

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Rafaela Magalhães Beck

A POSSIBILIDADE DE INDENIZAR DANOS POR MEIO DE *DISGORGEMENT OF PROFITS* NA CONVENÇÃO DE VIENA

Porto Alegre

2016

RAFAELA MAGALHÃES BECK

A POSSIBILIDADE DE INDENIZAR DANOS POR MEIO DE *DISGORGEMENT OF PROFITS* NA CONVENÇÃO DE VIENA

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody

Porto Alegre

2016

RAFAELA MAGALHÃES BECK

A POSSIBILIDADE DE RECUPERAR DANOS ATRAVÉS DE *DISGORGEMENT OF PROFITS* NA CONVENÇÃO DE VIENA

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody

Aprovado em 13 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody
(Orientadora)

Professor Doutor Fabiano Menke

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais e à minha irmã, pois sem eles não seria possível chegar até aqui. Agradeço, também, aos meus demais familiares, em especial aos meus avós, pelo apoio incondicional em toda minha trajetória.

Agradeço aos membros da equipe da UFRGS no *XXIII Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, coordenada pela Profa. Véra Jacob de Fradera, em especial ao *coach* Lucas Gerhardt Gavronski, pelo aprendizado e pela inspiração.

À minha orientadora, Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody, pela compreensão, dedicação e paciência.

RESUMO

O presente trabalho consiste em análise sobre as perdas e danos como remédio para violação de contratos submetidos à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Existe consenso doutrinário acerca da função compensatória dos danos na CISG, de modo que a indenização deve colocar a parte violada na posição em que estaria houvesse o contrato sido executado. Há também consenso que *punitive damages* não podem ser recuperados na Convenção. Por esse motivo, verifica-se impasse na indenização de violações cometidas intencionalmente das quais não resulte prejuízo material quantificável ou comprovável – ao mesmo tempo em que não é possível calcular o valor das perdas, não se poderia estimar um valor apenas para punir o ilícito. Diante disso, a monografia analisa a possibilidade de utilizar os lucros da parte que violou o contrato para indenizar a parte que sofreu a violação, ou seja, aplicar o instituto conhecido como *disgorgement of profits* para violações de contratados regidos pela CISG.

Palavras-chave: CISG. Compra e Venda Internacional. Violações Contratuais. Perdas e Danos. *Disgorgement of profits*.

ABSTRACT

The present study is an analysis about damages as a remedy for breach of contracts under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). It is undisputed that the primary function of damages under CISG is to compensate the aggrieved party, by placing it in the position it would have been in if the contract had been performed. There is also an agreement among scholars that the Convention does not allow awarding punitive damages. Hence, there is a difficulty in awarding damages to breach of contracts committed deliberately in which the aggrieved party has suffered no pecuniary loss whatsoever or pecuniary loss impossible to calculate or prove – at the same time it is inconceivable to calculate the loss as well as to award damages only to punish the wrongdoing. Therefore, this essay analyses the possibility to use the breaching party gains to calculate damages, which means, to apply disgorgement of profits for breach of contracts governed by CISG.

Keywords: CISG. International Trade. Breach of Contracts. Damages. Disgorgement of Profits.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ALI – American Law Institute

CIA – Central Intelligence Agency (Agência Central de Inteligência Americana)

CISG – Convention on Contracts for the International Sales of Goods (Convenção sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias)

ICC – International Chamber of Commerce (Câmara de Comércio Internacional)

Ed. – Edição

Nº - Número

ONU – Organização das Nações Unidas

Org. – Organizadores

P. – Página

PP. - Páginas

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional)

UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado)

ULIS - Uniform Law on the International Sale of Goods (Lei Uniforme sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias)

ULFC - Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias)

V. – Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NO ÂMBITO DA CISG	21
1.1 VIOLAÇÕES DE CONTRATOS REGIDOS PELA CISG.....	21
1.2 PERDAS E DANOS COMO REMÉDIO PARA DE VIOLAÇÕES CONTRATUAIS E O PROBLEMA DOS DANOS NÃO QUANTIFICÁVEIS.....	37
2 DISGORGEMENT OF PROFITS NO ÂMBITO DA CISG	54
2.1 CONCEITO E APLICAÇÃO DE <i>DISGORGEMENT OF PROFITS</i>	54
2.2 <i>DISGORGEMENT OF PROFITS</i> E A CISG	68
CONCLUSÃO.....	79
GLOSSÁRIO	83
REFERÊNCIAS	84
ANEXO - Decreto nº 8.327/2014, tradução oficial CISG.....	89

INTRODUÇÃO

A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (da sigla, em inglês, CISG - *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, também conhecida apenas como Convenção de Viena) é o diploma normativo que regula transações internacionais no setor da compra e venda de mercadorias. Seu objetivo primordial é substituir as legislações nacionais para, assim, uniformizar o comércio internacional.

A CISG surgiu como resposta às exigências do comércio internacional, uma vez que a diversidade de sistemas jurídicos é entrave ao seu desenvolvimento.¹ Foi, nas palavras de FRADERA criada para “regular uma *nova ordem internacional*”.²

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de indenizações por meio do lucro obtido pela parte que cometeu a violação contratual, para contratos regidos pela Convenção de Viena. Para que se possa compreender essa questão e para que se consiga, em um segundo momento, apresentar possíveis soluções a ela, alguns conceitos e contextos devem ser expostos com o intuito de familiarizar o leitor com referido diploma normativo. Por esse motivo, a introdução dessa monografia aborda temáticas relativas ao histórico da Convenção, sua estrutura, seu campo de aplicação e sua interpretação. Compreender aspectos introdutórios é compreender o porquê do sucesso da Convenção, de seus objetivos e de suas dificuldades – pretende-se, assim, realizar imersão no contexto do compra e venda internacional de mercadorias. Ao final, a introdução apresentará a estrutura que compõe o desenvolvimento do trabalho e delimitará os pontos a serem abordados.

O histórico da Convenção remete à Idade Média. Isso porque o desenvolvimento comercial ocorrido durante tal período na Europa exigiu a criação de um direito especializado em trocas internacionais. Por esse motivo, as organizações de comerciantes, como a Liga Hanseática e os Tribunais do Mar desenvolveram um direito prático denominado *lex mercatoria*, cuja importância como norma uniformizadora do comércio internacional foi tal que

¹ FRADERA, Véra Jacob de. A saga de uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). **A Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 2

² *Ibidem*, p. 20.

pode ser considerada um antecessor da Convenção de Viena, vez que se trata de uma de suas grandes inspirações³.

A Convenção em sua atual redação é o resultado de esforços que datam do início do século XX. Na década de 1930, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT - *International Institute for the Unification of Private Law*) reuniu intelectuais europeus para que elaborassem uma minuta de lei uniforme para a compra e venda internacional de mercadorias, contudo, os trabalhos foram interrompidos pela Segunda Guerra Mundial e retomados a partir de 1951.⁴

Em 1964 a UNIDROIT organizou uma Conferência Diplomática relativa a lei uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias, sediada em Haia. A Convenção de Haia de 1964 resultou em duas minutas de lei uniforme: *Convention on a Uniform Law of International Sales* (ULIS) e *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods* (ULFC).⁵ Em que pese ambas as convenções tenham entrado em vigor em 1972⁶, elas não alcançaram as expectativas de efetivamente serem leis uniformes, uma vez que apenas nove países tornaram-se Estados-Membros.⁷

Nesse sentido, o efetivo marco inicial da CISG é considerado o estabelecimento do órgão legal das Nações Unidas (ONU) na área de direito comercial internacional, denominado UNCITRAL (*The United Nations Commission on International Trade Law*), fato que ocorreu em 1966.⁸ A UNCITRAL continuou o trabalho de unificação da lei comercial internacional, baseando-se nas convenções criadas em Haia.⁹ Para tanto, criou um Grupo de Trabalho para modificar as convenções e produzir, assim, um novo documento, com melhores chances de ratificação por maior número de países.¹⁰ A primeira minuta realizada pelo Grupo de Trabalho

³ FRADERA, Véra Jacob de. A saga de uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). **A Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pp. 2-4.

⁴ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 4.

⁵ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 3.

⁶ HONNOLD, John O. *Op. cit.*, p. 5.

⁷ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Paschal. The CISG - Success and Pitfalls. In: **57 American Journal of Comparative Law**, 2009, p. 459.

⁸ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Paschal; KEE, Christopher. **Global Sales and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 650.

⁹ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Paschal. *Loc. cit.*

¹⁰ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *Op. cit.*, p. 3.

data de 1978; no mesmo ano, as Nações Unidas convocaram uma Conferência Diplomática para abordar o tema.

A Conferência Diplomática aconteceu em Viena, em 11 de abril de 1980; nela, o texto da CISG foi unanimemente aprovado pelos 62 países que da Conferência participaram.¹¹ Notório, portanto, que as disposições da Convenção de Viena de 1980 não foram inovações do ano, mas, sim, de um desenvolvimento legal que durou meio século.¹²

Em 1988, quando os Estados Unidos da América e a China decidiram simultaneamente aderir à Convenção, restou preenchido o requisito de dez países ratificadores para sua entrada em vigor¹³, exigido pelo artigo 99 (1) da própria CISG. Ao longo dos anos, mais países aderiram à Convenção, de modo que, atualmente, somam-se 85 Estados-Membros.¹⁴

O Brasil foi o 79º país a aderir à Convenção de Viena, em 04 de março de 2013, entrando em vigor em 1º de abril de 2014, por meio do Decreto número 8.327, promulgado em 16 de outubro de 2014. A partir de então ela passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio, sendo a lei brasileira aplicável para contratos de compra e venda de mercadorias com partes de outros países. A adesão à Convenção de Viena traz muitos benefícios ao Brasil, pois significa ter uma lei uniforme para as transações comerciais com seus principais parceiros comerciais – destaca-se que todos os países membros do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) ratificaram a Convenção.

A CISG é considerada a mais bem sucedida lei uniforme sobre trocas mercantis.¹⁵ Isso porque, dos dez países de principal economia mundial, nove são signatários da Convenção, de modo que atualmente a Convenção regula mais de 80% do comércio mundial.¹⁶ Além disso, com a crescente adesão de novos países, cada vez mais aprofundam-se as pesquisas acerca do tema. Observa-se, no ponto, a importância de estudar e explorar a Convenção.

¹¹ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 2.

¹² *Ibidem*, p. 11.

¹³ SCHWENZER, Ingeborg. Uniform Sales Law – Brazil Joining the CISG Family. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Org.). **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 21.

¹⁴ Informação disponível no site oficial da UNCITRAL:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>. Acesso em: 11/07/2016.

¹⁵ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 1.

¹⁶ SCHWENZER, Ingeborg. *Loc. cit.*

A estrutura da Convenção é basicamente dividida em quatro partes. A primeira parte (artigos 1 a 13) contém regras em relação à aplicação da CISG e disposições gerais. A segunda parte (artigos 14 a 24) apresenta disposições a respeito da formação do contrato. A terceira parte (artigos 25 a 88) é intitulada “Compra e Venda de Mercadorias” e aqui se encontram as regras relativas às obrigações das partes no contrato. A quarta e última parte da Convenção (artigos 89 a 101) dispõe regras de direito internacional público, como detalhes sobre a ratificação, entrada em vigor e reservas de determinadas provisões.

O foco do presente trabalho está na terceira parte da Convenção, em que encontram-se as regras materiais relacionadas às obrigações do comprador e do vendedor na compra e venda internacional de mercadorias – de modo que será, portanto, estudada no desenvolvimento da monografia. No entanto, antes de adentrar no cerne da Convenção, faz-se necessário analisar as regras de aplicação e as disposições gerais constantes da primeira parte, uma vez que servirão de base para compreender a problematização na sequência apresentada. Desde já explica-se que não haverá abordagens específicas sobre a segunda e quarta parte da Convenção, uma vez que, em que pese sua relevância e interesse, não importam à questão exposta no presente trabalho. Passa-se, portanto, ao estudo do campo de aplicação da Convenção.

Como do próprio nome já se infere, a Convenção regulamenta a compra e venda internacional de mercadorias. No entanto, necessário que se delimite o escopo de aplicação da CISG, analisando o significado de cada uma das palavras que compõe sua denominação. De início, cabe frisar que a Convenção não definiu, em sua redação, expressamente, o que significa “contrato internacional de venda de mercadorias”, para que se evitasse um choque entre culturas jurídicas diferentes¹⁷, cabendo à doutrina especializada a tarefa de conferir conceitos.

Em relação à expressão “contrato de compra e venda”, a doutrina entendeu pela noção clássica de entrega de coisa pelo pagamento de preço.¹⁸ Quanto ao conceito de “internacional” chama-se atenção ao fato de que o caráter internacional da CISG não se foca na nacionalidade das partes, mas sim na própria transação. Aqui, há referência na própria convenção, como indica

¹⁷ FRADERA, Véra Jacob de. A saga de uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). **A Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 8.

¹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

seu artigo 1(3). Por esse motivo, o eixo de aplicação da CISG é a transação que cruze fronteiras nacionais.¹⁹

Por fim, em relação ao significado de “mercadorias”, a doutrina entende que, de forma geral, o termo se refere a objetos móveis e tangíveis.²⁰ A redação da CISG não define o que é mercadoria; por outro lado, indica, em seus artigos 2 e 3 o que não é considerado mercadoria para a Convenção. Assim, o artigo 2, CISG, lista uma série de bens que, ainda que sejam objetos móveis e tangíveis, não tem sua venda regulada pela Convenção.²¹ O artigo 3, esclarece que a venda de serviços pode ser regulamentada pela CISG, desde esta obrigação esteja relacionada, de forma acessória, à mercadoria. O serviço não poderá constituir, portanto, a parcela predominante do contrato.²²

Vencido o tópico a respeito do campo de aplicação da CISG, passe-se à análise das disposições gerais, as quais também compõem a primeira parte de regras. Das disposições gerais, interessam ao presente trabalho, especialmente, as regras de interpretação contidas no artigo 7, CISG. Portanto, esclarece-se que as explicações que seguem se limitam ao estudo desse artigo.

Sendo a Convenção o resultado da colaboração de juristas procedentes de sistemas jurídicos distintos, não há, em sua redação, definição fixa de conceitos. Em verdade, nem poderia haver, pois a legislação internacional é difícil de alterar; assim sendo, a Convenção deve permitir sua própria adaptação a novas circunstâncias decorrentes do decurso de tempo. Por esse motivo, a CISG fornece flexibilidade de variadas maneiras.²³ Em que pese a vantajosa característica da adaptação, a flexibilidade da Convenção é um dos pontos de críticas mais severas. A esse respeito, diz-se que a utilização de termos vagos e imprecisos como "razoável" seria um obstáculo ao objetivo de uniformização da compra e venda internacional de

¹⁹ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 12.

²⁰ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. Part I. Chapter I. Sphere of Application. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 34-35.

²¹ *Ibidem*, p. 34.

²² SCHWENZER, Ingeborg. Uniform Sales Law – Brazil Joining the CISG Family. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Org.). **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 27.

²³ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 8.

mercadorias, defendido pela Convenção.²⁴ Por esse motivo, na tentativa de encontrar significados para as expressões abertas e, assim, preencher as lacunas da Convenção, necessário compreender como deve ser interpretado o diploma.

A CISG estabelece critérios para realizar a sua interpretação, os quais estão previstos no artigo 7(1). O referido artigo estabelece três critérios de interpretação para a Convenção: o primeiro, o caráter internacional da Convenção; o segundo, a necessidade de promover uniformidade na aplicação da Convenção; e o terceiro, a observância da boa-fé no comércio internacional.²⁵

Em relação à interpretação orientada pelo caráter internacional da Convenção, algumas considerações são importantes, especialmente para que se compreendam as linhas gerais do presente trabalho. Do breve histórico exposto anteriormente nota-se que a CISG é o produto de um exercício de direito comparado em que, mais do que descrever pontos de aproximação e de afastamento de ordenamento, criou algo novo, do que se constata o caráter internacional da Convenção, desconectada dos sistemas nacionais de origem de seus legisladores.²⁶ A unificação realizada pela Convenção representa a existência de um único estado.²⁷ Da mesma forma, destaca-se o fato de os redatores da CISG terem optado pela forma de uma Convenção. A própria natureza de uma Convenção apresenta por característica primordial seu caráter internacional, que implica na padronização de um direito acima do direito nacional.²⁸ Ainda, relembra-se, conforme anteriormente exposto, que o caráter internacional da Convenção está relacionado à transação, e não à nacionalidade das partes.

Tendo em conta essas considerações, faz-se possível compreender que a interpretação “levando em consideração o caráter internacional” quer dizer uma interpretação autônoma, em

²⁴ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Paschal. The CISG - Success and Pitfalls. In: **57 American Journal of Comparative Law**, 2009, p. 466.

²⁵ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 7.

²⁶ FRADERA, Véra Jacob de. A saga de uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). **A Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pp. 11-13.

²⁷ BERGSTEN, Eric. Methodological Problems in the Drafting of the CISG. In: JANSSEN, Andre; MEYER, Olaf (Org.). **CISG Methodology**. Munique: Sellier, 2009, p. 5.

²⁸ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 8-9.

que não se pode importar conceitos pré-definidos por sistemas nacionais.²⁹ Isso significa que a interpretação deve estar desvinculada da perspectiva nacional.³⁰

Vale desde já ressaltar problema comum quando se trata de direito internacional, o qual também foi enfrentado na realização desse trabalho: a linguagem. A tradução do texto oficial, em inglês, para o português, provocou a perda do sentido técnico-jurídico de muitas palavras; outras, quando traduzidas, significam institutos do direito nacional que divergem do conceito empregado pela Convenção. Por esse motivo, quando se lê sobre a Convenção, e a presente monografia não é exceção, deve-se ter em mente que as palavras empregadas, ainda que estejam em português, precisam ser compreendidas no seu próprio contexto. Com a finalidade de facilitar a leitura, há glossário para verificação do significado dos termos empregados.

A interpretação internacional permite que se promova a uniformidade, segunda orientação de interpretação da CISG prevista no artigo 7(1). Isso porque, ter em conta o caráter internacional é, acima de tudo, igualar as interpretações realizadas por juristas de sistemas variados. O ideal de uniformidade na CISG aponta justamente para a aplicação de uma disposição da mesma maneira e com os mesmos resultados para qualquer outra corte do mundo³¹.

Deve-se considerar que atingir uma única interpretação para todas as disposições é tarefa impossível. Considerando-se que já é assaz difícil atingir uma interpretação uniforme consolidada em sistemas nacionais, é impensável concebê-la para um texto interpretado globalmente, traduzido em diversos idiomas, em sistemas com diferentes institutos, em que não há uma suprema corte final para ditar a interpretação final e, por esse motivo, a interpretação uniforme, quando relativa à Convenção de Viena, deve ser considerada menos completa³² e ainda não atingida.³³

Ademais, há grande divergência doutrinária a respeito de como obter a desejada uniformidade de interpretação. Aqui, cita-se, para exemplificar as discordâncias, a divergência de opiniões sobre a autoridade de julgamentos estrangeiros³⁴: MAGNUS entende que não há

²⁹ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p.7.

³⁰ BERGSTEN, Eric. Methodological Problems in the Drafting of the CISG. In: JANSSEN, Andre; MEYER, Olaf (Org.). **CISG Methodology**. Munique: Sellier, 2009, p. 40.

³¹ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *Op. cit.*, p.5

³² BERGSTEN, Eric. *Op. cit.*, pp. 29-30.

³³ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Paschal. The CISG - Success and Pitfalls. In: **57 American Journal of Comparative Law**, 2009, p. 457.

³⁴ *Ibidem, loc. cit.*

vinculação ao entendimento de tribunais de outros países³⁵, enquanto BONNEL entende que a vinculação é necessária para obter-se a uniformidade de interpretação.³⁶ Outro exemplo de divergência a ser citado é o valor interpretativo de *soft laws* como UNIDROIT *Principles on International Commercial Contracts* (PICC), *Principles of European Contract Law* (PECL) ou *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).³⁷

Por outro lado, a despeito das dificuldades de uniformização e divergências doutrinárias, a Convenção dispõe de outros meios para garantir a uniformidade de sua interpretação. Destaca-se aqui uma quantidade significativa de decisões judiciais e arbitrais e artigos jurídicos acessíveis via internet, além da compilação de casos realizada pela UNCITRAL denominada Digest, e, ainda, a formação do conselho consultivo da CISG (CISG Advisory Council), uma iniciativa privada iniciada em 2001.³⁸

Por fim, uma vez analisados os critérios de internacionalidade e uniformidade, o último critério interpretativo da Convenção é a boa-fé no comércio internacional. Frisa-se que a única referência à boa-fé no texto da Convenção aplica-se à interpretação do texto. Não há, nesse sentido, previsão expressa do princípio para o relacionamento existente entre as partes. Por esse motivo, a boa-fé não deve ser vista como uma ferramenta para controlar as ações das partes, mas sim como um princípio restrito à interpretação da Convenção.³⁹

Todavia, a ausência de disposição expressa em relação à boa fé na conduta das partes não significa uma bandeira branca para aceitar qualquer comportamento no cenário da compra e venda internacional. Ao contrário, por mais que o artigo 7(1) não verse a respeito de comportamentos, o artigo 7(2), ao prever o respeito aos princípios gerais, delimita quais atitudes não são aceitáveis do ponto de vista do comércio internacional.

Isso porque, além dos três critérios interpretativos previstos no artigo 7(1) auxiliarem a melhor compreensão do texto, para assim resolverem impasses, a CISG prevê, no artigo 7(2) que, quando as regras do artigo anterior forem insuficientes para tanto, serão aplicados os

³⁵ MAGNUS, Ulrich. Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations. In: JANSSEN, Andre; MEYER, Olaf (Org.). **CISG Methodology**. Munique: Sellier, 2009, pp. 40-41.

³⁶ BONELL, Michael Joachim. Article 7. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.). **Commentary on the International Sales Law**. Milão: Giuffrè, 1987, p. 91.

³⁷ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Paschal. The CISG - Success and Pitfalls. In: **57 American Journal of Comparative Law**, 2009, p. 457.

³⁸ SCHWENZER, Ingeborg. Uniform Sales Law – Brazil Joining the CISG Family. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Org.). **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 34.

³⁹ *Ibidem*, p. 35.

princípios gerais que inspiram a própria Convenção. Entre os princípios gerais interessa, sobretudo, o princípio da manutenção dos contratos, de acordo com o qual, sempre que possível, as soluções para dirimir conflitos devem ser adotadas no sentido de favorecer a existência do contrato.⁴⁰ O referido princípio será estudado em maiores detalhes na segunda parte do presente trabalho.

Se também os princípios gerais da Convenção se mostrarem insuficientes para dirimir o impasse, aplicar-se-á a lei nacional cabível de acordo com as normas de Direito Internacional Privado (“*conflic of laws*”). Frisa-se, assim, que para casos regulamentados pela CISG, a legislação interna dos países aos quais pertencem as partes será recorrível apenas como último recurso, de maneira subsidiária, após verificar-se a impossibilidade de solução do impasse pela interpretação internacional, uniforme e de boa-fé e pela orientação dos princípios gerais que norteiam a Convenção.

Destaca-se que o disposto no artigo 7(2) visa a preencher as lacunas deixadas pelo texto da CISG, além de solucionar ambiguidades e obscuridades, ou seja, aquelas às quais a Convenção se aplica, mas não soluciona expressamente.⁴¹

Além dos princípios gerais da Convenção apontarem condutas, o comprador e o vendedor têm suas escolhas limitadas dentro das obrigações previstas na Parte III da Convenção (artigos 25 a 88), denominada Compra e Venda de Mercadorias. É aqui, nas obrigações das partes e nas consequências de suas violações, que se adentra a questão que se propõe a investigar o presente trabalho.

Assim, uma vez estudados a história, a estrutura, o campo de aplicação e os critérios de interpretação da Convenção, em introdução, passa-se a analisar a estrutura da presente monografia, ou seja, verificar o caminho que se percorrerá para o estudo do *disgorgement of profits* dentro da CISG. A monografia será dividida em duas partes: a primeira parte caminhará até o impasse que se pretende solucionar e a segunda parte apresentará o *disgorgement of profits* como uma possível solução para o impasse.

⁴⁰ BONELL, Michael Joachim. Article 7. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.). **Commentary on the International Sales Law**. Milão: Giuffrè, 1987, p. 80.

⁴¹ FERRARI, Franco. Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overwiew of International Case Law. In: **7 Vindobona Journal f International Commercial Law & Arbitration**, 2003, p. 79. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari11.html>>. Acesso em: 26/11/2016.

Para chegar à questão que se quer atingir, o primeiro capítulo da referida parte abordará a temática relativa às violações contratuais. Quando as obrigações das partes, sejam aquelas previstas na Convenção, sejam aquelas previstas na relação contratual, não são cumpridas, haverá violação contratual.⁴² Dessa forma, no primeiro capítulo serão analisadas, inicialmente, as obrigações das partes na relação contratual, uma vez que se entende tal estudo necessário para a compreensão do que se trata a violação contratual na CISG. Não é objetivo do presente trabalho esgotar a análise sobre todas as possíveis violações que um contrato de compra e venda internacional de mercadorias pode sofrer, mas tão-somente esclarecer que podem ser derivadas de violação ao contrato, nos termos que obrigam as partes, e de violação à Convenção (nas hipóteses gerais a serem mencionadas no primeiro capítulo). Além disso, também será abordado quando ocorrem e quais as variações das violações. Também nesse capítulo serão analisados os remédios⁴³ estabelecidos pela Convenção para serem utilizados pela parte que sofreu a violação.

Dentre os remédios destacam-se, para fins do presente estudo, as perdas e danos⁴⁴, previsto na Seção II do Capítulo V da Parte III. Os danos na CISG devem ser vistos como uma compensação monetária equivalente ao prejuízo sofrido pela parte que sofreu o descumprimento. Portanto, o caráter compensatório dos danos para casos de violação contratual é seu objetivo central.⁴⁵ Devido às diferenças existentes entre o *common law* e o *civil law*, não foi possível aos redatores da Convenção incluir provisões sobre danos com caráter punitivo.⁴⁶ Entende-se daí que perdas não-materiais ou perdas materiais não comprovadas, não poderiam ser recuperadas pela Convenção. A opção dos redatores, assim, criou a dificuldade de indenizar violações contratuais em que a parte que sofreu a violação não sofreu prejuízo monetário quantificável, enquanto a parte violadora lucrou com a própria violação – essa é a problematização que se quer alcançar. Por esse motivo, o segundo capítulo da primeira parte

⁴² A expressão “violação do contrato” é aquela escolhida para “*breach of contract*” pela tradução oficial da Convenção à língua portuguesa, anexa ao Decreto 8.327, de 16 de outubro de 2014. Desde já salienta-se que, em pese a adoção, nesse trabalho, da versão traduzida da expressão, a autora ressalva que entende que a tradução não comporta a carga técnico-jurídica da expressão original. A opção pela tradução se dá em razão da melhor fluidez do texto. Para verificar o significado, favor consultar o glossário.

⁴³ Tradução livre do original, em inglês, “*remedies*”. A tradução oficial para “*remedies*”, na Convenção, é “direitos e ações”. Entretanto, além de haver perda do significado original do termo, a doutrina nacional sobre Convenção de Viena prefere a tradução literal àquela utilizada pelo Decreto 8.327, de 16 de outubro de 2014. Por esse motivo, utilizar-se-á a tradução literal. Para verificar o significado, favor consultar o glossário.

⁴⁴ Também a tradução da expressão “*damages*” para “perdas e danos” há significativa perda do sentido jurídico. Todavia, optou-se pela versão traduzida, para melhor fluidez do texto, podendo ser, por vezes, denominado apenas de “danos”. Para verificar o significado, favor consultar o glossário.

⁴⁵ SAIDOV, Djakhongir. **The Law of Damages in the International Sale of Goods – The CISG and other International Instruments**. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 17.

⁴⁶ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Paschal; KEE, Christopher. **Global Sales and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 652.

dessa monografia tratará dos danos na Convenção. Serão estudados os requisitos para que sejam devidos, os limites em que podem ser cobrados e os métodos clássicos para calculá-los. Por fim serão expostos os problemas de quantificação, em casos em que a violação, além de gerar lucro à parte inadimplente, não causou um dano material facilmente quantificável à parte lesada.

Uma vez evidenciado o impasse a respeito da quantificação dos danos em casos excepcionais, a segunda parte do presente trabalho aborda *disgorgement of profits* como solução para indenizar a parte que sofreu uma violação em detrimento do lucro da parte que violou o contrato governado pela CISG. A tradução literal de *disgorgement of profits* significa “regurgitar o lucro”. Em que pese a expressão possa ser considerada desagradável, ela permite que se compreenda facilmente a ideia de que a parte infratora deve pagar à parte prejudicada o valor do lucro gerado pela violação.

Disgorgement of profits se apresenta como um recurso para garantir a eficácia do princípio da manutenção dos contratos. Ao retirar o lucro da parte que se beneficiou com a violação contratual para indenizar a parte que a suportou impede que uma violação seja economicamente proveitosa, evitando rompimentos propositais com o fito de locupletamento. Ao mesmo tempo, o *disgorgement of profits* também se mostra como uma maneira útil de calcular o prejuízo de quem sofreu a violação, facilitando o arbitramento do montante indenizatório.

Assim, a segunda parte da monografia abordará *disgorgement of profits* como forma de indenização para violações. No entanto, antes de analisar a possibilidade de encaixar o instituto em casos submetidos à Convenção de Viena, será estudado *disgorgement of profits* nos sistemas jurídicos em que se encontra mais desenvolvido, para que se possa compreender seu conceito, requisitos, consequências e limites. A esse estudo se propõe o primeiro capítulo da segunda parte do trabalho. Em seguida e por fim, o segundo capítulo da segunda parte analisará a compatibilidade de *disgorgement of profits* com as perdas e danos na Convenção de Viena. Aqui, será observado que *disgorgement of profits* pode ser visto tanto pelo ponto de vista da parte inadimplente, ao impedir que esta lucre com a violação, como do ponto de vista da parte lesada, ao oferecer um meio facilitado de cálculo de danos materiais.

Portanto, as duas partes em que dividido o trabalho se relacionam enquanto a primeira apresenta o sistema de violações, os remédios a ela aplicáveis e as falhas dos danos como remédio; a segunda, apresenta uma possível solução para essas falhas. O primeiro capítulo mostra-se necessário para compreender a lógica da Convenção aplicada às violações contratuais

e aos remédios daí decorrentes. Ademais, a primeira parte do trabalho apresenta conceitos que visam familiarizar o leitor com Convenção, facilitando a compreensão da segunda parte. A segunda parte, por outro lado, apresenta o *disgorgement of profits* como recurso ao referido problema e é dividida em dois capítulos, um que pretende conhecer melhor o instituto e um que objetiva aplicá-lo às violações de contratos regidos pela Convenção de Viena, apresentando diferentes argumentos para aplicar a mesma solução.

Vale dizer que o trabalho caminha, dentro da Convenção, do geral para o específico, afunilando-se para atingir o problema e, a seguir, propor-lhe uma solução. A introdução analisa aspectos amplos do diploma normativo. O primeiro capítulo aborda uma das partes da Convenção – a terceira parte, “A Compra e Venda de Mercadorias”. O segundo capítulo trata de uma seção da terceira parte – a Seção II do Capítulo V, “Perdas e Danos”. A segunda parte inteira foca-se em estudar apenas um artigo dessa Seção, que, desde já se adianta, trata-se do artigo 74 da Convenção.

Importante que se esclareça que não haverá passagem específica sobre a interpretação da problemática abordada no Brasil. Isso porque, conforme referido quando se introduziu, a interpretação da Convenção prevista no artigo 7(1), deve ser levado em conta o caráter internacional da CISG, desconsiderando-se, assim, institutos e perspectivas nacionais quando de seu estudo. Assim, dar ênfase a entendimentos domésticos não contribui com o objetivo de uniformização do comércio internacional proposto pela Convenção. Em outras palavras, tendo em vista os critérios de interpretação da Convenção previstos no artigo 7(1), bem como os princípios que justificam a existência da CISG, a compreensão do problema não deve divergir entre países signatários da Convenção. Por outro lado, trabalhar *disgorgement of profits* na Convenção de Viena em uma perspectiva internacional é, também, estudar a possibilidade de cobrar danos de tal forma no Brasil, quando relativo a contratos submetidos à CISG. Assim, a opção por não incluir um tópico específico relativo a ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro se justifica na medida em que a visão internacional inclui o Brasil, como país signatário, de modo que as conclusões a que se chegarem se aplicam, também, a cortes nacionais ao julgarem conflitos regidos pela Convenção.

A pergunta proposta é “as violações de contratos governados pela CISG que causam danos materiais não quantificáveis podem ser indenizadas por *disgorgement of profits*?”. Para responder a esse questionamento, será utilizado o método de análise bibliográfica da doutrina internacional especializada no estudo da CISG, com destaque para as obras de redatores da

Convenção. Ainda, serão analisadas as fundamentações de casos que aplicaram o *disgorgement of profits* para violações de contratos governados por outras legislações que não a CISG⁴⁷ e, especialmente, será estudado o único caso de que se tem registro que, tendo a CISG como legislação aplicável, utilizou o *disgorgement of profits* para indenizar violação contratual⁴⁸.

⁴⁷ Refere-se aqui, ao caso *Attorney General v. Blake*, julgado pela Câmara dos Lordes e ao caso *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*, julgado pela Suprema Corte de Israel.

⁴⁸ O caso em questão é “*Pressure Sensors case*”, julgado pela Câmara de Comércio de Estocolmo.

1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NO ÂMBITO DA CISG

O objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade de aplicar *disgorgement of profits* como uma maneira de indenizar prejuízos sofridos em violação de contratos governados pela CISG. No entanto, para que se possa compreender a aplicabilidade (ou não) de *disgorgement of profits* na Convenção, preliminarmente, faz-se necessário trabalhar com os conceitos dos institutos da Convenção de Viena, já que esse é o contexto em que se pretende inseri-lo. Nesse sentido, a primeira parte do presente trabalho estuda as definições de violação contratual e de danos no contexto de Convenção de Viena. No primeiro capítulo, são analisados as violações e os remédios delas decorrentes. Dentre estes remédios, o remédio de perdas e danos merece especial enfoque para a temática do *disgorgement of profits*. Por esse motivo, o segundo capítulo da primeira parte aborda o referido direito com maiores detalhes.

1.1 VIOLAÇÕES DE CONTRATOS REGIDOS PELA CISG

Ocorre uma violação contratual toda vez que uma das partes envolvidas na compra e venda internacional de mercadorias infringe as normas impostas pelo contrato ou pré-estabelecidas pela própria Convenção. Caso uma parte sofra violação, terá direito a valer-se dos remédios previstos pela Convenção de Viena contra a parte que a cometeu.

Necessário, portanto, para tratar de violações, estabelecer quais são as obrigações previstas pela Convenção (as quais, quando não cumpridas, causam uma violação do contrato), e quais as consequências de seu descumprimento. Referidas disposições estão previstas na terceira parte da Convenção, denominada “Compra e Venda de Mercadorias”.

A terceira parte da Convenção é subdividida em cinco capítulos: o primeiro capítulo contém disposições gerais (artigos 25 a 29); o segundo, dispõe a respeito das obrigações do vendedor (artigo 30 a 52); o terceiro capítulo, sobre as obrigações do comprador (artigos 53 a 65); o quarto, versa a respeito da transferência do risco de perda (artigos 66 a 70); por fim, o quinto capítulo traz disposições comuns às obrigações do vendedor e do comprador (artigos 71 a 87).

A Convenção estabelece os deveres do vendedor no Capítulo II da Parte III, o qual é dividida em três seções: as duas primeiras seções já indicam os dois principais deveres do vendedor, denominando-se “Entrega de mercadorias e remessa de documentos” e “Conformidade das mercadorias e reclamações de terceiros”, respectivamente; a Seção III versa a respeito dos direitos do comprador caso o vendedor viole as obrigações anteriormente dispostas ou aquelas previstas no contrato firmado entre as partes.

Quanto ao comprador, seus deveres estão previstos no Capítulo III da mesma parte, substancialmente em duas seções chamadas “Pagamento do preço” e “Recebimento”. A terceira seção desse capítulo refere-se às ações que são direito do vendedor em caso de violação do contrato pelo comprador. No entanto, há dever do comprador previsto no capítulo sobre as obrigações do vendedor: trata-se do dever de examinar os bens.

Em muitas passagens da Convenção no que concerne às obrigações contratuais das partes, a determinação é de que se cumpra o estabelecido no contrato. Por outro lado, além de mandar cumprir o contrato, a Convenção também define critérios que servem para preencher lacunas do contrato particular, apresentando soluções para casos de omissão a respeito do modo de entrega, de inspeção das mercadorias e de pagamento do preço.

Em linhas gerais, os deveres básicos do vendedor previstos na Convenção são entregar a mercadoria no local contratado, no momento contratado, em conformidade com o determinado pelo contrato e livre de reclamações inesperadas de terceiros. Os deveres do comprador são os de receber os bens, examina-los para conferir sua conformidade e pagar o preço devido.

Se o contrato não estabelecer o local em que o vendedor deve entregar as mercadorias, o artigo 31 da CISG preenche essa lacuna.⁴⁹ Essa norma apresenta diferenciações entre compras e vendas envolvendo o transporte de mercadorias e as demais.⁵⁰ Assim, nas transações envolvendo o transporte de mercadorias, a venda estará realizada com a transmissão da mercadoria ao primeiro transportador. O primeiro transportador não inclui facilidades de deslocamento promovidas por uma das partes, como caminhões de entrega.⁵¹ Por outro lado, nas vendas em que não há transportador, estará a venda cumprida quando as mercadorias

⁴⁹ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 238.

⁵⁰ SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 64.

⁵¹ HONNOLD, John O. *Op. cit.*, p. 239.

estiverem postas à disposição do comprador. Dentre os contratos que não envolvem transporte, naqueles em que se identifica o local onde serão produzidas ou onde estão localizadas as mercadorias, estas devem estar à disposição no local conhecido; naqueles em que não houver tal conhecimento, as mercadorias devem ser postas à disposição no estabelecimento comercial do vendedor. Pela expressão “colocar as mercadorias à disposição do comprador”, entende-se que o comprador não necessita de outros esforços além de tomar posse das mercadorias.⁵² Ainda que não haja previsão expressa nesse sentido, para que a entrega seja considerada efetiva, os bens devem estar em conformidade com o contrato.

Em relação ao tempo em que as mercadorias devem ser entregues, o artigo 33 da CISG diferencia três situações e, para cada uma delas, prevê um dever ao vendedor.⁵³ A primeira situação se dá quando existe uma data específica para a entrega; para esses casos, a Convenção se restringe a determinar que o contrato seja cumprido. A segunda situação ocorre quando, em que pese não haja uma data expressa para entrega da mercadoria, existe um período determinado ou determinável, excetuando-se as situações em que o próprio vendedor escolhe o momento de entrega. A terceira situação ocorre quando não há previsão expressa ou implícita sobre o momento de entrega, caso em que se estabelece somente que a mercadoria seja entregue em um “prazo razoável”. O standard de razoabilidade varia dependendo da natureza do bem e da distância da transação.⁵⁴

Para que a obrigação do vendedor esteja devidamente cumprida, não é suficiente que as mercadorias sejam entregues no local e na data contratualmente designados ou conhecíveis pela inteligência da Convenção. É necessário, ainda, que o objeto da venda esteja em conformidade com o contrato. O fator decisivo para determinar se as mercadorias são conformes é a descrição contratual dos bens, o que também se aplica à embalagem.⁵⁵ Os defeitos podem existir em relação à qualidade ou à quantidade. Em relação à qualidade, a Convenção não diferencia a entrega de mercadorias completamente diferentes daquelas contratadas da entrega de mercadorias com defeitos pequenos, de modo que não importa o quão relevante é o desvio de conformidade, todos estão abrangidos pelo dever de entregar mercadorias conformes. Mais uma vez atuando para preencher lacunas do contrato, a CISG define conformidade para os casos em

⁵² SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 65.

⁵³ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁵⁴ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 107.

⁵⁵ SCHLECHTRIEM, Peter. *Op. cit.*, p. 66.

que as partes se omitiram a respeito das qualidades das mercadorias e de sua embalagem, o que vai previsto no artigo 35. Assim, devem as mercadorias preencher quatro requisitos: servir para o propósito a que geralmente se destinam; servir para o propósito expressamente descrito no contrato; ter a mesma qualidade das amostras ou modelos, se enviadas, e estarem embaladas da forma normalmente usada para o tipo de mercadoria ou, subsidiariamente, de maneira a proteger o objeto da compra.

O momento de determinar se as mercadorias são conformes é também o momento de passagem de riscos.⁵⁶ Assim, se as mercadorias estão em conformidade com o contrato ou com as disposições da CISG no momento de passagem dos riscos, o comprador não poderá reclamar deteriorações posteriores, se estas ocorrerem em razão de influências externas; por outro lado, se a deterioração ocorrer por ato ou omissão do vendedor, independentemente de culpa, ele poderá ser responsabilizado.

É dever do vendedor entregar mercadorias livres de reivindicações de terceiros, a menos que o comprador concorde em aceitá-las sem essa garantia, o que vem exposto no artigo 41. Para o afastamento dessa obrigação, o consentimento do comprador é necessário, seja implícito ou explícito.⁵⁷ Ademais, sempre que um terceiro reivindicar o bem haverá violação a esse dever, hipótese em que os gastos para a defesa correrão por conta do vendedor.⁵⁸

A Convenção também prevê proteção contra reivindicações baseadas em propriedade intelectual. Para que se caracterize violação desse dever, é necessário que o vendedor tenha ciência acerca da existência de embaraços. Ainda, o vendedor não está obrigado a garantir a ausência de reivindicações no mundo inteiro, mas tão-somente naqueles países em que a mercadoria será utilizada e, caso não haja essa especificação no contrato, no país em que o comprador tem o seu local de trabalho, nos termos do artigo 41. Também, o vendedor não será responsável em duas situações: caso o comprador tivesse conhecimento ou não pudesse ignorar a existência do direito e caso o vendedor siga as instruções de desenho técnico, design fórmula ou outras especificações requeridas pelo comprador. Por fim, há a necessidade de notificação

⁵⁶ SCHWENZER, Ingeborg. Part III. Chapter II. Section II - Conformity of the Goods and Third Party Claims. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 597.

⁵⁷ SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 72.

⁵⁸ *Ibidem, loc. cit.*

do descumprimento desse dever ao vendedor, sob pena de perda do direito de reclamar a reivindicação.

Uma vez entregue a mercadoria no local e data determinado no contrato ou determinável pela Convenção, o comprador tem o dever de recebê-la. O dever de receber a mercadoria consiste em realizar todos os atos necessários para que o vendedor faça a entrega e o comprador tome posse da mercadoria.⁵⁹ Observa-se que, caso haja entrega antes da data programada, o comprador não é obrigado a aceitar a mercadoria, nos termos do artigo 52(1), mas, se o fizer, resta cumprida a obrigação de entrega do vendedor.⁶⁰ Por outro lado, em havendo demora do comprador em receber a mercadoria, é dever do vendedor exercer as medidas razoáveis para preservá-la, podendo cobrar os valores investidos na preservação e, ainda, tendo o direito de retê-la até receber o devido pagamento, em cumprimento ao artigo 85.

Em que pese seja obrigação do vendedor entregar as mercadorias em conformidade com o contrato ou com a Convenção, não pode o comprador manter-se inerte diante da entrega: é necessário que o comprador inspecione as mercadorias para averiguar a conformidade destas e, em caso de eventuais defeitos, que notifique a desconformidade; ainda, é sua obrigação preservar as mercadorias em caso de rejeição.

A inspeção deverá acontecer “no prazo mais breve possível em vista das circunstâncias”, nos termos do artigo 38; todavia, regras especiais serão aplicadas para casos envolvendo transporte ou redirecionamento de mercadorias.⁶¹ Essas regras também estão dispostas no artigo 38. Assim, para casos em que as mercadorias são transportadas, a inspeção poderá ser adiada até sua chegada no destino final e, para casos em que as mercadorias são redirecionadas, poderá ser realizada no novo destino – no entanto, para essa segunda hipótese, há duas condições necessárias para o retardo do exame⁶²: a primeira, que não haja uma oportunidade de inspeção pelo comprador e, a segunda, que o vendedor tenha conhecimento sobre o redirecionamento, para que ele não presuma que o exame já ocorreu quando da entrega para o comprador.⁶³ A

⁵⁹ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 94.

⁶⁰ SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 66.

⁶¹ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. *Op. cit.*, p. 77.

⁶² *Ibidem*, p. 76.

⁶³ SCHLECHTRIEM, Peter. *Op. cit.*, p. 69.

inspeção não deve, necessariamente, prever todo e qualquer possível defeito, todavia, o ônus da prova de que a inspeção foi razoável é sempre do comprador.⁶⁴

A notificação deverá ser realizada em um tempo razoável, especificando a natureza do defeito, de modo que a falha em notificar o vendedor acarreta na perda do direito de alegar a desconformidade, nos termos do artigo 39. Contudo, o vendedor não poderá se basear na falta de notificação em duas situações: a primeira situação está disposta no artigo 40 e trata do caso em que o vendedor tem conhecimento da desconformidade e não a informou ao comprador, o que abrange não apenas uma possível fraude, mas também situações de negligência do vendedor⁶⁵; a segunda situação trata de hipóteses em que o comprador tenha um motivo razoável para não ter notificado o vendedor, caso em que apenas os remédios de redução do preço e indenização por perdas e danos poderão ser aplicados, segundo o artigo 44. Por fim, mais uma vez em observância ao artigo 39, após o período de dois anos da entrega das mercadorias, quando não houver garantia, resta excluído o direito de reclamar desconformidade. Todavia, segundo SCHWENZER⁶⁶, não se aplica esse prazo às hipóteses de ciência do vendedor e de motivo razoável para inexistência de notificação.

O direito de rejeitar as mercadorias por falta de conformidade vem acompanhado do dever de preservá-las, caso em que o comprador poderá ser reembolsado de todas as despesas em que incorreu para a preservação. Ainda, conforme prevê o artigo 86, terá o direito de reter as mercadorias até o recebimento do pagamento das referidas despesas. Entretanto, caso sejam entregues mercadorias em quantidade superior àquela prevista no contrato, o comprador não é obrigado a aceitar a quantia excedente, mas, se o fizer, tem o dever de pagar o excedente proporcionalmente ao preço contratual, segundo o artigo 52(2).

Uma vez analisadas as obrigações das partes estabelecidas pela Convenção, necessário que se passe ao estudo das consequências de seu descumprimento – a violação contratual.

Para ajudar a preservar as transações de percalços técnicos, a Convenção estabeleceu disposições acerca do direito do vendedor de reparar uma violação por falta de conformidade

⁶⁴ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 81-82.

⁶⁵ SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 70.

⁶⁶ SCHWENZER, Ingeborg. Part III. Chapter II. Section II - Conformity of the Goods and Third Party Claims. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 639.

das mercadorias.⁶⁷ O direito do vendedor de reparar⁶⁸ se resume na possibilidade de o vendedor reparar o defeito na mercadoria entregue e, para tanto, a CISG estabelece duas modalidades em que a reparação pode ser feita. A primeira modalidade está prevista no artigo 37 e se refere à entrega das mercadorias antes da data de entrega, de modo que ele pode, até essa data, realizar as modificações necessárias, inclusive substituir as mercadorias entregues. A segunda modalidade de direito do vendedor de reparar está expressa no artigo 48 e refere-se à hipótese de reparos após a data de entrega da mercadoria; nessa situação, o direito do vendedor é limitado. No entanto, para ambas as situações os reparos não podem causar ao comprador inconveniência que não seja razoável. O teste de razoabilidade consiste em calcular o preço do reparo e constatar se são desproporcionalmente altos.⁶⁹ Uma vez exercido o direito do vendedor de reparar, considera-se que o vendedor adimpliu integralmente sua prestação contratual. Por esse motivo, os remédios para violações contratuais disponíveis ao comprador deixam de ser aplicáveis, sobrando a ele apenas o remédio de danos.

A Convenção utilizou sistema em que o foco de uma violação está nas suas consequências e não nas suas causas, o que é um dos grandes motivos para o seu sucesso.⁷⁰ Em uma listagem dos remédios previstos pela Convenção, cita-se, na ordem em que serão abordados no presente capítulo: o direito à substituição de mercadorias, o direito à reparação de mercadorias, a resolução do contrato, o direito de suspender a execução, o direito à execução específica, o direito a juros, o direito à diminuição do preço e o direito a danos.

Assim, independente de qual for a causa do descumprimento contratual, ele será sempre descrito como uma violação, o que dá ensejo à aplicação de remédios; o único elemento de diferenciação entre quebras diz respeito à sua severidade e, nesse sentido, é a qualificação de uma violação como essencial⁷¹ ou não-essencial⁷², o que, na prática, retorna à ideia de

⁶⁷ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 210.

⁶⁸ Tradução livre do original, em inglês, “*right to cure*”. A expressão “*right to cure*”, em que pese não seja utilizada no texto da Convenção, é utilizada pela doutrina para se referir às previsões dos artigos 37 e 48, ambos da Convenção de Viena.

⁶⁹ SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 76.

⁷⁰ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 9.

⁷¹ Tradução oficial do Decreto 8.327, de 16 de outubro de 2014 para o instituto de “*fundamental breach*”. Para verificar significado, favor consultar o glossário.

⁷² *Ibidem, loc. cit.*

importância das consequências, uma vez que a classificação resulta na aplicação de remédios especiais para essas situações.

Considera-se essencial uma violação contratual nos termos do artigo 25 da Convenção quando, por atos de uma das partes, a outra parte sofre um detrimento⁷³ que a prive de maneira substancial do que tinha direito de esperar na relação contratual. Para BUTLER, o detrimento e a privação substancial de expectativas são os dois critérios-chave do conceito de violação essencial.⁷⁴ Em análise a esses critérios, conclui o professor que os redatores tiveram a intenção de utilizar a palavra “detrimento” como sinônimo de “prejuízo” e “dano”; para as expectativas frustradas em consequência do detrimento, a conclusão é de que o termo se refere a todos os acordos realizados entre as partes, estejam esses explícitos no contrato ou implícitos na relação contratual.⁷⁵

Para que uma violação seja considerada essencial ela deve afetar o conteúdo básico, principal do contrato⁷⁶, ou seja, “abalar a sua estrutura”.⁷⁷ Qualquer disposição contratual pode ser considerada básica e, por esse motivo, uma violação nesse ponto pode ser essencial.⁷⁸ Assim, por exemplo, em que pese um atraso na entrega dos bens não seja, *prima facie*, uma violação essencial, pode ser assim classificada se a tempestividade de entrega for de suma importância ao comprador. Em caso julgado por *Bundesgericht*, o vendedor italiano atrasou a entrega de algodão egípcio ao comprador suíço. A Corte entendeu que a caracterização da violação como essencial dependeria da afetação do objetivo econômico do contrato, que, uma vez atingido, faça com que a parte violada perca o interesse em sua execução.⁷⁹

No entanto, além do detrimento que cause privação substancial do esperado no contrato, há mais um requisito necessário para a caracterização da violação como essencial: o fato de que

⁷³ Tradução livre do original, em inglês, “*detriment*”. A tradução oficial para o português optou por “prejuízo”.

⁷⁴ BUTLER, Allison E. Buyer’s Remedies. In: **A Practical Guide to the CISG: Negotiations through Litigation**. Aspen Publishers, 2007, p. 12. Disponível em:

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>>. Acesso em: 26/11/2016.

⁷⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁷⁶ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 125.

⁷⁷ Tradução livre do original: “...if the very basis of the contract has been shaken”. FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 10.

⁷⁸ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. *Op. cit.*, pp. 127-128.

⁷⁹ SUÍÇA. *Bundesgericht. Egyptian cotton case* nº 4P.75/2000. 15 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000915s1.html>>. Acesso em: 27/11/2016.

o detrimento deve ser previsível à parte que comete a violação. Desse modo, para o exemplo acima conferido, sobre o tempo de entrega das mercadorias, caso o vendedor não pudesse prever a importância da tempestividade de entrega, o atraso não configuraria violação essencial. O ônus da prova para o requisito da previsibilidade previsto no artigo 25 é sempre da parte que cometeu a violação, por se entender que haveria uma dificuldade extrema da parte lesada em provar o que a parte violadora poderia prever.⁸⁰

Conforme já referido, o sistema da Convenção foca-se nas consequências das violações contratuais, e não em suas causas. Por esse motivo, classificar uma violação como essencial importa, principalmente, porque para esse tipo de violação há um leque de remédios disponíveis mais amplo do que para violações simples.⁸¹ Uma violação essencial confere à parte dois remédios específicos para essa situação: o direito de resolver, válido para o vendedor e o comprador, e o direito de substituir as mercadorias, válido exclusivamente para o comprador, em razão de sua natureza. Frisa-se, portanto, que o direito de exigir mercadorias substitutas e o direito de resolução aplicam-se somente para casos de violações essenciais.

Para o comprador que já recebeu as mercadorias poder exercer os direitos que a Convenção lhe garante decorrentes de uma violação essencial, ele deverá ser capaz de devolver as mercadorias, nas condições substanciais em que recebeu.⁸² Se este requisito não estiver preenchido, o comprador não poderá declarar o contrato resolvido, tampouco requerer a substituição das mercadorias, mas ainda terá direito aos remédios aplicável para casos de violações não-essenciais.⁸³ No entanto, há três situações em que, mesmo com a impossibilidade de devolução dos bens, o comprador pode declarar rescindido o contrato. São elas: a ausência de culpa do comprador em ocasionar a impossibilidade de devolução; a deterioração decorrente do dever do comprador de inspecionar os bens; ou se os bens foram vendidos, consumidos ou transformados pelo comprador antes que fosse descoberta a falta de conformidade.

O direito de exigir a substituição das mercadorias é uma das soluções previstas pela Convenção quando há desconformidade de mercadorias. Nos termos do artigo 46 da Convenção a substituição será possível somente se a violação for essencial (artigo 46(2)); nos demais casos,

⁸⁰ BUTLER, Allison E. Buyer's Remedies. In: **A Practical Guide to the CISG: Negotiations through Litigation**. Aspen Publishers, 2007, p. 14. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>>. Acesso em: 26/11/2016.

⁸¹ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 9.

⁸² Art. 82, CISG.

⁸³ Art. 83, CISG.

a reparação será o remédio cabível (artigo 46(3)).⁸⁴ Por esse motivo, FOUNTOULAKIS esclarece que, para casos que tratem de uma violação contratual cometida pelo vendedor por falta de conformidade dos bens, a violação somente será considerada essencial se ela deve não for sanável sem causar ao comprador extrema inconveniência, ou seja, não poderá tratar-se de uma violação possivelmente reparada.⁸⁵ Isso porque, sendo a violação sanável, em respeito ao direito do vendedor de reparar, o remédio aplicável não é o de substituição das mercadorias, mas sim o de reparo dessas.

É requisito para a substituição de mercadorias, além de uma violação essencial, a notificação ao vendedor a respeito da falta de conformidade. A notificação deverá ser enviada juntamente com o requerimento de substituição de mercadorias ou em um tempo razoável após esse evento.

Quando se está diante de violação essencial, além da possibilidade de o comprador lesado de exigir a substituição das mercadorias, o outro remédio aplicável, esse tanto para o comprador quanto para o vendedor, é o de resolução contratual.⁸⁶ Assim, se uma parte comete uma violação que atinja substancialmente a parte essencial do contrato, é direito da outra parte terminar a relação contratual.

É possível que uma entrega parcial resulte em resolução do contrato. Diante de uma compra e venda em que apenas parte das mercadorias compradas é entregue, o comprador poderá aplicar à parte não entregue, todos os remédios previstos para o comprador, o que inclui o direito de resolução.⁸⁷ Frisa-se que, nessa hipótese, a resolução será aplicável tão somente para a parte que deixou de ser entregue. No entanto, se a parte não entregue constituir prestação básica, será verificada uma violação essencial, motivo pelo qual o contrato em sua totalidade poderá ser objeto de resolução.⁸⁸

⁸⁴ Não se confunde o direito do vendedor de reparar (“*right to cure*”) com o remédio de reparação. O direito do vendedor de reparar se trata de um direito da parte vendedora que entregou mercadoria defeituosa de realizar conserto para, assim, adimplir integralmente com sua obrigação de entrega e reduzir os remédios aplicáveis a sua violação para apenas perdas e danos. O direito do comprador à reparação, por outro lado, refere-se ao remédio aplicável pelo comprador em caso de recebimento de mercadoria defeituosa. De qualquer sorte, ambos evidenciem o mesmo resultado prático, qual seja, a realização, pelo vendedor, de reparos nas desconformidades das mercadorias entregues.

⁸⁵ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 16.

⁸⁶ Art. 49(1)(a), CISG e Art. 64(1)(a), CISG.

⁸⁷ Art. 51(1), CISG.

⁸⁸ Art. 51(2), CISG.

A resolução do contrato libera ambas as partes de suas obrigações contratuais.⁸⁹ Por esse motivo, põe fim aos direitos e deveres das partes de prosseguir com a execução do contrato.⁹⁰ Ademais, a resolução obriga as partes a restituírem aquilo que tenha sido fornecido ou pago no âmbito da relação contratual.⁹¹ Para efeitos de restituição do que foi pago ou enviado⁹², as partes devem ainda restituir os benefícios da posse (lucros e vantagens de utilização).⁹³ Assim, quando o vendedor estiver obrigado a devolver o valor pago pelo comprador, deverá devolver o preço acrescido de juros, em valor a ser determinado pela lei nacional⁹⁴, calculados desde a data em que o pagamento foi realizado. Já o comprador, se estiver obrigado a devolver as mercadorias ou parte dessas (relembra-se que, conforme já referido, para o comprador exercer os direitos decorrentes de uma violação essencial, deverá ser capaz de devolver as mercadorias já recebidas), deverá devolver, também, o proveito auferido sobre o uso destas; todavia, caso seja impossível ao comprador devolver a mercadoria devido à sua destruição, mas haja benefícios decorrentes de sua utilização, anterior à destruição, deverá o comprador devolver apenas os proveitos.⁹⁵

Considerando o fim que é posto à relação contratual, a resolução é remédio de última medida (*ultima ratio*). Isso porque a preservação do contrato é altamente resguardada pela Convenção.⁹⁶ Ademais, a resolução produz custos adicionais de devolução de mercadorias, implicando em pagamentos de novo transporte e seguro.⁹⁷ Desse modo, as hipóteses em que se é possível rescindir o contrato são restritas e específicas.

⁸⁹ Art. 81(1), CISG.

⁹⁰ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 205.

⁹¹ Art. 81(2), CISG.

⁹² Art. 84(1), CISG.

⁹³ SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 107.

⁹⁴ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁵ Necessário frisar que o remédio de resolução só será possível ao comprador quando houver possibilidade de devolução das mercadorias já recebidas ou quando a impossibilidade de devolução ocorrer pelas exceções do artigo 82(2), CISG. Por esse motivo, conclui-se que a devolução do proveito, sem a devolução da mercadoria, por impossibilidade exercê-lo, conforme previsto no artigo 84(2)(b), CISG é aplicável somente às hipóteses do artigo 82(2), CISG. Isso porque, se a destruição da mercadoria ocorrer por causa diversa às ali previstas, então o comprador estará impedido de resolver o contrato, devendo socorrer-se dos demais remédios previstos na Convenção.

⁹⁶ BUTLER, Allison E. Buyer's Remedies. In: **A Practical Guide to the CISG: Negotiations through Litigation**. Aspen Publishers, 2007, p. 5. Disponível em:

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>>. Acesso em: 26/11/2016.

⁹⁷ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 17.

É requisito para a efetiva resolução do contrato a notificação sobre seu término, conforme prevê o artigo 26 da Convenção. Referida regra é o resultado da eliminação da possibilidade de resolução *ipso facto*, remédio existente no antecessor da CISG, a ULIS.⁹⁸ Para ser válida, deverá ser inequívoca no sentido de que se deseja terminar a relação, informando o comprador ao vendedor que não aceitara ou que não manterá consigo as mercadorias e o vendedor ao comprador que não aceitará o pagamento ou que o devolverá.⁹⁹ Todavia, não é necessário que a notificação seja exercida pela via escrita, sendo plenamente possível existir uma notificação de resolução oralmente. Ainda, tendo em vista a regra do artigo 27, CISG, para que a notificação de resolução seja efetiva, sequer é necessário que ela seja entregue ao destinatário, bastando que se comprove que o remetente utilizou de meio adequado.¹⁰⁰

O remédio de resolução, além de ser uma das possíveis consequências de uma violação essencial, também poderá ser a medida cabível em outras duas situações: pela ausência de cumprimento de “obrigações fundamentais”¹⁰¹ após o término de período extra concedido e pela forte evidência de que a outra parte cometerá uma violação essencial, mecanismo conhecido como violação antecipada. Diante desse cenário, FOUNTOULAKIS divide as possíveis causas de resolução em dois grupos: casos de violação consumada, que inclui a violação essencial já ocorrida e o descumprimento de obrigações fundamentais após decorrido o tempo adicional; e casos de violações pendentes, que inclui a violação antecipada.¹⁰²

Nesse sentido, comprador e vendedor podem valer-se da resolução como um remédio diante de uma ausência de execução de obrigações fundamentais no período estabelecido. Destaca-se, desde já, que as obrigações fundamentais restringem-se a obrigação do vendedor de entregar a mercadoria e as obrigações do comprador de recebe-las e de pagar o preço. Como já se referiu anteriormente ainda nesse capítulo, o atraso na execução não constitui *prima facie*, uma violação essencial. Por esse motivo, diante da demora no cumprimento, a parte credora

⁹⁸ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 214.

⁹⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁰⁰ SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 61.

¹⁰¹ Tradução livre do original, em inglês, “*core obligations*”. A expressão “*core obligations*” não é um termo técnico utilizado pela Convenção. FOUNTOULAKIS (FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011) o utiliza para referir-se às obrigações principais do comprador e do vendedor.

¹⁰² FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, pp. 16-17.

deverá fixar um período adicional de tempo para cumprimento da obrigação, nos termos do artigo 47, CISG, do comprador ao vendedor e artigo 63, CISG, do vendedor para o comprador. Esse tempo extra é denominado *Nachfrist*¹⁰³ pelo direito alemão, de quem foi tomado emprestado.¹⁰⁴ Se, após transcorrido esse tempo, não houver cumprimento da obrigação ou, se durante o transcurso do referido tempo, a parte devedora declarar que não irá cumprir, então a parte credora terá direito a valer-se da resolução como um remédio, conforme preveem os artigos 49(1)(b) e 64(1)(b) da CISG. Para DIMATTEO, o que ocorre é que “a elevação do adimplemento intempestivo ao status de violação essencial permite (...) a resolução do contrato”.¹⁰⁵ Portanto, o direito de rescindir o contrato também é aplicável a violações que não são consideradas essenciais, apenas para o caso de inexistir cumprimento da obrigação de entregar as mercadorias (para o vendedor) e pagar o preço ou receber as mercadorias (para o comprador), mesmo após a concessão de um novo período, razoável, para sua execução.

O direito de resolução contratual também é aplicável a situações em que, apesar de que as obrigações contratuais ainda não sejam devidas, há fortes indícios de que a outra parte cometerá uma violação essencial no futuro, situação a que se denomina violação antecipada.¹⁰⁶ Para tanto, é necessário que haja circunstâncias suficientes para prever que uma violação essencial irá acontecer, em alto nível de certeza. Para FOUNTOULAKIS, a probabilidade de uma violação essencial ocorrer deve ser medida de acordo com o standard de uma pessoa razoável.¹⁰⁷

Quando se está na pendência de uma violação essencial, a resolução do contrato é apenas uma das possíveis escolhas da parte que sofreu a infração.¹⁰⁸ Nesse sentido, a parte poderá optar

¹⁰³ Todavia, na presente monografia não será assim denominado, pois, considerando a inexistência de conceito correspondente nas jurisdições de *common law*, conforme ensina BUTLER (BUTLER, Allison E. Buyer’s Remedies. In: **A Practical Guide to the CISG: Negotiations through Litigation**. Aspen Publishers, 2007, p. 6. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>>. Acesso em: 26/11/2016), defende-se a independência do sistema internacional dos institutos domésticos, tendo em conta o caráter interpretativo previsto no artigo 7(1) da Convenção, analisado em sede de introdução.

¹⁰⁴ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 17.

¹⁰⁵ Tradução livre do original: “*The elevation of untimely performance to the status of fundamental breach allows (...) to avoid the contract*”. DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 134.

¹⁰⁶ FOUNTOULAKIS, Christiana. *Loc. Cit.*

¹⁰⁷ *Idem*. Chapter V. Provisions Common to the Obligations of the Seller and of the Buyer. Section I. Anticipatory Breach and Instalment Contracts. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries to the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 973.

¹⁰⁸ SCHWENZER, Ingeborg; FOUNTOULAKIS, Christiana; DIMSEY, Mariel. **International Sales Law – A Guide to the CISG**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2012, p. 518.

por aguardar o prazo em que a obrigação se tornará devida ou, ainda, escolher por suspender a sua execução nos termos do artigo 71 da Convenção. Note-se, no ponto, que para a suspensão da execução, não é necessário que se preveja uma violação essencial, mas tão-somente que se evidencie que não haverá cumprimento de uma parcela substancial de obrigação, havendo uma diferenciação na aplicação dos remédios a depender da intensidade da situação.¹⁰⁹ Assim como para a opção por rescindir o contrato, também para casos de suspensão da execução deverá a parte que possivelmente sofrerá a violação notificar a parte que possivelmente a cometerá. Ademais, o direito de suspender a execução está limitado pela possibilidade da outra parte de oferecer uma garantia adequada de que irá cumprir suas obrigações.¹¹⁰

Assim, o presente capítulo abordou, até esse ponto, o conceito de violação essencial e suas consequências. Aqui, destacam-se os remédios de substituição de mercadorias, exclusivo do comprador por sua própria natureza, e de resolução contratual, disponível tanto para o comprador quanto para o vendedor. Todavia, enquanto da análise de remédios para violação essencial, observou-se, também, alguns dos remédios disponíveis para violações não-essenciais: ao analisar-se a substituição de mercadorias, também houve referência ao remédio de reparação de mercadorias; ao analisar-se a resolução, no ponto que versou sobre a violação antecipada, houve estudo da possibilidade de suspensão da execução. Sendo esses os remédios já trabalhados, passa-se agora à compreensão dos demais remédios previstos pela Convenção de Viena para casos de violações de contrato não-essenciais, ainda não estudados na presente monografia. São eles: a execução específica, os juros e a diminuição do preço. Ainda, será abordado o remédio de danos, o qual será estudado em maiores detalhes no capítulo seguinte.

Em relação à execução específica, trata-se do direito de uma parte de exigir a execução do contrato pela outra.¹¹¹ Nesse sentido, o vendedor, como já se viu, tem a obrigação de entregar as mercadorias da forma como especificado no contrato; o vendedor tem a obrigação de pagar o preço pelas mercadorias e recebê-las. Se o comprador ou o vendedor não cumprir com esses deveres, a parte que sofreu a violação pode exigí-los, nos termos do artigo 46(1), caso a parte violada seja o comprador, por ausência de cumprimento dos deveres pelo vendedor, ou nos

¹⁰⁹ FOUNTOULAKIS, Christiana. Part III. Chapter V. Section I. Anticipatory Breach and Instalment Contracts. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries to the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 971.

¹¹⁰ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 124.

¹¹¹ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 13.

termos do artigo 62, caso a parte que tenha sofrido a quebra seja o vendedor, por descumprimento contratual do vendedor. No entanto, destaca-se que o remédio de execução específica poderá ser limitado pelo disposto no artigo 28 da Convenção.¹¹² De acordo com esse artigo, poderá haver rejeição de uma ação de execução específica nele fundamentado “apenas quando o direito de exigir a execução existir de acordo com esse standard, se a corte rejeitaria a ação com base em seu próprio direito em casos similares”.¹¹³

Para o pagamento de qualquer quantia em atraso, há o remédio de juros, previsto no artigo 78 da CISG. Aqui cabe referir que se trata de remédio aplicado a ambas as partes, ou seja, ao comprador e ao vendedor; nesse sentido, frisa-se que está previsto no Capítulo V da terceira parte da Convenção, o qual aborda disposições comuns ao vendedor e ao comprador. No entanto, também deve se notar que se trata de uma medida especial para o vendedor¹¹⁴, na medida em que sempre haverá pagamento a ser feito pelo comprador. Frisa-se, no ponto, que conforme já referido para o dever de devolução dos proveitos em caso de resolução, a Convenção não estabelece a taxa de juros aplicável, devendo, na prática, recorrer-se à lei nacional.¹¹⁵

Por fim, o último remédio a ser referido nesse capítulo é o direito à diminuição do preço. Nos termos do artigo 50 da Convenção, o comprador poderá obter a diminuição do preço das mercadorias nos casos em que ela não esteja em conformidade com o contrato, ainda que o pagamento já tenha sido efetuado. Por sua natureza, é um remédio disponível apenas para o comprador.¹¹⁶ Para que haja direito à redução do preço, o comprador deve dar ao vendedor a oportunidade de exercer o seu direito de reparação, desde que não cause ao comprador inconveniência desproporcional.¹¹⁷ Caso o comprador não o faça, perde o direito à diminuição do preço. Também nessa linha, caso haja obediência ao direito do vendedor de reparação, ou seja, caso o vendedor repare a mercadoria, também não há se de falar em diminuição do preço.

¹¹² SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 84.

¹¹³ Tradução livre do original: “...when a right to require performance exists according to this standard, if the deciding court would reject the action on the basis of its own law in case of similar purchase agreements”. MÜLLER-CHEN, Markus. Part III. Chapter I. Article 28. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 462.

¹¹⁴ SCHLECHTRIEM, Peter. *Loc. cit.*

¹¹⁵ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 21.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

Em relação à diminuição do preço, cabe desde já adiantar que esse remédio coexiste com o direito a danos, a ser estudado no próximo capítulo. Em que pese possa parecer, em um primeiro momento, que a aplicação dos dois remédios tenha o mesmo resultado prático, o direito à redução do preço será aplicável independentemente da desconformidade causar ao comprador qualquer prejuízo material; ademais, considerando que a falta de conformidade é objetiva, o vendedor não poderá aplicar as exonerações previstas no artigo 79 para eximir-se de responsabilidade.¹¹⁸

A maior problemática envolvendo o direito à diminuição do preço é a quantificação do valor a ser abatido, uma vez que a Convenção menciona o valor dos bens entregues e não ao valor contratual.¹¹⁹ De fato, a quantia a ser diminuída trata-se da diferença entre o valor que os bens deveriam ter e o valor que os bens entregues verdadeiramente têm. Trata-se portanto, de um ajuste no contrato para que o seu objeto passe a ser as mercadorias desconformes.¹²⁰ Ainda nessa linha, entende-se que é possível aplicar a diminuição do preço para reivindicações de terceiros baseadas em direitos de propriedade industrial ou intelectual¹²¹ e, para esses casos, a quantificação da diminuição será ainda mais complexa.

Dessa forma, como se viu, o sistema de violações contratuais na Convenção de Viena adotou uma sistemática focada nas consequências de uma violação contratual e não em suas causas. A única diferenciação existente entre as violações é a classificação como essencial ou não-essencial; no entanto, essa diferenciação importa, especialmente, porque a violação essencial admite dois remédios especiais, a substituição de mercadorias e a declaração de resolução do contrato. Em que pese a resolução seja um remédio especial para a violação essencial, também é aplicável a situações análogas à violação essencial já consumada, que são a ausência de cumprimento das obrigações fundamentais após decorrido o prazo extra concedido pela outra parte e a violação antecipada. No entanto, mesmo que se trate de violação não-essencial, a parte violada, apesar de não poder se valer desses dois remédios, terá uma gama de outras opções de remédios previstos na Convenção dos quais poderá valer-se: o direito à

¹¹⁸ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 15.

¹¹⁹ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 139.

¹²⁰ MÜLLER-CHEN, Markus. Artigo 50. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 887.

¹²¹ SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Viena: Manz, 1986, p. 79.

reparação de mercadorias, o direito de suspender a execução, o direito à execução específica, o direito a juros e o direito à diminuição do preço. Por fim, cabe destacar que, além dos remédios analisados nesse capítulo, há ainda, as perdas e danos, remédio que será abordado em maior profundidade no capítulo seguinte.

1.2 PERDAS E DANOS COMO REMÉDIO PARA DE VIOLAÇÕES CONTRATUAIS E O PROBLEMA DOS DANOS NÃO QUANTIFICÁVEIS

As perdas e danos são remédio disponível para a parte que sofreu violação de contrato submetido à Convenção de Viena. Os artigos 45(1) e 61(1), da CISG, os quais listam as opções de remédios do comprador e do vendedor, respectivamente, estabelecem em suas alíneas “b” a possibilidade de “exigir a indenização das perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77”. Os artigos 74 a 77 compõem a Seção II denominada “Perdas e Danos”, dentro do capítulo “Disposições Comuns às Obrigações do Vendedor e do Comprador”. Desde logo, analisando-se tão-somente a posição estrutural da referida seção, bem como os artigos que servem de fonte à sua aplicação, algumas observações restam evidentes com respeito às perdas e danos na CISG. Primeiramente, os danos são um remédio aplicável tanto a violações cometidas pelo comprador, quanto a violações cometidas pelo vendedor. Ademais, considerando que os danos se operam na medida em que a outra parte não cumprir suas obrigações contratuais, os danos poderão ser aplicados diante de qualquer violação contratual, independentemente da existência de dolo ou culpa.¹²²

Uma primeira característica a ser ressaltada sobre a indenização por perdas e danos na Convenção de Viena é o fato de que ela pode ser combinada com todos os outros remédios previstos para violações contratuais.¹²³

Para que haja a responsabilidade por danos na Convenção, então, basta que se verifique o descumprimento contratual, sem que se busque pela culpa do inadimplente.¹²⁴ O

¹²² LOOKOFSKY, Joseph. **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 152.

¹²³ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 10.

¹²⁴ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 256.

descumprimento de qualquer previsão do contrato ou da Convenção faculta a outra parte a solicitar a indenização por perdas e danos.¹²⁵ Trata-se, portanto, do regime da responsabilidade objetiva.¹²⁶ A opção adotada pela Convenção diverge da maioria dos países de *civil law*¹²⁷, assemelhando-se, em maior parte, com a indenização reconhecida pelos sistemas jurídicos de *common law*.¹²⁸

No entanto, em que pese independa de culpa, a responsabilidade é limitada pelas cláusulas de exclusão da responsabilidade previstas na Convenção. Essas exceções versam a respeito do caso fortuito e da força maior¹²⁹, visando a proteger a parte que cometeu a violação de ser responsabilizada por danos que não poderia controlar ou evitar.¹³⁰

A primeira cláusula de exclusão da responsabilidade¹³¹ diz respeito, exclusivamente, à responsabilização por danos, não excluindo a responsabilidade sobre os demais remédios aplicáveis - motivo pelo qual abordada nesse capítulo. De acordo com esse dispositivo, a parte violadora terá a responsabilidade pelo pagamento de perdas e danos excluída se a violação contratual se der em razão de motivo fora de seu controle, o qual não poderia ser esperado no momento de contratação e o qual não poderia ser evitado ou superado. Tratam-se, portanto, de quatro requisitos (considerando-se o nexo de causalidade entre o obstáculo e o descumprimento contratual um deles), os quais devem ser cumulativamente preenchidos.¹³² Em que pese as causas de exclusão da responsabilidade se apliquem a ambas as partes do contrato, será verificada mais comumente sua aplicação ao vendedor. Isso porque o comprador é responsável

¹²⁵ VISCASILLAS, María del Pilar Perales. **El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias (Convención de Viena de 1980)**. 2001. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cvi>>. Acesso em: 24/10/2016.

¹²⁶ GAGLIARDI, Rafael Villar. Remédios Contratuais: Perdas e Danos na CISG. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono. **A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 463.

¹²⁷ GOTANDA, John Y. Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: Matter of Interpretation. In: **37 Georgetown Journal on International Law**, 2005, p.103. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gotanda3.html>>. Acesso em: 26/11/2016.

¹²⁸ VISCASILLAS, María del Pilar Perales. *Loc. cit.*

¹²⁹ GAGLIARDI, Rafael Villar. *Loc. cit.*

¹³⁰ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 258.

¹³¹ Art. 79, CISG.

¹³² SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section IV – Exemptions. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1067.

por sua capacidade financeira, o que diminui suas chances de ter sua responsabilidade pelo pagamento de danos excluída.¹³³

Em relação ao requisito de motivo além da esfera de controle da parte violadora, são exemplos desastres naturais, efeitos de guerras ou de ataques terroristas e medidas governamentais que afetem o comércio internacional.¹³⁴ Repete-se que, para o devido preenchimento do requisito, o inadimplente deve ser incapaz de esperar pelo motivo causador da violação. Ademais, não deve ser razoável exigir que o motivo causador seja superado ou evitado. No que concerne a ausência de exigência de superação, o requisito pergunta o quanto de esforço deve o inadimplente fazer para superar o motivo de violação¹³⁵, devendo sua resposta ser analisada frente ao caso concreto. Sendo o impedimento temporário, a exclusão de responsabilidade somente se opera enquanto este perdurar, não abrangendo violações contratuais verificadas antes ou depois do impedimento.

Se houver o envolvimento de terceiros na inadimplência, a parte descumpridora do contrato somente não será responsabilizada se o motivo caracterizado como fora de suas possibilidades de controle, inesperado, inevitável e insuperável, assim também o for para o terceiro. Não basta, portanto, que se comprove a impossibilidade de enfrentar o motivo para a parte contratual, devendo, também para o terceiro, esses requisitos estarem presentes. Caracteriza-se como terceiro apenas aqueles que forem independentes da parte contratual que cometeu a violação – os empregados e as entidades participantes de sua organização comercial terão a responsabilidade excluída na medida em que verificado o caso fortuito ou a força maior, devendo ainda, o terceiro, estar encarregado de realizar alguma parte do contrato, ou seja, uma atribuição do vendedor ou do comprador.¹³⁶

Para ambas as modalidades de exclusão da responsabilidade, deverá haver notificação da parte violadora à parte que sofreu a violação. Caso a notificação não seja recebida pela parte que sofreu a violação, a exclusão de responsabilidade a que tem direito não é afetada, permanecendo em vigor.¹³⁷ Todavia, será responsável pelos danos decorrentes do não recebimento. É possível, contudo, que o não recebimento se dê em razão do mesmo

¹³³ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 336.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 259.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 262.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 264-265.

¹³⁷ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section IV – Exemptions. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1081.

impedimento que causou a violação contratual. Nesse caso, comprovando que o impedimento lhe causou a impossibilidade de notificar, haverá exclusão da responsabilidade pelos danos causados pela ausência de notificação.¹³⁸

Além da cláusula de exclusão da responsabilidade pelo pagamento de danos já explanada, há ainda uma segunda cláusula¹³⁹, essa aplicável a qualquer consequência decorrente de uma violação contratual.¹⁴⁰ De acordo com esse dispositivo, a parte que sofreu a violação não poderá valer-se dessa, caso a tenha dado causa. Aqui, o maior problema reside em situações em que ambas as partes dão causa à violação. Para essas situações, HUBER e MULLIS defendem que não seria possível aplicar o dispositivo, podendo o comprador reclamar os remédios decorrentes da violação pelo vendedor e o vendedor os remédios para a violação do comprador.¹⁴¹

É possível às partes introduzirem no contrato cláusulas sobre a alocação do risco por caso fortuito ou força maior, assim alterando as disposições da Convenção, podendo limita-las ou amplia-las.¹⁴² Em verdade, as próprias regras previstas na Seção Perdas e Danos não são compulsórias, podendo ser contratualmente reguladas, para estabelecer um montante fixo de indenização, tipos de danos e espécies de violações contratuais às quais serão aplicadas.¹⁴³ Da mesma forma, é pacífico que as partes podem contratar uma cláusula penal que se some à indenização por perdas e danos ou que a substitua; nesse caso, o problema se verificará quando esta for abusiva¹⁴⁴ ou desproporcional¹⁴⁵ à perda real. Diante de tal situação e, considerando-se, ainda, a aplicação do princípio da razoabilidade¹⁴⁶, a quantia estipulada deverá ser

¹³⁸ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section IV – Exemptions. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1082.

¹³⁹ Art. 80, CISG.

¹⁴⁰ ATAMER, Yesim M. Part III. Chapter V. Section IV - Exemptions. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Org.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary**. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, p. 1099.

¹⁴¹ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 267.

¹⁴² ATAMER, Yesim M. Part III. *Op. cit.*, p. 259.

¹⁴³ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 1022-1023.

¹⁴⁴ VISCASILLAS, María del Pilar Perales. **El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)**. 2001. Disponível em:

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#vji>>. Acesso em: 24/10/2016.

¹⁴⁵ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1023.

¹⁴⁶ VISCASILLAS, María del Pilar Perales. *Loc. cit.*

diminuída.¹⁴⁷ De forma semelhante, não é possível excluir completamente todos os direitos de uma violação contratual, devendo ser mantido um mínimo de remédios adequados; ademais, cláusulas renunciando direitos a violações negligentes ou propositais serão inválidas.¹⁴⁸

Uma vez vencidas as questões relativas a danos que se encontram esparsas na Convenção, adentra-se à Seção “Perdas e Danos” propriamente dita. Passar-se-á a analisar os artigos que a compõe. Inicialmente, será examinado o primeiro artigo da Seção (artigo 74), do qual se compreenderão os princípios que permeiam os danos. Em seguida, será examinado o último artigo da Seção (artigo 77), que traz o dever de mitigar prejuízos, requisito comum a todas as formas de cálculo de danos. Após, serão abordados os métodos de cálculo específicos previstos nos artigos 75 e 76. Por fim, voltando ao artigo 74, de onde se partiu, serão analisadas as formas de cálculo para os danos no dispositivo geral.

O artigo 74 dispõe, em sua primeira parte, que “As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento.” Essa previsão é considerada pela doutrina como “simples, mas poderosa”.¹⁴⁹ Isso porque, da curta colocação, diversas normas são extraídas.

De imediato, observa-se que a indenização deve ser feita em dinheiro. A CISG não prevê a possibilidade de restituição em espécie¹⁵⁰, devendo haver pagamento em pecúnia.¹⁵¹

Os estudiosos da Convenção parecem ser uníssomos em afirmar que o artigo traz em sua redação o princípio da compensação total de danos, de modo que o objetivo da indenização por perdas e danos na Convenção é colocar a parte que sofreu a violação na posição em que estaria, caso houvesse o cumprimento do contrato¹⁵². Ainda, resta claro que os requisitos previstos para

¹⁴⁷ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1023.

¹⁴⁸ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 1000. Também nesse sentido: FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 20; HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 444.

¹⁵⁰ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 269-170.

¹⁵¹ SCHWENZER, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 1005.

¹⁵² HONNOLD, John O. *Op. cit.* p. 451. Também nesse sentido: SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 92.

a aplicação do artigo são a existência de uma violação contratual, a existência de uma perda à parte que sofreu violação e nexos de causalidade entre o primeiro e o segundo requisito.¹⁵³ No entanto, além de identificar os requisitos, faz-se necessário observar a conceituação de tais elementos. Considerando que o conceito de violação contratual já abordado no capítulo anterior, serão agora analisados o conceito de perda para a Convenção e o nexos de causalidade entre essa e a violação contratual.

Em relação a quais são as perdas protegidas pela Convenção, inicialmente, deve-se ressaltar que a compensação inclui tanto o *expectation/performance interest* como o *reliance interest*.¹⁵⁴ O *expectation/performance interest* consiste no interesse de ver tutelada a expectativa que tinha a parte que sofreu a violação contratual de extrair proveito econômico do contrato quando de sua celebração; o *reliance interest*, por sua vez, significa “a tutela da legítima expectativa da parte de não ser envolvida em negociações que sejam frustradas sem justo motivo ou que resultem em contratos inválidos”.¹⁵⁵

Há diferenças doutrinárias a respeito da proteção de perdas não-pecuniárias. Em princípio, conforme se depreende da leitura do artigo 74, apenas perdas materiais seriam recuperáveis. Todavia, SCHWENZER entende que essa diferenciação entre perdas pecuniárias e perdas não-pecuniárias não deve ser aplicada à CISG, especialmente porque não há exclusão da responsabilidade da parte que cometeu a violação por perdas não-pecuniárias.¹⁵⁶ A professora ressalva, no entanto, que as referidas perdas não-pecuniárias devem se caracterizar como consequências típicas de violações contratuais, de modo que dor ou sofrimento não poderão ser recuperáveis. Ainda nesse sentido, SCHWENZER justifica a recuperação de perdas não-pecuniárias afirmando que limitar danos às perdas econômicas causadas pela violação contratual significa ignorar o fato de que a parte violada pagou o preço precisamente para obter

¹⁵³ KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.).

Commentary on the International Sales Law. Milão: Giuffrè, 1987, p. 540.

¹⁵⁴ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 92. Também nesse sentido: LOOKOFSKY, Joseph. **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 153.

¹⁵⁵ GAGLIARDI, Rafael Villar. Remédios Contratuais: Perdas e Danos na CISG. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono. **A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 461.

¹⁵⁶ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1002.

a correta performance do contrato.¹⁵⁷ Por fim, ainda no que tange a diferenciação entre a recuperação de perdas pecuniárias e não-pecuniárias, cabe esclarecer que muitas das perdas normalmente caracterizadas como não-pecuniárias, são, em verdade, perdas pecuniárias e, portanto, essa diferenciação, em termos de CISG, deve ser realizada com especial atenção. De fato, dificilmente poderá se negar que prejuízos decorrentes de violações contratuais como a perda de uma chance ou perda de reputação apresentam importantes consequências econômicas.¹⁵⁸

Restam excluídos da proteção da CISG os danos causados pela morte ou por danos pessoais causados a qualquer pessoa, de modo que serão esses danos compensados nos termos da legislação nacional aplicável.¹⁵⁹ SCHWENZER entende que, se se tratar de falha na mercadoria que causou morte ou danos pessoais aos clientes do comprador, poderá o comprador ser compensado pelo vendedor pelos gastos daí decorrentes.¹⁶⁰ No entanto, GOTANDA e VISCASILLAS não concordam com essa possibilidade, entendendo que os gastos decorrentes da morte ou dos danos pessoais a terceiros não podem ser recuperados pela Convenção, devendo também ser objeto da legislação nacional.¹⁶¹

Ademais, a previsão de perdas e danos obriga somente as partes da relação contratual, ou seja, comprador e vendedor. É dizer, inexistente a possibilidade de um terceiro prejudicado reclamar danos com base na CISG, devendo, se for o caso, recorrer à legislação doméstica.¹⁶²

Ainda em relação a quais os danos abrangidos pela Convenção, deve se destacar que podem ser recuperados os danos direta e indiretamente decorrentes da violação contratual.¹⁶³

¹⁵⁷ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 92. Também nesse sentido: LOOKOFISKY, Joseph. **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 94.

¹⁵⁸ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1003.

¹⁵⁹ Art. 5, CISG.

¹⁶⁰ SCHWENZER, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 1004.

¹⁶¹ GOTANDA, John Y. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Org.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary**. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, p. 997. Também nesse sentido: VISCASILLAS, María del Pilar Perales. **El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias (Convención de Viena de 1980)**. 2001. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cvi>>. Acesso em: 24/10/2016.

¹⁶² KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.). **Commentary on the International Sales Law**. Milão: Giuffrè, 1987, p. 539.

¹⁶³ LOOKOFISKY, Joseph. *Op. cit.*, p. 153. Também nesse sentido: VISCASILLAS, María del Pilar Perales. *Loc. Cit.*

GOTANDA e SCHWENZER classificam os danos protegidos pela CISG em três diferentes espécies: danos diretos, danos incidentais e danos consequenciais.¹⁶⁴ Os danos diretos são, assim, a diferença entre o contrato e o mercado¹⁶⁵ ou aqueles verificados comparando-se a situação que existe como resultado da violação com a situação hipotética que existiria se não fosse a existência da violação.¹⁶⁶ Para melhor compreensão, são exemplificados pela entrega de mercadoria não conformes: nesse caso, será o valor da diferença entre o valor da mercadoria defeituosa e o valor que essas teriam, no momento do cálculo, caso tivessem sido entregues em conformidade com o contrato; se o defeito das mercadorias sem conformidade for sanável, o valor do dano direto poderá ser medido pelos gastos necessários para realizar os reparos, ainda que o comprador não os faça. Os danos incidentais estão ligados a custos adicionais realizados para evitar outros custos. Esses danos não são expressamente referidos na letra do artigo 74, tampouco estão relacionados ao *expectation/performance interest*, mas sim são abarcados pelo princípio da compensação total de danos. Por fim, os danos consequenciais são perdas adicionais, relacionadas ao valor econômico perdido por ter a parte responsabilidades com terceiros; podem ser exemplificados pela perda de reputação. Também são danos consequenciais recuperáveis pela CISG os danos à propriedade do comprador causados por defeitos na mercadoria.

Ademais, muitos autores defendem o fato de que os danos na Convenção de Viena não devem punir a parte violadora¹⁶⁷ e, portanto, *punitive damages* não poderiam ser recebidos.¹⁶⁸ Nesse sentido, o Conselho Consultivo, no parecer de nº 6, estabeleceu que a indenização em perdas e danos não deve colocar a parte que sofreu a violação em uma posição melhor do que aquela que estaria caso o contrato tivesse sido executado. No entanto, conforme se observará ao final desse capítulo e, mais aprofundado, na segunda parte dessa monografia, as atuais

¹⁶⁴ GOTANDA, John Y. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Org.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary**. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, p. 995. Também nesse sentido: SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1006.

¹⁶⁵ LOOKOFISKY, Joseph. **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 153.

¹⁶⁶ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 270.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 268.

¹⁶⁸ VISCASILLAS, María del Pilar Perales. **El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convenión de Viena de 1980)**. 2001. Disponível em:

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cvi>>. Acesso em: 24/10/2016.

discussões sobre danos na CISG entendem o remédio deve ser usado como uma forma de prevenir e punir violações contratuais cometidas propositalmente.¹⁶⁹

Os lucros cessantes têm sua recuperação expressamente prevista no artigo 74. Todavia, quando o comprador não notificar o vendedor a respeito da falta de conformidade das mercadorias entregues, ainda que tenha uma razão razoável para não tê-lo feito, não poderá recuperar os lucros cessantes decorrentes de tal violação contratual.¹⁷⁰

Além dos requisitos de violação contratual e da existência de prejuízo, faz-se necessário, também, para o pedido de perdas e danos na Convenção de Viena, haver nexo de causalidade entre a violação e o prejuízo.¹⁷¹ Vale dizer: apenas perdas decorrentes da violação contratual serão recuperáveis.¹⁷² Para análise do nexo de causalidade, deve se examinar se a perda existiria se não fosse pela violação contratual.¹⁷³

Além dos três requisitos já analisados (violação contratual, prejuízo e nexo de causalidade) a indenização por perdas e danos na Convenção de Viena exige ainda, a previsibilidade dos danos decorrentes da violação. A regra da previsibilidade, portanto, limita a responsabilidade da parte violadora à extensão de danos que ela poderia prever no momento de conclusão do contrato, levando em consideração todas as circunstâncias.¹⁷⁴

Frisa-se que a previsibilidade deve ser relativa aos danos decorrentes da violação contratual, não à violação em si. Ademais, a extensão do dano deve ser razoavelmente previsível e, portanto, se a extensão foi significativamente maior do que se podia prever, o risco materializado diferirá daquele previsível.¹⁷⁵ A previsibilidade na CISG se refere tanto aos danos que a parte violadora efetivamente previu como aqueles que ela poderia prever; é suficiente,

¹⁶⁹ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 20.

¹⁷⁰ Art. 44, CISG.

¹⁷¹ GOTANDA, John Y. Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: Matter of Interpretation. In: **37 Georgetown Journal on International Law**, 2005, p. 101. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gotanda3.html>>. Acesso em: 26/11/2016. Também nesse sentido: VISCASILLAS, María del Pilar Perales. **El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias (Convención de Viena de 1980)**. 2001. Disponível em:

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#vvi>>. Acesso em: 24/10/2016.

¹⁷² SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1016.

¹⁷³ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 270.

¹⁷⁴ SCHWENZER, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 1018.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 1020.

portanto, que a parte violadora esteja objetivamente na posição de prever os prejuízos.¹⁷⁶ Há, assim, além do standard subjetivo, relativo ao que efetivamente previu a parte violadora, um standard objetivo para determinar a previsibilidade: o que uma pessoa razoável, no lugar da parte violadora e ciente das circunstâncias poderia prever.¹⁷⁷ Destaca-se que o momento de análise da previsibilidade é o momento de conclusão do contrato.¹⁷⁸

Em que pese não haja consenso na doutrina a respeito de qual das partes tem o ônus da prova do requisito da previsibilidade¹⁷⁹, a maior parte dos autores estudados entende que a parte que sofreu a violação é quem deve provar que os danos daí decorrentes eram previsíveis no momento de conclusão do contrato.¹⁸⁰

Ainda em relação ao requisito da previsibilidade, cabe referir que o requisito é necessário mesmo para as violações contratuais cometidas intencionalmente.¹⁸¹ Em outras palavras, mesmo que a violação tenha sido realizada em fraude, as perdas e danos de responsabilidade da parte violadora estarão limitadas àquelas que ela poderia prever no momento de conclusão do contrato.

Fora do artigo 74, há ainda outro requisito para a compensação de danos, esse previsto no artigo 77 da Convenção, que é o dever de mitigar os próprios prejuízos. Há discussão entre os estudiosos da Convenção se o requisito da previsibilidade se aplica aos métodos de cálculo previstos nos artigos 75 e 76 ou se apenas ao método previsto no artigo 74: para DIMATTEO¹⁸², o artigo 75, assim como o 74, está limitado pela previsibilidade das perdas. No entanto, HUBER e MULLIS, assim como SCHWENZER, defendem que não há tal limitação, os primeiros, por entenderem que a os danos decorrentes dos artigos 75 e 76 são previsíveis e a última por

¹⁷⁶ KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.).

Commentary on the International Sales Law. Milão: Giuffrè, 1987, p. 542.

¹⁷⁷ GOTANDA, John Y. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Org.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary**. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, p. 1003.

¹⁷⁸ KNAPP, Victor. *Loc. cit.*

¹⁷⁹ SCHWENZER, Ingeborg. SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 1025-1026.

¹⁸⁰ *Ibidem, loc. cit.* Também nesse sentido: KNAPP, Victor. *Op. cit.*, p. 541; GOTANDA, John Y. *Loc. cit.*, p. 1003; HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 281.

¹⁸¹ KNAPP, Victor. *Op. cit.*, p. 534. Também nesse sentido: SCHWENZER, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 1018.

¹⁸² DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 153.

entender que a limitação violaria o princípio da compensação total.¹⁸³ É consenso, no entanto, o que se infere inclusive pela leitura da Seção Perdas e Danos, que o requisito da mitigação se aplica a todos os métodos de cálculo.

De acordo com o dever de mitigar o próprio prejuízo, se a parte que sofreu a violação contratual falhar em diminuir suas perdas, a parte que cometeu a violação poderá reclamar uma diminuição nos danos até o montante que deveria ter sido mitigado.¹⁸⁴ É exemplo de aplicação de tal disposto caso em que o comprador americano não forneceu ao vendedor russo documentos necessários para que esse último lhe enviasse informações acerca das mercadorias, que poderiam ser repassadas aos seus próprios consumidores e, assim, diminuir seu prejuízo. Houve, portanto, diminuição de metade do valor pago a título de perdas e danos.¹⁸⁵

O dever de mitigar danos significa que, diante de violação contratual, a vítima não tem permissão de esperar passivamente a ocorrência de prejuízos e depois cobra-los como perdas e danos; em verdade, a parte que sofreu a violação está obrigada a tomar as medidas adequadas para prevenir e diminuir seus prejuízos.¹⁸⁶ Em relação a quais são as medidas adequadas, são aquelas razoáveis e possíveis, inexistindo a obrigação de realizar medidas excessivas.¹⁸⁷ Nesse sentido, os danos que poderiam ser remediados não poderão ser recuperados.¹⁸⁸ A regra geral, portanto, é que uma vez verificado o dever de indenizar, há uma redução quantitativa no montante das perdas que deveriam ter sido mitigadas.¹⁸⁹ No entanto, as circunstâncias particulares do caso concreto podem levar à redução a zero, ou seja, aquela que exclui completamente a compensação.¹⁹⁰

¹⁸³ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 283. Também nesse sentido: SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 1031 e 1038.

¹⁸⁴ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 157.

¹⁸⁵ ARBITRAGEM. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*. Caso nº 54/1999. 24 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html>>. Acesso em: 27/11/2016.

¹⁸⁶ KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.). **Commentary on the International Sales Law**. Milão: Giuffrè, 1987, p. 559.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 560.

¹⁸⁸ SCHWENZER, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 1042.

¹⁸⁹ VISCASILLAS, María del Pilar Perales. **El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)**. 2001. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cvi>>. Acesso em: 24/10/2016.

¹⁹⁰ SCHWENZER, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 1048.

Diante disso, pode-se afirmar que a previsão de mitigação na CISG não se trata de um “dever” propriamente dito, uma vez que a ausência de cumprimento resulta tão-somente na redução do *quantum* devido.¹⁹¹ Trata-se, em verdade, de uma obrigação para preservar direitos, não podendo ser a parte que não o cumpre compelida a tanto.¹⁹²

A parte que tomar medidas para mitigar danos normalmente incorrerá em gastos para assim proceder. Esse valor será recuperável em perdas e danos como dano consequencial, mesmo que a tentativa de mitigação tenha falhado e que, portanto, não tenha havido efetiva mitigação.¹⁹³

Exemplo de cumprimento do dever de mitigar danos é a compra e a venda substitutiva em casos de resolução do contrato. Diante de uma resolução contratual, a parte violada não está obrigada a realizar transação substitutiva, mas, em sendo essa possível por meio de esforços razoáveis e, ainda assim, não realizada, o valor de perdas e danos será diminuído nos termos da obrigação de mitigar.¹⁹⁴

O caso de danos na transação substitutiva frente a resolução contratual foi objeto de atenção especial da Convenção de Viena, que disciplinou a matéria em seu artigo 75. Em verdade, a atenção voltou-se para casos em que haja a resolução contratual em geral, uma vez que aqueles em que não ocorrer uma transação substitutiva terão o valor de perdas e danos calculados nos termos do artigo 76.

Os artigos 75 e 76 aplicam-se somente se houver a resolução do contrato. No entanto, a resolução contratual não implica na inaplicabilidade do artigo 74; ao contrário, a regra geral será aplicada subsidiariamente para aqueles danos que não puderem ser calculados com base nos artigos específicos.¹⁹⁵ É dizer, os artigos 75 e 76 não substituem o artigo 74, mas sim o complementam.¹⁹⁶ Ademais, ainda que diante de uma resolução contratual, os artigos 75 e 76

¹⁹¹ LOOKOFISKY, Joseph. **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 157.

¹⁹² SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1003.

¹⁹³ KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.). **Commentary on the International Sales Law**. Milão: Giuffrè, 1987, p. 561.

¹⁹⁴ LOOKOFISKY, Joseph. *Op. cit.*, p. 155.

¹⁹⁵ KNAPP, Victor. *Op. cit.*, p. 539.

¹⁹⁶ GOTANDA, John Y. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Org.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary**. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, p. 1013.

não têm sua aplicação obrigatória, podendo a parte que sofreu a violação contratual e resolveu o contrato optar por calcular as perdas e danos por meio deles ou pela regra geral.¹⁹⁷

Por outro lado, a aplicação do artigo 75 prefere à do artigo 76. Assim, se a parte que sofreu a violação contratual e resolveu o contrato fizer uma transação substitutiva nos termos e que determina o artigo 75, conforme será analisado, deverá aplicação esse artigo e não o 76.¹⁹⁸

Para a aplicação do artigo 75, no entanto, é necessário que a transação substitutiva seja realizada “em modo e prazo razoáveis”. Para determinar o modo razoável, deve ser levado em consideração a prudência com que realizada a transação substitutiva; razoabilidade diz respeito ao preço: o comprador deve buscar o menor preço e o vendedor o maior preço.¹⁹⁹ O modo razoável também impõe que sejam analisadas as circunstâncias do contrato original. Assim, se a transação substitutiva ocorrer em local ou em termos diferentes, o valor das perdas e danos será ajustado no sentido de reconhecer aumentos e diminuições no preço.²⁰⁰

No que concerne ao prazo razoável de realização da transação substitutiva, o período inicia com a declaração de resolução.²⁰¹ O caso julgado por *Oberlandesgericht Bamberg* julgado em 13 de janeiro de 1999, ilustra a situação.²⁰² No referido precedente, um comprador alemão reclamou danos para um vendedor português por entrega atrasada e incompleta. Todavia, a Corte entendeu que não haveria esse direito, uma vez que o comprador comprou mercadorias substitutivas sem antes resolver o contrato. Contudo, se a resolução for feita tendo por base uma violação antecipada, então o ponto a partir do qual poder-se-á considerar razoável a transação substitutiva é o momento de entrega determinado no contrato original.²⁰³ A situação é exemplificada por precedente de *Oberlandesgericht Hamburg*²⁰⁴, em que a Corte aplicou o

¹⁹⁷ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 283.

¹⁹⁸ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1034.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 1029-1030. Também nesse sentido: KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.). **Commentary on the International Sales Law**. Milão: Giuffrè, 1987, p. 551.

²⁰⁰ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 151-152.

²⁰¹ *Ibidem*, *loc. cit.* Também nesse sentido: KNAPP, Victor. *Loc. cit.*

²⁰² ALEMANHA. *Oberlandesgericht Bamberg. Fabric Case* nº 3 U 83/98. 13 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990113g1.html>>. Acesso em: 29/10/2016.

²⁰³ SCHWENZER, Ingeborg. *Op. Cit.*, p. 1030.

²⁰⁴ ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg. Iron molybdenum case* nº 1 U 167/95. 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>. Acesso em: 29/10/2016.

artigo 75, ainda que não houvesse resolução contratual, porque o vendedor recusou-se a cumprir o contrato.

Se o valor da transação substitutiva for igual ou superior ao valor do contrato original, não haverá danos.²⁰⁵ Em outras palavras, se a transação substitutiva favorecer a parte que sofreu a violação contratual, o artigo 75 não será aplicável.²⁰⁶ Entretanto, se não houver vantagem, a aplicação do artigo implicará que os danos sejam calculados pela diferença entre o preço do contrato e o preço da transação substitutiva.

Discute-se qual a consequência se a parte que sofreu a violação realizar transação substitutiva que não seja razoável. Há opinião no sentido de que as perdas e danos devem ainda ser calculadas concretamente no caso, todavia, limitando os prejuízos recuperáveis àqueles em que incorreria caso a transação fosse razoável.²⁰⁷ Outra opinião aponta para que, nessa situação, aplique-se a fórmula abstrata disposta no artigo 76²⁰⁸; assim a corte *Oberlandesgericht Hamm*²⁰⁹ julgou caso em 22 de setembro de 1992. Ademais, em casos de resolução em que a parte que sofreu a violação permanente e constantemente negocia no mercado, impossibilitado a prova de que uma transação específica foi realizada em substituição, os danos também poderão ser calculados com base no artigo 76.²¹⁰

A regra do artigo 76 determina que, em casos em que a violação contratual tenha resultado na resolução do contrato e em que a parte que sofreu a violação não tenha realizado uma transação substitutiva, o valor das perdas e danos será calculado pela diferença entre o preço do contrato e o preço corrente no momento da resolução. Os motivos da inércia da parte que sofreu a violação em não realizar uma transação substitutiva são irrelevantes para fins de

²⁰⁵ LOOKOFSKY, Joseph. **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 156.

²⁰⁶ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 1030-1031.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 1032.

²⁰⁸ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 453. Também nesse sentido: VISCASILLAS, María del Pilar Perales. **El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias (Convención de Viena de 1980)**. 2001. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cvi>>. Acesso em: 24/10/2016; KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.). **Commentary on the International Sales Law**. Milão: Giuffrè, 1987, p. 551; GOTANDA, John Y. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Org.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary**. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, p. 1027.

²⁰⁹ ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamm. Frozen bacon case* nº 19 U 97/91. 22 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>>. Acesso em: 29/10/2016.

²¹⁰ SCHWENZER, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 1036. Também nesse sentido: GOTANDA, John Y., *Loc. cit.*

aplicação do artigo 76, importando apenas para fins de averiguar se houve mitigação de prejuízos, nos termos do artigo 77.²¹¹

Nota-se, pelo disposto no artigo 76(2), que o preço corrente a que se refere o dispositivo se trata do preço de mercadorias comparáveis no local onde as mercadorias do contrato deveriam ser entregues. O preço corrente, é, portanto, o valor normalmente cobrado por mercadorias da mesma espécie, comercializadas no mesmo tipo de negócio, nas mesmas circunstâncias e em uma local particular.²¹² O momento de análise do preço depende se a resolução contratual foi realizada antes ou depois da tomada das mercadorias: se antes, será considerado o momento da resolução; se depois, será considerado o momento da tomada de mercadorias. Ademais, o custo de transporte deve ser considerado, assim, deve-se ter atenção para a diferença entre o custo de transporte das mercadorias para o local de entrega estipulado no contrato e o custo de entrega para o local do preço corrente substituto.²¹³

No entanto, se não houver preço corrente (por exemplo, se se tratar de uma mercadoria única fabricada especialmente a pedido do comprador²¹⁴) ou se o contrato não estipular o preço, as perdas e danos serão calculadas nos termos gerais do artigo 74.²¹⁵ Nesse sentido, o caso ICC 8740/1996²¹⁶ decidiu que, considerando que as mercadorias apresentavam características especiais, baseadas nas necessidades de cada comprador, e, portanto, apresentavam valor subjetivo, não seria possível determinar o preço de mercado e, conseqüentemente, não foi possível calcular danos com base no artigo 76.

Conforme já foi referido, a parte que reclama danos nos termos dos artigos 75 e 76 poderá, também, recuperar danos adicionais pelo artigo 74. Voltando a tratar do artigo geral de danos, o método de cálculo, aqui, pode ser problemático, uma vez que, ao contrário dos artigos 75 e 76, não apresenta uma fórmula para quantificar o valor das perdas e danos. Assim, em que pese a previsão ampla seja funcional para abarcar uma maior variedade de violações, é daí que

²¹¹ KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.).

Commentary on the International Sales Law. Milão: Giuffrè, 1987, p. 556.

²¹² SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG).** 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1038.

²¹³ KNAPP, Victor. *Op. cit.*, pp. 557-558.

²¹⁴ KNAPP, Victor. *Op. cit.*, p. 558.

²¹⁵ GOTANDA, John Y. Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: Matter of Interpretation. In: **37 Georgetown Journal on International Law**, 2005, p. 103. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gotanda3.html>>. Acesso em: 26/11/2016.

²¹⁶ ARBITRAGEM. *International Chamber of Commerce. Russian coal case* nº 8740/1996. Outubro de 1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968740i1.html>>. Acesso em: 29/10/2016.

decorrem muitos dos impasses na quantificação de danos. Por esse motivo, algumas regras devem ser observadas.

O momento de cálculo é flexível, no entanto, para melhor atender ao princípio da compensação total de danos, deve ser o mais recente possível.²¹⁷ Acerca do local para execução do pagamento, há divergência doutrinária: em sua maior parte, a doutrina entende que deve ser realizado o pagamento no local do estabelecimento da parte que sofreu a violação²¹⁸, no entanto, há quem defenda que deva ser realizado o pagamento no local onde a obrigação violada deveria ser cumprida.²¹⁹ Ainda, em relação à moeda em que deve ser realizado o cálculo tendo por base a moeda em que a parte violada sofreu as perdas, que normalmente será a moeda do seu local de atividades negociais.²²⁰ O pagamento, no entanto, poderá ser realizado em outra moeda, por exemplo, na moeda em que devem ser cumpridas as obrigações contratuais.²²¹

Em relação à prova dos danos, o Conselho Consultivo da Convenção, em seu parecer de nº 6 estabeleceu que “A parte que sofreu a violação tem o ônus de provar, com razoável certeza, que sofreu perdas”.²²² Também de tal parecer se lê que a parte violada, ainda, deve comprovar a extensão do dano, mas não é necessário que haja precisão matemática.

Todavia, mesmo com essas instruções sobre como calcular danos no artigo 74, ainda restam incertezas sobre os métodos possíveis para realizar tal cálculo. Conforme já referido, em princípio, a Convenção não permite que a parte violada seja colocada, com as perdas e danos, em posição melhor que a que estaria com o cumprimento do contrato e, ademais, não permite a indenização por *punitive damages*.

No entanto, por vezes, é possível que a parte que tenha sofrido a violação tenha um prejuízo monetário impossível de calcular ou de comprovar; outras vezes é possível que a perda

²¹⁷ GOTANDA, John Y. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Org.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary**. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, p. 998.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 999. Também nesse sentido: VISCASILLAS, María del Pilar Perales. **El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias (Convención de Viena de 1980)**. 2001. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cvi>>. Acesso em: 24/10/2016; HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007, p. 281.

²¹⁹ SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1024.

²²⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

²²¹ GOTANDA, John Y. *Op. cit.*, p. 999.

²²² Tradução livre do original: “*The aggrieved party has the burden to prove, with reasonable certainty, that it suffered loss*”. Conselho Consultivo da Convenção de Viena. Parecer nº 6.

sofrida não seja pecuniária, o que não significa inexistência de reflexos econômicos que devem ser indenizados. Assim, o argumento da compensação total, ao mesmo tempo em que afasta elementos punitivos, acaba por não ser adequadamente cumprido, uma vez que todos os riscos de atribuição e avaliação de danos estão com a parte violada.²²³

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a violação pode causar prejuízos pecuniários não quantificáveis ou não comprováveis à parte que sofreu a violação, a parte que a cometeu, por vezes, assim procede para lucrar com a própria violação.

Nesse sentido, a discussão atingiu um novo nível ao refletir sobre o próprio propósito dos danos. Se é bem verdade que a letra do artigo 74 não deixa dúvidas de que o objetivo principal dos danos é compensar a violação, colocando a parte violada na posição econômica que estaria caso o contrato tivesse sido executado, também é verdade que a manutenção do contrato é altamente resguardada pela Convenção. Nesse sentido, os danos são ou, ao menos, poderiam ser, mecanismo para prevenir e punir violações, mesmo aquelas que não causem nenhuma perda econômica.

A questão que se enfrenta é, como, então, indenizar violações contratuais propositais que deixam a parte que sofreu a violação com prejuízo incalculável. A resposta que se pretende dar com o presente trabalho é: *disgorgement of profits*.

²²³ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 103.

2 DISGORGEMENT OF PROFITS NO ÂMBITO DA CISG

De acordo com o estudado na primeira parte desse trabalho, os danos são remédio útil e necessário a violações contratuais de contratos submetidos à CISG. Todavia, o instituto de danos na CISG apresenta falhas, dentre as quais destaca-se a dificuldade de indenização nos casos em que, ao passo que a parte violada não tem fácil quantificação de seu prejuízo material, a parte que cometeu a violação obtém lucro com essa. O *disgorgement of profits* é uma forma de indenização por meio da qual os danos da parte que sofreu a violação contratual são quantificados a partir do lucro que a contraparte obteve com a sua própria violação contratual. A segunda parte dessa monografia pretende analisar a possibilidade de utiliza-lo para quantificar danos na Convenção de Viena – e, portanto, verificar em quais hipóteses seria aplicável, quais suas condições e requisitos, seus limites. No entanto, antes de adentrar em tal problematização, faz-se necessário estudar o instituto em ordenamentos nacionais nos quais está mais desenvolvido.

2.1 CONCEITO E APLICAÇÃO DE DISGORGEMENT OF PROFITS

Inicialmente, cabe referir que, durante esse capítulo, busca-se a compreensão do *disgorgement of profits* nos sistemas jurídicos em que o instituto encontra-se amadurecido. Explicou-se, em introdução, que não haveria passagem específica sobre a problemática no Brasil, justificando-se a opção pois o caráter internacional da Convenção, como critério de interpretação, não permitiria seu estudo com base em conceitos nacionais. Assim, em um primeiro olhar, pode parecer contraditório existir um capítulo que versa a respeito do *disgorgement of profits* em ordenamentos nacionais. Afasta-se desde já a contradição, pois não será a Convenção estudada a partir de perspectiva interna, mas apenas o *disgorgement of profits*. Ademais, conforme se verá no capítulo seguinte, não se pretenderá um transporte rígido do *disgorgement of profits* desses ordenamentos para a CISG, mas sim um encaixe por meio de adaptações necessárias ao comércio internacional, tendo em conta seus princípios e as peculiaridades do texto.

Feito esse esclarecimento, passa-se ao estudo do *disgorgement of profits* nos países em que se encontra mais desenvolvido, todos esses de sistemas jurídicos de *common law* ou mistos. O *disgorgement of profits*, em que pese tenha sido mais estudado em alguns países, inclusive com aplicações em casos concretos, conforme se verá (aqui, o que caracterizou o instituto como “mais desenvolvido”), não existe como uma ideia pacificada²²⁴, tampouco se trata de um conceito uniforme, havendo significativas divergências sobre seu significado e sua abrangência. Em verdade, mesmo os países em que há tendência de sua aplicação, esta inclinação ainda não se mostrou forte o suficiente para alterar o ordenamento jurídico.²²⁵ Entretanto, não há controvérsia a respeito de suas linhas gerais: o *disgorgement of profits* é a transferência do lucro que uma parte teve em cometer um ilícito para a parte que o sofreu.²²⁶ As divergências residem em quais são seria esses lucros e em quais seriam esses ilícitos.

No que concerne a quais seriam os lucros abrangidos pelo *disgorgement of profits*, EDELMAN classificou o instituto como uma espécie do gênero *gain-based damages*, sendo também espécie desse gênero os *restitutionary damages*.²²⁷ *Gain-based damages* seriam os remédios indenizatórios cuja medição se dá pelo benefício obtido por meio de um ilícito. A espécie *restitutionary damages* operaria para reverter transferências ilícitas de valores realizadas da parte que sofreu o ilícito para a parte que o cometeu; o remédio pretende reverter o enriquecimento de uma parte às expensas da outra. A espécie *disgorgement of profits* operaria para retirar da parte que cometeu o ilícito os lucros obtidos por meio desse. EDELMAN esclarece, assim, que a diferença entre as espécies é que, enquanto os *restitutionary damages* tratam de um lucro objetivo, recebido por quem cometeu o ilícito e transferido por quem o sofreu, o *disgorgement of profits* trata do lucro acumulado como resultado do ilícito, independente de e não limitado a eventuais transferências.

CUNNINGTON concorda com os conceitos e distinções realizados por EDELMAN, afirmando que os *gain-based* são medida de danos que se foca nos ganhos de quem cometeu o ilícito e não nas perdas de quem o sofreu, tendo por objetivo reverter o efeito adquirido pelo ilícito; sustenta, ainda, que há duas medidas para os *gain-based damages*: *restitution*, que exige

²²⁴ HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. Nova York: Springer International Publishing, 2015, p. 471.

²²⁵ SCHMIDT-AHRENDTS, Nils. Disgorgement of Profits under the CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; SPAGNOLO, Lisa. **International Commerce and Arbitration - State of Play: The 3rd Annual MMA Schlechtriem CISG Conference**, v. 11. Haia: Eleven International Publishing, 2011, p. 96.

²²⁶ JAFFEY, Peter. **The Nature and Scope of Restitution: Vitiating Transfers, Imputed Contracts and Disgorgement**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2000, p. 363.

²²⁷ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, pp. 1-2.

a devolução de ganhos adquiridos com o ilícito por meio de quem o sofreu, e *disgorgement of profits*, que exige a desistência de ganhos adquiridos pelo ilícito.²²⁸

EDELMAN, ainda, defende a necessidade de diferenciar *disgorgement* e *restitutionary damages* porque cada espécie de *gain-based damages* é baseada em um conjunto de princípios diverso, de modo que a indicação de um ou outro pode resultar em montantes diferentes.²²⁹ Por outro lado, BURROWS entende que a distinção terminológica realizada por EDELMAN é inadequada e, por esse motivo, opta por utilizar *gain-based damages*, *restitutionary damages* e *disgorgement of profits* como sinônimos.²³⁰ De forma semelhante, JAFFEY utiliza a expressão *disgorgement of profits* para descrever todas as formas de *gain-based damages*, deixando para *restitutionary damages* apenas reivindicações de uso e propriedade.²³¹ JAFFEY segue a linha utilizada por SMITH.²³² BIRKS, ao contrário, faz exatamente o oposto e utiliza a expressão *restitutionary damages* para se referir ao gênero *gain-based damages*.²³³

Assim, verifica-se que a divergência doutrinária acerca de quais os lucros que devem ser objeto do *disgorgement of profits* encontra-se, em verdade, na abrangência do termo: alguns autores entendem que a expressão compreende qualquer ganho derivado de um ilícito, enquanto outros excluem dessa noção os ganhos que são transferidos da parte que sofreu o ilícito a quem o cometeu e que devem, portanto, ser devolvidos.

No que toca a quais os ilícitos que possibilitariam a aplicação de *disgorgement of profits*, se verifica que em países de *common law* há aplicação de tal recurso para reparar violações em

²²⁸ CUNNINGTON, Ralph. The Measure and Availability of Gain-Based Damages for Breach of Contract. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 217.

²²⁹ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, p. 80.

²³⁰ BURROWS, Andrew. Are 'Damages on the Wrotham Park Basis' Compensatory, Restitutionary or Neither? In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 176 e 179.

²³¹ JAFFEY, Peter. **The Nature and Scope of Restitution: Vitiating Transfers, Imputed Contracts and Disgorgement**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2000, pp. 364-365.

²³² SMITH, Lionel D. The Law of Tracing. Oxford University Press Oxford, 1997, p. 297 apud JAFFEY, Peter. **The Nature and Scope of Restitution: Vitiating Transfers, Imputed Contracts and Disgorgement**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2000, p. 78.

²³³ BIRKS, Peter. An Introduction to the Law of Restitution. Clarendon Press Oxford, 1989, p. 313 apud JAFFEY, Peter. **The Nature and Scope of Restitution: Vitiating Transfers, Imputed Contracts and Disgorgement**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2000, p. 79.

casos envolvendo direito de propriedade²³⁴, por exemplo, quando houver alienação de bens pertencentes a outra parte.²³⁵

Ainda no que toca aos ilícitos cuja indenização poder-se-á realizar por *disgorgement of profits*, a utilização mais comum desse instituto é como *account of profits*.²³⁶ *Account of profits* é um remédio de equidade para que a parte que infringiu um dever indenize a outra no montante que obteve por meio da violação.²³⁷ Nesse sentido, notória sua aplicação para ilícitos civis que envolvam infração a direitos de propriedade intelectual²³⁸, forma de indenização verificada em diversos ordenamentos jurídicos.²³⁹ Porém a principal aplicação de *account of profits* se dá em casos de violação de deveres fiduciários²⁴⁰, o que se verifica em países como Inglaterra, País de Gales, Austrália e Nova Zelândia.²⁴¹ Impende salientar que, tratando-se o *account of profits* de remédio equitativo, serviria, portanto, apenas para *equitable wrongs* e não para *common law wrongs*, como violações contratuais e *torts*.²⁴²

Em análise à confusão terminológica entre *disgorgement of profits* e *restitutionary damages* (já abordada nesse capítulo), DOYLE e WRIGHT escreveram em conjunto artigo no qual concluíram que o remédio para remover lucros, mesmo para vítimas de *common law wrongs*, deve ser o remédio equitativo de *account of profits*.²⁴³ EDELMAN, no entanto, respondeu ao artigo sustentando que o conceito de *account of profits* deve ser subsumido no conceito de *disgorgement of profits*, pois além do primeiro, há outras sentenças que determinam a mesma operação de retirada de lucros.²⁴⁴ JAFFEY parece concordar com EDELMAN, afirmando que o *account of profits* é forma de efetivar *disgorgement of profits*.²⁴⁵

²³⁴ DOYLE, Sam; WRIGHT, David. Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy. In: **25(1) Melbourne University Law Review**, 2001. Disponível em:

<<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2001/1.html>>. Acesso em: 15/11/2016.

²³⁵ WEINRIB, Ernest J. Punishment and Disgorgement as Contract Remedies. In: **78 Chicago-Kent Law Review**, 2003, pp. 77-78. Disponível em:

<<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3388&context=cklawreview>>. Acesso em: 20/11/2016.

²³⁶ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, p. 72

²³⁷ HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. Nova York: Springer International Publishing, 2015, p. 484.

²³⁸ DOYLE, Sam; WRIGHT, David. *Loc. cit.*

²³⁹ HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. *Op. cit.*, p. 8.

²⁴⁰ DOYLE, Sam; WRIGHT, David. *Loc. cit.*

²⁴¹ HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. *Op. cit.*, p. 7.

²⁴² *Ibidem*, p. 477.

²⁴³ DOYLE, Sam; WRIGHT, David. *Loc. cit.*

²⁴⁴ EDELMAN, James. *Op. cit.*, pp. 72-73.

²⁴⁵ JAFFEY, Peter. **The Nature and Scope of Restitution: Vitiating Transfers, Imputed Contracts and Disgorgement**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2000, p. 365.

Para o presente trabalho importa, todavia, avaliar o *disgorgement of profits* como remédio para violações contratuais. Não por acaso, a possibilidade é controversa, existindo grande divergência sobre as hipóteses e os requisitos para a aplicação do instituto em violações contratuais. Para o estudo do *disgorgement of profits* em casos de violações contratuais, devem ser analisados o precedente britânico *Attorney General v. Blake* e o precedente israelense *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*. Ambos os casos, além de exemplificarem hipóteses de aplicação do referido recurso de reparação, demonstram quais os requisitos necessários para tanto.

No que concerne ao primeiro caso²⁴⁶, George Blake era membro do Serviço de Inteligência Secreta Britânico desde 1944. A partir de 1951, no entanto, tornou-se um informante soviético. Com a descoberta da traição, Blake foi condenado a 42 anos de prisão. Em 1966 Blake escapou da prisão e fugiu para Moscou, onde escreveu sua autobiografia denominada “*No Other Choice*”, na qual revelou informações oficiais obtidas durante seu período como membro da Inteligência Secreta, em flagrante violação ao seu dever contratual de não o fazer. Após a publicação, a Coroa britânica iniciou os procedimentos para impedir que Blake recebesse os royalties que a editora ainda não havia pagado, alegando a violação de dever fiduciário.

Durante o julgamento, a alegação da Coroa de que se tratava da violação de dever fiduciário foi afastada pela Corte de Apelação, pois entendeu-se que antigos membros da Inteligência não tinham dever fiduciário de não revelar informações não consideradas secretas. Esse argumento não foi devolvido à Câmara dos Lordes. Entretanto, o julgamento na Câmara dos Lordes decidiu que a Coroa tinha o direito de receber os lucros de Blake não por descumprimento de dever fiduciário, mas sim por violação contratual. Antes de adentrar às razões do julgamento da Câmara dos Lordes, cabe destacar o caso americano *Snepp v. United States*, o qual traz fatos extremamente semelhantes aos do caso Blake: um antigo membro da Agência Central de Inteligência (CIA) publicou um livro no sul do Vietnã relatando algumas atividades da agência.²⁴⁷ A Suprema Corte Americana concedeu danos com base no *disgorgement of profits* pois entendeu tratar-se a violação de dever fiduciário.

²⁴⁶ INGLATERRA. *House of Lords. Her Majesty's Attorney General v. Blake*. 27 de julho de 2000. Disponível em <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000727/blake-1.htm>>. Acesso em: 13/11/2016.

²⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States of America. Snepp v. United States*. 19 de fevereiro de 1980. Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/444/507.html>>. Acesso em: 16/11/2016.

Retornando ao caso *Attorney General v. Blake*, no julgamento da Câmara dos Lordes, Lorde Nicholls estabeleceu um teste para avaliar o cabimento de *disgorgement of profits*, composto de dois critérios: a comprovação de existência de interesse legítimo em impedir o lucro da parte que cometeu a violação e a inadequação dos demais remédios para violações contratuais.²⁴⁸

Em relação ao interesse legítimo em impedir o lucro de quem cometeu a violação, Lorde Nicholls esclarece tratar-se do mesmo requisito necessário à concessão do remédio de execução específica ou de uma liminar. Significa, portanto, que a previsão contratual violada deve ser de direito primário.²⁴⁹

No que concerne ao segundo critério estabelecido por Lorde Nicholls, ou seja, que os demais remédios sejam inadequados, destaca-se, de início, que a doutrina parece entender por “demais remédios” os danos compensatórios e a execução específica. Cabe esclarecer que a execução específica é aplicável de maneira subsidiária, ou seja, apenas quando não for possível conceder os danos compensatórios, de modo que o *disgorgement of profits* se aplica de maneira terciária, diante do afastamento dos danos compensatórios e da execução específica.²⁵⁰ Cinco são as hipóteses em que os danos compensatórios são inadequados²⁵¹: inexistência de produto substituível no mercado; dificuldade de quantificação; insolvência do devedor; disponibilidade exclusiva de danos nominais e insuficiência para atingir o objetivo de impedir a violação. Por outro lado, o remédio de execução específica não será inadequado em dois casos: aqueles em que não se ordenará, por motivos de atraso, dificuldade ou política pública e aqueles em que não se poderá ordenar, por impossibilidade.²⁵²

Em análise ao caso concreto, pode-se afirmar que uma condenação em danos compensatórios seria insuficiente, vez que se chegaria a um montante irrisório, afinal, comparando-se a situação da Coroa antes e depois da violação, não se constata significativas perdas materiais; por outro lado, se Blake não houvesse violado o contrato, não teria obtido os

²⁴⁸ CUNNINGTON, Ralph. The Measure and Availability of Gain-Based Damages for Breach of Contract. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 210.

²⁴⁹ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, p. 153.

²⁵⁰ CUNNINGTON, Ralph. *Op. cit.*, p. 238.

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 232-233.

²⁵² *Ibidem*, p. 237.

royalties pela publicação do livro.²⁵³ Não se discute a possibilidade de utilizar a execução específica como remédio, uma vez que o dever de não revelar informações oficiais já havia sido violado.

Ademais, Lorde Nicholls entende que, para a configuração da inadequação dos demais remédios, o caso deve ilustrar “algo a mais” do que uma mera violação contratual. O exemplo clássico para definir esse “algo a mais” seria a situação de uma violação cínica e deliberada.²⁵⁴

Para JAFFEY, no entanto, não é suficiente que a violação seja cínica e deliberada, pois o *disgorgement of profits* não deve cobrir contratos que tenham por objeto serviços ou bens ordinários; deve haver uma relação de dependência entre as partes que justifique a necessidade de execução do contrato.²⁵⁵ Normalmente, as partes serão livres para optar por não executar o contrato e, conseqüentemente, pagar danos compensatórios. Há casos, entretanto, em que não há essa liberalidade e, nesses casos, poderá ser deferido *disgorgement of profits*. Os casos em que não há essa liberalidade (é dizer, aqueles em que há a obrigação de execução) são identificados pela impossibilidade de calcular os danos compensatórios. Nesse sentido, o autor entende que nas hipóteses em que o benefício do contrato não pode ser obtido por meio de outro provedor, não é possível estimar de maneira confiável o valor das perdas, causando assim o risco de quem sofreu a violação não ser suficientemente compensado, de modo que quantificar o prejuízo para fins de indenização será inadequado. Se não é possível quantificar o prejuízo, então há a obrigação de execução do contrato e, sendo essa descumprida, incide o *disgorgement of profits*. Por exemplo, o *disgorgement of profits* é normalmente apropriado para casos em que se contrata uma obrigação negativa, que, por óbvio, não poderá ser suprida por outro contratante, como é o precedente *Attorney General v. Blake*, que trata do dever de não revelar informações. Para ele, assim, o critério da inadequação de danos compensatórios serve para determinar em quais situações é errado não executar o contrato – e, naquelas em que é (errado), cabível a aplicação de tal recurso.

Em outro artigo, JAFFEY defende que a medida básica para danos deve ser a confiança, o que corrobora sua teoria já explanada, sobre o critério da inadequação de danos

²⁵³ MCCAMUS, John D. Disgorgement for Breach of Contract: a Comparative Perspective. In: **36 Loyola of Los Angeles Law Review** 943, 2003, p. 948. Disponível em:

<<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=llr>>. Acesso em: 19/11/2016.

²⁵⁴ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, p. 158.

²⁵⁵ JAFFEY, Peter. Disgorgement and “Licence Fee Damages” in Contract. In: **20 Journal of Contract Law** 57, 2004, pp. 3-12.

compensatórios e *disgorgement of profits*. Afirma que “O teste para a aplicação do *disgorgement* deve ser (...) se, no momento de falha da execução, esta era necessária para proteger o requerente da perda de confiança: em outras palavras, o teste de adequação dos danos”.²⁵⁶ Conclui, assim, que *disgorgement of profits* não é uma medida bruta de indenização para quando a perda material não foi quantificável. Em suma, nota-se que o autor utiliza o critério da impossibilidade de cálculo de danos compensatórios para verificar quais os casos em que faz-se necessário cumprir o contrato pois esses, quando violados devem ter danos reparados por *disgorgement o profits*.

O raciocínio de JAFFEY encontra suporte no fato de que o recurso é baseado no princípio de que quem comete um ilícito não deve lucrar por meio deste.²⁵⁷ Condutas contrárias à lei não devem ser rentáveis e, por esse motivo, quem as comete deve expelir o lucro que delas obteve.²⁵⁸ Nesse sentido, destaca-se a importância do instituto na função de preservar o contrato. Retirar os ganhos decorrentes de uma violação contratual das mãos do violador é uma forma de efetivar o princípio da preservação dos contratos.²⁵⁹

De fato, parece haver consenso entre a doutrina a respeito de que, das diversas teorias sobre por que aceitar *disgorgement of profits*, a melhor abordagem é pela noção de impedir um ilícito.²⁶⁰ Contudo, as diferenças aparecem em relação a existência, ou não, da função de compensação e, em ela existindo, em relação ao peso que se dá a essa função.

De um lado, há autores que sustentam a relação entre *disgorgement of profits* e a tradicional visão de danos compensatórios. Entendem que a violação contratual produz duas formas de prejuízo, debilitar a confiança da sociedade na instituição do contrato e não executar a prestação a que o credor tinha o direito de receber – e, portanto, o instituto teria a dupla função de impedir a violação e de obrigar o violador a desistir do valor de sua violação; o valor da

²⁵⁶ Tradução livre do original: “*The test for disgorgement should be, as for specific performance, whether, at the time when the defendant failed to perform, actual performance was necessary to protect the claimant against reliance loss: in other words, the adequacy of damages test*”. JAFFEY, Peter. *Damages and the Protection of Contractual Reliance*. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 151

²⁵⁷ *Idem*. *Disgorgement and “Licence Fee Damages” in Contract*. In: **20 Journal of Contract Law** 57, 2004, p. 25.

²⁵⁸ HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. Nova York: Springer International Publishing, 2015, p. 3.

²⁵⁹ WEINRIB, Ernest J. *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*. In: **78 Chicago-Kent Law Review**, 2003, p. 73. Disponível em:

<<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3388&context=cklawreview>>. Acesso em: 20/11/2016.

²⁶⁰ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, p. 82.

violação seria equivalente ao valor da execução específica ou, invertendo-se a lógica, ao valor da não execução.²⁶¹

Também nesse sentido, defende-se que *disgorgement of profits* pode ser simplesmente o método de quantificar danos mais conveniente²⁶², especialmente em casos em que a parte violada sofreu danos difíceis de calcular.²⁶³ Assim, entende-se que há diversas situações em que os ganhos de quem violou se relacionam com o que perdeu quem sofreu a violação, por exemplo, quando há violação de cláusula de exclusividade e a parte que a violou passa a competir no mercado com a contraparte, pode-se concluir que o que a violadora ganhou é o que a violada poderia ter ganhado; outro exemplo se dá quando, em violação contratual, a parte economiza em uma despesa sem causar danos à outra, caso em que se pode reduzir o que foi economizado do preço a ser pago.²⁶⁴

Portanto, em que pese se reconheça que a função de compensação não pode ser a única explicação para casos de *disgorgement of profits*, tampouco pode essa ideia ser completamente irrelevante.²⁶⁵ Assim, para esses autores, essa forma de indenização combina, com a função de impedir a ocorrência de ilícitos (como violações contratuais), elementos de compensação.

Por outro lado, há quem defenda que o *disgorgement of profits* em nada se relaciona com a noção de compensação. De acordo com estes, se o valor a ser pago a título de indenização é calculado sem levar em consideração o valor das perdas efetivamente sofridas, então não há qualquer ligação entre os dois valores; aliás, aquele que sofreu a violação poderá ganhar montante que exceda seus prejuízos, o que se caracterizaria como “lucros inesperados”.²⁶⁶ Inclusive, afirma-se que essa alternativa de reparação do prejuízo sequer seria remédio para violações contratuais propriamente dito, vez que não se preocupa em proteger a relação entre

²⁶¹ CUNNINGTON, Ralph. The Measure and Availability of Gain-Based Damages for Breach of Contract. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 238-240.

²⁶² DELONG, Sidney W. The Efficiency of a Disgorgement as a Remedy for Breach of Contract. In: **22 Indiana Law Review** **737**, 1989, p. 747. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1687&context=faculty>>. Acesso em: 03/11/2016.

²⁶³ WADDAMS, Stephen. Gains Derived from Breach of Contract: Historical and Conceptual Perspectives. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 192.

²⁶⁴ WEINRIB, Ernest J. Punishment and Disgorgement as Contract Remedies. In: **78 Chicago-Kent Law Review**, 2003, pp. 71-72. Disponível em: <<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3388&context=cklawreview>>. Acesso em: 20/11/2016.

²⁶⁵ WADDAMS, Stephen. *Loc. cit.*

²⁶⁶ Tradução livre da expressão “*windfall*”. HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. Nova York: Springer International Publishing, 2015, p. 475.

as partes mas sim o interesse público.²⁶⁷ Dessa forma, considerando-se que o *disgorgement of profits* permite que a parte que sofreu a violação lucre com a indenização, o que justifica o instituto não é compensação, é impedir ilícitos.²⁶⁸

Tendo em vista o fato de que há consenso sobre o *disgorgement of profits* ter a função de evitar ilícitos, cabe aqui esclarecer que, em pese a expressão “enriquecimento ilícito” não apareça na maioria dos casos de *disgorgement of profits*, a ideia de ir além de danos compensatórios para impedir que quem violou o contrato lucre com a violação, significa que a ideia de enriquecimento ilícito influencia, em alguma medida, a aplicação do instituto.²⁶⁹

Realmente, a ideia de enriquecimento ilícito foi fundamental ao deslinde do feito no caso *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*²⁷⁰. O precedente da Suprema Corte de Israel foi o primeiro a aplicar *disgorgement of profits* para violações contratuais que não envolviam relações fiduciárias.²⁷¹ Em 1973 uma empresa alemã foi contratada para vender ferro a uma empresa israelense. No entanto, com as guerras que se sucederam à época entre Israel e os países árabes vizinhos, a entrega foi atrasada. Devido aos altos custos de estocar ferro, o vendedor alemão vendeu a mercadoria para outro comprador por preço muito mais alto do que venderia para o comprador original. Por esse motivo, a empresa israelense processou o vendedor pelo valor que tinha obtido com a venda para terceiros. Apesar de as partes terem contratado a aplicação da ULIS (predecessor da CISG), aplicou-se a Lei de Enriquecimento Ilícito israelense, pois esta apresentava artigo estabelecendo sua aplicação em casos em que as partes não houvessem acordado em sentido contrário. Assim, decidiu a Suprema Corte por transferir os lucros do vendedor alemão para o comprador israelense.

Ainda quanto a relação entre enriquecimento ilícito e *disgorgement of profits*, cabe destacar que o *common law* americano expressamente posicionou-se favorável ao instituto no *Restatement Third of the Law of Restitution and Unjust Enrichment*, datado de maio de 2010. Os *restatements* são fonte secundária de direito para o ordenamento jurídico dos Estados

²⁶⁷ JAFFEY, Peter. Damages and the Protection of Contractual Reliance. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 149.

²⁶⁸ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, pp. 82-83.

²⁶⁹ WADDAMS, Stephen. Gains Derived from Breach of Contract: Historical and Conceptual Perspectives. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 191.

²⁷⁰ ISRAEL. *Israel Supreme Court. Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*. 02 de novembro de 1988. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/881102i5.html>>. Acesso em: 15/11/2016.

²⁷¹ HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. Nova York: Springer International Publishing, 2015, p. 480.

Unidos; trata-se de doutrina redigida pela *American Law Institute* (ALI), uma organização independente de advogados, juízes e acadêmicos que tem por objetivo modernizar, clarificar e desenvolver o direito estadunidense. O *Restatement Third of the Law of Restitution and Unjust Enrichment* sustenta que tal forma de reparação permite que uma parte que sofreu ilícito seja indenizada em valor superior às suas prováveis perdas para que quem a cometeu não lucre.²⁷² Nesse sentido, destaca-se o caso *County of Essex v. First Union National Bank*²⁷³, julgado em 2004 (portanto, antes do *Restatement*), no qual foi aplicado *disgorgement of profits*, mesmo com a inexistência de danos para quem sofreu o ilícito, pois, de acordo com a Corte, os motivos para retirar os lucros não estão relacionados às perdas de uma parte, mas sim no mal cometido pela outra parte.

Entre as categorias de ilícitos remediáveis por *disgorgement of profits* em referida doutrina, estão previstas as violações contratuais oportunistas. Impende esclarecer que o *restatement* que versa especificamente sobre violações contratuais, *Restatement Second on Contracts*, de 1979, não protege *disgorgement* da forma como *Restatement Third of the Law of Restitution and Unjust Enrichment* o faz. Isso não quer dizer, entretanto, que o direito dos contratos exclua o instituto; em verdade, mesmo antes da publicação do *Restatement Third* já se compreendia que a lei dos contratos deveria valer-se e de fato valia-se de tal recurso.²⁷⁴ Com a publicação do *Restatement Third* a aplicação de *disgorgement of profits* restou pacífica em relação a violações contratuais, ao menos àquelas cometidas de maneira oportunista.

As violações oportunistas, contudo, muitas vezes estão relacionadas com a teoria das violações eficientes de contratos²⁷⁵. A doutrina das violações eficientes procura justificar a ideia de que uma parte tem o direito de violar o contrato e optar por pagar danos compensatórios ao invés de executar sua prestação.²⁷⁶ Portanto, segundo essa teoria, os remédios aplicáveis a

²⁷² ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian P. Disgorgement as a Viable Theory of Restitution Damages. In: **Commercial Damages Reporter**, 2014. Disponível em: <http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill_commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf>. Acesso em 15/11/2016.

²⁷³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *New Jersey Supreme Court. County of Essex v. First Union National Bank*. 22 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/2004/a2475-02-opn.html>>. Acesso em: 15/11/2016.

²⁷⁴ EISENBERG, Melvin A. The Disgorgement Interest in Contract Law. In: **105 Michigan Law Review** 559, 2006, p. 562. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=facpubs>>. Acesso em: 20/11/2016.

²⁷⁵ Tradução livre para a expressão original “*Efficient Breach Theory*”.

²⁷⁶ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, p. 163.

violações contratuais jamais devem impedir aquelas que são economicamente eficientes.²⁷⁷ Assim, afirma-se que a preocupação dos economistas não se encontra naquilo que recebe a parte violada a título de indenização, mas sim reside em determinar o que deve a parte violadora pagar, pois esse valor causará implicações em seu comportamento; entretanto, é condição essencial para a violação ser eficiente, que nem a parte violada, nem nenhum terceiro, sofra prejuízo em razão da violação, devendo os danos constituírem compensação perfeita.²⁷⁸

Uma violação pode ser oportunista e não ser eficiente, como por exemplo, para o caso do vendedor que aceita o pagamento mas se recusa a realizar a entrega, sem vender os bens para terceira parte – nos casos de quebras oportunistas não eficientes, mesmo os defensores de tal teoria defendem a aplicação do *disgorgement of profits*.²⁷⁹ Por outro lado, aceitar a teoria da violação eficiente significa não permitir a utilização de tal meio para violações que resultem em proveito econômico, já que estas devem ser protegidas.

A teoria da violação eficiente é alvo de duras críticas. Seus oponentes, com base em análise mais conservadora do contrato, sustentam que sequer haveria essa liberalidade para violar o contrato e pagar danos compensatórios.²⁸⁰ Entendem que, em verdade, o remédio de execução específica é o exato oposto do direito de violação.²⁸¹ Assim, os opositores da teoria entendem que há duas premissas erradas na análise da suposta liberalidade de violação em prol da eficiência econômica: a primeira, que a teoria dá a entender que à parte violada seria indiferente receber danos compensatórios ao invés da execução da obrigação; a segunda, que ao momento da decisão por violar o violador teria conhecimento do valor necessário para compensar as perdas da parte violada.²⁸² Além disso, a própria base econômica da teoria é questionável: a quebra eficiente desconsidera os prováveis custos de litígios judiciais, os quais,

²⁷⁷ SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 14.

²⁷⁸ OGUS, Anthony. The Economic Basis of Damages for Breach of Contract: Inducement and Expectation. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 126-128.

²⁷⁹ MCCAMUS, John D. Disgorgement for Breach of Contract: a Comparative Perspective. In: **36 Loyola of Los Angeles Law Review** 943, 2003, pp. 950-951. Disponível em:

<<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=llr>>. Acesso em: 19/11/2016.

²⁸⁰ JAFFEY, Peter. Damages and the Protection of Contractual Reliance. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 154-155.

²⁸¹ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, p. 164.

²⁸² EISENBERG, Melvin A. The Disgorgement Interest in Contract Law. In: **105 Michigan Law Review** 559, 2006, pp. 571-572. Disponível em:

<<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=facpubs>>. Acesso em: 20/11/2016.

com um aumento significativo das violações contratuais, cresceriam proporcionalmente.²⁸³ Ademais, ainda no que concerne à eficiência de violações, se a teoria fosse amplamente aplicada, levaria à ineficiência, vez que, pela retirada da face moral de cumprir promessas, todo o sistema de contratos perderia credibilidade.²⁸⁴ Por fim, vale destacar que a teoria jamais foi aceita pelos sistemas de *common law*.²⁸⁵

O *disgorgement of profits* funciona, portanto, como uma forma de retirar o incentivo em cometer uma violação que tenha por objetivo o lucro, o que corresponde ao princípio de manutenção dos contratos promovido pelo instituto. Ainda, quando o contrato é protegido por meio de *disgorgement of profits*, a parte que deseja viola-lo tem estímulo para renegociar obrigação ao invés de optar por não executá-lo unilateralmente, o que, além de promover uma dimensão eficiente à relação entre as partes, também promove uma dimensão moral.²⁸⁶

Além dos defensores da teoria das violações contratuais eficientes, outros autores apontaram dificuldades em aplicar *disgorgement of profits*. Entre estes, destaca-se FARNSWORTH, que apontou, em seu principal artigo sobre a matéria, três aspectos causais contra a proteção do instituto no direito dos contratos: (i) a violação não é a causa do lucro, pois o violador poderia tê-lo obtido por outros meios; (ii) os lucros obtidos pela violação também estão relacionados a habilidades e diligências de quem violou o contrato e (iii) não é possível afirmar se os ganhos obtidos por investimento dos valores adquiridos em razão da violação seriam devidos à parte que sofreu a violação.²⁸⁷

Em resposta ao artigo de FARNSWORTH, EISENBERG afastou os três argumentos causais contrários ao *disgorgement of profits* apresentados: (i) em relação à violação não ser a única causa do lucro, sustentou que, ainda que o violador pudesse obter o lucro por outros meios, fato é que não o fez, de modo que a violação é sim sua causa; (ii) quanto à importância da habilidade e diligência de quem violou o contrato para obtenção do lucro, entendeu que se

²⁸³ MCCAMUS, John D. Disgorgement for Breach of Contract: a Comparative Perspective. In: **36 Loyola of Los Angeles Law Review** 943, 2003, pp. 950-951. Disponível em:

<<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=llr>>. Acesso em: 19/11/2016.

Também nesse sentido: EDELMAN, James. EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, p. 164.

²⁸⁴ EISENBERG, Melvin A. The Disgorgement Interest in Contract Law. In: **105 Michigan Law Review** 559, 2006, p. 573. Disponível em:

<<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=facpubs>>. Acesso em: 20/11/2016.

²⁸⁵ EDELMAN, James. *Op. cit.*, pp. 163-164.

²⁸⁶ EISENBERG, Melvin A. *Op. cit.*, p. 580.

²⁸⁷ FARNSWORTH, Allan. Your Loss or my Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract. In: **94 The Yale Law Journal Company** 1339, 1985, pp. 1343-1350.

não se trata de argumento contra *disgorgement of profits*, mas sim de como medir tal recurso; ademais, defendeu que muitas vezes essas qualidades sequer existiriam, podendo ser o lucro mero acaso ou sorte e que, ainda que existissem referidas qualidades, seria inapropriado dar os créditos a isso, considerando-se que essas comprometeram seu dever de lealdade em manter o contrato; (iii) da mesma forma como respondeu ao argumento anterior, alegou o autor que a questão sobre a valoração do lucro obtido por investimento do valor ganho com a violação, na aplicação de *disgorgement of profits*, seria questão concernente a como medir o instituto e não argumento contrário a sua utilização; ademais, afirmou que a solução à questão seria fácil, vez que seria simplesmente inapropriado utilizar os proveitos do investimento na medida da indenização, pois não haveria propósito para tanto.²⁸⁸

Além dos argumentos causais examinados, FARNSWORTH também entendeu que o *disgorgement of profits* apresentava um problema prático de prova.²⁸⁹ De fato, há uma dificuldade considerável em comprovar o ganho recebido pela outra parte, considerando que as evidências dificilmente estarão acessíveis à parte que sofreu a violação. Em que pese o apontamento de diversos entraves à aplicação de tal forma de reparação, o autor conclui seu artigo pela possibilidade de utilização do instituto em violações contratuais de maneira restrita, apenas para aquelas em que se verifique o que ele denominou de “abuso de contrato”, ou seja, situações em que, além do lucro à quem violou, verifica-se a falta de oportunidade da parte que sofreu a violação em realizar uma transação substitutiva.²⁹⁰

A possibilidade de aplicação de *disgorgement of profits* defendida por FARNSWORTH, em que pese seja mais limitada, vai ao encontro dos critérios de aplicação defendidos ao longo desse capítulo. Em suma, em que pese o *disgorgement of profits* não deva ser um remédio comumente utilizado, há situações em que medir danos por meio do lucro da parte que violou o contrato pode ser proveitoso. O instituto deve operar no sentido de pregar a manutenção dos contratos por meio do desincentivo ao lucro possivelmente obtido como causa de uma violação contratual. Há divergência, no entanto, em relação a quais os contratos que merecem tal proteção.

²⁸⁸ EISENBERG, Melvin A. The Disgorgement Interest in Contract Law. In: **105 Michigan Law Review** 559, 2006, pp. 566-570. Disponível em:

<<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=facpubs>>. Acesso em: 20/11/2016.

²⁸⁹ FARNSWORTH, Allan. Your Loss or my Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract. In: **94 The Yale Law Journal Company** 1339, 1985, p. 1350.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 1384-1386.

2.2 DISGORGEMENT OF PROFITS E A CISG

Esse capítulo analisa a possibilidade de aplicar *disgorgement of profits* para violações de contratos submetidos à Convenção. Por esse motivo, cabe inicialmente ressaltar que as tentativas de encaixar o instituto na Convenção têm como principal expoente os escritos pela professora SCHWENZER. De acordo com a própria autora, o que ela denominou de “comunidade da CISG” ainda não se pronunciou sobre a matéria; em verdade, ela mesma reconhece, os poucos posicionamentos já firmados acerca da matéria mostraram-se contrários à tal possibilidade.²⁹¹ Consoante demonstrado no segundo capítulo da primeira parte desse trabalho, não se discute ser o objetivo principal do remédio de danos na Convenção compensar as perdas materiais sofridas por uma parte em razão de uma violação contratual, para, assim, colocar a parte violada na posição que ocuparia não fosse a violação. Por esse motivo, não se defende que o instituto poderia ser aplicado indiscriminadamente para qualquer violação contratual, mas sim para situações excepcionais. Assim, além de a professora SCHWENZER e os demais autores que entendem pela possibilidade de inserir o *disgorgement of profits* no contexto da Convenção serem algumas das maiores autoridades em CISG, os fundamentos que apresentam não podem ser desconsiderados.

Conforme já referido na primeira parte dessa monografia, a possibilidade de indenizar violação de contratos submetidos a Convenção de Viena por meio de *disgorgement of profits*, seria uma solução ao impasse de como quantificar os danos sofridos por uma parte que não teve prejuízo material calculável ao mesmo tempo em que a parte violadora lucrou com a própria violação. De pronto, já se verificam dois requisitos para a sua concessão: (i) inexistência de dano material quantificável ou comprovável por parte de quem sofreu a violação, seja pela sua inexistência (ressalta-se que a inexistência de prejuízo pecuniário não significa a inexistência de qualquer prejuízo) seja pela dificuldade de cálculo, e (ii) lucro da parte violadora obtido em razão da violação.

Trata-se, em verdade, de nova perspectiva dos mesmos requisitos já estudados no caso Blake: a inadequação do remédio de danos compensatórios e a existência do legítimo interesse em exigir a execução específica, diante de uma violação cínica e intencional. Esses requisitos

²⁹¹ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 101.

são expressamente listados por SAIDOV²⁹²; SCHWENZER e HACHEM, no entanto, apesar não citarem os requisitos diretamente, permitem que sejam concluídos por meio de seus exemplos e argumentos para permitir aplicação de *disgorgement of profits* em casos submetidos à CISG.²⁹³

Em que pese sejam raros os casos que preenchem ambos os requisitos, três são os exemplos conferidos para essas situações.²⁹⁴ O primeiro exemplo trata-se de vendedor que está contratualmente obrigado junto a um primeiro comprador e decide revender a mercadoria para um segundo comprador que lhe oferece um preço maior. O segundo exemplo seria a situação em que o vendedor se compromete a vender mercadoria produzidas sem trabalho infantil, mas viola o contrato ao optar por economizar na produção por meio da adoção de trabalho infantil. O terceiro exemplo constitui hipótese em que o comprador se compromete a não revender as mercadorias em determinados países, mas, em violação contratual, o faz. Antes de analisar as razões que fazem com que os exemplos supracitados sejam casos de aplicação de *disgorgement of profits* na CISG, cabe realizar algumas observações sobre esses, em especial para compreendê-los no contexto dos conceitos estudados nos capítulos anteriores.

O primeiro exemplo é também utilizado na maior parte dos estudos sobre violações contratuais eficientes. Os defensores de dita teoria o aproveitam pois, para eles, diante de tais fatos, seria justificável a violação, desde que a parte a cometê-la continuasse com lucro mesmo após o pagamento de danos compensatórios à parte que a sofreu. Nesse sentido, no capítulo anterior viu-se que o *disgorgement of profits* tem a importante função de retirar o incentivo a essas violações oportunistas.

O segundo exemplo deveria ter explicitado os fatos que se seguiram após a violação contratual cometida por parte do vendedor que se comprometeu a entregar mercadorias livres

²⁹² SAIDOV, Djakhongir. **The Law of Damages in the International Sale of Goods – The CISG and other International Instruments**. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 34.

²⁹³ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 100 – 102. Também nesse sentido: SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1017.

²⁹⁴ Os três exemplos são encontrados nas seguintes obras: SCHWENZER, Ingeborg. Loc. cit.; SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *Op. cit.*, p. 101. O primeiro e o terceiro exemplo são repetidos na obra: SCHWENZER, Ingeborg; KEE, Christopher; HACHEM, Pascal. **Global Sales Law and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1468. Ainda, os dois últimos exemplos também são conferidos na seguinte obra: SAIDOV, Djakhongir. **The Law of Damages in the International Sale of Goods – The CISG and other International Instruments**. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 35.

de trabalho infantil. Isso porque, caso a desconformidade nas mercadorias fosse descoberta antes da revenda e, assim, o comprador ficasse impossibilitado de revendê-las pelo preço que poderia o fazer, o comprador teria suas perdas materiais facilmente quantificáveis; de forma semelhante, se tivesse o comprador realizado uma nova compra para substituir aquela em desconformidade, poderia o comprador calcular suas perdas com base nesta.²⁹⁵ Para essas duas situações portanto, não se encontraria preenchido o requisito de impossibilidade de determinar o valor da indenização, de modo que não se aplicaria *disgorgement of profits*. Acredita-se, portanto, que o exemplo verse a respeito do caso em que a mercadoria foi revendida antes que se descobrisse sua desconformidade, pelo valor originalmente contratado, de modo que o comprador não teria sofrido nenhum dano material - o que não exclui danos como perda de reputação.

Cabe ressaltar que SCHWENZER utiliza exatamente a mesma situação para ilustrar a possibilidade de indenização por perdas não materiais.²⁹⁶ A autora conclui, na linha do que se ressaltou no segundo capítulo da primeira parte desse trabalho, que entender os danos decorrentes de tal violação como não econômicos e conseqüentemente não indenizáveis significa não levar em consideração que o comprador pagou o preço justamente para obter exatamente aquilo que contratou – observa-se que a aplicação de *disgorgement of profits* para o exemplo seria uma complementação de sua ideia, vez que, em uma passagem, a autora determina a possibilidade de indenização em tal situação e, na passagem seguinte, aponta o instituto como a medida por meio da qual seria possível realizar a indenização.

O raciocínio de SCHWENZER vai ao encontro do que entende JAFFEY a respeito de quais são os casos em que cabível *disgorgement of profits*. Relembra-se que, como se viu no capítulo anterior, o autor entende que o instituto aplicar-se-ia àqueles casos em que houvesse o dever de execução específica. Portanto, a situação da mercadoria produzida com trabalho infantil em violação à disposição contratual é comparável com outros em que houve violação contratual que garantiu lucro ao violador, mas não causou prejuízo material aparente ao violado. JEFFEY exemplifica pela hipótese em que dez guardas de segurança foram contratados, mas apenas cinco foram fornecidos. Em que pese não tenha havido nenhum dano material e os cinco

²⁹⁵ SCHMIDT-AHRENDTS, Nils. *Disgorgement of Profits under the CISG*. In: SCHWENZER, Ingeborg; SPAGNOLO, Lisa. **International Commerce and Arbitration - State of Play: The 3rd Annual MMA Schlechtriem CISG Conference**, v. 11. Haia: Eleven International Publishing, 2011, p. 101.

²⁹⁶ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *The Scope of the CISG Provisions on Damages*. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 94.

guardas tenham sido capazes de promover segurança adequadamente, o contratado lucrou com a economia de cinco guardas. Para o autor, em que pese a inexistência de danos materiais, aplicar-se-ia *disgorgement of profits* uma vez que tinha o dever de executar o contrato de acordo com suas disposições.

O terceiro exemplo, por sua vez, tem seus fatos baseados em precedente do Tribunal de Recursos de Grenoble.²⁹⁷ Nesse caso, o vendedor francês contratou com o comprador americano que o destino final das calças jeans compradas seria América do Sul ou África. No entanto, parte das mercadorias foi enviada para Espanha. O vendedor tinha obrigações contratuais junto a distribuidores espanhóis de não permitir vendas paralelas, o que, em razão do comprador americano, foi afetado. Cabe esclarecer que o julgamento entendeu pela existência de violação essencial e, assim, determinou a resolução do contrato. A condenação em danos não considerou, todavia, os lucros obtidos pela venda de calças jeans para Espanha.

Feitas essas observações, os três exemplos representam situações em que se poderia aplicar *disgorgement of profits* por três argumentos.²⁹⁸ O primeiro deles se trata de argumento pela uniformização, no sentido de evitar a aplicação de remédios nacionais para a solução de problemas semelhantes. O segundo argumento é que, nos três casos, o lucro obtido com a violação poderia ser visto com presunção daquilo que a parte violada perdeu. O terceiro argumento se dá no sentido de que o instituto poderia prevenir as violações que ocorreram, em observância ao princípio da manutenção dos contratos. Como se disse anteriormente, esses argumentos permitem a conclusão dos requisitos para aplicação de *disgorgement of profits* em casos submetidos à CISG – refere-se, aqui, ao segundo e ao terceiro argumento. Isso porque a prevenção de violações tem relação com o impedimento do lucro da parte que violou o contrato. De forma semelhante, presumir que o lucro de quem violou o contrato é equivalente ao que perdeu a parte violada, significa que não há outro meio de se chegar a esse valor, afinal, se houvesse, incabível a presunção.

O primeiro argumento considera que a decisão pela inexistência de *disgorgement of profits* na CISG não significa, necessariamente, uma resposta final sobre essa possibilidade, mas apenas provoca a busca por instrumentos de ordenamentos jurídicos domésticos para a

²⁹⁷ FRANÇA. *Cour d'Appel de Grenoble. BRI Production "Bonaventure" v. Pan African Export*. 22 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>>. Acesso em: 20/11/2016.

²⁹⁸ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 100 – 102.

retirada do lucro da parte que violou um contrato.²⁹⁹ Por esse motivo, se a Convenção negar a possibilidade de *disgorgement of profits*, abrirá brecha para remédios nacionais concomitantes, o que não apenas enfraqueceria os remédios para violações previstos pela Convenção³⁰⁰, mas também comprometeria o objetivo de uniformidade.³⁰¹

O segundo argumento corresponde exatamente à visão já estudada no capítulo antes de que *disgorgement of profits* é, por vezes, o meio mais conveniente para quantificar danos. Assim, alguns autores defendem que o ingresso do instituto na Convenção se justificaria porque os lucros da parte em violação seriam, nos três exemplos citados, presunção daquilo que a parte violada perdeu³⁰², de modo que os ganhos refletiriam o prejuízo.³⁰³

Nesse sentido, no primeiro exemplo, o valor da segunda venda da mercadoria pode ser compreendido como o valor que as condições de mercado permitiriam à parte que sofreu a violação lucrar com a possível revenda, de modo que o interesse na execução do contrato seria para receber esse montante.³⁰⁴ No segundo cenário, tendo em vista que as mercadorias foram produzidas com trabalho infantil, o comprador recebeu mercadorias de menor valor do que para as quais o preço foi pago e, sendo difícil ou impossível quantificar a diminuição de valor produzida por referida desconformidade, a economia do vendedor presta como critério para determinar o que a parte violada perdeu³⁰⁵, servindo, portanto, como parâmetro para o cálculo de danos.³⁰⁶ Por fim, na terceira hipótese, caso em que a mercadoria foi revendida pelo comprador em mercados contratualmente proibidos, os ganhos decorrentes dessa revenda podem ser entendidos como reflexo dos lucros que a parte violada perdeu em razão da competição por aquele mercado.³⁰⁷

²⁹⁹ SCHMIDT-AHRENDTS, Nils. Disgorgement of Profits under the CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; SPAGNOLO, Lisa. **International Commerce and Arbitration - State of Play: The 3rd Annual MMA Schlechtriem CISG Conference**, v. 11. Haia: Eleven International Publishing, 2011, p. 95.

³⁰⁰ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 102.

³⁰¹ SAIDOV, Djakhongir. **The Law of Damages in the International Sale of Goods – The CISG and other International Instruments**. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 33.

³⁰² SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *Op. cit.*, p. 101.

³⁰³ SAIDOV, Djakhongir. *Loc. cit.*

³⁰⁴ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *Loc. cit.* Também nesse sentido: SCHWENZER, Ingeborg; KEE, Christopher; HACHEM, Pascal. **Global Sales Law and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1468.

³⁰⁵ SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 35.

³⁰⁶ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *Op. cit.*, pp. 101-102

³⁰⁷ *Ibidem, loc. cit.* Também nesse sentido: SAIDOV, Djakhongir. *Op. cit.*, p. 35; SCHWENZER, Ingeborg; KEE, Christopher; HACHEM, Pascal. *Loc. cit.*

Nos três casos, portanto, resta configurada a dificuldade ou impossibilidade de calcular e provar prejuízos materiais decorrentes das violações. Não se pode negar, contudo, que em todos eles a parte violada sofreu, em alguma medida, perdas com reflexos econômicos. Assim, não seria possível permitir que a parte violada não fosse compensada por essas perdas. Diante de não ser possível demonstrar o *quantum* perdido, os valores recebidos em decorrência da quebra, pela outra parte, seriam utilizados como método de cálculo para a indenização. De fato, o argumento entende que manter-se-ia dentro do domínio dos danos compensatórios com o objetivo de atingir o princípio da compensação total de prejuízos.³⁰⁸

SCHMIDT-AHRENDTS, em análise aos argumentos que permitiriam a aplicação de *disgorgement of profits* na CISG, entendeu pela incompatibilidade do instituto com a Convenção em razão da redação do artigo 74, já que a previsão do dispositivo é de que “As perdas e danos (...) consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido...”.³⁰⁹ Em que pese tenha entendido pela impossibilidade de retirar os lucros da parte violadora e entrega-los, a título indenizatório, para a parte violada, concluiu que, inexistindo uma definição para “prejuízo sofrido”, os casos que evidenciam dificuldade em quantificar as perdas, exigem uma aplicação flexível do artigo, a qual deve incluir uma consideração dos lucros recebidos pela parte em violação. A ideia do autor, portanto, é de que, ainda que não seja possível uma aplicação direta de *disgorgement of profits* na Convenção de Viena, isso não significa que a situação da parte violadora após o ilícito não deva ser levada em conta. Nota-se a semelhança entre o seu raciocínio e o argumento de aplicação do instituto como método de cálculo. A diferença essencial entre as duas questões é, entende-se, a prova. Enquanto para os defensores de *disgorgement of profits* na Convenção a questão se resumiria a atingir o lucro uma vez comprovada a dificuldade de cálculo ou prova dos prejuízos e evidenciada a violação intencional, SCHMIDT-AHRENDTS entende que deve haver uma ponderação sobre a capacidade da parte violada ter lucrado aquilo que a parte violadora lucrou com a violação, em sendo essa inexistente. É, portanto, uma aplicação de *disgorgement of profits* condicionada à prova de que a parte violada também poderia lucrar aqueles valores, houvesse o contrato sido adequadamente executado. A parte violadora, nesse sentido, poderia produzir a prova contrária,

³⁰⁸ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 101-102.

³⁰⁹ SCHMIDT-AHRENDTS, Nils. Disgorgement of Profits under the CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; SPAGNOLO, Lisa. **International Commerce and Arbitration - State of Play: The 3rd Annual MMA Schlechtriem CISG Conference**, v. 11. Haia: Eleven International Publishing, 2011, pp. 97-98.

ou seja, de que a parte violada não teria possibilidade de beneficiar-se aquele tanto diante do cumprimento do contrato.

Enquanto o segundo argumento é mostrado em uma perspectiva de preocupação em garantir a compensação de quem foi violado, o terceiro argumento se ocupa em não permitir que a parte violadora saia impune da violação. Ainda que o terceiro argumento que justificaria a inclusão de *disgorgement of profits* na Convenção não seja usualmente trazido pela doutrina como subsidiário ao argumento do método de cálculo, entende-se que somente há motivo para analisar a função de impedir violações contratuais se superado o entendimento de *disgorgement of profits* dentro do domínio de danos compensatórios.

O argumento concernente à prevenção de violação contratual está relacionado com o questionamento sobre qual a função dos danos na Convenção de Viena. Já se estabeleceu que não há dúvidas sobre o principal objetivo ser compensar as perdas materiais decorrentes de violações contratuais. No entanto, atualmente desafia-se essa antiga visão discutindo-se o propósito dos danos na Convenção como mecanismo de prevenção e punição de violações contratuais que não causem prejuízos materiais³¹⁰ ou que causem prejuízo material não quantificável ou não demonstrável.

A transição de objetivo puramente compensatório para instrumento de dissuasão de violações é forma de fortalecer o princípio *pacta sunt servanda*.³¹¹ Em que pese referido princípio não seja expressamente previsto no texto da Convenção, há diversas previsões que trazem a ideia de que os contratos devem ser mantidos. Destacam-se os artigos 45(1) e 62, CISG, que preveem a execução específica como remédio para violações contratuais, bem como a necessidade de uma violação essencial como requisito para resolver o contrato e, ainda, a dispensa de culpa para o remédio de danos.³¹² Assim, não se discute que a preservação dos contratos é um dos princípios gerais da Convenção, uma vez que pode ser identificado pela análise de diversos artigos, ainda que não estejam sistematicamente conectados.³¹³ Por esse

³¹⁰ FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, p. 20.

³¹¹ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 100 – 101.

³¹² SCHMIDT-AHRENDTS, Nils. Disgorgement of Profits under the CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; SPAGNOLO, Lisa. **International Commerce and Arbitration - State of Play: The 3rd Annual MMA Schlechtriem CISG Conference**, v. 11. Haia: Eleven International Publishing, 2011, p. 93.

³¹³ JANSSEN, André; KIENE, Sörren Claas. The CISG and Its General Principles. In: JANSSEN, Andre; MEYER, Olaf (Org.). **CISG Methodology**. Munique: Sellier, 2009, p. 271.

motivo, o princípio *pacta sunt servanda* deve ser compreendido como um dos critérios para preencher lacunas da Convenção nos termos do artigo 7(2).

Interpretar o artigo 74 de acordo com o princípio da manutenção dos contratos significa reconhecer uma utilidade dos danos na prevenção de violações contratuais. Considerando-se uma das funções dos danos na Convenção de Viena a prevenção de violações contratuais, é consequência lógica que a parte que cometeu a violação não poderá obter lucro por meio desta.³¹⁴ Por esse motivo, “a ideia geral de que uma violação contratual não pode ser lucrativa deve ser sustentada pela Convenção”.³¹⁵

A alteração na percepção de danos, especialmente quando trazida para o contexto da Convenção, traz consequências relevantes para o estudo de *disgorgement of profits*: inicialmente, percebe-se a impossibilidade de distinguir indiscriminadamente perdas pecuniárias e não pecuniárias; ainda, acarreta a impossibilidade de aplicação estrita das noções de que quem sofreu a violação não poderá receber indenização maior que suas perdas materiais tampouco utilizar elementos punitivos para avaliar e quantificar danos.³¹⁶ Conclui-se que as consequências decorrentes da função dos danos como impeditivo de violações contratuais relacionam-se entre si na medida em que afastar a recuperação exclusiva de perdas pecuniárias significa incluir o valor de perdas não-pecuniárias no montante indenizatório e, portanto, conferir indenização maior que apenas por perdas materiais. Essa recuperação se justificaria pela inclusão de elementos punitivos na avaliação e quantificação dos danos.

É difícil compreender a função dos danos como instrumento de prevenção de violações contratuais de forma completamente dissociada de uma noção de punição. Sendo *disgorgement of profits* instrumento para operar essa função, também seu caráter punitivo merece atenção. Considerando ser punição “a imposição de prejuízo ao violador (...), não porque o dano seja a consequência incidental de providenciar um remédio para o ilícito causado ao violado (...), mas sim em razão do valor ou efeito benéfico que se entende que a imposição de prejuízo terá como resposta à violação”³¹⁷, também a punição teria o objetivo de impor a execução do dever violado

³¹⁴ SCHWENZER, Ingeborg; KEE, Christopher; HACHEM, Pascal. **Global Sales Law and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1467.

³¹⁵ Tradução livre do original: “(...) *the general idea that a breach of contract must not pay also has to be upheld under the Convention*”. SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 1017.

³¹⁶ *Ibidem*, pp. 1001-1002.

³¹⁷ Tradução livre do original: “(...) *the infliction on the defendant (...), not because the harm is the incidental consequence of providing a remedy for the wrong vis-à-vis the plaintiff (...), but because of the value or beneficial effect that the infliction of harm is understood to have as a response to the breach of duty*”. JAFFEY,

e, conseqüentemente, impedir violações contratuais. Em violações das quais decorram lucros, a punição deve incluir esse benefício, daí se compreenderia o instituto como um elemento de punição, apontando sua natureza como “quase-punitiva”.³¹⁸ Ademais, retoma-se aqui a discussão já realizada no sentido de que *disgorgement of profits* sequer seria considerado remédio, vez que visaria proteger o interesse público.³¹⁹

Uma vez realizadas tais constatações, necessário concluir que, *a priori*, existiria obstáculo expressivo na compatibilidade de *disgorgement of profits* com os danos na Convenção de Viena. Isso porque, conforme já referido na primeira parte dessa monografia, a Convenção não permitiria utilizar os danos como meio de punição.

Diante de tal impasse, primeiramente, cabe esclarecer que, tendo em vista que a indenização por meio de *disgorgement of profits* está limitada ao valor do lucro, algumas Cortes não entendem o instituto como punição e, além disso, qualquer espécie de danos pune quem cometeu uma violação pois dele subtrai riquezas.³²⁰ Nesse sentido, duas conclusões podem ser retiradas. A primeira, que em que pese o instituto tenha elementos de punição, conforme acima destacado, não está associado à ideia de *punitive damages*, já que este último instituto não apresenta tal limitação. A segunda conclusão é que o fato de punir quem cometeu a violação não o dissocia da noção de danos e, portanto, do contexto de remédios para violações contratuais.

De outra parte, o fato de existir um limite no montante para a aplicação de *disgorgement of profits* não quer dizer que não exista um efeito punitivo na sua aplicação, mas sim que esse efeito não controla a medida do valor.³²¹ No entanto, ainda se entenda pelo caráter punitivo do recurso, não haveria total impossibilidade de encontrar espaço para o instituto na Convenção de Viena.

Nesse sentido, em que pese inexista a possibilidade de explicitamente condenar uma parte em *punitive damages* em contratos submetido à Convenção de Viena, não se deve proibir

Peter. **The Nature and Scope of Restitution: Vitiated Transfers, Imputed Contracts and Disgorgement**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2000, pp. 374-375.

³¹⁸ JAFFEY, Peter. **The Nature and Scope of Restitution: Vitiated Transfers, Imputed Contracts and Disgorgement**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2000, p. 375.

³¹⁹ *Idem*. Damages and the Protection of Contractual Reliance. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 149.

³²⁰ EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002, p. 83.

³²¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

a consideração de elementos punitivos na valoração na prova de danos na CISG e quando se tratar de violações cometidas de forma intencional e de má-fé.³²² Entende-se, assim, que as violações contratuais cujos danos daí decorrentes não sejam valoráveis ou comprováveis, não podem desconsiderar elementos punitivos. Considerando que *disgorgement of profits* visa justamente prevenir as violações intencionais, não há incompatibilidade do instituto com os danos na Convenção, ainda que visto o instituto sob uma perspectiva punitiva.

Por fim, resta referir precedente³²³ que utilizou os ganhos da parte violadora para indenizar danos decorrentes de violação de contrato submetido à Convenção de Viena. Nesse caso, o comprador chinês contratou junto ao vendedor brasileiro a compra e venda de sensores de pressão. O contrato também previa que quatro engenheiros do comprador seriam enviados às instalações do vendedor, no Brasil, para desenvolverem meios de integração dos sensores de pressão nos produtos em que seriam aplicados. Após receber o primeiro lote de sensores, o comprador chinês notificou o vendedor brasileiro alegando violação essencial dos sensores de pressão adquiridos, uma vez que os sensores não apresentavam determinadas especificações. Diante da impossibilidade de solucionar o impasse, o comprador ingressou com arbitragem na Câmara de Comércio de Estocolmo. Todavia, em reconvenção, o vendedor sustentou que o comprador jamais teve a real intenção de comprar as mercadorias, tendo contratado a venda somente para ter acesso a informações confidenciais sobre a tecnologia utilizada nos sensores de pressão. Baseou seu argumento defendendo que, além de os sensores vendidos serem adequados (inexistindo, portanto, desconformidade alegada pelo comprador), o comprador passou a produzir transmissores de pressão que incorporavam a tecnologia utilizada pelo vendedor.

O árbitro único entendeu que o comprador utilizou informações confidenciais do vendedor para desenvolver sua própria tecnologia, o que caracterizava violação contratual. Por outro lado, entendeu que esse fato apenas adiantou o serviço do comprador, uma vez que, segundo ele, esta parte seria capaz de produzir a mesma tecnologia, sem a violação contratual, dentro de um período de vinte e quatro meses. Assim, entendeu que os danos do vendedor deveriam ser baseados naquilo que o comprador lucrou por meio da violação contratual, durante vinte e quatro meses. Para fundamentar sua decisão, em que pese o julgador não tenha listado

³²² SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, p. 103.

³²³ ARBITRAGEM. *Stockholm Chamber of Commerce. Pressure sensors case*. 5 de abril de 2007. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>>. Acesso em: 26/11/2016.

requisitos condicionais para observar o lucro da parte violadora ao invés do prejuízo da parte violada, observa-se que houve considerações sobre a violação ser deliberada, com a intenção de benefício e sobre a dificuldade de cálculo do prejuízo.

Nesse sentido, verifica-se que, apesar de não haver consenso na doutrina sobre a possibilidade de utilizar *disgorgement of profits* como forma indenizatória para violações de contratos submetidos à CISG, há corrente no sentido de que três argumentos justificam essa possibilidade: a busca pela uniformização ao impedir a aplicação de institutos nacionais; a correspondência entre as perdas da parte violada e os ganhos da parte violadora; e a utilidade em prevenir violações intencionais. A Câmara de Comércio de Estocolmo, com base no terceiro argumento, entendeu pela possibilidade de indenizar danos por meio de *disgorgement of profits* na Convenção de Viena.

CONCLUSÃO

A compreensão da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias requer, inicialmente, a observação de seu todo, pois mesmo as questões específicas, como a que se propõe no presente trabalho, dependem de compreensão dos demais artigos. Daí por que uma visão geral da estrutura da Convenção indica direções para solucionar problemas próprios de determinado artigo.

Desse modo, o estudo da Convenção de Viena, em qualquer aspecto que se objetive desenvolver, depende da compreensão correta de sua esfera de aplicação. Isso significa, em suma, o entendimento do que significa a “compra e venda internacional de mercadorias”.

Trazendo essa observação para a questão da possibilidade de indenizar violações contratuais por meio de *disgorgement of profits*, cabe destacar a relevância de percorrer outros artigos da Convenção para que se pudesse iniciar a discussão sobre aplicação do instituto. Nesse sentido, não há falar em *disgorgement of profits* sem antes falar em perdas e danos; não há falar em perdas e danos sem antes falar em remédios; não há falar em remédios sem antes falar em violações contratuais.

Da mesma forma, para que seja completo o estudo da Convenção, necessita-se realizar análise histórica acerca de seu desenvolvimento. Assim, destaca-se o fato de ser a Convenção o resultado da contribuição de juristas de variados sistemas, com o objetivo de criar ordenamento único aplicável às relações de compra e venda internacionais de mercadorias. Desse fato, justifica-se o critério interpretativo previsto no artigo 7(1), CISG, que determina a observância do caráter internacional da Convenção. Isso significa, em linhas gerais, a visão da CISG em perspectiva de troca entre países diversos, sem a influência direta de institutos domésticos na sua interpretação.

Por outro lado, inegável que o caráter internacional é orientado pelos ordenamentos jurídicos de países que representam papel mais expressivo no comércio mundial. Da mesma forma, as influências da elaboração da Convenção. Nesse sentido, verifica-se que determinadas seções da Convenção encontram influências maiores de sistemas específicos. Esse é o caso da seção Perdas e Danos, que apresenta inspirações tipicamente de *common law*.

O *disgorgement of profits*, conforme se viu, não é instituto pacificado nem mesmo naqueles ordenamentos em que mais desenvolvido. Todavia, seu estudo com maior intensidade se encontra em países de *common law*, onde, inclusive, há precedentes de cortes superiores afirmando sua aplicação. Por esse motivo, apesar de que, em princípio, possa parecer contraditório com o caráter internacional (expressamente previsto no texto da Convenção como critério interpretativo), entender pela aplicação de um instituto verificado apenas em restritos sistemas na CISG, o fato de a seção Perdas e Danos apresentar características de indenizações no *common law*, justifica o ingresso do instituto sem que haja rompimento do caráter internacional. Afinal, tendo em conta que a quantificação dos prejuízos é realizada, na Convenção, nos mesmos moldes em realizada em países anglo-saxões, compreende-se que instituto sobre Perdas e Danos que tenha suas origens também nesses países não deveria ser alienado da CISG.

De outra parte, o ingresso de *disgorgement of profits* na Convenção está também de acordo com os outros dois critérios interpretativos estabelecidos no artigo 7(2), relembra-se: o objetivo de uniformização e a boa-fé no comércio internacional.

Quanto ao objetivo de uniformização, entende-se que permitir a recuperação de danos com base no lucro da parte violadora dentro da Convenção, é impedir que se busquem remédios nos sistemas pátrios para tanto. Conclui-se que se trata de argumento pró Convenção no sentido de que entender pela sua aplicação significa uniformizar o comércio internacional. Não se questiona que pacificar o entendimento no sentido de não aplicar a Convenção é, também, forma de uniformização. Todavia, isso significa aplicar todos os demais ordenamentos para saneamento de uma questão, o que provoca insegurança e afasta o fim último do princípio uniformizador de criar um único ordenamento internacional para a compra e venda de mercadorias entre partes de diferentes países.

Por fim, o critério da boa-fé nas trocas mercantis também permite a aplicação de *disgorgement of profits* para relações contratuais regidas pela CISG. Conforme se viu, a boa-fé é critério interpretativo da Convenção e não serve para delimitar condutas. Contudo, ainda que utilizado tão-somente para interpretação do artigo 74, a boa-fé comercial condena violações contratuais cometidas deliberadamente com fim de locupletamento. Portanto, a interpretação do artigo 74 de acordo com a boa-fé no comércio internacional não deve proibir que sejam acrescentados elementos punitivos na indenização para evitar, na medida do possível, violações propositais ou cínicas.

Além disso, quando se trata de uma verificação ampla da Convenção, ressalta-se a importância da análise de seus princípios gerais que, também, norteiam a interpretação de seus dispositivos, consoante artigo 7(2), ainda que aplicados subsidiariamente aos critérios verificados no artigo anterior. Aqui, destaque para o princípio da manutenção dos contratos, defendido pela Convenção em artigos esparsos ao longo de sua redação. Esse princípio não deve permitir que sejam toleradas violações intencionais a contratos regidos pela Convenção de Viena. Um dos meios de defender a execução contratual é impedir que o descumprimento seja lucrativo, ou seja, permitir a aplicação de *disgorgement of profits*.

Em última análise, a autora não nega que a redação do artigo 74 refere expressamente a quantificação do valor de indenização tendo em conta os prejuízos monetários de quem sofreu a violação e não os ganhos de quem a cometeu. Contudo, a redação do artigo traz o princípio da compensação total de danos. Não é possível deixar de indenizar parte que sofreu violação contratual apenas porque esse prejuízo não é quantificável ou comprovável, tampouco porque esse prejuízo está disfarçado como não-pecuniário, à exemplificação da perda de uma chance e perda de reputação. Nesse sentido, muitas vezes os ganhos da parte violadora representam aquilo que a parte violada perdeu ou deixou de ganhar, como um reflexo de como seria a performance no mercado, caso o contrato tivesse sido executado.

Diante dos pontos resumidamente apresentados, conclui-se que não há impedimentos para aplicação de *disgorgement of profits* na Convenção de Viena, vez que o instituto não é contrário aos critérios interpretativos da CISG, aos seus princípios e às previsões da seção Perdas e Danos. Ao contrário, o *disgorgement of profits* se mostra como um instrumento útil para impedir violações contratuais cometidas deliberadamente com fito de lucro. Ainda, apresenta-se como mecanismo importante à facilitação do arbitramento do montante indenizatório. Ressalta-se, no entanto, que não se poderia utilizar o instrumento ordinariamente, mas apenas em casos específicos que reúnam os requisitos de violação proposital cometida com finalidade de enriquecimento para quem a cometeu e impossibilidade de quantificação dos prejuízos monetários da parte que sofreu a violação.

Por fim, importante lembrar que a possibilidade de indenizar danos decorrentes de violações de contratos regidos pela Convenção de Viena é inovação doutrinária defendida, especialmente, pela professora SCHWENZER. No entanto, há outras autoridades que parecem com ela concordar, vez que na maioria de seus escritos, em que se sustenta essa possibilidade, há coautoria de outras autoridades em CISG, como HACHEM e KEE. SAIDOV, ainda que não

tenha debatido amplamente a matéria, também posicionou-se favoravelmente ao *disgorgement of profits*. Além disso, mesmo autores como SCHMIDT-AHRENDTS, que se mostram contrários a essa possibilidade entendem que os lucros da parte violadora não podem ser completamente desconsiderados quando do cálculo da indenização, servindo como base, sobre a qual deveria ser produzida prova, para compreensão daquilo que a parte violada sofreu economicamente diante da violação contratual.

GLOSSÁRIO

Convenção ou Convenção de Viena – Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Danos ou Perdas e Danos – Instituto designado pela palavra em língua inglesa “*damages*”, compensação monetária a quem sofreu ato ilícito.

Remédio ou Remédios – Do inglês, “*remedy*” ou “*remedies*”, maneira de satisfazer direito decorrente de perda ou prejuízo causado por ato ilícito.

Violação contratual – Tradução para “*breach of contract*”, falha na execução de um contrato.

Violação essencial – Violação contratual cujas consequências são particularmente sérias para quem a sofreu, do original, em inglês, “*fundamental breach*”.

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATAMER, Yesim M. Part III. Chapter V. Section IV - Exemptions. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Org.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary**. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, pp. 1054-1107.
- BERGSTEN, Eric. Methodological Problems in the Drafting of the CISG. In: JANSSEN, Andre; MEYER, Olaf (Org.). **CISG Methodology**. Munique: Sellier, 2009, pp. 5-31.
- BONELL, Michael Joachim. Article 7. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.). **Commentary on the International Sales Law**. Milão: Giuffrè, 1987, pp. 65-94.
- BURROWS, Andrew. Are ‘Damages on the Wrotham Park Basis’ Compensatory, Restitutionary or Neither? In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 165-185.
- BUTLER, Allison E. Buyer’s Remedies. In: **A Practical Guide to the CISG: Negotiations through Litigation**. Aspen Publishers, 2007, pp. 1-18. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>. Acesso em: 26/11/2016.
- CUNNINGTON, Ralph. The Measure and Availability of Gain-Based Damages for Breach of Contract. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 207-242.
- DELONG, Sidney W. The Efficiency of a Disgorgement as a Remedy for Breach of Contract. In: **22 Indiana Law Review** 737, 1989, pp. 737-775. Disponível em: <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1687&context=faculty>. Acesso em: 03/11/2016.
- DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien J.; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia G.; PAGNATTARO, Marisa Anne. **International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- DOYLE, Sam; WRIGHT, David. Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy. In: **25(1) Melbourne University Law Review**, 2001. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2001/1.html>. Acesso em: 15/11/2016.
- EDELMAN, James. **Gain-Based: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002.
- EISENBERG, Melvin A. The Disgorgement Interest in Contract Law. In: **105 Michigan Law Review** 559, 2006, pp. 559-602. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=facpubs>. Acesso em: 20/11/2016.

FARNSWORTH, Allan. Your Loss or my Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract. In: **94 The Yale Law Journal Company 1339**, 1985, pp. 1342-1393.

FOUNTOULAKIS, Christiana. Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. In: **ERA Forum – Journal of the Academy of European Law** (2011) 12. Tréveris: Springer, 2011, pp. 7-23.

FRADERA, Véra Jacob de. A saga de uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). **A Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pp. 1-21.

GAGLIARDI, Rafael Villar. Remédios Contratuais: Perdas e Danos na CISG. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono. **A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, pp. 454-476.

GOTANDA, John Y. Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: Matter of Interpretation. In: **37 Georgetown Journal on International Law**, 2005, pp. 95-140. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gotanda3.html>. Acesso em: 26/11/2016.

GOTANDA, John Y. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Org.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Commentary**. Munique: Verlag C. H. Beck, 2011, pp. 990-1041.

HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. Nova York: Springer International Publishing, 2015.

HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3a ed. Haia: Kluwer Law International, 1999.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners**. Munique: Sellier, 2007.

ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian P. Disgorgement as a Viable Theory of Restitution Damages. In: **Commercial Damages Reporter**, 2014. Disponível em: http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill_commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf. Acesso em: 15/11/2016.

JAFFEY, Peter. Damages and the Protection of Contractual Reliance. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 139-164.

JAFFEY, Peter. Disgorgement and “Licence Fee Damages” in Contract. In: **20 Journal of Contract Law 57**, 2004.

JAFFEY, Peter. **The Nature and Scope of Restitution: Vitiating Transfers, Imputed Contracts and Disgorgement**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2000.

JANSSEN, André; KIENE, Sören Claas. The CISG and Its General Principles. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Org.). **CISG Methodology**. Munique: Sellier, 2009, pp. 261-285.

KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (Org.). **Commentary on the International Sales Law**. Milão: Giuffrè, 1987, pp. 538-548.

LOOKOFSKY, Joseph. **The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Haia: Kluwer Law International, 2000.

MCCAMUS, John D. Disgorgement for Breach of Contract: a Comparative Perspective. In: **36 Loyola of Los Angeles Law Review** 943, 2003, pp. 943-974. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=llr>>. Acesso em: 19/11/2016.

MAGNUS, Ulrich. Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Org.). **CISG Methodology**. Munique: Sellier, 2009, pp. 33-59.

MÜLLER-CHEN, Markus. Part III. Chapter I. Article 28. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 459-470.

OGUS, Anthony. The Economic Basis of Damages for Breach of Contract: Inducement and Expectation. In: SAIDOV, Djahongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 125-138.

SAIDOV, Djahongir. **The Law of Damages in the International Sale of Goods – The CISG and other International Instruments**. Portland: Hart Publishing, 2008.

SAIDOV, Djahongir; CUNNINGTON, Ralph. Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks. In: SAIDOV, Djahongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 1-29.

SCHMIDT-AHRENDTS, Nils. Disgorgement of Profits under the CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; SPAGNOLO, Lisa. **International Commerce and Arbitration - State of Play: The 3rd Annual MMA Schlechtriem CISG Conference**, v. 11. Haia: Eleven International Publishing, 2011, pp. 89-102.

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

SCHWENZER, Ingeborg. Uniform Sales Law – Brazil Joining the CISG Family. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Org.). **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 21-37.

SCHWENZER, Ingeborg. Part III. Chapter II. Section II - Conformity of the Goods and Third Party Claims. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 568-688.

SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section II – Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 999-1048.

SCHWENZER, Ingeborg. Part III, Chapter V, Section IV – Exemptions. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 1062-1094.

SCHWENZER, Ingeborg; FOUNTOULAKIS, Christiana; DIMSEY, Mariel. **International Sales Law – A Guide to the CISG**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2012.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. Part I. Chapter I. Sphere of Application. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.). **Commentaries on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3a ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, pp. 18-119.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG Provisions on Damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 91-105.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Paschal. The CISG - Success and Pitfalls. In: **57 American Journal of Comparative Law**, 2009, pp. 457-478.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Paschal; KEE, Christopher. **Global Sales and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VISCASILLAS, María del Pilar Perales. **El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)**. 2001. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cvi>. Acesso em: 24/10/2016.

WADDAMS, Stephen. Gains Derived from Breach of Contract: Historical and Conceptual Perspectives. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph (Org.). **Contract Damages: Domestic and International Perspectives**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 187-206.

WEINRIB, Ernest J. Punishment and Disgorgement as Contract Remedies. In: **78 Chicago-Kent Law Review**, 2003, pp. 55-103. Disponível em: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3388&context=cklawreview>. Acesso em: 20/11/2016.

REFERÊNCIAS DE CASOS

ALEMANHA. *Oberlandesgericht Bamberg. Fabric Case* nº 3 U 83/98. 13 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990113g1.html>>. Acesso em: 29/10/2016.

ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg. Iron molybdenum case* nº 1 U 167/95. 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>. Acesso em: 29/10/2016.

ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamm. Frozen bacon case* nº 19 U 97/91. 22 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>>. Acesso em: 29/10/2016.

ARBITRAGEM. *International Chamber of Commerce. Russian coal case* nº 8740/1996. Outubro de 1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968740i1.html>>. Acesso em: 29/10/2016.

ARBITRAGEM. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry. Caso* nº 54/1999. 24 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html>>. Acesso em: 27/11/2016.

ARBITRAGEM. *Stockholm Chamber of Commerce. Pressure sensors case*. 5 de abril de 2007. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>>. Acesso em: 26/11/2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *New Jersey Supreme Court. County of Essex v. First Union National Bank*. 22 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/2004/a2475-02-opn.html>>. Acesso em: 15/11/2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States of America. Snapp v. United States*. 19 de fevereiro de 1980. Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/444/507.html>>. Acesso em: 16/11/2016.

FRANÇA. *Cour d'Appel de Grenoble. BRI Production "Bonaventure" v. Pan African Export*. 22 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>>. Acesso em: 20/11/2016.

INGLATERRA. *House of Lords. Her Majesty's Attorney General v. Blake*. 27 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000727/blake-1.htm>>. Acesso em: 13/11/2016.

ISRAEL. *Israel Supreme Court. Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*. 02 de novembro de 1988. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/881102i5.html>>. Acesso em: 15/11/2016.

SUÍÇA. *Bundesgericht. Egyptian cotton case* nº 4P.75/2000. 15 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000915s1.html>>. Acesso em: 27/11/2016.

ANEXO - Decreto nº 8.327/2014, tradução oficial CISG**Presidência da República**
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**DECRETO Nº 8.327, DE 16 DE OUTUBRO DE 2014**

Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que a República Federativa do Brasil firmou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, em Viena, em 11 de abril de 1980;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral por meio do Decreto Legislativo nº 538, de 18 de outubro de 2012; e

Considerando que o Governo brasileiro depositou, em 4 de março de 2013, o instrumento de adesão à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral e que a Convenção entrou em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 1º de abril de 2014;

DECRETA:

Art. 1º Fica promulgada a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada em Viena, em 11 de abril de 1980, anexa a este Decreto.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional atos que possam resultar em revisão da Convenção e ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do inciso I do **caput** do art. 49 da Constituição.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de outubro de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF
Luiz Alberto Figueiredo Machado
Mauro Borges Lemos

Este texto não substitui o publicado no DOU de 17.10.2014

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

Os Estados Partes na presente Convenção,

Tendo em conta os objetivos gerais inscritos nas resoluções relativas à instauração de uma nova ordem econômica internacional adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua sexta sessão extraordinária;

Considerando que o desenvolvimento do comércio internacional com base na igualdade e em vantagens mútuas constitui elemento importante na promoção de relações de amizade entre os Estados;

Estimando que a adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que contemplem os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, contribuirá para a eliminação de obstáculos jurídicos às trocas internacionais e promoverá o desenvolvimento do comércio internacional.

Acordam no seguinte:

PARTE I - Campo de Aplicação e Disposições Gerais

CAPÍTULO I – Campo de Aplicação

Artigo 1

(1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:

(a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou

(b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

(2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato.

(3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.

Artigo 2

Esta Convenção não se aplicará às vendas:

(a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso;

(b) em hasta pública;

- (c) em execução judicial;
- (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda;
- (e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves;
- (f) de eletricidade.

Artigo 3

(1) Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.

(2) Não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.

Artigo 4

Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente:

- (a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume;
- (b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

Artigo 5

A presente Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa.

Artigo 6

As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.

CAPÍTULO II - Disposições Gerais

Artigo 7

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

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

Artigo 8

(1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la.

(2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte.

(3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

Artigo 9

(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.

(2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou deveriam ter conhecimento.

Artigo 10

Para os fins da presente Convenção:

(a) quando uma parte tiver mais de um estabelecimento comercial, será considerado como tal aquele que tiver relação mais estreita com o contrato e com sua execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelas partes ou por elas consideradas antes ou no momento da conclusão do contrato;

(b) se uma parte não tiver estabelecimento comercial, considerar-se-á sua residência habitual.

Artigo 11

O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas.

Artigo 12

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

Artigo 13

Para os fins desta Convenção, o termo "escrito" abrange o telegrama e o telex.

PARTE II – Formação do Contrato

Artigo 14

(1) Para que possa constituir uma proposta, a oferta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação. A oferta é considerada suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou prevê meio para determiná-los.

(2) A oferta dirigida a pessoas indeterminadas será considerada apenas um convite para apresentação de propostas, salvo se o autor da oferta houver indicado claramente o contrário.

Artigo 15

(1) A proposta se torna eficaz quando chega ao destinatário.

(2) Ainda que seja irrevogável, a proposta pode ser retirada, desde que a retratação chegue ao destinatário antes da própria proposta, ou simultaneamente a ela.

Artigo 16

(1) A proposta poderá ser revogada até o momento da conclusão do contrato, se a revogação chegar ao destinatário antes de este expedir a aceitação.

(2) A proposta não poderá, porém, ser revogada:

(a) se fixar prazo para aceitação, ou por outro modo indicar que seja ela irrevogável;

(b) se for razoável que o destinatário a considerasse irrevogável e tiver ele agido em confiança na proposta recebida.

Artigo 17

Mesmo sendo irrevogável, a proposta de contrato extinguir-se-á no momento em que chegar ao proponente a recusa respectiva.

Artigo 18

(1) Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação.

(2) Tornar-se-á eficaz a aceitação da proposta no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário. A aceitação não produzirá efeito, entretanto, se a respectiva manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da proposta verbal deve ser imediata, salvo se de outro modo as circunstâncias indicarem.

(3) Se, todavia, em decorrência da proposta, ou de práticas estabelecidas entre as partes, ou ainda dos usos e costumes, o destinatário da proposta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que esse ato for praticado, desde que observados os prazos previstos no parágrafo anterior.

Artigo 19

(1) A resposta que, embora pretendendo constituir aceitação da proposta, contiver aditamentos, limitações ou outras modificações, representará recusa da proposta, constituindo contraproposta.

(2) Se, todavia, a resposta que pretender constituir aceitação contiver elementos complementares ou diferentes mas que não alterem substancialmente as condições da proposta, tal resposta constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou envie uma comunicação a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato serão as constantes da proposta, com as modificações contidas na aceitação.

(3) Serão consideradas alterações substanciais das condições da proposta, entre outras, as adições ou diferenças relacionadas ao preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra ou o meio de solução de controvérsias.

Artigo 20

(1) O prazo de aceitação fixado pelo proponente em telegrama ou carta começará a fluir no momento em que o telegrama for entregue para expedição, ou na data constante da carta, ou, à falta desta, na data que constar do envelope. O prazo de aceitação que o proponente fixar por telefone, telex ou outro meio de comunicação instantâneo começará a fluir no momento em que a proposta chegar ao destinatário.

(2) Serão considerados na contagem de prazo os feriados oficiais ou os dias não úteis nele compreendidos. Todavia, caso a comunicação de aceitação não possa ser entregue no endereço do autor da proposta no último dia do prazo, por ser feriado ou dia não útil no local do estabelecimento comercial do proponente, o prazo considerar-se-á prorrogado até o primeiro dia útil subsequente.

Artigo 21

(1) A aceitação tardia produzirá efeito de aceitação caso o proponente, sem demora, informe verbalmente ou envie comunicação neste sentido ao destinatário.

(2) Se a carta ou outra comunicação escrita contendo aceitação tardia revelar ter sido expedida em condições tais que chegaria a tempo ao proponente caso a transmissão fosse regular, a manifestação tardia produzirá efeito de aceitação, salvo se o proponente, sem demora, informar ao destinatário que considera expirada sua proposta, ou enviar comunicação para este efeito.

Artigo 22

A aceitação poderá ser retirada desde que a retratação chegue ao proponente antes ou no momento em que a aceitação se tornaria eficaz.

Artigo 23

Considerar-se-á concluído o contrato no momento em que a aceitação da proposta se tornar eficaz, de acordo com as disposições desta Convenção.

Artigo 24

Para os fins desta Parte da Convenção, se considerará que a proposta, a manifestação de aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção “chega” ao destinatário quando for efetuada verbalmente, ou for entregue pessoalmente por qualquer outro meio, no seu estabelecimento comercial, endereço postal, ou, na falta destes, na sua residência habitual.

PARTE III - Compra e Venda de Mercadorias

CAPITULO I – Disposições Gerais

Artigo 25

A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.

Artigo 26

A declaração de resolução do contrato tornar-se-á eficaz somente quando notificada por uma parte à outra.

Artigo 27

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

Artigo 28

Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção.

Artigo 29

(1) O contrato poderá ser modificado ou resilido por simples acordo entre as partes.

(2) O contrato escrito que contenha disposição prevendo que qualquer modificação ou resilição somente se possa fazer por escrito não poderá ser modificado ou resilido por outra forma. Todavia, uma parte poderá ser impedida por sua própria conduta de invocar esta disposição, na medida em que a outra parte tiver confiado nessa conduta.

CAPÍTULO II – Obrigações do Vendedor

Artigo 30

O vendedor estará obrigado, nas condições previstas no contrato e na presente Convenção, a entregar as mercadorias, a transmitir a propriedade sobre elas e, sendo o caso, a remeter os respectivos documentos.

Seção I - Entrega das mercadorias e remessa dos documentos

Artigo 31

Se o vendedor não estiver obrigado a entregar as mercadorias em determinado lugar, sua obrigação de entrega consistirá em:

(a) remeter as mercadorias ao primeiro transportador para traslado ao comprador, quando o contrato de compra e venda implicar também o transporte das mercadorias;

(b) fora dos casos previstos na alínea anterior, colocar as mercadorias à disposição do comprador no lugar em que se encontrarem, quando o contrato se referir a mercadorias específicas ou a mercadorias não identificadas que devam ser retiradas de um conjunto determinado ou devam ser fabricadas ou produzidas, e, no momento da conclusão do contrato, as partes souberem que as mercadorias se encontram, devem ser fabricadas ou produzidas em lugar determinado;

(c) pôr as mercadorias à disposição do comprador no lugar do estabelecimento comercial do vendedor no momento de conclusão do contrato, nos demais casos.

Artigo 32

(1) Se o vendedor, de conformidade com o contrato ou com a presente Convenção, remeter as mercadorias a um transportador sem que estas estejam claramente marcadas para os efeitos do contrato, mediante sinais de identificação, por documentos de expedição ou por qualquer outro meio, o vendedor deverá dar ao comprador aviso de expedição em que sejam especificadas as mercadorias.

(2) Se o vendedor estiver obrigado a providenciar o transporte das mercadorias, deverá celebrar os contratos necessários para que tal transporte seja efetuado até o lugar previsto, por meios adequados às circunstâncias e nas condições usuais para tanto.

(3) Se não estiver obrigado a contratar o seguro de transporte, o vendedor deverá fornecer ao comprador, a pedido deste, toda informação disponível que for necessária para a contratação de tal seguro.

Artigo 33

O vendedor deverá entregar as mercadorias:

(a) na data que houver sido fixada ou possa ser determinada de acordo com o contrato;

(b) em qualquer momento durante o prazo que houver sido fixado ou que possa ser determinado de acordo com o contrato, salvo se das circunstâncias resultar que caiba ao comprador a escolha da data; ou

(c) em qualquer outro caso, dentro de um prazo razoável a partir da conclusão do contrato.

Artigo 34

Se o vendedor estiver obrigado a remeter os documentos relativos às mercadorias, deverá entregá-los no momento, no lugar e na forma previstos no contrato. Em caso de remessa antecipada de documentos o vendedor poderá, até o momento fixado para a remessa das mercadorias, sanar qualquer desconformidade nos documentos, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes ou despesas excessivas. Não obstante, o comprador mantém o direito de exigir indenização por perdas e danos, de acordo com a presente Convenção.

Seção II - Conformidade das mercadorias e reclamações de terceiros

Artigo 35

(1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida.

(2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se:

(a) forem adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam;

(b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato, salvo se das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo;

(c) possuírem as qualidades das amostras ou modelos de mercadorias que o vendedor tiver apresentado ao comprador;

(d) estiverem embaladas ou acondicionadas na forma habitual para tais mercadorias ou, à falta desta, de modo apropriado à sua conservação e proteção.

(3) O vendedor não será responsável por qualquer desconformidade das mercadorias em virtude do disposto nas alíneas (a) a (d) do parágrafo anterior, se, no momento da conclusão do contrato, o comprador sabia ou não podia ignorar tal desconformidade.

Artigo 36

(1) O vendedor será responsável, de acordo com o contrato e com a presente Convenção, por qualquer desconformidade que existir no momento da transferência do risco ao comprador, ainda que esta desconformidade só venha a se evidenciar posteriormente.

(2) O vendedor será igualmente responsável por qualquer desconformidade que ocorrer após o momento referido no parágrafo anterior, que seja imputável ao descumprimento de qualquer de suas obrigações, inclusive quanto à garantia de que, durante certo período, as mercadorias permanecerão adequadas a seu uso normal ou a determinado uso especial, ou que conservarão as qualidades ou características especificadas.

Artigo 37

Em caso de entrega das mercadorias antes da data prevista para a entrega, o vendedor poderá, até tal data, entregar a parte faltante ou completar a quantidade das mercadorias entregues, ou entregar outras mercadorias em substituição àquelas desconformes ao contrato ou, ainda, sanar qualquer desconformidade das mercadorias entregues, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes nem despesas excessivas. Contudo, o comprador mantém o direito de exigir indenização por perdas e danos, de conformidade com a presente Convenção.

Artigo 38

(1) O comprador deverá inspecionar as mercadorias ou fazê-las inspecionar no prazo mais breve possível em vista das circunstâncias.

(2) Se o contrato envolver o transporte das mercadorias, a inspeção poderá ser adiada até a chegada delas a seu destino.

(3) Se o comprador alterar o destino das mercadorias em trânsito, ou as reexpedir sem ter tido oportunidade razoável de inspecioná-las, e no momento da conclusão do contrato o vendedor tenha tido ou devesse ter conhecimento da possibilidade de alteração de destino ou de reexpedição, a inspeção poderá ser adiada até a chegada das mercadorias a seu novo destino.

Artigo 39

(1) O comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em prazo razoável a partir do momento em que a constatar, ou em que deveria tê-la constatado.

(2) Em qualquer caso, o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor no prazo máximo de dois anos a partir da data em que as mercadorias efetivamente passarem à sua posse, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.

Artigo 40

O vendedor não poderá invocar as disposições dos artigos 38 e 39 se a desconformidade referir-se a fatos dos quais sabia, ou que não podia ignorar, e que não tenham sido revelados ao comprador.

Artigo 41

O vendedor deverá entregar as mercadorias livres de qualquer direito ou reivindicação de terceiros, salvo se o comprador tiver concordado em aceitá-las sujeitas a tal direito ou reivindicação. Todavia, se o referido direito ou reivindicação se basear em propriedade industrial ou em outro direito de propriedade intelectual, a obrigação do vendedor se regerá pelo artigo 42.

Artigo 42

(1) O vendedor deverá entregar as mercadorias livres de quaisquer direito ou reivindicação de terceiros com base em propriedade industrial ou em outro direito de propriedade intelectual do qual, no momento da conclusão do contrato, o vendedor souber ou não puder ignorar, desde que tal direito ou reivindicação tenha por fundamento propriedade industrial ou outro direito de propriedade intelectual:

(a) decorrente da lei do Estado em que as mercadorias devam ser revendidas ou de outra forma utilizadas se, no momento da conclusão do contrato, as partes houverem previsto que as mercadorias seriam revendidas ou de outra forma utilizadas nesse Estado, ou

(b) em qualquer outro caso, decorrente da lei do Estado em que o comprador tiver seu estabelecimento comercial.

(2) O vendedor não estará sujeito à obrigação prevista no parágrafo anterior se:

(a) no momento da conclusão do contrato o comprador tinha conhecimento ou não pudesse ignorar a existência do direito ou da reivindicação, ou

(b) o direito ou a reivindicação resultar de o vendedor ter se ajustado a plantas, desenhos, fórmulas ou outras especificações técnicas fornecidas pelo comprador.

Artigo 43

(1) O comprador perderá o direito de invocar as disposições dos artigos 41 ou 42 se não comunicar ao vendedor o direito ou a reivindicação do terceiro, especificando sua natureza, dentro de um prazo razoável a partir do momento em que tiver ou dever ter conhecimento deles.

(2) O vendedor não poderá invocar o disposto no parágrafo anterior, se sabia do direito ou reivindicação do terceiro e de sua natureza.

Artigo 44

Sem prejuízo do disposto no parágrafo (1) do artigo 39 e no parágrafo (1) do artigo 43, o comprador poderá reduzir o preço, conforme o artigo 50, ou exigir a indenização das perdas e danos, excluídos os lucros cessantes, se puder apresentar justificativa razoável por não ter efetuado a necessária comunicação.

Seção III - Direitos e ações do comprador em caso de violação do contrato pelo vendedor

Artigo 45

(1) Se o vendedor não cumprir qualquer das obrigações que lhe couberem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o comprador poderá:

(a) exercer os direitos previstos nos artigos 46 a 52;

(b) exigir a indenização das perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77.

(2) O comprador não perde o direito à indenização das perdas e danos por exercer seu direito a outras ações.

(3) Não poderá o juiz ou tribunal arbitral conceder ao vendedor qualquer período de graça, quando o comprador exercer ação contra a violação de contrato.

Artigo 46

(1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência.

(2) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento.

(3) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável em vista das circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feita no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento.

Artigo 47

(1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações.

(2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato.

Artigo 48

(1) Sem prejuízo do disposto no artigo 49, o vendedor poderá, mesmo após a data da entrega, sanar por conta própria qualquer descumprimento de suas obrigações, desde que isto não implique demora não razoável nem cause ao comprador inconveniente ou incerteza não razoáveis quanto ao reembolso, pelo vendedor, das despesas feitas pelo comprador. Contudo, o comprador manterá o direito de exigir indenização das perdas e danos, nos termos da presente Convenção.

(2) Se o vendedor pedir ao comprador que lhe faça saber se aceita o cumprimento, e o comprador não lhe responder em prazo razoável, o vendedor poderá executar suas obrigações no prazo indicado em seu pedido. O comprador não poderá, antes do vencimento desse prazo, exercer qualquer direito ou ação incompatível com o cumprimento, pelo vendedor, das obrigações que a ele incumbem.

(3) Quando o vendedor comunicar ao comprador a intenção de cumprir suas obrigações em prazo determinado, será considerado incluído o pedido, nos termos do parágrafo anterior, para que o comprador lhe faça saber sua decisão.

(4) O pedido ou a comunicação feita pelo vendedor, nos termos dos parágrafos (1) e (2) do presente artigo, não terá efeito se não for recebido pelo comprador.

Artigo 49

(1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido:

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

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

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

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

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

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

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

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

Artigo 50

Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço.

Artigo 51

(1) Se o vendedor entregar somente parte das mercadorias, ou se somente parte das mercadorias entregues estiver de acordo com o contrato, aplicar-se-ão os artigos 46 a 50 no tocante à parte faltante ou desconforme.

(2) O comprador somente poderá declarar resolvido o contrato se a entrega parcial ou a desconformidade constituir violação essencial do contrato.

Artigo 52

(1) Se o vendedor entregar as mercadorias antes da data fixada, o comprador poderá, a seu critério, recebê-las ou não.

(2) Se o vendedor entregar quantidade superior àquela prevista no contrato, o comprador poderá aceitar ou não a entrega da quantidade excedente. Se o comprador aceitar a entrega da totalidade ou de parte da quantidade excedente, deverá pagá-la de acordo com o preço do contrato.

Artigo 53

O comprador deverá pagar o preço das mercadorias e recebê-las nas condições estabelecidas no contrato e na presente Convenção.

Seção I - Pagamento do Preço

Artigo 54

A obrigação do comprador de pagar o preço compreenderá também tomar as medidas e cumprir os requisitos exigidos pelo contrato ou pelas leis ou regulamentos pertinentes destinadas a permitir o pagamento.

Artigo 55

Se o contrato tiver sido validamente concluído sem que, expressa ou implicitamente, tenha sido nele fixado o preço, ou o modo de determiná-lo, entender-se-á, salvo disposição em contrário, que as partes tenham implicitamente se referido ao preço geralmente cobrado por tais mercadorias no momento da conclusão do contrato, vendidas em circunstâncias semelhantes no mesmo ramo de comércio.

Artigo 56

Se o preço for fixado em função do peso das mercadorias, em caso de dúvida se adotará o peso líquido.

Artigo 57

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em lugar determinado, deverá pagá-lo:

(a) no estabelecimento comercial do vendedor; ou

(b) no lugar em que se efetuar a entrega, se o pagamento tiver de ser feito contra entrega das mercadorias ou de documentos.

(2) O vendedor deverá arcar com qualquer aumento de despesas relativas ao pagamento que resultar da mudança de seu estabelecimento comercial depois da conclusão do contrato.

Artigo 58

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em momento determinado, deve pagá-lo quando o vendedor colocar à sua disposição as mercadorias ou os documentos que as representarem, de acordo com o contrato ou com a presente Convenção. O vendedor poderá considerar o pagamento como condição para a entrega das mercadorias ou dos documentos.

(2) Se o contrato envolver transporte das mercadorias, o vendedor poderá expedi-las com a condição de que as mercadorias ou os documentos que as representarem só sejam entregues ao comprador contra o pagamento do preço.

(3) O comprador não estará obrigado a pagar o preço antes de ter tido a possibilidade de inspecionar as mercadorias, salvo se as modalidades de entrega ou de pagamento ajustadas pelas partes forem incompatíveis com essa possibilidade.

Artigo 59

O comprador deverá pagar o preço na data fixada ou que puder ser determinada nos termos do contrato e da presente Convenção, sem necessidade de qualquer solicitação ou outra formalidade por parte do vendedor.

Seção II – Recebimento

Artigo 60

A obrigação do comprador de proceder ao recebimento consistirá em:

- (a) praticar todos os atos razoavelmente esperados para que o vendedor possa efetuar a entrega;
- e
- b) tomar posse das mercadorias.

Seção III - Ações do vendedor em caso de violação do contrato pelo comprador

Artigo 61

(1) Se o comprador não cumprir qualquer das obrigações que lhe incumbirem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o vendedor poderá:

- (a) exercer os direitos previstos nos artigos 62 a 65;
- (b) exigir a indenização das perdas e danos previstos nos artigos 74 a 77.

(2) O vendedor não perde o direito à indenização das perdas e danos por exercer o direito a outras ações.

(3) Não poderá o juiz ou tribunal arbitral conceder ao comprador qualquer período de graça, quando o vendedor exercer uma ação por violação do contrato.

Artigo 62

O vendedor poderá exigir do comprador o pagamento do preço, o recebimento das mercadorias ou a execução de outras obrigações que a este incumbirem, salvo se o vendedor houver exercido algum direito ou ação incompatível com tal exigência.

Artigo 63

(1) O vendedor poderá conceder prazo suplementar razoável para cumprimento das obrigações que incumbirem ao comprador.

(2) O vendedor não pode, antes de vencido o prazo concedido conforme o parágrafo precedente, recorrer a qualquer ação por descumprimento do contrato, salvo se houver recebido comunicação do

comprador de que não cumprirá suas obrigações neste prazo. Todavia, o vendedor não perderá, por isto, qualquer direito que possa ter de exigir perdas e danos pela mora no cumprimento pelo comprador.

Artigo 64

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

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

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

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

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

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

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

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

Artigo 65

(1) Se o contrato dispuser que caberá ao comprador especificar a forma, as dimensões ou outras características das mercadorias e tal especificação não for efetuada na data ajustada, ou em prazo razoável após ter sido solicitada pelo vendedor, este poderá, sem prejuízo de quaisquer outros direitos que possa ter, efetuar ele próprio a especificação, de acordo com as necessidades do comprador das quais tiver conhecimento.

(2) Se a especificação for efetuada pelo próprio vendedor, este deve dar conhecimento ao comprador dos detalhes, concedendo-lhe prazo razoável para que efetue especificação diferente. Se, após receber a comunicação do vendedor, o comprador não se utilizar desta faculdade no prazo fixado, a especificação efetuada pelo vendedor tornar-se-á vinculante.

CAPITULO IV - Transferência do Risco

Artigo 66

A perda ou a deterioração das mercadorias ocorrida após a transferência de risco ao comprador não o libera da obrigação de pagar o preço, salvo se for decorrente de ato ou omissão do vendedor.

Artigo 67

(1) Se o contrato de compra e venda implicar também o transporte das mercadorias e o vendedor não estiver obrigado a entregá-las em lugar determinado, correrão por conta do comprador os riscos a partir da entrega das mercadorias ao primeiro transportador, para serem trasladadas ao comprador nos termos do contrato. Se o vendedor estiver obrigado a entregar as mercadorias ao transportador em lugar determinado, os riscos só se transferirão ao comprador quando as mercadorias forem entregues ao transportador naquele lugar. O fato de estar o vendedor autorizado a reter os documentos representativos das mercadorias não prejudicará a transferência do risco.

(2) Entretanto, o risco não se transferirá ao comprador até que as mercadorias estejam claramente identificadas para os efeitos do contrato, mediante a marcação das mercadorias, pelos documentos de expedição, por comunicação enviada ao comprador ou por qualquer outro modo.

Artigo 68

Se as mercadorias forem vendidas em trânsito, o risco se transferirá ao comprador a partir do momento em que o contrato for concluído. Não obstante, se assim resultar das circunstâncias, o risco será assumido pelo comprador a partir do momento em que as mercadorias tiverem passado para a posse do transportador que houver emitido os documentos referentes ao contrato de transporte. Todavia, o risco da perda ou deterioração correrá por conta do vendedor se, no momento da conclusão do contrato de compra e venda, o vendedor sabia ou devesse saber que as mercadorias sofreram perda ou deterioração, sem ter informado ao comprador.

Artigo 69

(1) Nos casos não compreendidos nos artigos 67 e 68, o risco se transferirá ao comprador quando este retirar as mercadorias ou, se não o fizer no tempo devido, a partir do momento em que as mercadorias forem colocadas à sua disposição, estando ele em violação contratual por recusar-se a recebê-las.

(2) Não obstante, se o comprador estiver obrigado a retirar as mercadorias noutro lugar que não o estabelecimento comercial do vendedor, o risco se transferirá quando a entrega se efetuar e o comprador souber que as mercadorias estão à sua disposição nesse lugar.

(3) Se o contrato se referir a mercadorias ainda não individualizadas, não se considerará que tenham sido postas à disposição do comprador até que sejam elas claramente identificadas para os efeitos do contrato.

Artigo 70

Se o vendedor houver cometido violação essencial do contrato, as disposições dos artigos 67, 68 e 69 não prejudicarão as ações de que dispõe o comprador em consequência de tal violação.

CAPITULO V - Disposições Comuns às Obrigações do Vendedor e do Comprador

Seção I - Violação antecipada e contratos com prestações sucessivas

Artigo 71

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

- (a) a grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou
- (b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato.

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

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

Artigo 72

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

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

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

Artigo 73

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

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

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

Seção II - Perdas e Danos

Artigo 74

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

ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

Artigo 75

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

Artigo 76

(1) Se o contrato for rescindido e as mercadorias tiverem preço corrente, a parte que exigir a indenização das perdas e danos poderá, se não houver procedido à compra substitutiva ou à venda substitutiva previstas no artigo 75, obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como quaisquer outras perdas e danos exigíveis em razão do artigo 74. Não obstante, se a parte que exigir a indenização houver resolvido o contrato após ter tomado posse das mercadorias, aplicar-se-á o preço corrente no momento de tomada de posse, em lugar do preço corrente no momento da rescisão.

(2) Para os fins do parágrafo anterior, o preço corrente será aquele do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter sido efetuada ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço praticado em outra praça que puder razoavelmente substituí-lo, levando-se em consideração as diferenças no custo de transporte das mercadorias.

Artigo 77

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

Seção III – Juros

Artigo 78

Se uma das partes deixar de pagar o preço ou qualquer outro valor devido, a outra parte terá direito a receber os juros correspondentes, sem prejuízo de qualquer indenização das perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

Seção IV - Exclusão de responsabilidade

Artigo 79

(1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

(2) Se o inadimplemento de uma das partes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, esta parte somente ficará exonerada de sua responsabilidade se:

(a) estiver exonerada do disposto no parágrafo anterior; e

(b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso lhe fossem aplicadas as disposições daquele parágrafo.

(3) A exclusão prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento.

(4) A parte que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se a outra parte não receber a comunicação dentro de prazo razoável após o momento em que a parte que deixou de cumprir suas obrigações tiver ou devesse ter tomado conhecimento do impedimento, esta será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação.

(5) As disposições deste artigo não impedem as partes de exercer qualquer outro direito além da indenização por perdas e danos nos termos desta Convenção.

Artigo 80

Uma parte não poderá alegar o descumprimento da outra, na medida em que tal descumprimento tiver sido causado por ação ou omissão da primeira parte.

Seção V - Efeitos da rescisão

Artigo 81

(1) A rescisão do contrato liberará ambas as partes de suas obrigações, salvo a de indenizar as perdas e danos que possam ser devidas. Todavia, a rescisão não prejudicará as disposições contratuais a respeito da solução de controvérsias, nem qualquer outra estipulação do contrato que regule os direitos e obrigações das partes em caso de rescisão.

(2) A parte que tiver cumprido total ou parcialmente o contrato poderá reclamar da outra parte a restituição daquilo que houver fornecido ou pago nos termos do contrato. Se ambas as partes estiverem obrigadas a restituir, deverão fazê-lo simultaneamente.

Artigo 82

(1) O comprador perderá o direito de declarar resolvido o contrato, ou de exigir do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas, se for impossível ao comprador restituir tais mercadorias em estado substancialmente idêntico ao que se encontravam quando foram recebidas.

(2) Não se aplicará o parágrafo anterior se:

(a) a impossibilidade de restituir as mercadorias ou de restituí-las em estado substancialmente idêntico àquele em que o comprador as houver recebido não for imputável a qualquer ato ou omissão deste;

(b) as mercadorias, ou parte delas, tiverem perecido ou se deteriorado em consequência do exame prescrito no artigo 38; ou

(c) o comprador, antes de descobrir a desconformidade ou de dever tê-la descoberto, tiver vendido as mercadorias ou parte delas no curso normal de seus negócios, ou as tiver consumido ou transformado segundo o uso normal.

Artigo 83

O comprador que tiver perdido o direito de declarar resolvido o contrato, ou de exigir do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas, de acordo com o artigo 82, manterá, não obstante, todas as demais ações que lhe corresponderem, segundo o contrato e a presente Convenção.

Artigo 84

(1) Se o vendedor estiver obrigado a restituir o preço, deverá também reconhecer os juros correspondentes, a partir da data em que tiver ocorrido o pagamento do preço.

(2) O comprador deverá reconhecer ao vendedor o valor de todo proveito que tiver auferido com as mercadorias ou com parte delas:

(a) quando tiver de restituí-las, no todo ou em parte;

(b) quando lhe for impossível restituir a totalidade ou parte das mercadorias, ou restituí-las, no todo ou em parte, em estado substancialmente idêntico àquele em que as houver recebido, mas tiver, não obstante, declarado rescindido o contrato, ou exigido do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas.

Seção VI - Conservação das Mercadorias

Artigo 85

Se o comprador retardar o recebimento das mercadorias ou retardar o pagamento do preço quando tal pagamento for devido simultaneamente à entrega das mercadorias, o vendedor deverá adotar medidas razoáveis para a conservação destas, atendidas as circunstâncias, caso esteja na posse das mercadorias ou possa por outra forma dispor das mesmas. O vendedor terá direito a reter as mercadorias até que obtenha do comprador o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

Artigo 86

(1) Se o comprador tiver recebido as mercadorias e tiver a intenção de exercer o direito de recusa conferido pelo contrato ou pela presente Convenção, deverá adotar as medidas que forem razoáveis, atendidas as circunstâncias, para a respectiva conservação. O comprador terá direito de reter as mercadorias até que obtenha do vendedor o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

(2) Se as mercadorias remetidas ao comprador tiverem sido colocadas à disposição deste no lugar de destino e o comprador exercer o direito de recusa, este deverá tomar posse das mercadorias por conta do vendedor, quando for isso possível sem pagamento do preço, inconvenientes ou gastos não razoáveis. Esta disposição não se aplicará quando o vendedor ou a pessoa autorizada a tomar posse das mercadorias por conta deste estiver presente no local de destino. Os direitos e obrigações

do comprador que tomar posse das mercadorias nos termos do presente parágrafo se regerão pelo parágrafo precedente.

Artigo 87

A parte que estiver obrigada a adotar medidas para a conservação das mercadorias poderá depositá-las em armazém de terceiro, por conta da outra parte, desde que os gastos resultantes não sejam não razoáveis.

Artigo 88

(1) A parte que estiver obrigada a providenciar a conservação das mercadorias, conforme as disposições dos artigos 85 e 86, poderá vendê-las por qualquer meio apropriado se a outra parte retardar por um tempo não razoável tomar posse delas, aceitar sua devolução ou pagar o preço dos gastos de sua conservação, desde que comunique à outra parte, com antecedência razoável, sua intenção de proceder à venda.

(2) Se as mercadorias estiverem sujeitas a rápida deterioração, ou se sua conservação exigir gastos não razoáveis, a parte que estiver obrigada a providenciar sua conservação conforme as disposições dos artigos 85 e 86 deverá adotar medidas razoáveis para vendê-las. Na medida do possível, deverá comunicar à outra parte sua intenção de proceder à venda.

(3) A parte que vender as mercadorias terá direito de reter, do produto da venda, importância equivalente aos gastos razoáveis que foram realizados com sua conservação e venda, devendo entregar o saldo à outra parte.

PARTE IV - Disposições Finais

Artigo 89

O Secretário Geral das Nações Unidas fica designado depositário da presente Convenção.

Artigo 90

A presente Convenção não prevalece sobre qualquer acordo internacional já celebrado, ou que vier a sê-lo, que contenha disposições relativas às matérias regidas pela presente Convenção, desde que as partes tenham seus estabelecimentos comerciais em Estados Partes nesse acordo.

Artigo 91

(1) A presente Convenção estará aberta à assinatura na sessão de encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e permanecerá aberta à assinatura de todos os Estados na Sede das Nações Unidas, em Nova York, até 30 de setembro de 1981.

(2) A presente Convenção está sujeita à ratificação, aceitação ou aprovação pelos Estados signatários.

(3) A presente Convenção estará aberta à acessão de todos os Estados que não sejam Estados signatários, a partir da data em que ficar aberta à assinatura.

(4) Os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação e acessão serão depositados em poder do Secretário Geral das Nações Unidas.

Artigo 92

(1) Qualquer Estado Contratante pode declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a Parte II ou a Parte III da presente Convenção.

(2) Qualquer Estado Contratante que tiver feito a declaração prevista no parágrafo anterior com relação à Parte II ou à Parte III da presente Convenção não se considerará Estado Contratante para os efeitos do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção, no que concerne às matérias que sejam regidas pela Parte a que se referir a declaração.

Artigo 93

(1) Qualquer Estado Contratante integrado por duas ou mais unidades territoriais nas quais, de conformidade com sua Constituição, forem aplicáveis sistemas jurídicos diversos relativamente às matérias objeto da presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que a presente Convenção se aplicará a todas suas unidades territoriais ou somente a uma ou a algumas delas, podendo modificar a qualquer momento sua declaração mediante outra declaração.

(2) Estas declarações serão notificadas ao depositário e nelas se fará constar expressamente as quais unidades territoriais a Convenção se aplicará.

(3) Se, em virtude de declaração feita nos termos deste artigo, a presente Convenção se aplicar a uma ou a algumas das unidades territoriais do Estado Contratante mas não a todas elas, e se o estabelecimento comercial de uma das partes estiver situado nesse Estado, considerar-se-á, para os efeitos da presente Convenção, que esse estabelecimento não está num Estado Contratante, salvo se se encontrar numa unidade territorial na qual a Convenção se aplicar.

(4) Se o Estado Contratante não fizer qualquer declaração nos termos do parágrafo (1) deste artigo, aplicar-se-á a Convenção a todas as unidades territoriais desse Estado.

Artigo 94

(1) Dois ou mais Estados Contratantes que tiverem normas jurídicas idênticas ou similares nas matérias que se regem na presente Convenção podem, a qualquer momento, declarar que a Convenção não se aplicará aos contratos de compra e venda, ou à respectiva formação, quando as partes tiverem seus estabelecimentos comerciais nesses Estados. Tais declarações podem ser feitas conjuntamente ou mediante declarações unilaterais recíprocas.

(2) Qualquer Estado Contratante que tiver normas jurídicas idênticas ou similares às de um ou de vários Estados não contratantes, nas matérias que se regem na presente Convenção, poderá a qualquer momento declarar que a Convenção não se aplicará aos contratos de compra e venda, ou à respectiva formação, quando as partes tiverem seus estabelecimentos comerciais nesses Estados.

(3) Se o Estado a respeito do qual tiver sido feita a declaração prevista no parágrafo anterior tornar-se ulteriormente Estado Contratante, a referida declaração produzirá os efeitos da declaração prevista no parágrafo (1), a partir da data em que a Convenção vigorar em relação ao novo Estado

Contratante, desde que este subscreva essa declaração, ou faça uma declaração unilateral de caráter recíproco no mesmo sentido.

Artigo 95

Qualquer Estado poderá declarar, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a disposição da alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção.

Artigo 96

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

Artigo 97

(1) As declarações feitas de conformidade com a presente Convenção, no momento da assinatura, estarão sujeitas a confirmação quando da respectiva ratificação, aceitação ou aprovação.

(2) As declarações e as confirmações de declarações serão feitas por escrito e serão formalmente notificadas ao depositário.

(3) As declarações surtirão efeitos a partir da data de entrada em vigor da presente Convenção em relação ao Estado a que se referirem. Não obstante, a declaração cuja notificação formal for recebida pelo depositário após tal entrada em vigor produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a notificação. As declarações unilaterais recíprocas feitas conforme o artigo 94 produzirão efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a última declaração.

(4) Qualquer Estado que fizer declaração conforme a presente Convenção poderá retirá-la a qualquer momento, mediante notificação formal, feita por escrito ao depositário. Esta retirada produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a notificação.

(5) A retirada de declaração feita nos termos do artigo 94 tornará ineficaz qualquer declaração de caráter recíproco feita por outro Estado de conformidade com tal artigo, a partir da data em que tal retirada produzir efeito.

Artigo 98

Não se admitirão quaisquer reservas além daquelas expressamente autorizadas pela presente Convenção.

Artigo 99

(1) Esta Convenção entrará em vigor, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo, no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contados da data em que houver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, incluindo o instrumento que contenha declaração feita nos termos do artigo 92.

(2) Quando um Estado ratificar, aceitar, aceder ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aderir, após haver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, a Convenção, salvo a Parte excluída, entrará em vigor com relação a esse Estado no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que haja depositado seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo.

(3) Um Estado que ratificar, aceitar, aprovar a presente Convenção ou a ela aceder, e for parte da Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias celebrada na Haia em 10 de junho de 1964 (Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação), ou da Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias celebrada na Haia em 10 de julho de 1964 (Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda), ou de ambas as Convenções, deverá ao mesmo tempo denunciar, conforme o caso, a Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda, a Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação ou ambas as Convenções, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

(4) Um Estado parte da Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda que ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aceder, e declarar ou tiver declarado, nos termos do artigo 92, que não adotará a Parte II da presente Convenção, deverá, no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, denunciar a Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

(5) Um Estado parte da Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação que ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aceder, e declarar ou tiver declarado, nos termos do artigo 92, que não adotará a Parte III da presente Convenção, deverá, no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, denunciar a Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

(6) Para os efeitos deste artigo, as ratificações, aceitações, aprovações e acessões com respeito à presente Convenção por Estados partes da Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação ou da Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda, não produzirão efeitos até que as denúncias que estes Estados devam fazer com relação a essas duas mencionadas Convenções tenham produzido seus devidos efeitos. O depositário da presente Convenção consultará o Governo dos Países Baixos, como depositário das Convenções de 1964, a fim de assegurar a necessária coordenação a este respeito.

Artigo 100

(1) Esta Convenção somente se aplicará à formação do contrato quando a oferta de conclusão do contrato se fizer a partir da data de entrada em vigor da Convenção, com relação aos Estados Contratantes a que se refere a alínea (a) do parágrafo (1) do artigo 1, ou com relação ao Estado Contratante a que se refere a alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1.

(2) Esta Convenção somente se aplicará aos contratos concluídos a partir da data de entrada em vigor da Convenção com relação aos Estados Contratantes a que se refere a alínea (a) do parágrafo (1) do artigo 1, ou com relação ao Estado Contratante a que se refere a alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1.

Artigo 101

(1) Qualquer Estado Contratante poderá denunciar a presente Convenção, sua Parte II ou sua Parte III mediante notificação formal, feita por escrito ao depositário.

(2) A denúncia produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que a notificação houver sido recebida pelo depositário. Quando na notificação se estabelecer prazo mais longo para que a denúncia produza efeito, esta tornar-se-á eficaz no término desse prazo, contado da data em que a notificação houver sido recebida pelo depositário.

Feita em Viena, no undécimo dia de abril de mil novecentos e oitenta, em um só original, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos.

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, firmaram a presente Convenção

*