artigo 27²¹⁷²¹⁸ e deve ser feita de maneira apropriada conforme as circunstâncias. Em relação ao tempo e ao conteúdo, embora não haja um prazo específico dentro do qual a notificação deva ser feita, o dever de mitigação previsto no artigo 77 impõe ao credor o dever de esclarecer a situação ao devedor o mais rápido possível e de forma clara, a fim de evitar uma exasperação dos danos²¹⁹.

Duas exceções a esta obrigatoriedade podem ser vislumbradas. A primeira encontra-se no parágrafo subsequente (artigo 72(3)), de acordo com o qual a notificação torna-se desnecessária quando o notificado já houver declarado que não cumprirá suas obrigações²²⁰. A segunda resulta da interpretação do próprio dispositivo sob análise, no sentido de que, inexistindo tempo suficiente, não se faz necessário o envio da notificação²²¹. Ressalta-se que o tempo suficiente também terá relação com o lapso temporal entre o envio

²¹⁶ HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 437. A obrigatoriedade da notificação é algo debatido na doutrina. No entanto, defende-se que deve ser obrigatória, pois o propósito do Artigo 72 é conceder ao devedor a chance de manter o contrato e, caso o contrato pudesse ser rescindido por violação essencial antecipada independente de prévia notificação, esta chance do devedor lhe seria retirada (FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 974).

²¹⁷ ENDERLEIN, Fritz & MASKOW, Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Nova Iorque: Oceana Publications, 1992, p. 292.

²¹⁸ Artigo 27: Salvo disposição expressa em contrário nesta Parte da Convenção, se qualquer notificação, pedido ou outra comunicação for feita por uma das partes de conformidade com esta Parte da Convenção, por meios adequados às circunstâncias, o atraso ou erro na transmissão de ou o fato de não ter chegado a seu destino não prejudicará o direito desta parte de valer-se da referida comunicação.

²¹⁹ FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 976.

²²⁰ LOOKOFISKY, Joseph, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in HERBOTS, J. & BLANPAIN, R. (Eds.), *International Encyclopaedia of Laws - Contracts*, Suppl. 29 (December 2000) 1-192, p. 150; Sentença Arbitral CCI n. 8786/1997, disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=463>>

²²¹ LIU, Chengwei, Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, 2ª ed, 2005, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>

da notificação e o término do prazo para o cumprimento. Isso porque o devedor deve ter tempo suficiente para apresentar sua garantia²²².

Em relação às garantias que podem ser apresentadas pelo devedor, são consideradas suficientes tanto as garantias de que as obrigações serão cumpridas, quanto as de que a parte inocente será indenizada por suas perdas²²³. No entanto, a mera alegação de que as garantias serão prestadas não é suficiente²²⁴. A adequação de uma garantia irá variar dependendo das circunstâncias, incluindo a integridade do promitente, suas condutas prévias em relação ao contrato e a natureza do evento que criou a incerteza em relação à sua habilidade e vontade de cumprir o contrato²²⁵.

Antes de se proceder aos comentários ao artigo 73, é patente realizar uma análise comparativa dos dois dispositivos anteriormente apresentados, que se distinguem fundamentalmente quanto as suas consequências, naturezas e seus requisitos.

Enquanto o exercício do direito de suspensão posterga o termo para performance, colocando o contrato “*on hold*” até que o risco de violação cesse ou seja neutralizado nos termos do artigo 71(3)²²⁶; a rescisão opera-se de imediato, de forma que as obrigações contratuais futuras deixam de existir e o credor se vê liberado de cumprir ou aceitar performance²²⁷, ficando no direito de ser indenizado na extensão dos danos causados pela violação antecipada²²⁸.

²²² ENDERLEIN, Fritz & MASKOW, Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Nova Iorque: Oceana Publications, 1992, p. 292.

²²³ LIU, Chengwei, *Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2ª ed., 2005, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>.

²²⁴ SILVEIRA, Mercédeh Azeredo da. *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nordic Journal of Commercial Law, issue 2005 #2, p.31.

²²⁵ KOCH, Robert. *The concept of fundamental breach of contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, in Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1998 177, 306 (Kluwer Law International 1999), pp. 305-306.

²²⁶ FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 953.

²²⁷ HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 437. Quanto aos efeitos da rescisão em geral, conferir “CISG-AC Opinion n. 9, Consequences of Avoidance of the Contract”, Rapporteur: Professor

Com efeito, a suspensão é remédio de natureza preliminar (ou temporária)²²⁹, servindo de impulso para a comunicação entre as partes e o cumprimento do contrato²³⁰. Por sua vez, a rescisão prevista no Artigo 72 mostra-se a antecipação de um remédio extintivo²³¹.

É exatamente por força dessa diferença essencial na natureza dos remédios que se justifica a distinção marcante no grau dos requisitos para a sua aplicação²³². Nesse sentido, salta aos olhos a existência de uma diferença no grau de certeza de que a parte contrária descumprirá suas obrigações, assim como na gravidade da violação exigida por cada um deles²³³.

Especificamente em relação à probabilidade da violação, a própria escolha dos termos utilizados em cada um dos artigos já reflete esse contraste. Ao passo que o artigo 71 exige que a possibilidade de inadimplemento seja “apparent” (“apparaît”), o artigo 72 exige que a mesma possibilidade seja “clear” (“manifeste”)²³⁴.

Michael Bridge, London School of Economics, Londres, Reino Unido. Adotada pelo CISG-AC em seu 12º encontro em Tóquio, Japão, 15 de novembro de 2008.

²²⁸ FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 982.

²²⁹ LIU, Chengwei, *Suspension or avoidance due to anticipatory breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2ª ed, 2005, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>.

²³⁰ FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 971.

²³¹ FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 971.

²³² FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 971.

²³³ Digesto da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 2012. Versão reduzida do Digesto para o Artigo 72, disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-72.html>>; HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 437-438; FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 971.

²³⁴ Na versão oficial em inglês, Article 71(1) “A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations ...”; Article 72(1) “If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided” (grifos nossos). Na versão oficial em francês: Article 71 (1) “Une partie peut différer l'exécution

Com base nisto, vários autores defendem que o grau de certeza exigido pelo segundo dispositivo seria mais elevado, o que se justifica inclusive pela gravidade do remédio colocado à disposição da parte inocente (declaração de rescisão do contrato, em oposição à mera suspensão)²³⁵. O mesmo entendimento encontra amparo em alguns julgados²³⁶.

No que se refere à gravidade da violação futura, a diferença é ainda mais clara, tendo em vista que apenas uma violação essencial permite acionar o remédio do Artigo 72, enquanto para a suspensão bastaria o descumprimento de parte substancial do contrato²³⁷.

Outro ponto que merece destaque consiste na desnecessidade de se suspender o contrato (nos termos do artigo 71) antes de rescindi-lo (nos termos do artigo 72). Isso ocorre porque os requisitos para suspensão e para rescisão são diferentes (tanto em relação à necessidade de notificação prévia quando à gravidade da violação)²³⁸, o que faz com que seja

de ses obligations lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations..."; Article 72(1) "Si, avant la date de l'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat, l'autre partie peut déclarer celui-ci résolu" (grifos nossos). É preciso ressaltar, no entanto, que referida distinção não se verifica na versão em português da CISG, haja vista que em ambos dispositivos é empregado o termo "evidente".

²³⁵ HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 437-438; FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 971; ENDERLEIN, Fritz & MASKOW, Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Nova Iorque: Oceana Publications, 1992, p. 291; LIU, Chengwei, *Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2ª ed, 2005, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>. Essa posição também é reforçada pela rejeição da proposta feita pela delegação egípcia, durante a Conferência de Viena, em conjugar os Artigos 71 e 72, atribuindo-lhes os mesmos critérios (BENNETT, Trevor, *Comments on Article 72*, in BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim, *Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 528). Em sentido contrário, SCHLECHTRIEM, Peter, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena: Mainz, 1986, segundo o qual: "the different formulations do not require different degrees of certainty - such a requirement would hardly be practicable anyway" (p. 96).

²³⁶ Caso da Cevada, Vienna Arbitration proceeding S 2/97, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche in Wien, Áustria, j. em 10 de dezembro de 1997, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971210a3.html>>; Caso das Bebidas, Corte Distrital de Saane, Suíça, j. em 20 de fevereiro de 1997, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970220s1.html>>.

²³⁷ LIU, Chengwei, *Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2ª ed, 2005, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>; FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 971.

²³⁸ SILVEIRA, Mercédeh Azeredo da. *Anticipatory breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nordic Journal of Commercial Law, issue 2005 #2, p.18.

possível inclusive escolher uma em detrimento da outra ou aplica-los concomitantemente²³⁹, desde que os requisitos para ambas as opções de atuação estejam presentes²⁴⁰.

Cabe destacar que essa aplicação concomitante, possível nas hipóteses de clara violação essencial futura do contrato, é recomendada, por mais que não seja necessária²⁴¹.

Nessas situações, deve a parte supostamente credora enviar uma notificação híbrida que conjugue as exigências de ambos os artigos, notificando tanto a suspensão do contrato, quanto a sua intenção de rescindir o contrato, caso a parte supostamente credora perpetue a violação ou falhe em oferecer garantia adequada²⁴².

Essa opção, contudo, deve se atentar a dois princípios cardeais dentro da CISG: o dever de mitigação dos danos, insculpido no artigo 77 da CISG, e o princípio da razoabilidade, permeia toda a CISG²⁴³. Nesse sentido, a parte credora deve comparar os danos eventualmente causados por uma aplicação conjunta ou separada²⁴⁴. assim como fazer

²³⁹ BENNETT, Trevor. *Comments on Article 71*, in Cesare Massimo Bianca & Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention* 525, 529, Milão: Giuffrè, 1987, p. 529.

²⁴⁰ FOUNTOULAKIS, Christiana, in SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 971.

²⁴¹ FOUNTOULAKIS, Christiana, In SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª Ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, P. 971; EISELEN, Sieg, *Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of international commercial contracts may be used to interpret or supplement articles 71 And 72 of the CISG*, 2002, Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni71,72.html#er>>.

²⁴² FOUNTOULAKIS, Christiana, In SCHLECHTRIEM, Peter & SCHWENZER, Ingeborg (Eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª Ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, P. 971; BENNETT, Trevor, *Comments On Article 72*, in BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim, *Commentary On The International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 529.

²⁴³ SILVEIRA, Mercédeh Azeredo da. *Anticipatory breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, Issue 2005 #2, p.10.

²⁴⁴ BENNETT, Trevor, *Comments on Article 72*, in BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim, *Commentary On The International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 528; LIU, Chengwei, *Suspension or avoidance due to anticipatory breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2ª Ed., 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>.

um juízo da razoabilidade dessa escolha, contrastando as circunstâncias do caso concreto com a preferência genérica da CISG pela continuação dos contratos²⁴⁵.

Feitos estes comentários, pode-se dar continuidade à análise do artigo 73 da CISG.

Artigo 73

(1) Nos contratos que estipulem entregas sucessivas de mercadorias, o descumprimento por uma das partes das obrigações relativas a qualquer das entregas que constituir violação essencial do contrato em relação a esta entrega dará à outra parte o direito de declarar rescindido o contrato quanto a essa mesma entrega.

(2) Se o descumprimento, por uma das partes, de suas obrigações relativas a qualquer das entregas der à outra parte fundados motivos para inferir que haverá violação essencial do contrato com relação a futuras entregas, esta outra parte poderá declarar o contrato rescindido com relação ao futuro, desde que o faça dentro de prazo razoável.

(3) O comprador que declarar resolvido o contrato com relação a qualquer entrega poderá simultaneamente declará-lo resolvido com respeito a entregas já efetuadas ou a entregas futuras se, em razão de sua interdependência, tais entregas não puderem se destinar aos fins previstos pelas partes no momento da conclusão do contrato.

Enquanto o Artigo 72 prevê a possibilidade geral de quebra antecipada do contrato, o Artigo 73 regula a quebra antecipada de contratos com entregas sucessivas de mercadorias.

O Artigo 73 estabelece três possibilidades distintas para a quebra antecipada do contrato.

No primeiro parágrafo, caso uma das partes descumpra obrigações relativas a qualquer das entregas e esse descumprimento for considerado violação essencial do contrato, a parte poderá declarar rescindido o contrato em relação a essa entrega cuja obrigação foi violada. Percebe-se, portanto, que, nos termos do parágrafo primeiro, somente a parte do contrato relativa à entrega cuja obrigação foi violada será rescindida. Cabe mencionar que o artigo não confere à parte buscando a rescisão do contrato o ônus de notificar a outra parte de sua intenção e de oferecer período de cura.

²⁴⁵ SILVEIRA, Mercédeh Azeredo da. *Anticipatory breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, Issue 2005 #2, p.10.

Já o segundo parágrafo confere a uma das partes a possibilidade de declarar rescindido o contrato caso a outra parte descumpra suas obrigações em relação a qualquer uma das entregas e esse descumprimento crie fundado motivo de que haverá violação essencial do contrato com relação a futuras entregas.²⁴⁶ Para que a parte lesada esteja autorizada a rescindir o contrato em relação às entregas futuras, é necessária que esse fundado motivo de descumprimento refira-se à violação essencial do contrato, nos termos dos artigos 25, 49 e 64 da CISG.²⁴⁷ Além disso, o parágrafo segundo estabelece que a parte buscando a rescisão das entregas futuras de mercadoria deve declarar sua intenção “dentro de prazo razoável”, o que pode gerar disputas de interpretação quanto a que prazo seria razoável.

O parágrafo terceiro também autoriza a parte a declarar rescindido o contrato em relação ao futuro no caso de descumprimento de obrigação relacionada à entrega de mercadoria. No entanto, ao contrário do segundo parágrafo, que autoriza a parte a rescindir o contrato como um todo caso haja a presunção de que a parte inadimplente não conseguirá cumprir as obrigações futuras; o terceiro parágrafo trata da hipótese em que a obrigação descumprida é interdependente com as entregas futuras e/ou passadas e, por isso, o descumprimento da obrigação torna inócuo os fins previstos pelas partes no momento da conclusão do contrato, autorizando a rescisão.²⁴⁸ Cabe mencionar que as partes do contrato devem ter ciência da interdependência das entregas no momento da celebração do contrato. A ciência dessa interdependência somente do comprador no momento da celebração, por exemplo, não é suficiente para a aplicação do terceiro parágrafo.²⁴⁹

Além disso, em comparação com o Artigo 72, percebe-se que, enquanto o segundo parágrafo do Artigo 73 exige a externalização da intenção de rescindir o contrato “dentro de prazo razoável”, o Artigo 72 não faz qualquer exigência expressa nesse sentido.

²⁴⁶ LIU, Chengwei, *Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2ª ed, 2005, disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>>.

²⁴⁷ BENNETT, Trevor. *Comments on Article 73*, in BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim, *Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 535.

²⁴⁸ BENNETT, Trevor. *Comments on Article 73*, in BIANCA, Cesare Massimo & BONELL, Michael Joachim, *Commentary on the International Sales – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 535.

²⁴⁹ BRIDGE, Michael. *Issues Arising Under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Journal of Law and Commerce*, 6ª ed., 2005, p. 421.

Por fim, ao passo que o parágrafo primeiro do Artigo 72 exige, para a declaração de rescisão, a “evidente” percepção de que a outra parte incorrerá em violação essencial do contrato, o parágrafo segundo do Artigo 72 estabelece que a parte poderá rescindir o contrato com relação a futuras entregas se houver “fundados motivos” para inferir que haverá violação essencial do contrato. Tendo em vista a diferença de termos utilizados, a doutrina tende a entender que, para a aplicação do parágrafo segundo do artigo 73, o grau de certeza quanto à provável violação essencial do contrato é menor se comparado com o parágrafo primeiro do artigo 72²⁵⁰.

5.3.2. COMENTÁRIOS À DECISÃO BRASILEIRA EM QUE O INSTITUTO DA QUEBRA ANTECIPADA FOI APLICADO SOB INFLUÊNCIA DA CISG

Dentre as decisões analisadas, apenas uma fez referência ao instituto da quebra antecipada sob influência da CISG. Trata-se do caso José Henrique Sebastião Nascimento de Souza (e outra) vs. Construtora Costa Norte Empreendimentos Imobiliários SC Ltda. (TJSP)²⁵¹, apelação interposta contra sentença que julgou procedente a ação de cobrança e determinou que os réus pagassem as prestações vencidas e vincendas, com multa de 10%. Os apelantes sustentam a nulidade do processo por cerceamento de defesa e alegam que, por causa da inércia da construtora em entregar o apartamento, foram desestimulados a adimplir as obrigações de trato sucessivo.

Preliminarmente, o Tribunal entendeu que não houve irregularidade que comprometesse a eficácia do processo. No mérito, constatou que ambas as partes haviam inadimplido o contrato, mas entendeu que a interrupção do pagamento das parcelas era justa, pois se enquadrava na regra da *exceptio non adimpleti contractus*, presente no Art. 476 do Código Civil de 2002. Sobre o assunto, foi feita citação ao trecho do artigo de Pablo Malheiros da Cunha Frota²⁵², que faz menção ao instituto da quebra antecipada do contrato

²⁵⁰ SCHLECHTRIEM, Peter e BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sales of Goods*, Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 2009, p. 193.

²⁵¹ Apelação nº 9184632-38.2005.8.26.0000 (número antigo: 379.981-4/0).

²⁵² O trecho transcrito no acórdão foi o seguinte: “As exceções sobreditas abarcam também a hipótese de quebra antecipada do contrato (Artigo 72 da Convenção de Viena, entendimento doutrinário e julgado do STJ - REsp 309626), na qual o devedor, de forma expressa ou tácita, devidamente provada, por ação ou omissão, demonstra que não cumprirá a obrigação no termo ajustado, embora a prestação seja ineficaz. Equipara-se a referida quebra antecipada com a da inexecução negocial para fins de reparação civil e resolução contratual, com efeito *ex tunc*, a fim de avaliar a extensão das perdas e danos. Vulnera-se com referida quebra antecipada o dever de cooperação e o princípio da confiança”, em HIRONAKA, Giselda

(Artigo 72 da CISG)²⁵³. A figura foi explicada por meio da hipótese na qual há uma demonstração do devedor, devidamente provada, de que não cumprirá a obrigação no prazo ajustado, situação que vulnera o dever de cooperação e o princípio da confiança. Assim, a *anticipatory breach of the contract* foi comparada à figura jurídica brasileira da inexecução negocial para fins de reparação civil e resolução contratual.

No mais, o tribunal considerou que o fato de a construtora ter exigido o pagamento das prestações configurou abuso de direito de exercer as prerrogativas contratuais (art. 187, CC/2002) e má-fé (art. 422, CC/2002), uma vez que o bem negociado, qual seja, o apartamento, nem havia ao menos sido ofertado pela apelada. Por fim, deu provimento para julgar improcedente a ação de cobrança e condenou a construtora ao pagamento das custas e honorários.

Primeiramente, é válido ressaltar que o presente acordo não aplicou o instituto da quebra antecipada do contrato para resolver a controvérsia, mas sim a figura da exceção do contrato não cumprido (*exceptio*).²⁵⁴ A *anticipatory breach of the contract* foi apenas mencionada em um trecho de um artigo citado, mas não houve posterior explicação de como essa figura se aplicaria ao caso concreto. Até porque ela pressupõe uma rescisão do contrato por parte do contratante que percebe que o devedor não adimplirá a obrigação. Mais do que isso: a quebra antecipada do contrato, como disciplinada pela CISG, impõe três requisitos para a sua aplicabilidade: (i) a existência de claras evidências que a outra parte não adimplirá sua obrigação; (ii) o inadimplemento deverá constituir violação fundamental do contrato (*fundamental breach of the contract*); e (iii) notificação da intenção de rescindir o

Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio (coord.), *Direito Contratual – Temas Atuais*, São Paulo: Método, 2008, p. 575.

²⁵³ Artigo 72 (1) *Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste.* (2) *Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações.* (3) *Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações.*

²⁵⁴ A exceção do contrato não cumprido está regulada nos Artigos 476 e 477 do CC/2002 e estabelece, em linhas gerais, que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes pode exigir o implemento d obrigação pela parte contrária antes de cumprida a sua obrigação. Miguel Serpa Lopes explica que, para aplicação da exceção do contrato não cumprido, é necessário o cumprimento simultâneo de três requisitos: “1.º) um laço de conexão entre duas obrigações nascidas de uma relação obrigatória; 2.º) a exigibilidade dessas obrigações num mesmo momento; 3.º) a inadimplência, 4.º) a necessidade de boa-fé ao ser ela invocada”, em SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções Substanciais: Exceção de Contrato Não Cumprido*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 226.

contrato nos casos em que não há declaração expressa do inadimplemento futuro. No caso, não há rescisão por parte dos apelantes.

Então por que o tribunal teria feito referência à quebra antecipada? No ordenamento pátrio, diante do inadimplemento de uma obrigação contratual, a parte lesada em geral possui duas alternativas: (i) resolver o contrato; ou (ii) exigir o cumprimento específico da obrigação inadimplida (Art. 475 do CC/2002). No entanto, a parte lesada somente está autorizada a realizar as duas alternativas se não estiver em mora anteriormente já que, caso a parte lesada estiver em mora, a parte contrária poderá aplicar a *exceptio non adimpleti contractus* para justificar o seu inadimplemento (Art. 476 do CC/2002).

No caso do acórdão, o tribunal entendeu que a autora não teria direito a cobrar as parcelas vencidas e vincendas aos réus – ou mesmo rescindir o contrato diante do seu não pagamento - porque a própria autora também estaria em mora em relação aos réus, os quais, portanto, estavam autorizados a aplicar a *exceptio non adimpleti contractus* e não pagar referidas parcelas.

5.4. REQUISITOS DE FORMA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Livia Calicchio Barbosa
Renata Rizzo

5.4.1. BREVE NOTA SOBRE OS REQUISITOS DE FORMA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS NA CISG

De acordo com o art. 11 da CISG: “*O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas*”.

Trata-se de consagração do princípio da liberdade de forma na celebração dos contratos de compra e venda internacional, dentre as disposições gerais da CISG²⁵⁵. Além disso, prevê-se a possibilidade de provar a existência do contrato por qualquer meio, inclusive testemunhal.

O Código Civil Brasileiro contém disposições que se aproximam do referido princípio, ao estabelecer a liberdade de forma como regra geral, salvo as exceções expressamente previstas em lei. De acordo com o art. 107 do CC, “*a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*”. Ainda, privilegia-se a liberdade de prova dos negócios jurídicos, conforme art. 212: “*Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção*”.

A liberdade de forma prevista no art. 11 da CISG não impede, contudo, que as partes pactuem quanto à necessidade de requisitos formais em determinados casos. É comum, por exemplo, que um ofertante indique em sua oferta a necessidade de aceitação formal para a conclusão de determinado negócio jurídico, não se perfazendo pelo mero aceite verbal.²⁵⁶ Ademais, conforme o art. 29(2) da CISG, podem as partes pactuar que quaisquer

²⁵⁵ Interpreta-se que a previsão do art. 11, somada à disposição do art. 29(1) da CISG levam a existência de um princípio geral de acordo com o qual todas as declarações no âmbito da CISG não são, como regra, sujeitas a qualquer requisito de forma. Ver HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, Munique: Sellier, 2007, p.37.

²⁵⁶ Vide HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, Munique: Sellier, 2007, p. 181.

modificações ou término de um contrato escrito sejam também levados a efeito somente por escrito²⁵⁷.

Em matéria de requisitos de forma, a doutrina costuma destacar a possibilidade de conflitos entre a liberdade estabelecida pelo art. 11 da CISG e eventuais requisitos formais previstos na legislação interna de determinado país.

De acordo com o art. 12 da CISG, de caráter inderrogável, a liberdade de forma consagrada no art. 11 não será aplicável caso um dos contratantes possuir estabelecimento comercial em um Estado que tenha feito uma ressalva conforme o art. 96 da CISG.²⁵⁸

Assim dispõe o art. 12: *“Não se aplicará qualquer das disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita a celebração, alteração ou rescisão do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer manifestação de intenção, por outra forma que não a escrita, quando uma das partes tiver seu estabelecimento comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derrogar nem modificar o efeito do presente artigo.”*

Há, contudo, divergências interpretativas quanto aos efeitos de uma declaração feita por um Estado nos termos do art. 96 da CISG.

De acordo com uma das visões doutrinárias, a mera ressalva feita por um Estado nos termos do art. 96 não faz com que a parte que tenha estabelecimento comercial naquele país tenha que necessariamente observar os requisitos de forma estabelecidos em sua legislação interna.

²⁵⁷ CISG, art. 29(2): *“O contrato escrito que contenha disposição prevendo que qualquer modificação ou rescisão somente se possa fazer por escrito não poderá ser modificado ou resiliado por outra forma. Todavia, uma parte poderá ser impedida por sua própria conduta de invocar esta disposição, na medida em que a outra parte tiver confiado nessa conduta”.*

²⁵⁸ CISG, art. 96: *“O Estado Contratante cuja legislação exigir que os contratos de compra e venda sejam concluídos ou provados por escrito poderá, a qualquer momento, fazer a declaração prevista no artigo 12, no sentido de que, caso qualquer das partes tenha seu estabelecimento comercial nesse Estado, não se aplicarão as disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II da presente Convenção, que permitirem a conclusão, modificação ou resolução do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção por qualquer forma que não a escrita”.*

Defende-se, neste caso, que regras de direito privado internacional em matéria de conflito de leis sejam observadas de modo a se aferir se aplicáveis as normas do Estado que fez a declaração nos termos do art. 96 são aplicáveis, hipótese na qual os requisitos de forma deverão ser cumpridos, ou se aplicam as leis do Estado em relação ao qual não há qualquer ressalva quanto ao princípio de liberdade de forma consagrado no art. 11²⁵⁹.

O tema foi objeto, por exemplo, de disputa travada entre as empresas Forestal Guarani S.A. (“Forestal”), argentina, e Daros International, Inc. (“Daros”)²⁶⁰, americana. Naquele caso, a empresa argentina exportou determinada quantidade de peças de madeira, após terem as partes entrado em um contrato verbal. A Forestal alegou que parte das peças não foram pagas pela empresa americana, tendo proposto uma ação judicial perante a Corte Superior de New Jersey, posteriormente redistribuída para a Corte Federal. Já a Daros alegou que a Argentina realizou a reserva prevista no art. 96 da CISG, de modo que a exigência de que os contratos fossem escritos, conforme a lei argentina, deveria prevalecer. Ao analisar o caso, a Corte entendeu que não foram produzidas provas escritas suficientes em relação à existência de contrato entre as partes, devendo ser preservada a vontade da Argentina ao exercitar a sua opção se reserva.

Outro caso acerca do tema foi analisado pela Corte de Arbitragem de Moscou (“*Arbitration Court of Moscow City*”), cuja decisão foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte de Arbitragem da Rússia (“*High Arbitration Court*”)²⁶¹. Um vendedor polonês se comprometeu a vender cebolas a um comprador russo. Durante o período de entrega, as partes alteraram os termos do contrato e seu preço. O comprador russo não realizou o pagamento. A Corte de Arbitragem de Moscou entendeu que, como a Rússia realizou a reserva disposta no art. 96 da CISG, as mudanças realizadas no contrato de compra e venda deveriam ser feitas por escrito, o que de fato ocorreu no caso, inexistindo justificativas para o inadimplemento.

²⁵⁹ Sobre o tema, confira-se: Digesto da UNCITRAL sobre a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 2012. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>>. Acesso em 04.06.2016.

²⁶⁰ Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081007u1.html>> (*Forestal Guarani, S.A. vs. Daros International, Inc.*, Estados Unidos, Corte Distrital Federal de Noja Jérsei, j. em 7 de outubro de 2008. Último acesso em 24.6.2016.

²⁶¹ Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970325r2.html>> (Rússia, Decisão n. 6, Resolução n. 4670/96, j. em 25 de março de 1997 pela Alta Corte de Arbitragem. Último acesso em 24.6.2016.

Mais um caso que discute o tema se trata de uma disputa húngara-alemã, decidida em 1992, na qual um comerciante da Hungria realizou uma encomenda de mercadoria a um vendedor alemão, por telefone²⁶². Quando a mercadoria foi entregue, o húngaro se recusou a realizar o pagamento respectivo, afirmando que teria havido violação à forma escrita exigida aos contratos, conforme o Direito Húngaro. A Corte Húngara aplicou a regra de conflito de leis do direito internacional privado Húngaro, segundo a qual deve ser aplicada a lei do Estado onde o vendedor está localizado no momento da conclusão do contrato. Dessa forma, foi aplicada ao caso a lei alemã, país no qual não há a reserva relativa ao art. 96 da CISG e, portanto, admite-se o contrato celebrado ainda que de forma oral. O comprador foi condenado a pagar o preço.

5.4.2. COMENTÁRIOS À DECISÃO BRASILEIRA EM QUE SE DECIDIU SOBRE OS REQUISITOS DE FORMA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS SOB INFLUÊNCIA DA CISG

Em matéria de requisitos de forma, foi encontrada apenas uma decisão brasileira que fez menção ao art. 11 da CISG.

Trata-se de Apelação Cível julgada pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, em disputa entre Frutales Sociedad Anônima e J. Maciel e Cia. Ltda.²⁶³, na qual se discutiu obrigação de pagar em contrato de compra e venda internacional de mercadorias.

A apelante, Frutales Sociedad Anônima, alegou que a mercadoria foi entregue e parte do débito não foi paga. A apelada, J. Maciel e Cia. Ltda, por sua vez, sustentou ser responsável exclusivamente pela liberação aduaneira e despacho da mercadoria, tendo cumprido todas as suas obrigações, enviando a mercadoria para o efetivo comprador.

Na decisão, afirma-se terem sido produzidas provas capazes de demonstrar a existência de relação jurídica entre as partes, tais como cópias de conhecimento de transporte internacional e cópia de transferência de valores, a comprovar a existência de contrato de compra e venda autônomo e não mera intermediação como sustentado pela apelada.

²⁶² KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. *Comentários à Convenção de Viena: compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 153.

²⁶³ TJPR, Apel. n. 0002733-73.2011.8.16.0052, Rel. Des. Francisco Cardozo Oliveira, j. 17.06.2015.

No caso, em razão de o vendedor ter domicílio na Argentina e o comprador no Brasil, cuida-se de contrato de compra e venda internacional. Por se tratar de contrato de compra e venda internacional, a decisão aplicou, “por analogia”, a disposição contida no art. 11 da CISG para indicar a possibilidade de se comprovar a existência do contrato por qualquer meio de prova, inclusive testemunhos, o que estaria em consonância com os arts. 212 e 482 do Código Civil. Nos termos da decisão:

“Embora a Convenção de Viena de 1980 (UNCITRAL) somente tenha passado a produzir efeitos jurídicos no Brasil em 1 de abril de 2014, conforme consta do Decreto n.o 8327 de 16 de outubro de 2014, pode-se aplicar ao caso, por analogia, o disposto no art. 11 da referida Convenção de Viena de 1980 (UNCITRAL) que afirma que o contrato de compra e venda de mercadorias pode ser comprovado por qualquer meio, inclusive mediante testemunhos, o que está em consonância com o art. 212 e 482 do Código Civil.”

Nota-se que apenas a parte final do art. 11, relativa ao meio de prova do negócio, foi aplicada na decisão. A parte relativa à liberdade aos requisitos de forma na celebração de contratos, mais comumente objeto dos casos em que a CISG é norma de regência, não foi aplicada no referido acordão. Não foram discutidos aspectos como eventual ressalva nos termos do art. 96, ou eventuais divergências com normas internas dos Estados contratantes.

A liberdade quanto aos meios de prova do contrato, acrescente-se, é consagrada pelas normas jurídicas internas brasileiras, tal como expressamente referido na decisão, que menciona o art. 212 do CC.

6. CONCLUSÃO

Para chegar às 81 decisões que compõem este RELATÓRIO, foi necessária a leitura de centenas decisões oriundas dos *sites* de todos os 26 estados, além do STJ e do STF. Foi, portanto, um trabalho árduo, possível apenas em razão do esforço coletivo dos coordenadores e pesquisadores.

Ao final desta PESQUISA, é possível afirmar que a conclusão mais importante foi a influência concreta da CISG sobre a jurisprudência brasileira, decerto fruto do trabalho de todos os professores, acadêmicos e advogados que há anos promovem a convenção no território brasileiro, bem como do esforço feito pela comunidade envolvida com as simulações de arbitragem envolvendo a CISG (*moot courts*). Todo esse conjunto de pessoas vem apresentando artigos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, livros, palestras, seminários, congressos etc. Tudo isso, sem dúvida, contribuiu para que a CISG e seu sistema de direito contratual, focado no equilíbrio entre elementos oriundos da tradição consuetudinária e romanística, pudesse influenciar a modernização do ordenamento nacional, o que se vê de forma concreta nas decisões aqui repertoriadas, que, mesmo sem aplicar diretamente a CISG, dela se servem para dar solução a casos.

Ainda nesta linha, é interessante perceber que esta influência vem de muito antes da acessão do Brasil à convenção, que ocorreu em 2014. Como visto no cap. 5.2.2. *supra*, o STJ vem sendo influenciado pela CISG ao menos desde 2011, quando proferido o famoso precedente da lavra do Min. Ruy Rosado. Nesse julgado, o STJ aplicou a tese do adimplemento substancial como um espelho do inadimplemento fundamental previsto no art. 25 da CISG, para afirmar que a extinção da relação contratual deveria ocorrer apenas quando o inadimplemento fosse grave a ponto de tornar a prestação imprestável para o credor. Não à toa, quase 50% dos casos repertoriados envolviam a aplicação da tese do adimplemento substancial.

Outros institutos presentes na CISG foram identificados dentre os precedentes listados. Um deles é o dever de mitigação dos danos, presente no art. 77 da CISG. De acordo com a análise feita no cap. 5.1. *supra*, a jurisprudência relaciona o dever de mitigação com o princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do Código Civil. Infelizmente, no entanto, não há muito rigor técnico na aplicação do instituto, na medida em que não se verifica, por

exemplo, a preocupação com o requisito da “previsibilidade” previsto no art. 74 da CISG, o que permite afirmar que a jurisprudência aplica apenas a *ratio* do princípio da mitigação, como uma espécie de princípio derivado da boa-fé objetiva.

Foi identificado também um julgado que se pautou no instituto da violação antecipada do contrato, previsto nos arts, 71, 72 e 73 da CISG. O julgado, analisado no cap. 5.3 *supra*, registra a influência da CISG no voto do relator, que decidiu recurso oriundo de disputa envolvendo a exceção de contrato não cumprido, previsto no art. 476 do Código Civil.

Por último, foi identificado um precedente em que a CISG foi aplicada por analogia em discussão envolvendo os requisitos de forma dos contratos internacionais. O julgado encontrado trata de um caso que se assemelha muito à hipótese “tradicional” de aplicação da CISG, na medida em que envolveu um litígio em torno de um contrato de compra e venda internacional, entre uma parte brasileira e uma argentina. Neste caso, o art. 11 da CISG serviu de reforço para a afirmação do Tribunal de que uma relação contratual pode ser comprovada por qualquer meio, inclusive testemunhal.

Assim, embora não se tenha identificado nenhum caso em que a CISG tenha sido aplicada diretamente, como lei aplicável ao mérito da disputa, foram identificados vários elementos concretos da influência dessa convenção em nosso ordenamento. Esse resultado é muito positivo, sobretudo dado o pouco tempo de vigência da convenção. Espera-se que, quando da atualização desta PESQUISA, seja possível expor uma série de casos em que a CISG tenha sido aplicada diretamente.

ANEXO I
BANCO DE DADOS DAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS SOBRE A CISG