

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

Leonardo Esteban Mato Neves da Fontoura

**ANÁLISE ACERCA DA DOUTRINA DE BOA-FÉ E DO SISTEMA DE MITIGAÇÃO
DE DANOS NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE COMPRA E VENDA
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG)**

SÃO PAULO - SP

Leonardo Esteban Mato Neves da Fontoura

**ANÁLISE ACERCA DA DOUTRINA DA BOA-FÉ E DO SISTEMA DE MITIGAÇÃO
DE DANOS NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE COMPRA E VENDA
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG)**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao
Curso de Graduação, como parte dos requisitos
para obtenção do título de bacharel em Direito, na
área de Direito Internacional Privado, sob
orientação do Professor-Orientador Cláudio
Finkelstein

São Paulo - SP
Junho de 2011

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, que sempre me proporcionou o amor e o apoio para alcançar meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me apoiaram durante meu aprendizado na graduação de Direito, sem me deixar desistir. Em especial, agradeço a Julia pela paciência e apoio incondicional.

EPÍGRAFE

“Não podemos conhecer nada de exterior a nós próprios que nos supere (...) o universo é o espelho em que podemos contemplar apenas o que aprendemos a conhecer em nós.”

Ítalo Calvino

RESUMO

Esta monografia pretende analisar a Convenção das Nações Unidas para a Compra e Venda de Mercadorias Internacionais de 1980, ante a possibilidade de ratificação de tal instrumento pelo Brasil.

Pretende-se ainda analisar a doutrina da boa-fé objetiva presente no texto legal, especialmente em relação à sistemática da Convenção no que diz respeito à existência de uma obrigação de mitigação de danos sob a égide de tal texto legal.

Por fim, há de se analisar a questão da esfera de aplicação do sistema de mitigação de danos, seus efeitos, as restrições previstas à sua aplicação e as diversas formas sob as quais se apresenta na Convenção de Viena para a compra e venda de mercadorias internacionais.

ABSTRACT

This work intends on analyzing the United Nations Convention on the International Sale of Goods of 1980, at the possibility of its ratification by Brazil.

It aims also to analyze the good faith doctrine in the legal text, specially in regard to the systematic of the Convention and the existence of an obligation to mitigate damages.

At last, it aims to analyze the sphere of application of the mitigation system, its effects, the restrictions to its application and the other forms by which it is presented in the Convention to the International sale of goods.

SUMÁRIO

Introdução p. 10

Capítulo 1

BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A COMPRA E VENDA DE BENS p. 12

Capítulo 2

A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE COMPRA E VENDA DE BENS p. 18

Item 2.1. Estrutura da Convenção p. 18
Item 2.2. Parte I – Esfera de aplicabilidade – O Conceito de Internacionalidade na Convenção p. 18

Item 2.3. Conceito de Mercadorias na Convenção p. 22
Item 2.4. Parte I – Os Princípios Interpretativos da Convenção p. 24

Capítulo 3

DOUTRINA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA CONVENÇÃO DE VIENA p. 30

Item 3.1. A boa-fé como Princípio norteador da convenção: Histórico e posicionamentos na Convenção p. 30

Capítulo 4

O SISTEMA DE MITIGAÇÃO DE DANOS NA CISG p. 39

Item 4.1. Nascimento de uma obrigação de mitigar por conta do princípio da boa-fé p. 39

Item 4.2. Mitigação em decorrência do intuito de salva-guarda dos contratos p. 40

Item 4.3. Escopo e aplicação da obrigação de mitigar os danos na CISG p. 41

Item 4.4. O Artigo 77 e a obrigação de mitigação: Aspectos Gerais p. 45

Item 4.5. Extensão da obrigação de mitigar os danos (O conceito de razoabilidade do artigo 77 e sua interpretação) p. 47

Item 4.6. As restrições ao princípio de mitigação na CISG	p. 53
Item 4.7. A questão dos artigos 85 a 88 da CISG	p. 55
Item 4.8. O ônus da prova na mitigação de dano	p. 60

Capítulo 5

CONCLUSÃO	p. 62
-----------	-------

Capítulo 6

BIBLIOGRAFIA	p. 64
--------------	-------

Capítulo 7

LISTA DE CASOS	p. 67
----------------	-------

INTRODUÇÃO

Esta monografia jurídica tem por escopo a análise do sistema de mitigação de danos na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de mercadorias, realizando uma análise abrangente dos institutos previstos na Convenção de maneira geral para que se possa delimitar o campo de aplicação desta Convenção, ressaltando algumas das principais novidades legais que esta possa trazer para o ordenamento jurídico pátrio, ante a possível ratificação de seu texto legal.

Procura-se identificar as semelhanças ou diferenças presentes nos institutos da Convenção e no ordenamento jurídico do Brasil, principalmente no que diz respeito à existência ou não de uma obrigação de mitigar danos, os limites traçados pela Convenção e se este instituto traria uma novidade para o ordenamento jurídico pátrio.

No primeiro capítulo pretende-se realizar estudo sobre o histórico legislativo da Convenção de Viena e sua adoção pelos diversos países que constituem o cenário do Comércio Internacional, com foco na adoção do texto legal pelo Brasil.

No segundo capítulo procura-se estabelecer a estrutura e o escopo de aplicação da Convenção de Viena, delineando-se os bens aos quais se pretende aplicar a Convenção, assim como sobre quais matérias a Convenção não pode versar sobre.

O terceiro capítulo pretende discorrer sobre o reconhecimento de uma existência da boa-fé objetiva, realizando-se um estudo comparado entre alguns países de Lei Consuetudinária e alguns países de orientação civilista, dando-se foco especial novamente na existência de uma doutrina de boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro e sua correlação com a doutrina da boa-fé objetiva da Convenção de Viena.

O quarto capítulo discute a existência do sistema de mitigação de danos na Convenção de Viena, a extensão dessa obrigação, as restrições de aplicação de tal doutrina e as diversas facetas que tal obrigação assume no texto legal da Convenção.

O quinto capítulo encerra a análise realizada sobre a Convenção, expondo as conclusões obtidas com a pesquisa realizada., especialmente no tocante às inovações legislativas da Convenção de Viena e que, futuramente, podem vir a exercer sua influência sobre as relações de contratos internacionais de compra e venda de mercadorias no Brasil.

Vale ressaltar que por conta de razões metodológicas, os textos estrangeiros foram mantidos em sua língua original, evitando assim traduções equivocadas pelo autor da monografia e que pudessem alterar de qualquer forma a interpretação desejada pelos autores originais dos textos.

1. BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A COMPRA E VENDA DE BENS (CISG)

O histórico da Convenção Internacional de compra e venda de bens remonta aos primórdios dos esforços de unificação das leis internacionais acerca da compra e venda de mercadorias internacionais.

A verdadeira força motriz deste esforço foi a viabilização de um sistema legal que atendesse as exigências do mercado, estabelecendo regras uniformes em um ambiente de “players” internacionais, evitando-se a aplicação de leis nacionais, muitas vezes confusas ou ainda contrárias aos costumes e a própria vontade das partes.

Outro motivo importante para o sucesso da implantação da Convenção foi a diminuição de custos no comércio internacional, uma vez que ao aplicar-se tal texto, em detrimento das leis domésticas, existe uma possibilidade de melhor dimensionar os custos de eventuais litígios, dando mais segurança para as partes.

Além da criação de uma lei comum que regulamentasse a compra e venda internacional, foram percebidos dois elementos essenciais ao sucesso da Convenção: que existisse uma interpretação harmônica dos princípios e conceitos elencados na Convenção, assim como que essa fosse elástica, no sentido de estar pronta a se adaptar a uma sempre constante mudança dos costumes e realidades das relações comerciais.

Estes são os dois grandes desafios enfrentados pela Convenção de Viena, quais sejam a busca de uma delinearção dos princípios gerais através dos usos e costumes das cortes que a aplicam; e de que o texto legislativo se mantenha sempre atualizado e de acordo com as necessidades desenvolvidas pela prática comercial.

Assim descreve a Convenção Internacional de Compra e Venda de Mercadorias o John Felemegeas¹:

¹FELEMEGAS, John. *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2000-2001*. Ed. Kluwer Law International. 2002. p. 163. No original: “The CISG is a legal instrument that is meant to subject people from different legal cultures to its set of rules and principles. In turn, all these different legal cultures have to comprehend and conform to these rules and principles since the CISG will become part of their own set of laws. Uniformity, as has been stated before in this thesis, is not guaranteed

A CISG é um instrumento normativo que tem por objetivo a sujeição dos povos de diferentes culturas legais ao seu corpo de normas e princípios. Por sua vez, todas essas culturas legais têm de compreender e se subsumir à essas regras e princípios posto que a CISG fará parte de seus próprios ordenamentos. A uniformidade, conforme já foi colocado anteriormente nesta tese, não é garantida pela mera adoção das normas uniformes contidas na CISG. Outras condições fundamentais – talvez mais importantes, porém, provavelmente, também mais difíceis – para se alcançar a uniformidade em uma escala internacional são, primeiramente, que a lei uniforme tenha uma habilidade inerente de se desenvolver de acordo com as necessidades das partes as quais a lei governa ou em resposta à futuras mudanças na dinâmica das relações comerciais mundiais (tradução livre)

Com estes objetivos delineados, houve então um verdadeiro esforço pelos doutrinadores mais experientes do Direito Internacional Privado para se alcançar esta uniformização, a qual teve início com o relatório emitido pelo Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado, no dia 21 de Fevereiro de 1929, organizado pelo Professor Ernst Rabel.

O relatório teve tamanho impacto no âmbito internacional, que logo se formou um comitê com representantes de países de origem consuetudinária, além de países como França, Alemanha e Escandinávia, resultando no primeiro “draft” de uma lei em 1935 e, finalmente nas Convenções de Haya sobre compra e venda de bens e, posteriormente, das convenções ULIS (Uniform Law in International Sales) e ULF (Uniform Law on the Formation of Contracts) .

As convenções de Haya não obtiveram sucesso devido à pequena adesão que tiveram. Já as convenções ULIS e ULF obtiveram algum êxito, sendo aplicada em alguns países europeus, tais como Itália e Bélgica.

Estas duas últimas convenções são de extrema relevância para o esforço de unificação levado posteriormente adiante pela Organização das Nações Unidas, o qual resultou na construção da Convenção objeto de análise nesta monografia.

Foram elas os pilares utilizados pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) para, com base nos comentários enviados

by the mere adoption of the uniform laws contained in the CISG. Other fundamental conditions – perhaps more important, but, probably, also more difficult ones – to achieving uniformity on an international scale are, first, that the uniform law has an innate ability to develop in a uniform fashion according to the needs of the parties whose relationships it governs or in response to future changes of world trade dynamics.”

pelos países membros sobre a ULIS e ULF, realizar um primeiro esboço deste conjunto normativo destinado às relações comerciais de compra e venda internacional.

Após inúmeras sessões e discussões acerca da aplicabilidade e sistemática da Convenção, no ano de 1980, foi convocada uma sessão deliberativa na cidade de Viena acerca da aprovação do texto elaborado em Nova York, sendo que dos 62 países presentes, 42 votaram a favor da aprovação da Convenção.

É o que demonstra o sumário da 12^a reunião plenária, na qual os países assinaram o tratado de compra e venda de mercadorias internacionais de 1980:

O Ato Final foi assinado por representantes dos seguintes Estados: Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Bulgária, Burma, República Socialista Soviética da Bielorrússia, Canadá, Chile, China, Colômbia, Tchecoslováquia, Dinamarca, Equador, Egito, Finlândia, França, República Democrática da Alemanha, República Federativa da Alemanha (3 representantes), Gana, Grécia, Hungria, Índia, Iraque, Irlanda, Itália (2 representantes), Japão, Quênia, México, Holanda (2 representantes), Nigéria, Noruega, Paquistão (2 representantes), Panamá, Filipinas, Polônia, Portugal, República da Coréia (3 representantes), Romênia, Singapura, Espanha, Suécia, Suíça, Tailândia, Tunísia, Turquia, República Socialista Soviética da Ucrânia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido e Irlanda do Norte (2 representantes), Estados Unidos da América (2 representantes), Iugoslávia e Zaire (2 representantes). 3. Os seguintes países assinaram a Convenção também: Áustria, Chile, Gana, Hungria e Iugoslávia. (tradução livre)²

O Artigo 99 da CISG previa que a Convenção somente entraria em vigor a partir do depósito do instrumento por 10 países signatários, o que ocorreu em 11 de Dezembro de 1986, entrando a convenção em vigor no dia 1 de Janeiro de 1988.

² UNCITRAL. Texto do “12th plenary meeting” da Convenção de Viena sobre compra e venda de bens internacionais. Disponível na internet pelo site: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary12.html>. Acessado em 26.07.2011. No original: “The Final Act was signed by representatives of the following States: Argentina, Australia, Austria, Belgium, Brazil, Bulgaria, Burma, Byelorussian Soviet Socialist Republic, Canada, Chile, China, Colombia, Czechoslovakia, Denmark, Ecuador, Egypt, Finland, France, German Democratic Republic, Germany, Federal Republic of (3 representatives), Ghana, Greece, Hungary, India, Iraq, Ireland, Italy (2 representatives), Japan, Kenya, Mexico, Netherlands (2 representatives), Nigeria, Norway, Pakistan (2 representatives), Panama, Philippines, Poland, Portugal, Republic of Korea (3 representatives), Romania, Singapore, Spain, Sweden, Switzerland, Thailand, Tunisia, Turkey, Ukrainian Soviet Socialist Republic, Union of Soviet Socialist Republics, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (2 representatives), United States of America (2 representatives), Yugoslavia and Zaire (2 representatives). 3. The following countries signed the Convention also: Austria, Chile, Ghana, Hungary and Yugoslavia.”

No Brasil, existe há muito o interesse de se incorporar de tal instrumento legal no ordenamento pátrio que, no entanto, por conta das políticas públicas adotadas pelo país deixou de ser aprovada.

Veja o comentário de Iulia Dolgonova e Marcelo Boff Lorenzen³ sobre o tema:

É especulado que a aparente falta de iniciativa do Poder Executivo em relação a adesão à Convenção é devida ao Brasil não elencar a adesão à Convenção de Viena como uma prioridade de política externa. Para muitos autores, porém, a adesão do Brasil à Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de mercadorias constitui um passo inevitável no apoio à participação crescente do Brasil no Comércio Internacional. (tradução livre)

Lauro Gama Junior⁴ demonstra posição favorável à adesão do Brasil à CISG:

Em suma: a Convenção de Viena cria um ambiente jurídico no qual exportadores e importadores gozam de elevada simetria de informações, o que lhes proporciona maior grau de certeza, segurança e previsibilidade em suas relações comerciais. Logo, custos mais reduzidos. O Brasil é dos poucos países importantes do mundo que ainda está à margem do direito uniforme criado pela Convenção de Viena. O mais surpreendente é que não há nenhuma razão jurídica nem ideológica que hoje impeça o nosso país de aderir ao sistema convencional. A doutrina já demonstrou, inclusive, a compatibilidade das normas da Convenção com as do novo Código Civil brasileiro. Caberá ao empresariado nacional e à comunidade acadêmica sensibilizar o governo Federal para a conveniência de o Brasil aderir à Convenção de Viena. Essa foi uma das conclusões alcançadas em recente Seminário Internacional sobre a Convenção de Viena promovido pelo Departamento de Direito da PUC-Rio e o Ramo Brasileiro da International Law Association.

O movimento pela adesão se fortaleceu recentemente pela intervenção de entidades representativas dos comerciantes, que se manifestaram positivamente em relação à adoção da Convenção.

Tal posição foi inclusive ressaltada pelo Relator da mensagem 636 ao Senado Federal, o Deputado Roberto Lucena⁵:

³ DOLGONOVA, Iulia, and; LORENZEN, Marcelo Boff. The Brazilian Adhesion to the 1980 UN Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Apresentado no 73rd Biennial Conference of the International Law Association in Rio de Janeiro on August 20, 2008. No original: "It is speculated that the apparent lack of initiative of the Executive Power as to acceding to the Convention is due to Brazil's not setting the adoption of the Vienna Convention as a foreign policy priority. For many authors, however, the Brazilian adhesion to the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods constitutes an inevitable step in supporting the growing participation of Brazil in world trade."

⁴ GAMA JUNIOR, Lauro. A hora e a vez da Convenção de Viena. Publicado no jornal Valor Econômico em 02/09/2009.

Acrescenta que consulta do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC a entidades representativas da classe empresarial revelou o interesse das mesmas na adesão brasileira a essa Convenção, que já conta com a participação de setenta e quatro Estados-Partes, responsáveis por mais de 90% do comércio mundial, incluindo os principais parceiros comerciais do Brasil, como China, EUA e demais membros do MERCOSUL

Em 8 de Novembro de 2010, foi submetida a apreciação da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados a mensagem n.º 636/2010, contendo o texto da Convenção.

Foi designado Relator o Deputado Roberto de Lucena do Partido Verde de São Paulo para emitir um parecer sobre a aprovação e adoção da Convenção de Viena para a Compra e Venda de Mercadorias.

Destaca-se trecho do parecer emitido por Roberto de Lucena⁶, pela aprovação da Convenção:

Em suma, a proposta adesão brasileira a presente Convenção atende aos interesses nacionais por constituir tal instrumento um facilitador das transações comerciais internacionais de mercadorias, que já conta com a adesão de nossos principais parceiros comerciais, no momento em que o nosso país busca uma participação no comércio mundial condizente com a dimensão de sua economia.

Desse modo, estando o instrumento em apreço alinhado com os princípios constitucionais que regem as nossas relações internacionais, notadamente com o princípio de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, VOTO pela aprovação do texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, nos termos do projeto de decreto legislativo em anexo.

Em 18 de Maio de 2011, este parecer pela aprovação da Convenção foi aprovado pela Comissão, sendo aprovado em seguida pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), restando ainda a emissão de parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) acerca da constitucionalidade de tal instrumento.

⁵LUCENA, Roberto. Parecer sobre a mensagem 636 ao Congresso. Extraído do site: http://cisbrasil.dominotemporario.com/doc/MS636_parecer_relator.pdf. Acessado em 21.07.2011.

⁶Idem.

Após este trâmite interno, o texto deverá ser submetido às duas casas do Congresso Nacional para votação e, se aprovado, passará ainda pela chancela do Presidente da República, finalmente para ser incorporado na qualidade de Decreto Legislativo.

2. A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE COMPRA E VENDA DE BENS

2.1. Estrutura Da Convenção

A Convenção das Nações Unidas para a compra e venda internacional de bens é estruturada em quatro partes. A Parte I trata da esfera de aplicação da Convenção. A Parte II governa a formação do contrato de compra e venda de mercadorias. A Parte III contém as regras substanciais concernentes ao contrato, às obrigações das partes e os remédios em caso de descumprimento do contrato. A Parte IV contém as provisões de finais concernentes ao Direito Internacional Público.

Para os fins propostos nesta monografia, foco será dado na Parte I, que trata da esfera de aplicação da Convenção e na parte III, que concerne às obrigações das partes e aos remédios para o inadimplemento contratual.

2.2. Parte I – Esfera de aplicabilidade - O Conceito de Internacionalidade na Convenção

Primeiramente, cumpre ressaltar que a Convenção somente se aplica a contratos travados entre partes alocadas em diferentes Países (Critério Espacial), sendo este o sistema adotado para definição da internacionalidade das partes, conforme elenca o Artigo 1º (1) da CISG, *in verbis*:

Artigo 1º (1) esta Convenção se aplica aos contratos de venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos comerciais em diferentes Estados: (a) quando os Estados forem signatários; ou (b) quando as regras de direito internacional privado levarem a aplicação da lei de um Estado signatário. (tradução livre)⁷

Conforme se denota do texto acima, além do critério espacial comum a todos os contratos aos quais se aplica a Convenção, existem duas maneiras de se aplicar a CISG. A primeira consiste em ambas as partes fazerem parte de países Contratantes da Convenção, incidindo a hipótese do artigo 1º (1) (a). A segunda situação, e de maior interesse para os países que ainda não fazem parte da Convenção, é aquela atinente às regras de Direito Internacional Privado, que venham a fazer incidir a aplicação da lei de um dos países signatários da Convenção (hipótese do Artigo 1º (1) (b)).

⁷No original: "(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

Tal hipótese é de interesse para os países não-signatários por expandir as possibilidades de aplicação da Convenção mesmo quando nenhuma das partes for de um Estado Contratante como, por exemplo, no caso de os elementos de conexão do Direito Internacional Privado apontarem para a lei do país da execução das obrigações, que não necessariamente seria a lei de alguma das partes envolvidas na transação comercial de compra e venda de bens.

No Brasil, os contratos internacionais são regidos pelo diploma da Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro, o qual encontra expressa disposição acerca das obrigações contratuais em seu artigo 9º, ora trazido à baila:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Tal artigo define como a lei aplicável aos contratos internacionais a lei do local de celebração do contrato, via de regra, levando-se em consideração o local de residência do proponente. Excepcionalmente, quando as obrigações forem ser executadas no Brasil, aplicar-se-á a lei do local da execução, a *lex loci executionis*.

Não existe consenso estabelecido na doutrina acerca da exclusão ou não do princípio da autonomia das vontades nos contratos internacionais. Existem quatro correntes sobre o tema. A primeira sustentaria a inexistência de elementos concretos a justificar a existência da autonomia das vontades no tocante ao artigo 9º da Lei de Introdução, sendo tal entendimento esposado por Maria Helena Diniz, Nadia de Araújo e João Grandino Rodas.

Destaca-se trecho de autoria de João Grandino Rodas⁸ a justificar a primeira corrente:

Perante o *caput* taxativo do art. 9º da Lei de Introdução vigente, não se pode afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da norma aplicável, no Direito Internacional Privado brasileiro. Fica às partes unicamente o exercício da liberdade contratual na esfera das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação da *lex loci contractus*.

⁸ RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In, Contratos Internacionais. 3ª Ed. Editora Revista dos Tribunais – 2002. p. 59.

Já a segunda corrente tenta conciliar a existência da autonomia da vontade conflitual no Direito Internacional Privado brasileiro, reconhecendo sua existência, desde que autorizada pela lei do local da celebração do contrato, sendo esta a posição de Serpa Lopes, Oscar Tenório e Luiz Olavo Baptista e de Irineu Strenger.

A terceira corrente, liderada por Haroldo Valladão e Jacob Dolinger defendem que a autonomia da vontade jamais desapareceu do artigo 9º da Lei de Introdução. Confira-se a opinião de Haroldo Valladão⁹:

A nova L. I. de 1942, art. 9º, não se referiu à autonomia da vontade. Era expressão proibida no regime ditatorial de que padecia o Brasil, e que explicou, também, a ausência do foro do contrato ou de eleição no Cód. Proc. Civil, de 1939-1940, promulgado no mesmo clima. Mas um princípio básico, qual o da autonomia, não podia desaparecer, assim por omissão. Foi o que decidiu logo a jurisprudência para o foro de eleição, baseado no domicílio especial, previsto no Cód. Civil e incluído no domicílio geral do art. 134 do Cód. Proc. Civil. São argumentos também aplicáveis ao art. 9º, uma vez que a Lei de Introdução adotara, fundamentalmente, o princípio do domicílio, e aí o domicílio especial, de eleição, do contrato, Esboço de Teixeira de Freitas, art. 32, indica não só o juiz competente, mas, e principalmente, a lei aplicável.

A quarta e última corrente é a esposada por Lauro da Gama e Souza Junior, que defende uma interpretação constitucional sobre a norma Civil, entendendo pela existência da autonomia da vontade ante a negativa de restrição expressa da Lei de Introdução nesse sentido. Transcreve-se trecho de autoria de Lauro da Gama¹⁰:

Em suma: de um ponto de vista constitucional, a *autonomia privada* representa a projeção jurídica do personalismo ético, que tem como fundamento e objetivo a pessoa humana, centro da ordem jurídica. Sem ela, o sujeito de direito, embora formalmente investido de titularidade jurídica, nada mais seria que um simples instrumento a serviço do Estado.

Conclui referido autor¹¹ que, por ser um direito fundamental, sua supressão por mera omissão legislativa seria um absurdo. Veja-se:

Portanto, a interpretação conforme a Constituição do artigo 9º da LICC, além de afastar qualquer vedação à escolha da lei aplicável ao contrato sem previsão legal expressa, deve privilegiar a possibilidade de escolha do direito

⁹ VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. Editora Fundação Getulio Vargas – 1980. p. 116.

¹⁰ GAMA JUNIOR, Lauro da. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In, O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Editora Renovar – 2006. p. 614.

¹¹ Idem. P. 620-621.

aplicável ao contrato internacional. Em outras palavras, o intérprete, numa perspectiva civil-constitucional, deve observar a prevalência da interpretação que confere a maior efetividade possível ao princípio fundamental da autonomia privada. (...) Além disso, a interpretação vedatória do artigo 9º da LICC, construída a partir de mera omissão legislativa, implicaria no sacrifício desproporcional de um direito fundamental (autonomia da vontade), em benefício de um interesse (a aplicação da lei do local da celebração do contrato) que sequer possui *status* constitucional.

Esse parece ser o entendimento mais acertado. A autonomia das vontades encontra guarida no artigo 5º, inciso II, da carta magna, constituindo direito fundamental e, portanto, não havendo necessidade de expressa previsão legal para sua aplicação, muito menos que uma omissão venha a dar ensejo a sua limitação.

Ademais, a realidade atual do Brasil é diversa daquela expressa no texto legal da Lei de Introdução, pois se passou a dar maior importância à autonomia da vontade das partes para a escolha da lei aplicável a partir da Constituição de 1988 como ocorre, por exemplo, no diploma pertinente à arbitragem, Lei n.º 9.307/96, a qual possibilitou a adoção da arbitragem como meio de solução de conflitos.

Prevê o artigo 2º da Lei 9.307/96, que:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio

Por meio dessa disposição o ordenamento jurídico optou por consagrar a autonomia da vontade no tocante à lei aplicável aos contratos no procedimento arbitral, não subsistindo razão para a permanência de um dispositivo que obrigue as partes à adoção da lei do local de celebração do contrato, que muitas vezes sequer possui qualquer elemento de conexão com o contrato de compra e venda de bens.

Assim entende Fabiane Verçosa¹²:

¹² VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In, O direito

Ora, exigir que as partes, nas arbitragens internacionais, “escolham” a lei do lugar onde o contrato – cujas controvérsias serão resolvidas por arbitragem – é celebrado corresponde a reduzir o artigo 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem a letra morta e retirar-lhe toda a eficácia. Seria desprezar o notável avanço empreendido pela Lei nº 9.307/96 e transformar o referido dispositivo em um sino sem badalo, o que é absolutamente descabido. Entendemos que, no que tange às arbitragens internacionais, às partes é conferida ampla liberdade para escolherem a lei que lhes aprovarem, sendo-lhes dispensado observar a regra do artigo 9º da LICC.

Dessa forma, tem-se que a aplicação da Convenção de Viena no Brasil é possível ante a consagração do direito fundamental constitucionalmente previsto da autonomia da vontade, o qual não pode ser restringido por mera omissão legislativa, sendo importante destacar que se as partes escolherem a via arbitral como forma de resolução de conflitos nos contratos internacionais é plenamente reconhecida a liberdade das partes para a escolha da lei aplicável.

2.3. Conceito De Mercadorias na Convenção

Outro fator importante para a definição da esfera de abrangência da Convenção seria a definição do que seria englobado pelo conceito de mercadorias da CISG. A definição do que seriam tais bens se dá de maneira exclusiva, a partir dos casos elencados nos artigos 2º e 3º da Convenção¹³, a seguir transcritos:

Artigo 2º Esta Convenção não se aplica à venda:

- (a) de bens comprados para uso pessoal, familiar ou doméstico, à exceção de o vendedor, a qualquer tempo antes ou no momento da conclusão do contrato, nem sabia nem deveria saber que os bens foram comprados para qualquer uso da espécie;
- (b) por leilão;
- (c) em execução ou de outro modo sob autoridade legal;
- (d) de ações, participações, investimentos em seguros, instrumentos negociáveis ou dinheiro;
- (e) de navios, veleiros, hovercrafts ou aeronaves;
- (f) de eletricidade.

internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Editora Renovar – 2006. p. 443.

¹³ No original: “Article 2 This Convention does not apply to sales: (a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use; (b) by auction; (c) on execution or otherwise by authority of law; (d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money; (e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft; (f) of electricity.

Article 3 (...) (1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production. (2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.”

Artigo 3º (1) Contratos para o fornecimento de bens a serem manufaturados ou produzidos são considerados vendas a não ser que a parte que requerer tais bens forneça parte substancial dos materiais necessários para tal manufatura ou produção.

(2) Esta Convenção não se aplica aos contratos em que a parte preponderante das obrigações da parte que fornecer as mercadorias consista no fornecimento de mão de obra ou outros serviços. (tradução livre)

Dessa forma, excluem-se expressamente da aplicação da Convenção os contratos que versarem sobre bens que forem: de uso pessoal ou familiar, exceto se o contrato discriminá-los dessa maneira; vendidos por leilão, em execução judicial ou sob a autoridade da lei; ações, participações, investimentos securitários, instrumentos negociáveis como títulos de crédito; venda de dinheiro, de navios, veleiros, hovercraft ou aeronaves e; venda de eletricidade.

Importante ressaltar que quando houver um contrato com prestação de serviços e compra e venda de bens a Convenção somente poderá ser aplicada a Convenção se as obrigações preponderantes forem as de fornecimento de bens em detrimento das prestações de serviços, conforme o artigo 3 (2) da CISG acima.

Além destes casos acima elencados, também não se aplica a Convenção para os casos de responsabilização por morte ou moléstias causadas pelos bens a qualquer pessoa, conforme o artigo 5º da Convenção¹⁴, *in verbis*:

Artigo 5º Esta Convenção não se aplica a responsabilização do vendedor pela morte ou lesão corporal causada pelos bens a nenhuma pessoa. (tradução livre)

Em respeito à liberdade contratual das partes, o artigo 6 da Convenção ainda permite que as partes excluam a aplicação da Convenção ou ainda derroguem de algumas de suas disposições nos termos do artigo 12 da CISG¹⁵, ambos transcritos a seguir:

Artigo 6º As partes poderão excluir a aplicação desta Convenção ou, submetido ao artigo 12, derrogar ou modificar o efeito de quaisquer de suas provisões. (tradução livre)

¹⁴ No original: "Article 5 This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person."

¹⁵ No original: "Article 6 The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

Article 12 Any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business in a Contracting State which has made a declaration under article 96 of this Convention. The parties may not derogate from or vary the effect of this article.

Artigo 12 Quaisquer provisões do artigo 11, artigo 29 ou parte II desta Convenção que permitam um contrato de venda ou sua modificação ou terminação por acordo ou qualquer oferta, aceitação ou outra indicação de vontade a ser realizada de qualquer outra forma que não a escrita não se aplica aonde qualquer parte tenha seu estabelecimento comercial em um Estado Signatário que tenha realizado a declaração do artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derrogar ou modificar os efeitos deste Artigo. (tradução livre)

Dessa forma, as partes possuem um gama de faculdades para escolher à quais regras desejam se submeter, quando da aplicação da Convenção ao caso concreto, sofrendo limitações somente quando estiverem localizadas em países signatários que tenham realizado a reserva do artigo 96 da Convenção¹⁶, que se refere ao óbice encontrado em algumas legislações à forma de produção de prova acerca da existência do contrato de compra e venda de mercadorias, ora trazido à baila:

Artigo 96 Um Estado Signatário no qual a legislação requeira que os contratos de venda sejam concluídos ou provados de maneira escrita pode a qualquer tempo realizar uma declaração de acordo com o artigo 12 de que qualquer provisão do artigo 11, artigo 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita um contrato de venda, sua modificação ou terminação por acordo ou oferta, aceitação, ou outra indicação de vontade de ser realizado de outra forma que não a escrita, não se aplica aonde as partes tenham seu estabelecimento comercial naquele Estado. (tradução livre)

2.4. Parte I – Os Princípios Interpretativos da Convenção

A CISG possuí uma série de princípios interpretativos próprios com o fito de atender os objetivos propostos em seu preâmbulo e na própria Convenção. Neste diapasão, são três os princípios gerais de interpretação, os quais se encontram no artigo 7º da CISG¹⁷, *in verbis*:

Artigo 7º (1) Na interpretação desta Convenção deve ser considerado o seu caráter internacional e a necessidade de promoção da uniformidade na sua aplicação e a observância da boa-fé no comércio internacional.

(2) Questões atinentes a assuntos governados por esta Convenção que não estejam expressamente estabelecidos nesta deverão ser resolvidos em

¹⁶ No original: “Article 96 A Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.”

¹⁷ No original: “Article 7 (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

conformidade com os princípios gerais em que esta foi baseada ou, na ausência destes princípios, em conformidade com a lei aplicável por virtude das regras de direito internacional privado.

São eles o princípio do caráter internacional das disposições da Convenção, o princípio da necessidade de uniformidade na aplicação da Convenção e o princípio da observância da boa-fé no comércio internacional.

O primeiro Princípio destacado é o do caráter internacional da Convenção. Este princípio é um dos mais importantes para se alcançar o pleno significado da CISG, por ser a partir deste que os outros princípios norteadores ganham importância. Explica-se.

Todo o conteúdo da Convenção, incluindo os conceitos abertos, deixados assim de maneira proposital pelos idealizadores da CISG, necessitam de uma interpretação internacional e autônoma em relação ao escopo de aplicabilidade, os efeitos que tais conceitos podem vir a exercer em outras partes da Convenção e nos casos concretos.

Este é o entendimento corroborado por Ingeborg Schwenzer e Peter Schlechtriem¹⁸:

A referência ao caráter internacional da CISG indica que as características de suas regras devem estar sempre em mente quando se aplicar qualquer método interpretativo. Isto incorpora o princípio da interpretação autônoma, i.e. os significados dos termos utilizados pela Convenção devem ser determinados independentemente de qualquer preconcepção de uma lei doméstica. As soluções adotadas precisam ser aceitas em diferentes sistemas legais com diferentes tradições legais. A CISG nasceu da negociação entre vários Estados, os quais – explicita ou implicitamente – perseguiram várias ideias e aspirações, formularam suas propostas com base em diferentes sistemas legais e predominantemente em uma língua estrangeira para eles, e realizaram promessas – não como regras claras em um documento – para se alcançar o que estes consideraram o mínimo para atender seus interesses particulares. (tradução livre)

¹⁸SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford University Press. 3a. Ed. 2010. p. 123. No original: “The reference to the international character of the CISG indicates that the character of its rules must be borne in mind when applying any method of interpretation. It embodies the principle of autonomous interpretation, i.e. the meanings of the terms used by the Convention must be determined independently from any domestic preconception. The solutions developed must be acceptable in different legal systems with different legal traditions. The CISG arose out of negotiations between many States which – whether expressly or implicitly – pursued various ideas and aspirations, formulated their proposals on the basis of different legal systems and mostly in a language foreign to them, and made compromises – not as a rule evident from documents – in order to achieve what they regarded as the minimum required by their particular interests.”

Pilar Perales Viscasillas¹⁹ define o princípio do caráter internacional com base no artigo 7(1) da CISG:

Desta redação é nítido que para se levar em conta o caráter internacional da Convenção, deve-se considerar o quadro internacional de aplicação e desenvolvimento permanente das normas das Leis Uniformes e, assim, deslocar a interpretação doméstica da Convenção. Uma tradicional consideração feita pelos estudiosos é que a interpretação autônoma da convenção é definida através de uma definição negativa, ou seja, nenhum conceito externo para interpretar a CISG, e uma positiva - interpretação da Convenção de dentro do seu sistema e objetivos. (tradução livre)

Referida doutrinadora, delineia o Princípio da Internacionalidade da Convenção através de uma metodologia. Deve-se em primeiro lugar, abstrair-se dos conceitos da Convenção os elementos externos, normalmente domésticos. Em segundo lugar, deve-se ter em conta para a interpretação da Convenção os seus objetivos e sua estrutura interna. Somente por meio desta metodologia, pode-se chegar a um conceito universal que expresse com verossimilhança as disposições da Convenção.

Ocorre que muitas vezes irão existir conceitos da Convenção que se encontram definidos em sistemas domésticos e possuem múltiplas interpretações, o que acaba interferindo na aplicação da Convenção.

Não se pretende aqui retirar a importância dos conceitos desenvolvidos pelos diversos sistemas legais, mas sim se defende uma aplicação da Convenção neutra, livre destes conceitos divergentes nos diversos sistemas legais domésticos quando possível, para que exista um tratamento igualitário para as partes provenientes de países com diferentes experiências legais.

Tal entendimento é esposado por Christiana Fontoulakis e Ingeborg Schwenzer²⁰:

¹⁹VISCASILLAS, Pilar Perales. The role of UNIDROIT Principles and PECL. In, JANSSEN, André e MEYER, Olaf. CISG Methodology. 2009. Ed. Sellier, European law publishers GmbH, Munich. P. 293. No original: "From this wording it is clear that in order to take into account the international character of the Convention consideration it to be given to the international framework of application and permanent development of the Uniform Law Rules and thus displacing the domestic interpretation of the Convention. A traditional consideration by some scholars is that autonomous interpretation of the Convention is defined through a negative definition, namely no external concepts to interpret the CISG, and a positive one – interpretation of the Convention within its system and objectives."

²⁰FOUNTOLAKIS, Christiana e SCHWENZER, Ingeborg. International Sales Law. Editora Routledge-Cavendish, 2007. Nova York. P. 63. No original: "Sometimes courts have stated that, when interpreting the

Algumas vezes as cortes têm estabelecido, quando interpretando a CISG, que devem ser consideradas também decisões baseadas em lei doméstica aonde a letra da CISG corresponder às determinações da lei doméstica de vendas, mesmo se a lei doméstica não se aplicar ao caso. No entanto, a jurisprudência e outros materiais legais relacionados a outro sistema legal só poderão ser consultados na extensão em que certos termos ou soluções serão claramente influenciados por este sistema legal (por exemplo, o Art. 74, segunda parte da CISG contendo o “teste da previsibilidade”, o qual tem suas raízes na doutrina do Direito Comum estabelecida no caso Hadley v. Baxendale. (tradução livre)

Tomando como base estes conceitos, pode-se concluir que a CISG deve ser interpretada de maneira autônoma ao direito doméstico, se socorrendo deste somente quando as disposições da Convenção forem influenciadas diretamente por algum conceito específico de algum sistema legal e o sistema interpretativo da Convenção não der nenhum sentido diverso ao conceito em análise.

O segundo princípio interpretativo da Convenção é o da necessidade de promoção da uniformidade das decisões em relação à Convenção. Este princípio decorre do princípio da Internacionalidade dos conceitos, dando forma ao primeiro princípio por meio da formação de uma jurisprudência sobre a CISG.

Ingeborg Schwenzer e Peter Schlechtriem²¹ delineiam o significado de tal princípio interpretativo para a Convenção:

Os destinatários originais do requisito de promoção da aplicação uniforme são naturalmente as cortes e tribunais arbitrais. O princípio em si necessariamente decorre do objetivo de unificação da Convenção. Como não existe uma corte internacional suprema competente para decidir em última instância sobre interpretações divergentes, este objetivo somente poderá ser alcançado se as cortes e tribunais arbitrais aplicando a CISG considerarem as decisões de cortes e laudos de tribunais arbitrais de outros Estados e assim desenvolverem uma interpretação comum da CISG, da mesma maneira como se faz em nível nacional. (tradução livre)

CISG, one should also consider decisions based on national law where the wording of the CISG corresponds to provisions of the national sales law, even if the national law does not apply to the case at hand. However, the case law and other legal materials relating to another legal system may only be consulted to the extent that certain terms or solutions are clearly influenced by this legal system (for example, Art. 74, sentence 2 CISG contains the “foreseeability test” can be traced back to the Common Law doctrine established in Hadley v. Baxendale”.

²¹ SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., p. 124. No original: “The primary addressees of the requirement to promote uniform application are naturally courts and arbitral tribunals. The principle itself necessarily follows from the unificatory aim of the Convention. Since there is no international supreme court competent to decide as a last instance on divergent interpretations, that aim can be achieved only if courts and arbitral tribunals applying the CISG have regard to the decisions of courts and awards of arbitral tribunals in other States and thereby develop a common interpretation of the CISG, just as they do at a national level.”

Pode-se depreender, portanto, que este princípio prevê um esforço por parte da doutrina e da jurisprudência para dar forma e aplicabilidade aos conceitos abstratos da Convenção, por meio da observância das decisões emitidas pelas cortes ou tribunais arbitrais quando da aplicação da Convenção.

Joseph Lookofsky²² aponta diversos esforços realizados para se alcançar esta promoção da uniformização da jurisprudência da CISG:

Reconhecendo os formidáveis problemas ligados ao acesso a casos estrangeiros, a UNCITRAL tomou um importante primeiro passo em 1993, criando o sistema CLOUD para a coleta e disseminação de decisões judiciais e de laudos arbitrais relacionados com a CISG (e outros textos da UNCITRAL). Por meio deste sistema, correspondentes nacionais coletam e preparam resumos de decisões judiciais e laudos arbitrais disponíveis que são então publicados pelo secretariado da UNCITRAL em inglês e nas outras línguas oficiais da ONU. Não contente e, se sentar sobre as láureas do CLOUD, a UNCITRAL mais recentemente desenvolveu o “CISG case Digest”, para ajudar a “organizar” o crescente volume de casos envolvendo a CISG reportados no CLOUD (e em outros lugares); este novo portal – tendo-se em conta uma fonte secundária de difícil manejo – faz com que a “jurisprudência” da CISG se torne muito mais acessível e útil.

(...) Somos afortunados agora por ter um acesso mais compreensível (e freqüentemente mais atualizado) de fontes dos casos da CISG. Um exemplo proeminente é o site ganhador de prêmios ‘CISGW3’, que traz uma tremenda riqueza de informações da CISG (incluindo traduções de centenas de casos de línguas estrangeiras para o inglês). (tradução livre)

Para se alcançar o objetivo da uniformidade de Jurisprudência como se pode ver, foram criadas diversas bases legais como o CLOUD²³, o CISGW3²⁴ e a UNILEX²⁵ que, hoje disponíveis pela internet, possibilitam aos aplicadores da Convenção que formem suas opiniões sobre os conceitos da CISG de uma maneira mais uniforme.

²² LOOKOFSKY, Joseph. *Understanding the CISG: A Compact guide to the 1980 United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Third Edition. Editora Kluwer Law International. 2008. págs. 34-35. No original: “Recognizing the formidable problems connected with access to foreign case law, UNCITRAL took an important first step in 1993, establishing the CLOUD system for the collection and dissemination of court decisions and arbitral awards relating to the CISG (and other UNCITRAL texts). Under this system, national correspondents collect and prepare abstracts of available court decisions and arbitral awards which are then published by the UNCITRAL Secretariat in English and the other official U.N. languages. Not content to sit on its CLOUD-laurels, UNCITRAL has more recently developed the CISG Case Digests, to help ‘organize’ the increasingly voluminous CISG case law reported in CLOUD (and elsewhere); this new portal – to an otherwise unwieldy secondary source – makes CISG ‘case law’ considerably more accessible and useful. (...) We are now fortunate to have access to more comprehensive (and often more up-to-date) sources of CISG case law. One prominent example is the award-winning ‘CISGW3’ website, making a tremendous wealth of CISG information (including English translations of hundreds of foreign-language cases).”

²³ Disponível na internet pelo site: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

²⁴ Disponível na internet pelo site: <http://www.cisg.law.pace.edu>

²⁵ Disponível na internet pelo site: <http://www.unilex.info/>

No entanto, vale à pena lembrar que apesar deste princípio de promoção da uniformização da jurisprudência acerca da CISG existir, ele não vincula os julgadores às decisões promovidas nestas datas-base ou cortes.

O que se procura com este princípio não é meramente uma citação dos casos estrangeiros para a formação de um julgado, mas sim de uma análise factual minuciosa, que revele a interpretação mais correta da CISG. É o que pensam Ingeborg Schwenzer e Peter Schlechtriem²⁶:

A aplicação uniforme da CISG é, portanto, alcançada somente pela análise minuciosa dos argumentos realizados pelo órgão jurisdicional quando da interpretação de certa provisão. A mera referência à existência de decisões estrangeiras sem esta avaliação pode de fato perpetuar uma decisão eivada de vício. (tradução livre)

No entanto, tal princípio sofre grande resistência por algumas cortes domésticas, que vêem dificuldades em aceitar a aplicação e vigência de normas que não são aquelas de seu próprio estado, muitas vezes proferindo decisões com base em seus sistemas legais, as quais acabam por prejudicar este esforço no sentido de uniformização da jurisprudência.

Finalmente, o terceiro e último princípio interpretativo inserto na Convenção de Viena é o da observância da boa-fé no Comércio Internacional, o qual será tratado no capítulo seguinte.

²⁶ SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. op. cit., p. 126. No original: “Uniform application of the CISG is thus only achieved by careful analysis of the arguments made by the respective judicial body when interpreting a provision. The mere reference to the existence of foreign decisions and awards without such evaluation may in fact perpetuate faulty reasonings.”

3. DOUTRINA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA CONVENÇÃO DE VIENA

3.1. A boa-fé como Princípio norteador da convenção: Histórico e posicionamentos na Convenção

O princípio da observância da boa-fé na interpretação da Convenção de Viena talvez seja o princípio mais controvertido da Convenção. Sua inserção no texto legislativo gerou diversas tensões, conforme aponta Alejandro M. Garro²⁷:

É notório que “boa-fé” tem múltiplas conotações dentro de um único sistema legal e diversos significados em diferentes sistemas legais, por isso foi temido que não se pudesse chegar a um consenso geral do que a “boa-fé” significaria em um contexto de transações internacionais. O requisito de “boa-fé” aparece não só nos códigos civis dos países de orientação civilista mas também nas leis e na jurisprudência dos países de Lei Comum. Sob a égide o Código Comercial Uniforme, a boa-fé só é requerida no desempenho e execução dos contratos, enquanto em vários países de orientação civilista o princípio em si transcende a performance das obrigações, se estendendo também às negociações pré-contratuais, formação e interpretação dos

²⁷ GARRO, Alejandro M.. Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In, revista *International Lawyer* (1989) p. 443. Palestra proferida no 81º Encontro Anual da Associação Americana de Bibliotecas Jurídicas, realizado de 26 a 29 de Junho de 1988. No original: “It is widely acknowledged that “good faith” has multiple connotations within a single domestic legal system and various meanings in different legal systems, so it was feared that there could be no general agreement on what “good faith” might mean in international transactions. The requirement of “good faith” turns up not only in the civil codes of civil law systems but also in statutory and case law of common law systems. Under the Uniform Commercial Code, good faith is only required in the performance and enforcement of contracts, whereas in many civil law systems the principle as such is expressly stated with respect not only to performance of obligations, but also to pre-contractual bargaining, the formation and interpretation of contracts. Not surprisingly, the inclusion in the Convention of a provision creating an obligation of good faith was the occasion for extensive and at times obscure disputes not only between socialist and capitalistic representatives, but also between common law and civil law delegates and even among representatives who shared a common cultural and legal background. Opinions on the role to be played by good faith ranged from the idea that it should be viewed as an obligation present at all stages of the contracting process to the view that good faith should not be explicitly mentioned in any provision. As early as the Hague Diplomatic Conference in 1964, explicit reference to good faith as a general principle was opposed by the French delegate. Professor Tunc asserted that the principle of good faith might lead to divergent and even arbitrary interpretations by national courts, and thus would impair uniformity. At the 8th session of the UNCITRAL Working Group, the Hungarian delegate proposed the insertion of a “good-faith clause” directing the parties to act in good faith in the formation of international sales contracts. Some delegates opposed the insertion of the “good faith” provision on grounds that it was vague and unnecessary. Especially unacceptable to the common law delegates was that the principle of good faith should also cover the formation of contracts. The principle of good faith gained acceptance in the text of the Draft Convention and even survived the 9th session of UNCITRAL, but a counterattack was launched at the 10th session in 1978. In view of these sharply divided opinions, a compromise was finally reached in article 7(1) providing that the Convention must be interpreted taking into account the “observance of good faith in international trade.” By relegating the relevance of good faith to the interpretation of the Convention, a hard-won settlement was reached between those who would have preferred a provision imposing directly on the parties the duty to act in good faith during the formation, performance, and termination of the contract of sale, and those who were opposed to any explicit reference to the principle of good faith. This peculiar compromise, actually burying the principle of good faith, has been characterized as “uneasy,” “strange,” and as a “statesmanlike compromise.” Almost everybody disagrees as to the impact, if any, that the principle of good faith may have on the behavior of the parties to an international contract for the sale of goods.”

contratos. Não surpreendentemente, a inclusão na Convenção de uma disposição criando uma obrigação de boa fé, foi o pretexto para extensas e às vezes obscuras disputas não só entre os representantes socialistas e capitalistas, mas também entre delegados representantes do direito consuetudinário e direito civil e até mesmo entre os representantes que compartilhavam uma tradição legal comum. Opiniões sobre o papel a ser desempenhado pela boa-fé variaram desde a idéia de que deveria ser visto como uma obrigação presente em todas as fases o processo de contratação à visão de que a boa-fé não deveria ser explicitamente mencionada em nenhum artigo.

Logo na Conferência Diplomática de Haia em 1964, a referência explícita à boa-fé como princípio geral foi oposta pelo delegado francês. O professor Tunc afirmou que o princípio da boa-fé poderia levar a interpretações divergentes e mesmo arbitrárias pelos tribunais nacionais, e, portanto, prejudicaria a uniformidade. Na 8ª sessão do Grupo de Trabalho da UNCITRAL, o delegado húngaro propôs a inserção de uma "cláusula de boa-fé" direcionando as partes a agir em boa fé na formação de contratos de vendas internacionais. Alguns delegados se opuseram à inserção da "boa fé" provisão porque seria vaga e desnecessária. Especialmente inaceitável para os delegados de direito comum foi a proposição de que o princípio da boa-fé deveria também abranger a formação de contratos. O princípio da boa-fé ganhou aceitação no texto do Projeto de Convenção e até mesmo sobreviveu a 9ª sessão de UNCITRAL, mas um contra-ataque foi lançado na 10ª sessão em 1978.

Tendo em conta estas opiniões fortemente divididas, um acordo foi finalmente alcançado no artigo 7º (1) prevendo que a Convenção deve ser interpretada levando em conta a "observância da boa-fé no comércio internacional." Relegando a relevância da boa-fé para a interpretação da Convenção um acordo duramente conquistado foi alcançado entre aqueles que teriam preferido uma disposição impondo diretamente às partes o dever de agir em boa fé durante a formação, desempenho e rescisão do contrato de venda, e aqueles que se opuseram a qualquer referência explícita ao princípio da boa-fé. Este compromisso peculiar, na verdade, enterrando o princípio da boa fé, tem sido caracterizado como "desconfortável" "estranho", e como um "compromisso estadista". Quase todo mundo discorda quanto ao impacto, se houver algum, que o princípio da boa-fé pode ter sobre o comportamento das partes em um contrato internacional de venda de bens. (tradução livre)

Conforme se extraí do trecho colacionado, as tensões durante o "drafting" da Convenção e mesmo durante a Conferência Diplomática para a sua aprovação foram acirradas, devido às posições diametralmente opostas adotadas pelos sistemas domésticos acerca do próprio conceito de boa-fé e sua aplicação no direito contratual. Explica-se.

Os países de orientação consuetudinária, tendo como maior expoente a Inglaterra, costumam negar a existência de uma doutrina geral da boa-fé contratual, mesmo que nestes países exista a adoção de condutas decorrentes de tais princípios de maneira indireta.

Natalie Hofman²⁸ descreve o não reconhecimento de uma doutrina expressa de boa-fé contratual na Inglaterra:

Não existe um princípio geral de boa-fé na lei inglesa. Entretanto, esse nem sempre foi o caso. Em 1766, Lorde Mansfield considerava a boa-fé como o “princípio governante [que] é aplicável a todos os contratos e negociações.” Além do mais, mesmo que a lei inglesa não reconheça um princípio geral de boa-fé, considerações de equiparação como a justiça e razoabilidade são consideradas em várias situações. (tradução livre)

Segundo John Felemezas, “*a boa-fé nos procedimentos negociais é alcançado por meios indiretos na lei inglesa. Por exemplo a confidencialidade é aplicada com o intuito de proteger uma informação privilegiada obtida pelas partes durante as negociações, de ser explorada após a ocorrência de uma quebra nas negociações (tradução livre)*”²⁹.

O autor ainda cita outros exemplos de adoção do princípio da boa-fé na Inglaterra, como no silêncio sobre fato que deveria ter sido revelado em fase negocial, mas não o foi; Nos contratos de agência em que houve uma representação indevida pelo agente, assim como nas decisões proferidas por equidade³⁰.

Um exemplo deste reconhecimento indireto de uma doutrina de boa-fé contratual pela Inglaterra seria o caso *Seager v. Copydex Ltd.*³¹, de lavra de Lord Denning, onde foi reconhecida a existência de uma conduta de confidencialidade obrigatória para as partes que se envolvem em negociações, revelando informações confidenciais, que não podem ser entregues pela outra parte após a finalização ou rompimento do contrato.

²⁸ HOFMANN, Natalie. Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe. Ed. Pace Law Publishers. Extraído do site: <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=pilr&sei-edir=1#search=%22good%20faith%20england%22>. No original: “There is no general principle of good faith established in English law. However, this has not always been the case. In 1766, Lord Mansfield considered good faith as the “governing principle [which] is applicable to all contracts and dealings.” Furthermore, even though English law may not acknowledge a general principle of good faith, comparable considerations such as fairness and reasonableness are considered in various situations.”

²⁹ FELEMEGAS, John. Op. cit. p. 181. No original: “good-faith in the negotiation proceedings is advanced by indirect means in English Law. For example the confidentiality is applied in order to protect privileged information obtained by the parties during negotiations, from being exploited after a breach in the negotiations occur”

³⁰ FELEMEGAS, John. Op. cit. p. 181.

³¹ England's Court of Appeal (Civil division) Lord Denning M. R. Award of April 1967 (*Seagers v. Copydex*). Extraído do site: www.emeraldinsight.com/journals.htm?articleid=1654903. Acesso em 27.07.2011.

Os Estados Unidos da América possuem previsões específicas sobre a aplicação da boa-fé ainda que de maneira restrita, como aponta Natalie Hofmann³²:

O Código Uniforme Comercial Americano (“UCC”), por exemplo, define a boa-fé no artigo 2º, Seção 2-103 (1) (b): “boa-fé” no caso de um mercador significa honestidade de fato e a observância de padrões razoáveis de justa negociação no comércio. Entretanto, o conceito de boa-fé da UCC não vai tão além quanto a boa-fé alemã, que engloba as obrigações pré-contratuais. A boa-fé se torna especialmente aplicável à UCC somente na extensão do disposto no artigo 1º Seção 1-203; *in verbis*: “[todo contrato ou conduta dentro deste ato impõe uma obrigação de boa-fé em *sua performance ou execução*.]” (tradução livre)

No caso dos Estados Unidos, conforme referida autora, se reconhece a existência de uma doutrina de boa-fé, porém somente aplicável à performance ou execução do contrato e não em relação à fase de negociação.

Já os sistemas civilistas costumam aceitar uma doutrina de boa-fé contratual, inclusive na fase negocial ou pré-contratual, o que enfrenta a posição inglesa e da maioria dos países de orientação consuetudinária.

A Alemanha, por exemplo, adota o sistema de “*Treu und Glauben mit Rücksicht auf die verkehrsritte*”, que significa, em uma tradução livre, boa fé e negociação justa. Segundo John Felemeegas, três seriam as funções de tal princípio³³:

O primeiro patamar da função empregada ao princípio é concernente às instâncias onde se tornaria um fardo excessivo para um código lidar com todas as imagináveis e possíveis situações fáticas; até mesmo o mais detalhado código ou contrato não pode lidar com todas as situações fáticas imagináveis, assim detalhes de menor importância devem ser deixados para as cortes; *minima non curat praetor*. (...)

O Segundo patamar da função do “*Treu und Glauben*” é a de preencher lacunas ouclarear os significados deixados incertos pelos redatores do código, ou do contrato (...)

³² HOFMANN, Natalie. Op. cit. P. 20. No original: “The American Uniform Commercial Code (“UCC”), for example, defines good faith in Article 2 Section 2-103 (1)(b): „Good faith“ in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.” However, the UCC’s good faith concept does not go as far as the German good faith concept which also applies to pre-contratual obligations. Good faith is made specifically applicable to the UCC only to the extent set forth in UCC Article 1 Section 1-203; namely, “[e]very contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith *in its performance or enforcement*.”

³³ FELEMEGAS, John. op. cit., p. 193/194. No original: “The first level of the principle’s function concerns instances where it would overburden a code to deal with all possible and imaginable fact situations; even the most detailed code or contract can not deal with every issue imaginable, so details of minor importance can be left to the courts; *minima non curat praetor*. (...) The second level of *Treu und Glauben*’s function is to fill larger gaps or to clarify meanings left uncertain by the drafters of the code, or of the contract (...) An additional function of *Treu und Glauben* in Germany is to create a right to an adjustment of contracts because of a change of circumstances.

Uma função adicional do “Treu und Glauben” na Alemanha é a de criar um direito de adequação dos contratos quando houver mudanças nas circunstâncias.. (tradução livre)

No Brasil a boa-fé é um princípio plenamente aceito e recentemente introduzido em nosso sistema legal, importando ao Direito Contratual Civil o estudo da boa-fé objetiva. Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁴, a boa-fé objetiva “*impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos estes atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar a demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar*”.

A doutrina da boa-fé contratual encontra-se positivada no comando do artigo 422 do Código Civil brasileiro, ora trazido a baila:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Gustavo Tepedino³⁵ descreve a boa-fé contratual no ordenamento jurídico brasileiro:

De grande importância para a criação da concepção complexa de relação obrigacional foi o reconhecimento pela doutrina, jurisprudência e, mais recentemente, pelo próprio legislador, da incidência do princípio da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais. Isto porque, a boa fé objetiva tem como uma das suas principais características ser fonte criadora de deveres instrumentais, também chamados de anexos, conexos ou laterais, que compõem a relação obrigacional em conjunto com os deveres principais, mesmo que as partes não tenham expressamente pactuado tais deveres. Os deveres decorrentes da boa fé, tais como os deveres de proteção, de lealdade, de cuidado e de informação, são considerados instrumentais porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, considerando os legítimos interesses das partes envolvidas na relação e visando alcançar as finalidades que nortearam a criação do vínculo.

Ante as posições acima expostas, pode-se identificar a existência de uma doutrina da boa-fé objetiva aplicada aos contratos no Brasil, o que não implicaria um óbice a

³⁴ NERY, Nelson e, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, 2. ed. São Paulo – Editora Revista dos Tribunais.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Obrigações – Estudos na perspectiva Civil-Constitucional. Editora Renovar. Rio de Janeiro (2005). p. 480.

aplicação de tal teoria no território pátrio, o que favorece ainda mais a adoção da Convenção de Viena no território pátrio.

Nesta monografia, não se fará um julgamento de qual posição é a mais correta ou a mais errada, posto que cada uma destas posições é a expressão da individualidade e evolução histórica de cada uma destas nações.

O importante para o estudo da Convenção de Viena, é que a posição que imperou no texto legislativo e está presente na maioria dos ordenamentos domésticos modernos é a de que existe uma doutrina de boa-fé.

A Convenção, diferentemente dos conceitos acima explorados, adota um sentido autônomo na aplicação do conceito de boa-fé, não vinculado a qualquer uma das doutrinas domésticas acima expostas, sendo possível reconhecer contornos próprios para tal princípio. É o que pensa Bruno Zeller³⁶:

O fato indisputável é que a boa-fé não só deve ser observada no comércio internacional, mas também é firmemente unida ao mandamento da uniformidade. Em outras palavras, a boa-fé não pode ser aplicada com conceitos e princípios domésticos em mente. Tal combinação sugere que a utilização de definições domésticas de boa-fé à contrária à interpretação autônoma da CISG, segundo o artigo 7º (1). Isso foi confirmado em *Dulces Luisi, S.A. de C.V. v. Seoul International Co. Ltd y Seolia Confectionery Co.* (Dulces Luisi) onde a corte afirmou que o princípio da boa-fé precisa ser interpretado internacionalmente sem “se apoiar ao seu significado sob a égide da lei Mexicana.” (tradução livre)

Muito embora exista disputa doutrinária acerca do real significado e extensão da necessidade de observância da boa-fé no comércio internacional presente na Convenção, Arthur Rosset³⁷ delimita a abrangência do instituto, no que parece ser uma visão conciliadora:

³⁶ ZELLER, Bruno. Good Faith - The Scarlet Pimpernel of the CISG. Artigo publicado no site: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html>. Acessado em 20.06.2011. No original: “The undisputed fact is that good faith not only has to be observed in international trade but also is firmly tied to the mandate of uniformity. In other words, good faith cannot be applied with domestic concepts and principle in mind. Such a combination suggests that recourse to domestic definitions of good faith is contrary to the autonomous interpretation of the CISG pursuant to article 7(1). This was confirmed in *Dulces Luisi, S.A. de C.V. v. Seoul International Co. Ltd y Seolia Confectionery Co.* (Dulces Luisi) where the court stated that the principle of good faith must be interpreted internationally without “resorting to its meaning under Mexican law.”

³⁷ ROSSET, Arthur. Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. p. 290. No original: “At the very least, good faith is an interpretative tool that precludes a party from unduly rigorous insistence on the right to terminate after a minor deviation in performance by the other. Viewed somewhat more expansively, it imports affirmative obligations on the parties to communicate during performance and to cooperate in the cure of defects and the modification of obligations in unforeseen

No mínimo, a boa-fé é uma ferramenta interpretativa que impede a parte de indevidamente insistir no direito de rescisão após um pequeno desvio na performance do outro. Vista de maneira mais expansiva, ela significa obrigações afirmativas de comunicação entre as partes durante a performance do contrato e na cura de defeitos e modificação das obrigações em circunstâncias excepcionais. Ela impede uma perfeita interpretação das obrigações do vendedor de entrega e não trata desvios menores na conduta das partes em uma eventual rescisão contratual. (tradução livre)

Tal autor vê na boa-fé uma ferramenta interpretativa para evitar que as partes demandem a terminação do contrato por conta de um defeito menor, que não se enquadre nas hipóteses de resolução contratual, previstas na CISG pela doutrina do “fundamental breach”, doutrina esta que se encontra presente no artigo 25³⁸ de tal instrumento, ora trazido à baila:

Artigo 25 Uma quebra de contrato cometida por uma das partes é fundamental se resulta em tal detimento para a outra parte que lhe prive substancialmente daquilo que é titular no contrato, a não ser que a parte em inadimplemento não previu e uma pessoa razoável s do mesmo tipo, nas mesmas circunstâncias, não teria previsto tal resultado. (tradução livre)

Além deste aspecto, referido autor vê na doutrina da boa-fé uma obrigação afirmativa para as partes, a qual consistiria na obrigação de comunicação durante a execução do contrato e uma cooperação na cura de defeitos de obrigações em circunstâncias imprevistas.

As vantagens desta visão do princípio da boa-fé são diversas. Ao mesmo tempo que não se rende aos extremismos de desconsiderar totalmente a conduta das partes durante a execução do contrato, também protege o contrato de uma terminação por conta de uma pequena brecha que poderia ter sido sanada por uma das partes.

Peter Huber³⁹ expõe seu ponto de vista neste mesmo sentido:

circumstances. It precludes a perfect tender approach to interpretation of the seller's obligations of delivery and does not treat minor deviations by either side as an event that terminates the contract.

³⁸ No original: “Article 25 A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.”

³⁹ HUBER, Peter e MULLIS, Allastair. The CISG: A new textbook for students and practitioners. Ed. European Law publishers. 2007 . p. 8. No original: “It is submitted that the reference to good faith should not be used as a “super-tool” to override the rules and policies of the Convention whenever one regards the solution to a particular case or problem as inadequate. Art. 7(1) CISG actually grants the good faith principle a rather limited role as one of several guidelines that can be used when interpreting the Convention. The good faith principle is therefore not established as a sort of “super-rule” towering over the ordinary provisions of the CISG, but rather it has a more limited function in the process of finding out what the CISG states. In the author's opinion, it is conceivable that the good faith guideline may influence the concrete result of the interpretation offer differing

É submetido que a referência à boa-fé não deve ser usada como uma “super ferramenta” para se sobrepor às regras e políticas da Convenção sempre que alguém se refere à solução para um caso particular ou problema como inadequada. O Art. 7º (1) da CISG dá ao princípio da boa-fé um papel bastante limitado como um de várias orientações que podem ser usadas na interpretação da Convenção. O princípio da boa-fé, portanto, não é estabelecido como uma “super regra” sobreposta à todas as provisões ordinárias da CISG, mas antes tem uma função muito mais limitada no processo de descoberta do que a CISG determina. Na opinião do autor, é concebível que a diretriz pode influenciar o resultado concreto da interpretação, oferecendo opções diferentes. De toda maneira, é submetido que o impacto real do princípio da boa-fé sera um tanto quanto limitado. (tradução livre)

Na opinião de Peter Huber, o princípio da necessidade de observância da boa-fé no comércio internacional não deve ser visto sob a ótica de um super princípio. Tal princípio serviria para se chegar ao significado real de certo conceito contido na própria Convenção, não se estendendo às condutas das partes em outros momentos contratuais como, por exemplo, na fase de negociações pré-contratuais.

A segunda função atribuída ao princípio da boa-fé é uma de preenchimento de lacunas na Convenção. O artigo 7 (2) é o responsável por ditar que, em caso de necessidade de preenchimento de lacunas ao interpretar a CISG, aplicam-se os princípios gerais da Convenção.

Este é o caso do princípio da boa fé, conforme atesta John Felemezas⁴⁰:

Os princípios gerais que são passíveis de serem aplicados às questões governadas por, mas não expressamente reguladas na CISG, podem ser inferidas de regras específicas estabelecidas por regras específicas da CISG que tratam de temas específicos. Um princípio geral se encontra em um patamar mais abstrato do que uma regra ou pode ser aplicável a mais de uma regra. Alguns princípios gerais podem ser facilmente identificados porque expressos nas provisões da própria CISG. Um destes princípios é o da boa-fé. (tradução livre)

Embora exista a previsão do princípio de boa-fé para complementar as lacunas na interpretação da CISG, este não pode ser levado em conta única e exclusivamente para se

options. All in all, however, it is submitted that the real practical impact of the good faith principle will be rather limited.”

⁴⁰ FELEMEGAS, John. Op. cit., p. 27. No original: “General principles that are capable of being applied to matters governed by, but not expressly regulated by the CISG, may be inferred from specific rules established by specific CISG provisions dealing with specific issues. A general principle stands at a higher level of abstraction than a rule or might be said to underpin more than one such rule. Some general principles can be identified easily because they are expressly stated in the provisions of the CISG itself. One such principle is the principle of good faith.”

alcançar tais fins. Conforme o próprio artigo 7(2) da CISG atesta, os princípios gerais da Convenção são aplicáveis em caso de omissão.

A principal importância de tal dispositivo é sua aplicação prática para revelar o sentido concreto de certas expressões utilizadas na Convenção e que não possuem um conceito fechado, como as expressões de “reasonable measure” e “reasonable time”, na interpretação das comunicações entre as partes e outros casos em que se possa apresentar a necessidade de observância da boa-fé no caso concreto.

4. O SISTEMA DE MITIGAÇÃO DE DANOS NA CISG

4.1. Nascimento de uma obrigação de mitigar por conta do princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé, enquanto princípio norteador da CISG, encontra-se expresso em diversas das suas disposições. Para os fins almejados neste estudo, analisar-se-ão as repercussões da boa-fé no sistema de mitigação de danos.

Diz-se que o sistema de mitigação de danos é a extensão do princípio da boa-fé englobando a conduta das partes durante a execução do contrato. Esta é a posição mais comumente aceita pelos sistemas domésticos, conforme explicam Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer⁴¹:

O artigo 77 adota o princípio contido no artigo 88 da ULIS, principalmente que a parte esteja entitulada a tomar todas as medidas apropriadas e possíveis a prevenir a ocorrência de perda ou que mitigue sua extensão como expressão do princípio da boa-fé no comércio internacional. Ele pode ser encontrado na maioria dos sistemas jurídicos domésticos e projetos de unificação do direito e já é considerado como um princípio geral particularmente em arbitragem internacional. (tradução livre)

Conforme o entendimento de Schlechtriem e Schwenzer, o princípio da boa-fé no Comércio Internacional levaria a extensão do princípio da boa-fé à conduta das partes, sendo até mesmo considerado por alguns um princípio de arbitragem internacional⁴².

Esta conduta condizente com o princípio da boa-fé no caso da mitigação de dano significa uma ação positiva tomada pela parte que restou prejudicada, para assim diminuir ou fazer cessar as perdas que teve em razão de descumprimento contratual pela outra parte.

Dessa forma, pode-se dizer que o instituto da mitigação de danos tem origem na obrigação de observância de uma doutrina de boa-fé, uma vez que a parte agravada recebe uma tarefa de tentar diminuir os prejuízos sofridos, evitando-se o aumento dos danos a serem restituídos pela parte contrária, sob pena de não poder recuperá-los, demonstrando uma existente conduta de boa-fé.

⁴¹SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., p. 1042. No original: “Article 77 adopts the principle already contained in Article 88 ULIS, namely that the party entitled to take all possible and appropriate measures to prevent the occurrence of loss or to mitigate its extent is an expression of the general principle of good faith in international commerce. It can be found in most domestic legal systems and projects for the unification of law and is already regarded as a general principle particularly in international arbitration.”

⁴²FELEMEGAS, John. Op. cit., p. 259.

4.2. Mitigação em decorrência do intuito de salva-guarda dos contratos

Um dos principais objetivos, senão o mais importante entre os elencados na Convenção Internacional de Compra e Venda de Mercadorias, é o de salvaguarda dos contratos. Por meio deste princípio, pretende-se estabelecer uma necessidade de proteção do contrato, criando-se diversos mecanismos internos de remédios na CISG para se evitar a resolução do contrato.

Peter Huber e Allastair Mullis delineiam a aplicação de tal princípio⁴³:

A principal característica do sistema de remédios sob a CISG é que ela tenta manter o contrato vivo e, mais, evitar a necessidade de se desfazê-lo, enquanto for possível. A maior consequência disto é que a terminação do contrato estará disponível somente como um remédio de última instância. Ele também pode ter repercussões em outros remédios, como pedidos de execução específica, de indenização e do direito à redução do preço do contrato. (tradução livre)

Conforme referidos autores levantam, o princípio da salvaguarda dos contratos aparece ao longo de toda a Convenção, especialmente na parte referente aos remédios. No mesmo sentido se manifestam Andre Janssen e Olaf Meyer⁴⁴:

Em relação aos princípios gerais que podem ser derivados de vários artigos, o princípio da preservação do contrato (*favor contratus*) é provavelmente o mais conhecido. Ele pode ser extraído dos arts. 25, 34, 37, 39, 43, 47, 48, 49, 63, 64, 82 da CISG. Todos estes artigos impõem pré-requisitos ao remédio de revogação do contrato. As razões para esses pré-requisitos exigentes têm sido freqüentemente explicadas: os custos decorrentes do transporte de mercadorias, devido à resolução do contrato deverá ser evitado. O vendedor pode, naturalmente, evitar estes custos através da venda de mercadorias no

⁴³HUBER, Peter. CISG -- The Structure of Remedies. Presentation at seminar: "The Convention on the International Sale of Goods. The 25th Anniversary: Its Impact in the Past; Its Role in The Future", German Society of Comparative Law, Private Law Division, Conference 2005 (22-24 September 2005) Wurzburg. No original: "The most characteristic feature of the system of remedies under CISG is that it aims to keep the contract alive, and thus to avoid the necessity of unwinding it, as long as possible. The prime consequence of this is that termination of the contract will be available only as a remedy of last resort. It may also have repercussions on other remedies, such as claims for performance, claims for damages and the right to reduce the contract price."

⁴⁴JANSSEN, André e MEYER, Olaf. CISG Methodology. 2009. Ed. Sellier, European law publishers GmbH, Munich. p. 275. No original: "As for the general principles that can be derived from several articles, the principle of preservation of the contract (*favor contratus*) is probably the one most acknowledged. It can be derived from Art. 25, 34, 37, 39, 43, 47, 48, 49, 63, 64, 82 CISG. All these articles impose demanding prerequisites on the remedy of avoidance of the contract. The reasons for these demanding prerequisites have often been explained: the costs arising from the transportation of goods due to the avoidance of the contract shall be avoided. The seller can of course avoid these costs by selling the goods in the buyer's country, but this only evokes different problems such as storage costs until the time of delivery or even the problem of finding a different buyer in countries that do not have a developed network of dealers."

país do comprador, mas isso evoca diversos problemas, tais como os custos de armazenamento até o momento da entrega ou até mesmo o problema de encontrar um comprador diferente em países que não tenham uma rede desenvolvida de comerciantes. (tradução livre)

O princípio de salvaguarda dos contratos seria também uma expressão do princípio da boa-fé, segundo referidos autores⁴⁵:

Pode ser argumentado que a boa-fé é implicitamente incluída em várias disposições da CISG que podem ser agrupadas em três categorias: (1) para promover o inteira e franca troca de informações relevantes, (2) para prevenir as partes de se beneficiarem de conduta tomada para frustrar seus próprios contratos e (3) para salvaguardar os acordo sempre quando possível e minimizar os danos resultantes de contratos infringidos. (tradução livre)

Segundo eles, este princípio seria condizente com o objetivo de diminuição de custos e aumento da eficiência nos contratos internacionais de compra e venda, posto que ao manter o contrato vivo, as partes buscariam soluções alternativas à mera resolução contratual.

Dessa forma, tem-se que o instituto da mitigação de danos nasce não só do princípio da boa-fé, mas também do princípio geral da salvaguarda dos contratos.

4.3. Escopo e aplicação da obrigação de mitigar os danos na CISG

Em razão do princípio de salvaguarda dos contratos e da presença da doutrina da boa-fé, a CISG prevê um sistema de remédios contratuais, todos voltados à preservação do contrato em detrimento de uma possível resolução contratual. Dentre estes remédios que a CISG disponibiliza se destaca o da cobrança dos prejuízos causados pelo inadimplemento das condições contratuais, previstos no artigo 45(1)(b) e artigos 74 a 77 da CISG.

Tal remédio encontra-se elencado no artigo 45⁴⁶ da Convenção, *in verbis*:

Artigo 45 (1) Se o vendedor falhar na performance de qualquer de suas obrigações sob o contrato ou esta Convenção, o comprador poderá: (...) (b) requerer indenização de acordo com o previsto nos artigos 74 a 77.

⁴⁵ Idem. No original: “It could therefore be argued that good faith is implicitly included in many of the provisions of the CISG and can be grouped into three categories: (1) to promote full and frank exchange of relevant information, (2) to prevent parties from benefiting from conduct undertaken to frustrate their own contracts and (3) to salvage agreements wherever possible and minimize damages resulting from failed contracts.”

⁴⁶ No original: “Article 45 (1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may: (...) (b) claim damages as provided in articles 74 to 77.”

Em seguida vem o artigo 74⁴⁷ da CISG, o qual trata da composição dos danos e da abrangência dada a eles pela Convenção. Veja-se:

Artigo 74 Danos pelo inadimplemento contratual de uma parte consistem de uma soma igual a perda sofrida, incluindo lucros cessantes, sofridas por uma parte em decorrência de um inadimplemento. Tais danos não poderão exceder a perda que a parte inadimplente previu ou poderia prever no momento da conclusão do contrato, sob a luz dos fatos e questões que ele então sabia ou deveria saber, como uma possível consequência da quebra contratual. (tradução livre)

Tal artigo, em suma, prevê que os danos sofridos em consequência do inadimplemento contratual serão devidos de acordo com a seguinte fórmula: (i) serão devidos os prejuízos de acordo com a quantia total das perdas; (ii) incluindo lucros cessantes; (iii) que não ultrapasse os limites que a parte contrária previu ou poderia ter previsto no momento da contratação, sob a égide dos fatos e problemas que ele tivesse conhecimento ou devesse ter conhecimento.

Nesse sentido, a Convenção previu uma fórmula geral para a recuperação dos danos sofridos pelo inadimplemento contratual: (i) ditando que os prejuízos devem ser recompostos integralmente, sendo abarcados inclusive os lucros cessantes, e; (ii) Para que se possam recuperar tais danos, estes devem decorrer diretamente do contrato ou no mínimo serem previsíveis ao momento da contratação.

Em relação ao primeiro elemento, este traduz o princípio denominado de “*full compensation*”, que significa nada mais do que o direito da parte de ser reembolsada por todos os custos adicionais além dos ordinários, decorrentes dos prejuízos causados pela parte contrária.

Neste sentido o comentário organizado por iniciativa da *CISG Advisory Council* sobre o artigo 74⁴⁸:

⁴⁷ No original: “Article 74 Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.”

⁴⁸ UNCITRAL. CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA. Extraído do site: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>. Acessado em 27.07.2011. No original: “1.1 Article 74 does not provide specific guidelines for calculating damages. Instead, it gives the tribunal the authority to determine the aggrieved party's "loss suffered ... as a consequence of the breach" based on the circumstances of the

1.1 O artigo 74 não provisiona regras específicas para o cálculo dos danos. Ao invés, ele entrega ao tribunal a autoridade para determinar os “danos sofridos... em consequência da quebra contratual” baseado nas circunstâncias do caso particular. O sentido do artigo 74 é o de colocar a parte prejudicada na posição pecuniária em que se encontraria caso o inadimplemento contratual não tivesse ocorrido. Em outras palavras, é desenhado para dar a parte prejudicada o “benefício da barganha”. Nesse sentido, o artigo 74 deve ser deliberadamente construído para compensar a parte prejudicada por todas as desvantagens sofridas como resultado do inadimplemento. Entretanto, todos os pedidos de indenização, inclusive aqueles formulados sob o artigo 74, são submetidos a limitações pelas doutrinas da previsibilidade e mitigação.

1.2 O princípio da compensação integral por inadimplemento contratual estabelecida pelo artigo 74 é expressa em várias jurisdições domésticas. Em complemento, o princípio foi inserto em ambos os textos dos princípios da UNIDROIT e os princípios europeus de lei contratual (PECL). Isto consiste com as decisões de vários tribunais internacionais.

1.3 Deveria ser anotado inicialmente que as partes podem acordar sobre os remédios disponíveis para o inadimplemento contratual. Por exemplo, elas podem limitar o escopo da culpabilidade no caso de uma das partes rescindir o contrato em certos eventos. Em complemento, elas podem incluir uma disposição sobre indenização líquida que preveja um montante fixo de danos a serem pagos no caso de inadimplemento. Entretanto, algumas jurisdições podem refutar a execução de tal cláusula por causa da ordem pública. (tradução livre)

Em relação ao Segundo ponto, a previsibilidade da ocorrência de dano é um elemento necessário na composição dos danos, como medida para evitar-se que sejam estes cobrados com base em fatos que fogem totalmente ao escopo do contrato de compra e venda, sendo uma limitação garantidora dos riscos que podem advir do contrato. Esta é a posição de Harry M. Flechtner⁴⁹:

particular case. The purpose of Article 74 is to place the aggrieved party in the same pecuniary position it would have been in had the breach not occurred and the contract been properly performed. In other words, it is designed to give the aggrieved party the "benefit of the bargain." Accordingly, Article 74 is to be liberally construed to compensate an aggrieved party for all disadvantages suffered as a result of the breach. However, all claims for damages, including under Article 74, are subject to limitations imposed by the doctrines of foreseeability and mitigation. 1.2 The principle of full compensation for breach of contract established by Article 74 is expressed in many national laws. In addition, the principle is set forth in both the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law (PECL). It is also consistent with decisions of many international tribunals. 1.3 It should be noted at the outset that parties may agree upon the remedies available for breach of contract. For example, they may limit the scope of liability in the event that a party terminates the contract because of certain events. In addition, they may include a liquidated damages provision, which provides for a specified amount of damages to be paid by a party who repudiates the agreement. However, some jurisdictions may refuse for public policy reasons to enforce such a clause.”

⁴⁹FLECHTNER, Harry e HONNOLD, John. Uniform Law for the international sale under the 1980 United Nations Convention. Ed. Kluwer Law International. p. 271. No original: “The foreseeability limitation on damages is designed to limit the financial exposure of the parties to a contract for sale by excluding liability for remote consequences. The foreseeability requirement in the definition of fundamental breach, in contrast, is meant to limit avoidance to appropriate circumstances. It may make sense to provide that a party is not responsible in damages for losses that become foreseeable only after contract formation, when the terms of exchange cannot unilaterally be adjusted to account for a newly-discovered risk. This logic, however, does not

A limitação da previsibilidade dos danos é desenhada para limitar a exposição financeira das partes de um contrato de vendas por excluir a responsabilidade por causas remotas. O requisito da previsibilidade na definição de inadimplemento fundamental, em contraste, foi previsto para limitar a rescisão à circunstâncias apropriadas. É possível que faça sentido prever que uma parte não será responsável por danos previsíveis somente após a conclusão do contrato, quando os termos de troca não puderem ser ajustados unilateralmente para contabilizar um risco recentemente descoberto. Esta lógica, entretanto, não requer que uma parte prejudicada seja forçada a continuar a relação contratual quando a outra parte deveria saber, ao tempo da quebra culposa, que suas ações causariam um desequilíbrio substancial. O fato de que aquelas consequências não seriam previsíveis quando o contrato foi formado são de pouca relevância para a questão da rescisão. (tradução livre).

Assim descreve o escopo de aplicação do sistema de mitigação de danos Ingeborg Schwenzer⁵⁰:

O artigo 77 se aplica a todos os casos de responsabilidade por danos causados por um inadimplemento contratual. A conduta de mitigação de danos não nasce somente quando uma perda já ocorreu, mas também antes disso; o promitente talvez até tenha que chamar a atenção para o risco de uma perda particularmente grande. A opinião predominante advoga uma obrigação geral de mitigação de danos antes mesmo do inadimplemento contratual, quando houver sério risco de uma quebra contratual, como no caso da rescisão antecipada do contrato prevista no artigo 72(1). (tradução livre)

Esta explicação acerca do remédio da indenização por danos se faz necessária em decorrência da aplicação restrita da obrigação de mitigação de danos, que surge como terceira condição à recuperação dos mesmos sob a Convenção. Este é o entendimento de referida doutrinadora:

A letra, posicionamento sistemático, e histórico legislativo do artigo 77 demonstram que a obrigação de mitigação se aplica somente aos pedidos indenizatórios. Conseqüentemente, a visão predominante nega a aplicação direta do artigo 77 a outros remédios. Assim o artigo 77 não pode ser

require that an aggrieved party be forced to continue a contractual relationship where the other party should have known, at the time of a willful breach, that its actions would cause substantial hardship. The fact that those consequences were not foreseeable when the contract was formed has little relevance to the issue of avoidance.”

⁵⁰SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., p. 1043. no original: “Article 77 applies to all cases of liability for damages resulting from breach of contract. The duty to mitigate damages does not only arise when a loss has already occurred but also before that time; the promise may even be required to draw the promisor’s attention to the risk of a particular high loss. The prevailing opinion advocates a general duty to mitigate damages even before the contract is breached when there is serious risk of a breach, as in the case of an anticipatory breach of contract pursuant to article 72(1).” “Wording, systematic position, and drafting history of Article 77 show that the duty to mitigate damages only applies to claims for damages. Consequently, the prevailing view denies a direct application of Article 77 to other remedies. It follows that Article 77 cannot be invoked against the right to claim specific performance or to avoid the contract.”

invocado contra o direito de se requerer a execução específica ou para se rescindir o contrato. (tradução livre)

Passar-se-á então a análise do instituto da mitigação de danos propriamente dito.

4.4. O Artigo 77 e a obrigação de mitigação: Aspectos Gerais

O sistema de mitigação de danos na Convenção de Viena sobre Compra e Venda de Mercadorias Internacionais é um sistema desenvolvido para se conter custos e evitar a perda do contrato pela resolução.

Este sistema é constituído por uma série de medidas que as partes são encorajadas a tomar antes de requererem danos pela quebra de alguma provisão contratual ou outra espécie de dano que venha a surgir durante a execução do contrato.

Tal obrigação já existia no artigo 88⁵¹ da ULIS, o qual previa uma obrigação da parte que sofreu o dano de tomar todas as medidas possíveis e adequadas para a prevenção da ocorrência de perdas ou que esta mitigasse o alcance destes danos.

Aproveita-se para se trazer tal artigo à tona:

ULIS Artigo 88 Uma parte que confie em um inadimplemento contratual deverá adotar todas as medidas razoáveis para mitigar os danos resultantes de tal inadimplemento. Se ele falhar em adotar tais medidas, a parte culpada poderá requerer a redução da indenização. (tradução livre)

Esta previsão foi transcrita no bojo do artigo 77 da CISG, traduzindo um dos principais intuios da Convenção, qual seja o de evitar que os conflitos terminem no rompimento da relação contratual e na cobrança de prejuízos excessivamente altos.

Por esta razão, foi instituída a mitigação de danos, a qual evita que exista indenização se a parte que sofreu o prejuízo não tiver tomado todas as medidas possíveis para diminuir tal dano. Esta posição é defendida por Ingeborg Schwenzer e Peter Schlechtriem⁵²:

⁵¹ No original: "ULIS Article 88 A party who relies on a breach of 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."

⁵² SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., p. 1042. No original: "It can be found in most domestic legal systems and projects for the unification of law and is already regarded as a general principle particularly in international arbitration. The underlying rationale of Article 77 is that the aggrieved party does not

Pode ser encontrado na maioria dos sistemas legais domésticos e projetos de unificação do direito e já é considerado um princípio geral, particularmente em arbitragem internacional. A razão de tal artigo 77 é a de que a parte prejudicada não merece ser recompensada por danos evitáveis. Perdas resultantes do inadimplemento contratual, inclusive de lucros cessantes, não deve ser compensada quando poderia ser remediada ou prevenida inteiramente por tomar estas medidas. (tradução livre)

O posicionamento acima exposto condiz com os objetivos de salvaguarda contratual e com os ditames da boa-fé previstos no bojo da Convenção. A parte que sofre o dano não pode se aproveitar de tal fato para se locupletar indevidamente às custas da parte que cometeu a infração contratual. Ambos os contratantes devem buscar medidas alternativas e que visem uma solução eficaz e menos custosa para estes indivíduos.

Assim também pensa John Felemegeas⁵³:

Uma parte prejudicada não pode pedir indenização por prejuízos que esta poderia evitar. A parte prejudicada não deve se locupletar de suas próprias omissões. Tanto a CISG quanto os Princípios contém regras de mitigação, conquanto estejam escritas de maneiras diferentes. (tradução livre)

O próprio texto do artigo 77⁵⁴ da CISG traz a tona esta intenção de se evitar a locupletação indevida da parte que sofre danos sobre aquela que os causou, de maneira a preservar o equilíbrio contratual. Veja-se:

Artigo 77 A parte que confiar em uma brecha contratual deve tomar todas as medidas razoáveis nas circunstâncias para mitigar os danos, inclusive lucros cessantes, resultantes da brecha. Se ele falhar em tomar estas medidas, a parte inadimplente poderá pedir a redução da indenização no montante em que deveria ter sido mitigada. (tradução livre)

Importante ressaltar que a obrigação de mitigação de danos não se trata de uma obrigação contratual e que, portanto, ensejaria indenização por seu cumprimento. Trata-se sim de uma conduta que deve ser tomada pela parte que deseja pleitear danos, por conta de seu próprio interesse.

deserve to be compensated for avoidable loss. Loss resulting from a breach of contract, including loss of profit, is not to be compensated to the extent that it could have been remedied or prevented entirely by taking such measures cannot be recovered at all.”

⁵³ FELEMEGAS, John. Op. cit., p. 48. No original: “An aggrieved party cannot claim damages for losses that she herself could have avoided. The aggrieved party should not profit from her own omissions. Both the CISG and the Principles contain mitigation rules, although they are worded differently.”

⁵⁴ No original: “Article 77 a party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.”

Este é o entendimento corroborado por Ingeborg Schwenzer⁵⁵:

O dever de mitigar os danos não é uma obrigação exequível sob o contrato, mas sim uma conduta a ser tomada no próprio interesse da parte prejudicada. A falha no cumprimento de tais disposições de mitigação de danos não resulta na responsabilização da parte por danos, mas sim impede a recuperação de qualquer dano que não poderia ser evitado. (tradução livre)

Por ultimo resta esclarecer que os custos para implementação de tais medidas pela parte que as realizar são recuperáveis ou dedutíveis do montante indenizatório também por força do princípio denominado “full compensation”.

Nesse sentido o entendimento de Victor Knapp⁵⁶:

A parte que tomar medidas razoáveis sob a égide do artigo 77 para mitigar uma possível perda gastará dinheiro para alcançar determinado objetivo. A quantia gasta é considerada como uma perda sofrida em consequência da brecha contratual (v. comentário do artigo 74, *supra*, § 3.12.). Dessa maneira a parte que gastar esse dinheiro tem o direito de reclamar compensação mesmo que as ações de mitigação de perda tenham sido em vão, desde que estas sejam razoáveis nas circunstâncias. (tradução livre)

Assim, pode-se concluir que o sistema de mitigação de danos na CISG serve a dois propósitos principais, quais sejam o de ser uma medida de contingência de custos para as partes ao se evitar o desperdício de recursos e o de respeito aos intuitos de salvaguarda dos contratos e observância da boa-fé no comércio internacional.

4.5. Extensão da obrigação de mitigar os danos (O conceito de razoabilidade do artigo 77 e sua interpretação)

Muito se debate acerca da extensão em que deve ser interpretado o texto do artigo 77 da Convenção. Conforme acima discutido, o texto da CISG é muitas vezes vago na fixação de seus conceitos, o que implica em vantagens e desvantagens para o seu uso. Explica-se.

⁵⁵ SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., p. 1043.

⁵⁶ KNAPP, Victor., *In Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan (1987). p. 561. no original: “The party taking reasonable measures under Article 77 to mitigate the threatened loss will likely expend money to this aim. The expended sum of money is considered as a loss suffered as a consequence of the breach of contract (see commentary on Article 74, *supra*, § 3.12.). Therefore, the party expending the money has the right to claim compensation for it even if the actions to mitigate the loss were in vain, provided that they were reasonable under the circumstances.

Por um lado, ao manter conceitos abertos a Convenção favorece a adaptação de seu texto aos novos conceitos legais que possam vir a ser implementados no Direito do Comércio Internacional, o que permite uma atualização constante da CISG aos costumes e hábitos do comércio, facilitando sua aplicação às situações cotidianas.

Por outro lado, os conceitos vagos dificultam o dimensionamento extensão dos institutos previstos no texto legal, abrindo margem para interpretações de todos os tipos acerca do conteúdo legal de cada norma aberta contida na Convenção. Esta é uma das maiores críticas realizadas a CISG. Vale a pena lembrar que tanto as facilidades quanto as dificuldades interpretativas deste texto legal já foram tratadas em tópico próprio desta monografia.

No caso específico da mitigação de danos, especialmente em razão do conceito de razoabilidade empregado em sua conceituação, aplicam-se os comentários já elaborados. O próprio texto do artigo 77⁵⁷ da CISG proporciona tal discussão:

Artigo 77

Uma parte que confiar em um inadimplemento contratual deverá tomar todas as medidas razoáveis para mitigar os danos nas circunstâncias, incluindo lucros cessantes, resultantes do inadimplemento. Se esta falhar em tomar tais medidas, a parte inadimplente poderá requerer uma redução na indenização no montante equivalente a perda que deveria ter sido mitigada. (tradução livre)

Como se depreende do texto legal, a parte que buscar a recuperação de danos deverá tomar todas as medidas que forem “razoáveis”, levando-se em conta as circunstâncias do caso, para mitigar os danos causados.

Porém qual seria o significado deste conceito de “medidas razoáveis”. Em nenhum dos artigos da Convenção existe uma definição expressa sobre o que exatamente constituiria tal conceito.

John Felemegeas⁵⁸ traz elucidadora explicação sobre referida expressão:

⁵⁷ No original: “Article 77 A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated. (grifos nossos)”

⁵⁸FELEMEGAS, John. Op. cit., p. 229. No original: “The assessment of reasonableness is a question of fact and takes into account such circumstances as the time within which action was undertaken to diminish an avoidable loss and whether a substitute transaction was conducted on an arm’s length basis. Conversely, “loss caused by a breach of contract is not recoverable If it could have been reduced by taking reasonable measures. A potential measure to mitigate damages is reasonable, If in good faith it could be expected

O encontro do conceito de razoabilidade é uma questão de fato e leva em conta circunstâncias como o tempo em que a ação foi tomada para diminuir uma perda evitável e se uma transação substitutiva foi conduzida.

Dessa forma, “uma perda causada por um inadimplemento contratual não é recuperável se esta poderia ser reduzida por meio de medidas razoáveis. Uma potencial medida de mitigação de danos é razoável, se em boa-fé ela poderia ser esperada nestas circunstâncias. Isto deve ser determinado de acordo com as ações de uma pessoa razoável nas mesmas circunstâncias. (tradução livre)

Referido autor indica alguns critérios passíveis de adoção para se alcançar o conceito exato do instituto. Primeiramente deve-se esperar que a parte que sofreu o prejuízo tome todas as providências possíveis em boa-fé, de acordo com as circunstâncias factuais.

Com o fito de se determinar se todas as ações possíveis e razoáveis foram tomadas, tal autor defende que se tem de levar em conta o tempo em que esta ação foi levada a cabo e se alguma transação substitutiva foi intentada.

Secundariamente o autor defende que uma pessoa estaria agindo dentro dos ditames da boa-fé e de acordo com as provisões do artigo 77, quando suas ações forem tomadas, levando-se em conta uma pessoa média que se encontrasse na mesma situação da parte envolvida.

A definição do que seria uma pessoa média que atendesse aos requisitos levantados também não aparece explicitamente na Convenção, muito embora seja um conceito por ela reconhecido, em seu artigo 8 (2), que trata das declarações e outras condutas empregadas pelas partes.

Diz o artigo 8º⁵⁹, da CISG:

Artigo 8º (1) Para os objetivos desta Convenção as declarações realizadas por e outras condutas da parte devem ser interpretadas de acordo com sua intenção onde aquela parte sabia ou deveria saber o que esta intenção era.

under the circumstances. This is to be determined according to the actions of a reasonable person in the same circumstances.”

⁵⁹ No original: “Article 8 (1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was. (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances. (3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.”

(2) Se o parágrafo precedente não for aplicável, as declarações feitas por e outras condutas de uma parte devem ser interpretadas de acordo com o entendimento de que uma pessoa razoável do mesmo tipo teria nas mesmas circunstâncias.

(3) Na determinação da intenção da parte ou entendimento que uma pessoa razoável teria, deve-se considerar todas as circunstâncias relevantes do caso incluindo as negociações, as práticas estabelecidas entre as partes, costumes e qualquer conduta subsequente das partes (tradução livre)

Tendo em vista tal disposição, pode-se traçar uma analogia para empregar o conceito do que seria uma pessoa média sob a ótica da Convenção. Tal conceito tem suas raízes históricas no Artigo 9 da ULIS e trata-se de um conceito afeito aos países de Lei Comum, o que causou verdadeiro levante dos jurisconsultos de países de origem “Civil Law”, como aponta Jelena Vilus⁶⁰:

O termo “pessoa razoável” é um instituto da lei comum e após ter sido introduzido pela primeira vez na Lei Uniforme de Vendas Internacionais de Haya (ULIS), provocou uma reação estrondosa por parte dos advogados de orientação civilista. O Professor A. Tunc em seus comentários ao Artigo 9 da ULIS considera que chegar-se a conduta de uma “pessoa razoável” de acordo com a “situação apropriada para a outra parte” cobre ambos o caráter e a situação fatual que a pessoa se encontra. Independentemente das numerosas observações endereçadas à UNCITRAL sobre as provisões sobre “pessoa razoável” da ULIS, esse critério foi mantido também na Convenção Internacional de compra e venda de mercadorias da ONU. Sem dúvida, a esse respeito o artigo mais significante é o 8º que define os critérios a serem determinados na interpretação do contrato. De acordo com este artigo “as declarações feitas por, e outras condutas de, uma parte deverão ser interpretadas de acordo com sua intenção onde a outra parte sabia ou deveria saber o que esta intenção era.” Mais a frente no artigo o texto dispõe sobre o caso de impossibilidade de se aplicar aquela regra, quando diz que “as declarações feitas por, e outras condutas de, uma parte devem ser interpretadas de acordo com o entendimento de uma pessoa razoável do mesmo tipo que a outra parte teria sob as mesmas circunstâncias”. (tradução livre)

⁶⁰ VILUS, Jelena. Common Law institutions in the United Nations Sales Convention. In Homenaje a Jorge Barrera Graf, Bd. 2, Mexico: Universidad Nacional Autóma de Mexico (1989) p. 1440-1441. No original: “The term 'reasonable person' is an institute of the common law system and after it has been introduced for the first time into the Hague Uniform Law on International Sales (ULIS), it had provoked stormy reaction on the part of the lawyers of the civil law system. Professor A. Tunc in his Commentary of Article 9 of the ULIS considers that assessing the conduct of 'a reasonable person' (reasonable man) according to 'the situation proper to the other party' covers both the character and the factual situation that person is in. Independently of numerous remarks addressed to the UNCITRAL regarding the provision on 'reasonable person' from the ULIS, that standard has remained also in the UN Convention on International Sale. Undoubtedly, in this respect the most significant is Article 8 by which criteria are determined for the interpretation of the contract. According to that article, 'statements made by, and other conduct of, a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what the intent was'. Further text in the same article goes on for the case of an impossibility to apply that rule while stating that 'statements made by, and other conduct of, a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances'.”

Martin Schmidt-Kessel⁶¹ expressa sua opinião sobre tal dispositivo:

O critério é, portanto, o entendimento hipotético de que uma pessoa razoável do mesmo tipo que a outra parte, e que esteja nas mesmas circunstâncias externas. Além disso, o artigo 8º (2) desde o inicio se apóia em uma pessoa hipotética, o que em contraste com o artigo 8º (1) é um teste objetivo. O artigo, portanto, protege o princípio da confiança. (...)

Ao se determinar o entendimento hipotético de uma pessoa razoável, há de se atentar também às circunstâncias do artigo 8º (3). (tradução livre)

Como se depreende da opinião acima externada, o conceito de pessoa média deve ser auferido a partir de dois fatores: (i) esta pessoa deverá ser do mesmo tipo da parte a qual a intenção é dirigida e; (ii) esta pessoa deve estar condicionada às mesmas situações externas que a pessoa à qual a intenção é dirigida.

Vale lembrar que este exame subjetivo deve atender também aos requisitos expressos no artigo 8 (3) da CISG, o qual determina que deverão ser levados em conta ainda as negociações, as práticas e costumes comerciais estabelecidos entre as partes e condutas subseqüentes tomadas por estas.

Importantes as observações de Peter Riznik⁶² sobre o tema:

Quando se identificando se as medidas tomadas foram razoáveis dadas as circunstâncias, deve-se dar a devida consideração as provisões gerais da CISG, em particular, aquelas do artigo 7º e 9º. A obrigação de mitigação de danos evitáveis deve ser interpretada levando-se em consideração os interesses concorrentes das partes, como também os costumes comerciais e o princípio da boa-fé. O promitente será demandado a tomar aquelas medidas que poderiam ser esperadas nas mesmas circunstâncias de uma pessoa

⁶¹ SCHMIDT-KESSEL. In, SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., p. 155. No original: "The standard is thus the hypothetical understanding of a reasonable person of the same kind as the other party, and who is in the same external circumstances. Thus, Article 8 (2) from the very beginning relies on the view of a hypothetical reasonable person, which in contrast to Article 8(1) is an objective test. The Article, therefore, protects the reliance principle. (...) In determining the hypothetical understanding of a reasonable person, consideration must be also given to the circumstances named in Article 8(3)."

⁶² RIZNIK, Peter. Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss. Texto disponível no site: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html>. Acessado em 25.07.2011. No original: "When ascertaining whether the measures that were undertaken were reasonable in the circumstances, due consideration is to be given to the general provisions of the CISG, in particular, those of Articles 7 and 9. The obligation to mitigate avoidable loss is to be interpreted taking into account the competing interests of the parties, as well as commercial customs and the principle of good faith. The promisee is therefore only required to undertake those measures that could be expected in the same circumstances from a reasonable person acting in good faith. The measures will be found reasonable if a reasonable person of the same kind and in the same circumstances would have undertaken them "with any relevant trade usages being taken into account." Hence, the promisee is not required to undertake measures which might well mitigate the loss but would require excessive and unreasonable efforts and costs. If the aggrieved party refrains from undertaking excessive measures, she should not be found to have breached her duty to mitigate. Moreover, she may generally also be unable to recover costs that were, albeit they have mitigated damages, unreasonably high."

razoável agindo em boa-fé. As medidas serão razoáveis de uma pessoa razoável e nas mesmas circunstâncias as teriam tomado com qualquer costume comercial levado em conta.” Mais, ao promitente não é requerido que tome medidas que possam mitigar o dano, mas que requeiram excessivos e não razoáveis esforços e gastos. Se a parte prejudicada deixar de tomar as medidas excessivas, esta não deve ser considerada inadimplente perante a obrigação de mitigação. Além do mais, ela pode geralmente ser impossibilitada de recuperar os custos que forem, apesar de ter sido mitigados, inarrazoadamente altos.

Referido autor pontua como relevante, além dos termos anteriormente discutidos, os custos para se tomarem medidas de mitigação de danos. No caso concreto, conforme aponta o autor, muitas vezes seria possível tomar certa medida para mitigar os danos do contrato, porém em razão dos altos custos que tal medida envolveria, não seria razoável, nos termos da CISG, requerer-se tal conduta de uma das partes.

Cumpre ainda esclarecer que os Tribunais têm entendido⁶³ que as seguintes medidas tomadas pelos compradores são razoáveis: pagar para outro fornecedor expedir a entrega de compressores que já haviam sido requisitados para substituí-los por compressores defeituosos;⁶⁴ contratar um terceiro fornecedor por conta da impossibilidade da parte inadimplente do contrato de entregar moldes em tempo;⁶⁵ contratar um terceiro para tratar mercadorias de couro quando o vendedor se recusar a devolver as máquinas utilizadas para este fim, que foram vendidas ao comprador e se encontravam em posse do vendedor para adaptações;⁶⁶ continuar a imprimir em tecido comprado não obstante a descoberta de problemas com o tecido;⁶⁷ solicitando permissão especial de uma autoridade do Governo para permitir a re-exportação, se os bens se provaram não conformes, e propondo testar leite em pó na Zona de Livre Comércio antes da importação;⁶⁸ utilizar os próprios estoques de carvão do comprador quando o vendedor atrasava as entregas;⁶⁹ propor a um sub-comprador que os bens

⁶³ Dados extraídos da data-base da CISG. Disponível pela internet no endereço: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-77.html>. Acessado em 27.07.2011.

⁶⁴ [ESTADOS UNIDOS Federal District Court, Northern District of New York, 9 September 1994 (Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.)], confirmado, [ESTADOS UNIDOS Federal Court of Appeals for the Second Circuit 6 December 1995 (Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.)].

⁶⁵ [CANADA Ontario Court of Appeal 26 January 2000 (Nova Tool & Mold Inc. v. London Industries Inc.)].

⁶⁶ [ALEMANHA Oberlandesgericht Köln 8 January 1997 (Tannery machines case)].

⁶⁷ [ESTADOS UNIDOS Federal Circuit Court of Appeals, 4th Circuit, 21 June 2002 (Schmitz-Werke v. Rockland)] (o comprador continuou a tentar imprimir no tecido por conta da urgência).

⁶⁸ [HOLANDA Rechtbank 's-Hertogenbosch 2 October 1998 (Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland (Powdered milk case))].

⁶⁹ [ICC International Court of Arbitration, Award 8740 of October 1996 (Russian coal case)]

do vendedor entregues tardeamente deveriam ser aceitos com uma redução de 10 por cento no preço;⁷⁰ vender bens perecíveis, ainda que não requerido pelos artigos 85 à 88.⁷¹

Decisões foram proferidas no sentido de que as seguintes medidas tomadas pelo vendedor seriam razoáveis: incorrer em despesas de transporte, acomodação e manutenção de maquinário não entregue e, finalmente;⁷² revender bens a terceiros.⁷³

Por último, cumpre dizer que nos casos que envolverem riscos especialmente altos no transporte ou entrega das mercadorias, este risco somente poderá ser abarcado pela Convenção se estiver expressamente delineado no contrato de compra e venda, pois senão feriria a segurança do contrato e das partes quanto aos riscos envolvidos na transação.

4.6. As restrições ao princípio de mitigação na CISG

Existem duas exceções presentes na Convenção de Viena à necessidade de se levar adiante as medidas de mitigação de danos. A primeira diz respeito aos casos em que ocorrem eventos além do controle das partes, que impeçam estas de tomar tais medidas.

Isto ocorrerá sempre que a situação se subsumir a hipótese do Artigo 79⁷⁴ da Convenção, ora em comento:

Artigo 79

(1) A parte não é responsável por uma falha na execução de suas obrigações se ela provar que a falha aconteceu por conta de um impedimento além de seu controle e que ela não poderia ter razoavelmente levado em conta tal

⁷⁰ [ICC International Court of Arbitration, Award 8786 of January 1997 (Clothing case)].

⁷¹ [ICC International Court of Arbitration, Award 7197 of 1992 (Failure to open letter of credit and penalty clause case)]

⁷² [ICC International Court of Arbitration, Award 7585 of 1992 (Foamed board machinery case)]

⁷³ [ALEMANHA Oberlandesgericht Düsseldorf 14 January 1994 (Shoes case)]; [AUSTRIA Arbitration-Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft Wien, 15 June 1994 (SCH-4366 (Rolled metal sheets case))] [ALEMANHA Oberlandesgericht Hamm 22 September 1992 (Frozen bacon case)].

⁷⁴ Article 79 (1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. (2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if: (a) he is exempt under the preceding paragraph; and (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him. (3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. (4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt. (5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.”

impedimento ao tempo da conclusão do contrato ou ter evitado ou superado suas consequências.

(2) se a falha da parte for em razão da conduta de terceiro contratado para executar integral ou parcialmente o contrato, aquela parte só será isenta de responsabilidade se:

(a) ela estiver isenta nos termos do parágrafo anterior; e

(b) A pessoa contratada pela parte estiver isenta quando aplicadas as disposições do parágrafo anterior a ela.

(3) A exceção disposta neste artigo só se aplica enquanto perdurar o impedimento.

(4) A parte que deixar de cumprir suas obrigações deve notificar a outra parte do impedimento e seus efeitos na sua habilidade de executar o contrato. Se a notícia não for recebida em um tempo razoável após a parte inadimplente saber ou deveria saber da existência do impedimento, esta será responsabilizada pelos danos dessa falta de entrega.

(5) Nada nesse artigo impede que qualquer das partes exerça outro direito que não aquele de requerer indenização sob esta Convenção. (tradução livre)

Não obstante o tema das exceções às obrigações dos contratantes não seja o tema principal desta monografia jurídica, vale ressaltar alguns dos aspectos pertinentes ao tema.

A regra do artigo 79 da CISG é muito similar ao instituto da força maior, afeto aos países de orientação civilista. Para que uma parte possa deixar de arcar com suas responsabilidades contratuais esta deverá demonstrar: (i) que ocorreu um fato sob o qual ela não possuía controle sobre ou sob o qual não se poderia esperar que ela tivesse controle sobre no momento da contratação; (ii) que, no caso da execução do contrato ser realizada por terceiros, que o terceiro também se encontre na exceção prevista pelo artigo 79 como se parte fosse no contrato; (iii) que o não cumprimento de sua obrigação se deu durante o período em que o evento de força maior ocorre, e; (iv) a parte inadimplente notifique a outra sobre o fato impeditivo.

A segunda disposição que enseja uma exceção à regra de mitigação de danos é aquela prevista no Artigo 80⁷⁵ da Convenção e que trata da culpa exclusiva da parte. Assim dita referido dispositivo:

Artigo 80

A parte não poderá confiar no inadimplemento da outra, quando tal falha ocorrer pelos atos ou omissões da primeira. (tradução livre)

⁷⁵ No original: “Article 80 A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission.”

Este artigo traz uma limitação à obrigação de mitigação de dano. Diz ele que uma parte não poderá se apoiar no descumprimento contratual da outra para requerer algum dos remédios da Convenção, quando a falha for causada pela própria parte que a invoca.

Assim, nos casos em que houver culpa exclusiva da parte no inadimplemento contratual da outra, não existirá obrigação de mitigação de danos, posto que seria impossível que uma só das partes buscasse sanar os defeitos que a outra tenha causado em detrimento dela própria.

4.7. A questão dos artigos 85 à 88 da CISG

Os artigos 85 à 88 da Convenção, prevêem uma obrigação específica de mitigação, a de preservação dos bens. Estes artigos formam um conjunto de regras para que as mercadorias sejam conservadas mesmo que sobre elas penda alguma discussão, disciplinando a conduta a ser tomada tanto pelo comprador como pelo vendedor, no intuito de preservarem seus próprios direitos.

Assim descreve a obrigação de preservação das mercadorias Bacher⁷⁶:

Os artigos 85 à 88 determinam que as partes estão obrigadas a tomar conta dos bens no caso de rejeição destes ou não tomada deles pelo comprador. Nos casos envolvidos, pode não estar claro se as reclamações do comprador são de direito. Se a responsabilidade pela preservação dos bens depende desta questão, ambas as partes podem ser tentadas a largar os bens ao seu próprio destino, na esperança de que as consequências sejam sofridas pela outra parte. As regras nos artigos 85 à 88 evitam tais táticas por obrigar o vendedor e o comprador, respectivamente, a preservar as mercadorias mesmo se o outro lado estiver errado. (tradução livre)

Conforme se nota do texto acima colacionado, os artigos visam a proteção dos bens para evitar situações em que as partes possam ficar tentadas a se desfazer dos bens e resolver o contrato em perdas e danos, contrariamente ao princípio de preservação do contrato, inerente à CISG.

⁷⁶SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., p. 1146. No original: "Articles 85 to 88 lay down that the parties are obliged to take care of the goods If they are rejected or not taken over by the buyer. In the cases involved it may often be unclear whether the buyer's complaints are rightful. If the liability for the preservation of the goods depends on this question, both parties could be tempted to leave the goods to their own fate-hoping that the consequences have to be met by the other side. The rules in Articles 85 to 88 prevent such tactics by obliging the seller or the buyer, respectively, to preserve the goods even if the other side is wrong."

Dito isso, passar-se-á a discussão de cada uma destas obrigações de preservação dos bens. A primeira obrigação diz respeito ao dever do vendedor de preservar os bens e está prevista no Artigo 85⁷⁷, *in verbis*:

Artigo 85

Se o comprador estiver atrasado na tomada das mercadorias ou, onde o pagamento do preço e a entrega devam ser realizados concomitantemente se ele falhar em pagar o preço, e o vendedor estiver ou em posse dos bens ou de outra forma sob controle destes, o vendedor deverá tomar tais precauções razoáveis nas circunstâncias para preservá-los. Ele está intitulado a reter os bens até que ele seja reembolsado razoavelmente pelo comprador. (tradução livre)

Este artigo se aplica aos casos em que o comprador demora em receber as mercadorias ou quando existe a obrigação concorrente de entrega dos bens pelo vendedor e pagamento do preço pelo comprador.

Assim entende John Honnold⁷⁸:

Este artigo tem sua aplicação mais simples (porém não mais significante) quando o comprador deveria ter recebido a entrega no local de trabalho do vendedor mas deixa de vir buscar os bens na data especificada no contrato. Sob as regras de passagem de risco, o risco passa ao comprador no dia em que “ele comete o inadimplemento contratual por deixar de receber a entrega dos bens”. Suponha-se que após o risco ter passado ao comprador o vendedor deixe bens perecíveis ao relento e à chuva ou descontinue sua refrigeração. Nestes casos, o artigo 85 – que se aplica se “o comprador está atrasado em receber a entrega” e o vendedor “está na posse dos bens ou estes se encontram sob seu controle” – requer que o vendedor “tome tais precauções razoáveis nas circunstâncias para a preservação dos bens”. O vendedor é responsável pelos resultados do descumprimento de tal obrigação. (tradução livre)

⁷⁷ No original: “Article 85 If the buyer is in delay in taking delivery of the goods or, where payment of the price and delivery of the goods are to be made concurrently, if he fails to pay the price, and the seller is either in possession of the goods or otherwise able to control their disposition, the seller must take such steps as are reasonable in the circumstances to preserve them. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the buyer.”

⁷⁸ HONNOLD, John. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. Edited and updated by Harry M. flechtner. Editora Kluwer Law International – Haya - 2009. p. 454. No original: “This Article has its simplest (but not its most significant) application when the buyer should take delivery at the seller’s place of business but fails to come for the goods by the date specified in the contract. Under the rules of risk the risk of loss passes to the buyer on the day when “he commits a breach of contract by failing to take delivery.” Suppose that after risk has passed to the buyer, the seller leaves perishable goods out in the rain or discontinues necessary refrigeration. In such situations, Article 85 – which applies if “the buyer is in delay in taking delivery” and the seller “is either in possession of the goods or otherwise able to control their disposition” – requires the seller to “take such steps as are reasonable in the circumstances to preserve’ the goods. The seller is responsible for loss to the goods that results from his failure to comply with this duty”

No caso de eventual descumprimento de uma ou mais destas obrigações do comprador e os bens se encontraram na posse do vendedor, este deve tomar as providências necessárias à sua acomodação e resguardo.

Nota-se que estas obrigações sempre estarão vinculadas ao conceito de razoabilidade das circunstâncias, de forma que o vendedor não estará obrigado a incorrer em custos excessivos para a preservação dos bens.

Já o artigo 86⁷⁹ da CISG trata das obrigações atinentes ao comprador, caso este deseje salvaguardar seus direitos em relação aos bens. Referido texto legal dispõe:

Artigo 86

(1) Se o comprador recebeu as mercadorias e pretende exercer qualquer direito sob o contrato ou a Convenção de rejeitá-los, este deve tomar todas as precauções razoáveis de preservá-los dadas as circunstâncias. Ele é intitulado a reter os bens até que seja reembolsado razoavelmente pelo vendedor das despesas incorridas.

(2) Se as mercadorias despachadas ao vendedor se encontram a sua disposição no local de destino e este decide exercer seu direito de rejeitá-los, ele deve tomar posse dos bens em nome do vendedor, desde que isto possa ser feito sem incorrer em despesas excessivas ou inarrazoada inconveniência. Esta provisão não se aplica se o comprador ou encarregado sob seu mando estiver presente na destinação. Se o comprador tomar posse dos bens sob este parágrafo, seus direitos e obrigações serão regulados pelo parágrafo anterior. (tradução livre)

Existem duas possibilidades ante as previsões legais acima expostas. Na primeira o comprador já recebeu os bens, mas encontrando alguma falha neles que constitua uma brecha, deseja rejeitá-los nos termos da Convenção. Quando esta hipótese ocorrer, aplicar-se-á o disposto no artigo 86 (1) da Convenção, devendo o comprador se responsabilizar pela conservação dos bens em sua posse.

A segunda possibilidade se dá nos casos previstos no Artigo 86 (2), que versam sobre os bens que já foram despachados para o comprador e se encontram a sua disposição.

⁷⁹ No original: “Article 86 (1) If the buyer has received the goods and intends to exercise any right under the contract or this Convention to reject them, he must take such steps to preserve them as are reasonable in the circumstances. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the seller. (2) If goods dispatched to the buyer have been placed at his disposal at their destination and he exercises the right to reject them, he must take possession of them on behalf of the seller, provided that this can be done without payment of the price and without unreasonable inconvenience or unreasonable expense. This provision does not apply if the seller or a person authorized to take charge of the goods on his behalf is present at the destination. If the buyer takes possession of the goods under this paragraph, his rights and obligations are governed by the preceding paragraph.”

Nestes casos, se o comprador desejar exercer seu direito de rejeitar os bens deve tomá-los em sua posse e conservá-los.

Note-se que tal obrigação só será necessária se: (i) não causar custos excessivos para o comprador, e; (ii) a mesma não implicar na obrigação de pagamento do preço, como nos casos de obrigações concorrentes (entrega x pagamento do preço).

Novamente traz-se o ensinamento de John Honnold⁸⁰:

O artigo 86 (1) demanda que o comprador tome precauções para a preservação dos bens que tenha “recebido” se este tem a intenção de “exercer qualquer direito ... de rejeitá-los”. O termo rejeitá-los também aparece no artigo 86 (2), porém não aparece antes na Convenção; Este termo vago é usado aqui para assegurar que a conduta de preservação dos bens pelo comprador seja aplicada sempre quando o comprador deseje exercer um direito de recusar a aceitação dos bens ou retorná-los ao vendedor após seu recebimento. (tradução livre)

Em ambos os casos existe o direito de retenção dos bens até que a outra parte se ofereça ou seja obrigada a cumprir com a sua parte das obrigações, inclusive as de reembolso por despesas de armazenagem.

Em seguida vem o artigo 87 da Convenção, o qual permite à parte que se encontre na posse dos bens e que seja obrigada à preservá-los, fazê-lo por meio de terceiros, utilizando-se de espaço de armazenagem fora de suas instalações.

O Artigo 87⁸¹ prevê o seguinte:

Artigo 87

A parte que estiver vinculada a tomar precauções na preservação dos bens pode depositá-los em um armazém de terceiros às custas da outra parte envolvida, desde que esta despesa não seja inarrazoada. (tradução livre)

Este artigo prevê a possibilidade da parte que estiver na posse dos bens de alocá-los em espaço de terceiro, às custas da parte contrária, até que se resolva a situação, desde que não importe em custos excessivamente altos.

⁸⁰ Idem. p. 455. No original: “Article 86(1) requires the buyer take reasonable steps to preserve goods that it has “received” if the buyer intends “to exercise any right...to reject them. The term “reject” (with reference to goods) also appears in Article 86(2), but has not appeared earlier in the Convention; this broad term is used here to assure that the buyer’s duty to preserve the goods will apply whenever the buyer exercises a right to refuse to accept the goods or to return them to the seller after receiving them.”

⁸¹ No original: “Article 87 A party who is bound to take steps to preserve the goods may deposit them in a warehouse of a third person at the expense of the other party provided that the expense incurred is not unreasonable.

Em razão deste depósito, a parte deixa de ser responsável pelo destino dos bens, não podendo ser responsabilizada pelas atitudes tomadas pelo terceiro. Este é o entendimento de Bacher⁸²:

A parte depositante dos bens em um armazém de terceiro deve procurar por um depósito adequado. Esta parte não será responsável pelo comportamento do depositário durante o tempo de armazenamento. (tradução livre)

Finalmente o artigo 88⁸³ trata do direito das partes que estão obrigadas a preservar os bens de vendê-los. Diz o artigo 88 da CISG:

Artigo 88

(1) A parte que esteja obrigada a preservar as mercadorias de acordo com o artigo 85 ou 86 pode vende-los por qualquer meio apropriado se houver um atraso injustificado da outra parte em retomar a posse dos bens ou em pagar o preço ou os custos de preservação, desde que uma notificação razoável desta intenção seja dada à outra parte.

(2) Se os bens estiverem sujeitos à rápida deterioração ou sua preservação envolveria despesas inarrazoadas, a parte que estiver sujeita a preservação dos bens de acordo com o artigo 85 ou 86 deverá tomar as medidas razoáveis para vendê-los. Desde que possível, deverá notificar a outra parte de sua intenção de vendê-los.

(3) A parte que estiver vendendo os bens tem o direito de retenção dos lucros da venda igual ao montante gasto para a preservação e venda da mercadoria. Esta parte deve prestar contas à outra parte do balanço. (tradução livre)

Tal provisão foi criada para se evitar custos demasiadamente altos para as partes que têm de preservar os bens. O Artigo 88 (1) permite uma venda quando houver uma demora injustificada e excessiva pela parte contrária: (i) em tomar a posse dos bens nos casos mencionados no Artigo 85; (ii) em retomar os bens nos casos mencionados no artigo 86; (iii) em pagar o preço pelos bens nos casos mencionados no artigo 85 ou, finalmente; (iv) em pagar pelos custos de preservação dos bens nos casos dos artigos 85, 86 e 87.

Quando qualquer uma destas hipóteses surgir, a parte poderá realizar a venda dos bens, desde que notifique a parte contrária de suas intenções na forma do Artigo 88 (3).

⁸² SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. p. 1161. No original: "The party depositing the goods in a third person's warehouse has to look for a suitable depositary. It is not liable for the depositary's behaviour during the time of warehousing."

⁸³ No original: "Article 88 (1) A party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 may sell them by any appropriate means if there has been an unreasonable delay by the other party in taking possession of the goods or in taking them back or in paying the price or the cost of preservation, provided that reasonable notice of the intention to sell has been given to the other party. (2) If the goods are subject to rapid deterioration or their preservation would involve unreasonable expense, a party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 must take reasonable measures to sell them. To the extent possible he must give notice to the other party of his intention to sell. (3) A party selling the goods has the right to retain out of the proceeds of sale an amount equal to the reasonable expenses of preserving the goods and of selling them. He must account to the other party for the balance."

A segunda hipótese trata especificamente dos casos em que houver bens de rápida deterioração, o que obriga a parte a que proceda a sua revenda, respeitando-se as limitações da razoabilidade.

Um exemplo disso seria um carregamento de lulas que não tem o tamanho apropriado para o uso do comprador. Neste caso, ele será obrigado a tentar revender os bens (obrigação de meio), pois estes necessitam de armazenamento específico em ambiente refrigerado e são de rápida deterioração, tudo com o intuito de preservação da mercadoria.

4.8. O ônus da prova na mitigação de dano

No caso da mitigação de danos, a obrigação de provar os fatos constitutivos do direito cai na regra geral da Convenção. Assim como a parte tem que provar que a outra realizou um ato que ensejou a quebra contratual, também sobre esta recairá o fardo de comprovar que a parte contrária violou o dever de mitigação dos danos.

Dessa maneira entende Peter Riznik⁸⁴:

Enquanto que a parte prejudicada tem o ônus de provar o inadimplemento contratual e os danos emergentes, é o promissor que tem que provar o inadimplemento da obrigação de mitigação dos danos e a extensão do descumprimento de tais obrigações. De acordo com a maior parte das decisões a parte inadimplente deve demonstrar que a parte prejudicada não executou suas obrigações de mitigação, como ela deveria ter agido e a quais danos esta obrigação se estenderia. A Corte Suprema da Áustria decidiu que “o pedido de brecha da obrigação de mitigação de danos é uma exceção levando a perda do direito de indenização. Ela requer que [os vendedores] detalhem os fatos e as provas que sustentam a brecha [do comprador] na obrigação de mitigação de danos, as possíveis condutas alternativas e qual parte dos danos poderia ser prevenida por esta conduta alternativa.” A corte de apelações de Hamm decidiu que o ônus da

⁸⁴ RIZNIK, Peter. Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss. Texto disponível no site: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html>. Acessado em 25.07.2011. No original: “While the aggrieved party has the burden of proving the breach of contract and the consequential damages, it is up to the promisor to prove that the promisee should have mitigated the loss and the extent to which she should have done so. According to most decisions, the party in breach must show that the promisee has not performed her duty to mitigate, how she should have acted to mitigate the loss and which loss should have been mitigated. The Austrian Supreme Court stated in a decision that “The claim of the breach of the duty to mitigate damages is an exception leading to the loss of the claim for damages. It requires the [sellers] to put forward detailed facts and the supporting evidence showing why the [buyer] has breached [her] duty to mitigate damages, the possibilities of alternative conduct and which part of the damages would have been prevented by this alternative conduct.” The Appellate Court of Hamm ruled that the burden of proving the reasonableness of the measures is to be borne by the plaintiff.”

prova da razoabilidade das medidas deve ser arcada pelo reclamante.
(tradução livre)

Portanto, tem-se que as partes serão responsáveis por provar os fatos constitutivos de seu direito, de maneira similar ao sistema de provas do ordenamento jurídico brasileiro, que prevê no diploma processual civil, mais especificamente em seu artigo 333, que o ônus da prova cabe *“ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”* e *“ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”*.

5. CONCLUSÃO

A Convenção de Viena para a Compra e Venda de Mercadorias Internacionais, após os trâmites legais de ratificação dos Tratados Internacionais, será um marco para todos os envolvidos nas negociações de bens internacionais no Brasil.

A adoção de referido texto legal é uma das apostas para que o país se firme como referência na área do Comércio Internacional, uma vez que o texto legal da Convenção é amplamente aceito pela maioria dos países envolvidos no comércio internacional.

Importante se faz dizer que não existe óbice à sua aplicação no ordenamento jurídico, uma vez que o princípio da autonomia das vontades é aceito pelo direito brasileiro, ainda que existam controvérsias quanto à sua aplicação aos contratos internacionais, sendo possível destacar a uniformidade de entendimento de que este princípio se aplica pelo menos às arbitragens internacionais no Brasil.

Por ser um texto legal que visa a conciliação dos sistemas de orientação consuetudinária e dos países de orientação civilista, com nítido caráter de uniformização, existe uma grande vantagem para a sua adoção, qual seja a de melhor previsibilidade dos riscos inerentes à atividade do Comércio Internacional, dando maior segurança para as partes travarem contratos, aplicando esta Convenção.

O princípio da boa-fé que dá ensejo ao sistema de mitigação de danos também não sofre restrições pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo inclusive tal princípio reconhecido no artigo 422 do Novo Código Civil.

Sob este foco, vale ressaltar que o sistema de mitigação de danos previsto pelo texto legal, cria uma série de obrigações no sentido de conservar a relação contratual, seja por determinar que as partes devam conservar os bens enquanto disputam acerca de algum ponto da execução contratual ou por entregar bens substitutivos quando houver atraso na entrega, enfim, criando uma doutrina da boa-fé objetiva a proteger os interesses das partes na relação de Comércio.

Este ponto em específico será de muita valia para o Brasil, que possuí uma cultura de litigância muito presente, pois permitirá que os contratos internacionais de compra

e venda sejam honrados, sem deixar que as discussões judiciais tomem um caráter meramente indenizatório, evitando-se com isso também os altos custos de litigância.

No mais, apesar de existirem diferenças entre o texto da Convenção de Viena e o ordenamento jurídico pátrio, notadamente em relação à existência de uma obrigação própria de mitigação de danos, não se vislumbra nenhuma norma que seja diametralmente oposta ou que gere óbice a aplicação da Convenção no Brasil.

Há de se destacar ainda que a aplicação da Convenção se dará somente nos contratos internacionais, excluindo-se a aplicação de tais normas às relações contratuais domésticas, razão pela qual também não se vislumbra nenhuma violação às normas de Ordem Pública brasileira.

Em matéria probatória, a Convenção se assemelha muito às regras contidas no direito brasileiro, excluindo-se eventuais procedimentos adicionais que possam a vir ser escolhidos em sede de arbitragem pelas partes.

Por fim, pode-se concluir que não existem óbices a adoção da Convenção de Viena para a compra e venda de mercadorias internacionais, vez que os institutos previstos na Convenção não se opõem às normas jurídicas pátrias e não trazem nenhuma inovação que possa vir a causar um prejuízo ao ordenamento pátrio, sendo o autor totalmente a favor da adoção de referido texto legal que complementará e fortificará a posição do Brasil como um país sério e apto a atuar no campo do comércio internacional de mercadorias.

6. BIBLIOGRAFIA

BONEL, Bianca. *Commentary on the International Sales Law*. Ed. Giuffrè. Milan (1987).

DOLGONOVA, Iulia, and; LORENZEN, Marcelo Boff. The Brazilian Adhesion to the 1980 UN Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Presented at the 73rd Biennial Conference of the International Law Association in Rio de Janeiro on August 20, 2008.

FELEMEGAS, John. *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2000-2001*. Ed. Kluwer Law International. 2002.

FLECHTNER, Harry e HONNOLD, John. *Uniform Law for the international sale under the 1980 United Nations Convention*. Ed. Kluwer Law International.

FOUNTOLAKIS, Christiana e SCHWENZER, Ingeborg. *International Sales Law*. Editora Routledge-Cavendish, 2007. Nova York.

GAMA JUNIOR, Lauro da. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In, *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Editora Renovar – 2006. p. 614.

GAMA JUNIOR, Lauro da. A hora e a vez da Convenção de Viena. Publicado no jornal Valor Econômico em 02/09/2009.

GARRO, Alejandro M.. *Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. In, revista *International Lawyer* (1989). Palestra proferida no 81º Encontro Anual da Associação Americana de Bibliotecas Jurídicas, realizado de 26 a 29 de Junho de 1988.

HOFMANN, Natalie. *Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe*. Ed. Pace Law Publishers.

HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Edited and updated by Harry M. flechtner. Editora Kluwer Law International – Haya - 2009

HUBER, Peter e MULLIS, Allastair. *The CISG: A new textbook for students and practitioners*. Ed. European Law publishers. (2008).

HUBER, Peter. *CISG -- The Structure of Remedies*. Presentation at seminar: "The Convention on the International Sale of Goods. The 25th Anniversary: Its Impact in the Past; Its Role in The Future", German Society of Comparative Law, Private Law Division, Conference 2005 (22-24 September 2005) Wurzburg.

JANSSEN, André e MEYER, Olaf. CISG Methodology. Ed. Sellier, European law publishers GmbH, Munich. (2009).

LOOKOFSKY, Joseph. Understanding the CISG: A Compact guide to the 1980 United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Third Edition. Editora Kluwer Law International. (2008).

LUCENA, Roberto. Parecer sobre a mensagem 636 ao Congresso. Extraído do site: http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/MSC_636_parecer_relator.pdf.. Acessado em 21.07.2011.

NERY, Nelson e, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, 2. ed. São Paulo – Editora Revista dos Tribunais. (2010).

RIZNIK, Peter. Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss. Texto disponível no site: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html>. Acessado em 25.07.2011.

RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In, Contratos Internacionais. 3ª Ed. Editora Revista dos Tribunais (2002).

ROSSET, Arthur. Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). Oxford University Press. Oxford. 3a. Ed. (2010).

TEPEDINO, Gustavo. Obrigações – Estudos na perspectiva Civil-Constitucional. Editora Renovar. Rio de Janeiro (2005).

UNCITRAL. CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA. Extraído do site: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>.

UNCITRAL. Texto do “12th plenary meeting” da Convenção de Viena sobre compra e venda de bens internacional. Disponível na internet pelo site: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary12.html>. Acessado em 26.07.2011.

VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. Editora Fundação Getulio Vargas (1980).

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In, O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Editora Renovar (2006)

VILUS, Jelena. Common Law institutions in the United Nations Sales Convention. *In* Homenaje a Jorge Barrera Graf, Bd. 2, Mexico: Universidad Nacional Autóma de Mexico (1989).

ZELLER, Bruno. Good Faith - The Scarlet Pimpernel of the CISG. Artigo publicado no site: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html>. Acessado em 20.06.2011.

7. LISTA DE CASOS

ALEMANHA

Oberlandesgericht Köln 8 January 1997 (Tannery machines case)

Oberlandesgericht Düsseldorf 14 January 1994 (Shoes case)

Oberlandesgericht Hamm 22 September 1992 (Frozen bacon case)

ÁUSTRIA

Arbitration-Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft Wien, 15 June 1994 (SCH-4366) (Rolled metal sheets case)

CANADÁ

Ontario Court of Appeal 26 January 2000 (Nova Tool & Mold Inc. v. London Industries Inc.)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Federal District Court, Northern District of New York, 9 September 1994 (Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.)

Federal Court of Appeals for the Second Circuit 6 December 1995 (Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.)

Federal Circuit Court of Appeals, 4th Circuit, 21 June 2002 (Schmitz-Werke v. Rockland)

HOLANDA

Rechtbank 's-Hertogenbosch 2 October 1998 (Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland) (Powdered milk case)

INGLATERRA

Court of Appeal (Civil division) Lord Denning M. R. Award of April 1967 (Seagers v. Copydex).

CASOS JULGADOS PELA ICC – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE

ICC International Court of Arbitration, Award 8740 of October 1996 (Russian coal case)

ICC International Court of Arbitration, Award 8786 of January 1997 (Clothing case)

ICC International Court of Arbitration, Award 7197 of 1992 (Failure to open letter of credit and penalty clause case)

ICC International Court of Arbitration, Award 7585 of 1992 (Foamed board machinery case)