

ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO DO INADIMPLEMENTO FUNDAMENTAL PREVISTO NA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980 SOBRE A COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

ANALYSIS OF THE OF FUNDAMENTAL BREACH INSTITUTE UNDER THE VIENNA CONVENTION OF 1980 ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Lara Dias Martinewski*

Leonardo Stocker Pereira da Cunha**

RESUMO

RESUMO: O artigo tem por escopo analisar um dos institutos mais controversos e inovadores da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), qual seja o inadimplemento fundamental do contrato. A CISG apresenta redação ampla ao tratar do instituto, utilizando conceitos indeterminados, mormente em razão da necessária flexibilidade de um direito uniforme. Isso dificulta a subsunção imediata pelos aplicadores do direito e abre diferentes caminhos de interpretação. Desta forma, para compreender a figura do inadimplemento fundamental e suas consequências, torna-se imprescindível explorar o conceito do instituto, quais seus elementos e como ocorre a resolução do contrato de compra e venda internacional, procedendo à análise de casos. Depreende-se que a manutenção dos negócios jurídicos é a regra, enquanto a resolução, diante de descumprimento obrigacional, é mais do que a exceção, é a última hipótese prevista para por fim à negociação levada a cabo pelas partes. Do contrário, se fosse possibilitada a resolução contratual, não como *ultima ratio*, mas como uma acessibilidade irrestrita, se estaria aludindo à insegurança, jurídica e econômica, nas relações comerciais.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos. Compra e Venda Internacional de Mercadorias. CISG. Inadimplemento fundamental.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Da construção teórica do conceito de inadimplemento fundamental do contrato na Convenção de Viena. 1.1. Condições para o inadimplemento fundamental do contrato. 1.2. Do inadimplemento fundamental por violação de obrigação acessória. 2. Da resolução contratual diante do inadimplemento fundamental. 2.1. Inadimplemento fundamental na jurisdição estatal. 3. Considerações finais. Referências.

REFERÊNCIA: MARTINEWSKI, Lara Dias; PEREIRA DA CUNHA, Leonardo Stocker. Análise acerca do instituto do inadimplemento fundamental previsto na Convenção de Viena de 1980 sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 4, n. 1, Porto Alegre, p. 49-72, jun. 2019.

* Mestre em Direito Civil e Empresarial, Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração, e Bacharel em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público.

** Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito e Especialista em Direito Internacional Público e Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT

The article aims to analyze one of the most controversial and innovative institutes of the Vienna Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), which is the fundamental breach of contract. The CISG presents a certain open texture when addressing this issue, using undetermined concepts, due to the necessary flexibility of a uniform law. This makes difficult to directly apply these provisions and opens different interpretations. Thus, in order to understand the fundamental breach and its consequences, it becomes imperative to know the its concept, its elements and how the international sale of goods contract is terminated, by means of a case law analysis. It appears that the maintenance of legal business is the rule, while the resolution, in the face of noncompliance, is more than the exception, it is the last hypothesis expected to terminate a given negotiation carried out by the parties. Otherwise, if the avoidance of the contract were possible, not as ultima ratio, but as an unrestricted accessibility, one would be referring to the legal and economic insecurity in commercial relations.

KEYWORDS

Contracts. International Sale of Goods. CISG. Fundamental breach.

INTRODUÇÃO

A Convenção de Viena sobre os Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, mais conhecida pela sigla *CISG* (*Convention on Contracts for the International Sales of Goods*), regula de forma uniformizada a contratação e consequências jurídicas da compra e venda internacional de mercadorias de natureza mercantil. No Brasil está em vigor desde 2014 e conta atualmente com 89 estados membros.¹

A adoção de um direito uniforme para a compra e venda constitui tentativa para superar a insegurança derivada da miscelânea de regras existentes para regular contratos em diferentes culturas jurídicas, que, muito embora sua diversidade, necessitam comerciar e contratar entre si. Vive-se em uma época de unificação do direito, visto que as diferenças estão diminuindo ao redor do mundo ocidental, tanto no direito público quanto privado. De uma forma ou outra, é exatamente a filosofia de um direito uniforme positivado por meio de tratado internacional, com a estabilidade que lhe é peculiar, que está por detrás da adoção da *CISG* (TRIPODI, 2015, p. 3).

Como bem observado por Leandro Tripodi, “A *CISG* é um instrumento de uniformização das regras materiais e, portanto, dentro do seu campo de aplicação material, dispensa a aplicação prévia de regras de determinação do direito aplicável” (TRIPODI, 2015, p. 3). Neste sentido, tendo em vista que a Convenção de Viena é um *standard* de comportamento exigido às partes contratantes, somente em casos de embate é que os juízes serão chamados para interpretar os dispositivos da Convenção. Da mesma forma, os atores do comércio internacional não são os magistrados, mas sim os comerciantes (PIGNATTA, 2011, p. 39) significando também que o juiz, ao interpretar os dispositivos da *CISG* deverá fazê-lo buscando a uniformidade em escala mundial (PIGNATTA, 2011, p. 40), e não simplesmente aplicando a fria letra da Convenção.

A ideia por detrás da criação da Convenção de Viena é que seria possível sua universalização para possibilitar a aplicação a qualquer relação jurídica que se qualifique como contrato de compra e venda internacional de mercadorias (TRIPODI, 2015, p. 3).

A trajetória percorrida até a efetiva redação da Convenção de Viena de 1980 passou por várias etapas e sua redação foi inspirada a partir de certos modelos já existentes, merecendo destaque, dentre eles, a *Lex Mercatoria* (FRADERA, 2015, p.207): “A *Lex Mercatoria*, (em latim não há acentos), segundo Gerard Malynes, seria ‘a lei costumeira dos comerciantes [...] mais antiga do que qualquer lei escrita [...] e cujo fundamento é a Razão e a Justiça’” (FRADERA, 2015, p. 207).

De acordo com Véra Fradera, a *Lex Mercatoria*

¹ Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>.

é uma criação dos tribunais de comércio medievais destinada a dirimir extrajudicialmente os conflitos jurídicos relacionados ao exercício do comércio, além das fronteiras de determinado burgo. Observa-se uma grande expansão da utilização da *Lex Mercatoria* durante a Idade Média, comprovada pela jurisprudência da Liga Hanseática e a dos Tribunais do Mar, como os de Veneza, as Repúblicas do Adriático, e, no Mediterrâneo, os dos antigos portos de Barcelona e Gênova, [...] sem esquecer os ingleses e sua Law Merchant (FRADERA, 2015, p.208).

Entretanto, fala-se desde meados da década de oitenta de uma nova *Lex Mercatoria*, um direito próprio da sociedade globalizada. A expressão tem uma origem erudita, aludindo “ao renascimento, na época moderna, de um direito também universal, como foi universal o direito dos mercadores da época medieval” (FRADERA, 2015, p.209). Dessa forma, a necessidade de segurança nas relações comerciais internacionais demandou a uniformização das regras reguladoras do contrato de compra e venda internacional nos tempos atuais.

Com efeito, na década de 1920, com a criação do UNIDROIT, iniciaram-se os esforços para a criação de um direito uniforme nas diversas áreas do direito privado sob influência do professor alemão Ernst Rabel, que falava em um direito uniforme para a compra e venda de mercadorias em sua obra intitulada *Das Recht des Warenkaufs*. No entanto, com o advento da Segunda Guerra Mundial, apenas em 1951, por iniciativa do governo da Holanda, convocou-se uma conferência diplomática para que certas diretrizes fossem traçadas e um anteprojeto elaborado, o qual foi publicado em 1956. Finalmente em 1964, também na Holanda, uma nova conferência foi realizada, resultando na adoção de duas convenções: a primeira governava a formação dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, ULIS (*Uniform Law on International Sales*) (LUVI - Lei Uniforme sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, em português), e a outra, os direitos e obrigações decorrentes desses contratos, ULF (*Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sales*) (LUFC - Lei Uniforme sobre Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, em português). Coletivamente se chamaram de Leis Uniformes da Haia sobre compra e venda internacional de mercadorias.

As leis uniformes da Haia não alcançaram grande aceitação pelos Estados-membros, pois os textos eram permeados de idiosincrasias (temperamento peculiar), como, por exemplo, a utilização do conceito de objetos móveis corpóreos ao invés de mercadorias. Foi então criada a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), em 1968. Na primeira sessão no mesmo ano de 1968 se decidiu por não utilizar as leis uniformes de 1964, tendo em vista que os textos, já então existentes, teriam de sofrer modificações substanciais que os descaracterizariam completamente.

Por meio de um grupo de trabalho inicialmente formado por 14 estados-membros (inclusive o Brasil por meio dos representantes brasileiros, Franchini Netto e Andrade, vice-presidentes da Confe-

rência²), se deu início aos trabalhos para criação de um novo texto. Posteriormente, o grupo de trabalho foi ampliado, a fim de englobar as mais representativas tradições jurídicas, linguísticas, políticas e econômicas existentes. Destarte, como expôs Leandro Tripodi, a elaboração da CISG foi um sucesso, mormente em razão das adesões dos principais estados partícipes do comércio mundial:

De modo que, como se pode notar, o rol de Estados participantes na gestação do texto, representados por hábeis especialistas, constituía um pool verdadeiramente global, o que levou à criação de um texto que, efetivamente, pode ser tido não somente como sintético em relação às tensões existentes entre as diferentes tendências culturais existentes no mundo, como também um sucesso em número de adesões, principalmente quando se considera o percentual de participação dos estados aderentes no comércio mundial (TRIPODI, 2015, p. 7).

Mediante a elaboração do tratado, a Convenção foi estruturada em quatro partes: A parte I lida com a esfera de aplicação material da Convenção, além das regras tocantes à autonomia da vontade, interpretação e forma – abrangendo a temática clássica do direito internacional privado; as partes II e III dizem respeito, respectivamente, à formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias e das obrigações resultantes desses contratos para comprador e vendedor, se tratam das disposições de direito material aplicável à espécie contratual regida pela CISG; a parte IV se refere às disposições de direito internacional público, muito embora não diga respeito à compra e venda, contém disposições importantes para a determinação da aplicabilidade da Convenção em virtude da vontade das partes (estados) contratantes.

Se não houvesse *gaps* (no sentido de conceitos indeterminados), a Convenção talvez não atingisse tão grande sucesso, em razão de possível choque cultural de diversos conceitos jurídicos inerentes aos diferentes países aderentes. O presente artigo tem por escopo analisar um dos institutos mais controvertidos e inovadores da Convenção, qual seja o inadimplemento fundamental do contrato, previsto no art. 25 da CISG.

A noção de inadimplemento fundamental define, nas palavras de Michael Will, “a vida ou morte” (WILL, 1987, p. 205) do contrato, delimitando as possibilidades de sua resolução e outros mecanismos da CISG. Assim, entender o artigo 25 da CISG é requerimento necessário para que as partes calculem o risco de entrar em contratos de venda internacional. Duvidosa seria a utilidade do instituto, quando a parte somente descobre seus méritos no momento de discutir judicialmente um contrato firmado. Existem poucos sistemas legais nacionais nos quais certo remédio processual não pode ser conhecido de antemão. E o sistema estabelecido pela CISG não é uma exceção.

Conforme se verá a seguir, não obstante as vantagens da imprecisão conferida ao instituto pela CISG, mormente em razão da inflexibilidade de um direito uniforme, o instituto acaba por gerar inú-

² Disponível em <<http://www.cisg-brasil.net/doc/idolganova1.pdf>>.

meras dúvidas, seja por dificultar uma subsunção imediata pelos aplicadores do direito, seja por abrir diferentes caminhos de interpretação.

Na tentativa de compreender a figura do inadimplemento fundamental e suas consequências para o contrato de venda internacional de mercadorias, será necessário resolver as principais questões acerca do tema. É imprescindível saber do que trata o inadimplemento fundamental, quais seus elementos e como ocorre a resolução do contrato de compra e venda internacional.

1 DA CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO CONCEITO DE INADIMPLEMENTO FUNDAMENTAL DO CONTRATO NA CONVENÇÃO DE VIENA

O conceito de inadimplemento fundamental, previsto na Convenção de Viena, é um instituto único inexistente em qualquer ordenamento jurídico interno. De acordo com Bruno Zeller, o problema inerente à quebra do contrato atrai diferentes soluções, de sorte que, em todo sistema legal, existem expressões e técnicas não reconhecidas em nenhum outro lugar. Para um “*remedial system*” obter êxito, o remédio apresentado deve ser economicamente defensável e valer para o direito de ambas as partes, em qualquer contrato (ZELLER, 2004, p.221).

A aplicabilidade do instituto do inadimplemento fundamental aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias somente seria possível pelo caráter impreciso do instituto. Conforme lição de Leonardo Graffi, a imprecisão é necessária pela diferença do conceito de inadimplemento fundamental existente nos vários sistemas jurídicos, levando os redatores a evitar um acordo no tipo de quebra conducente à resolução do contrato (GRAFFI, 2003, p. 338).

A convenção não apresenta um exemplo de quebra de contrato que levaria à resolução. A CISG sequer apresenta um exemplo do que poderia constituir uma quebra fundamental, mas, pelo contrário, apenas fornece diretrizes gerais de interpretação, cuja consolidação ainda está em fase inicial.

Diferentes sistemas usam diferentes soluções para resolver o mesmo problema. Exemplificadamente, o sistema alemão distingue descumprimento, mora e violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*). Conforme preceitua Zeller, a distinção estabelecida pelo ordenamento jurídico alemão não foi recebida em nenhum outro lugar. Da mesma forma, advogados germânicos e anglo-saxônicos não apreciam o sistema francês, no qual é necessária uma declaração judicial para liberar as partes de suas obrigações contratuais (ZELLER, 2007, p.221).

Em relação ao sistema francês, Véra Fradera aduz a existência da denominada *contravention essentielle*, produzida por uma falta grave de uma das partes. No entanto, para que essa *contravention essentielle* produza a resolução do pacto, deverá haver a intervenção judicial, porquanto a parte prejudicada não pode resolver extrajudicialmente o contrato, como previsto, repita-se, na Convenção

de Viena (FRADERA, 2015, p.6), na qual, a declaração da violação fundamental é unilateral e independe de atuação do magistrado (FRADERA, 2015, p.8).

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, o inadimplemento fundamental da Convenção tampouco é equiparável ao inadimplemento absoluto, previsto nos artigos 475 e 395, parágrafo único do Código Civil. A solução prevista na Convenção trata, na realidade, de uma tentativa de solução à violação contratual em conformidade com a prática transnacional, diferentemente do Código Civil brasileiro. Nesse sentido, não se deve confundir a quebra fundamental, regulada pela Convenção, com qualquer tipo de instituto existente no direito brasileiro (ALVES; MARTINI, 2015, p. 278).

Ainda no que toca ao direito germânico, aponta Bruno Zeller que o direito obrigacional Alemão foi modernizado em razão de esforços da União Europeia para alcançar princípios comuns e estruturas para a lei de obrigações na Europa. Como consequência destas iniciativas, o *BGB* foi revisado e, dentre outras reformas, o conceito básico de quebra de contrato foi reescrito seguindo soluções da CISG (ZELLER, 2007, p.221).

Da mesma forma, nas jurisdições de *commom law*, as distinções são desenhadas entre *minor breaches* e *major breaches*, sendo a primeira uma quebra de *warranty* e a segunda uma quebra de *condition* (ZELLER, 2007, p.221). A parte prejudicada somente teria direito à resolução contratual quando uma *condition* fosse quebrada. A *condition* seria, portanto uma parte essencial do contrato, quando se pode depreender das circunstâncias que o comprador não teria concluído o contrato se essa *condition* não estivesse presente (FRADERA, 2015, p.7).

Ainda que a expressão “não teria concluído o contrato”, prevista na doutrina do *fundamental breach* do direito inglês, esteja no âmago do inadimplemento fundamental previsto na CISG, não há que se falar no mesmo sentido do Direito Inglês. Para Vera Fradera, seria uma hipótese de *faux amis* (falsos cognatos), porquanto a *fundamental breach* prevista no Direito Inglês implica na afirmação da responsabilidade e não na resolução do contrato, como na CISG (FRADERA, 2015, p.7).

Indo ao encontro dos demais doutrinadores, Franco Ferrari não acredita possível assimilar o conceito de inadimplemento fundamental da Convenção com a idêntica expressão oriunda do Direito Contratual Inglês. Até porque, consoante o artigo 7º, primeira parte, da Convenção, uma interpretação nacionalista da CISG deve ser evitada, mesmo nos casos, ainda que raros, nos quais a versão original da CISG usa termos com um significado preciso em um sistema jurídico particular, desde que os redatores não tenham intencionalmente *pego emprestados* aqueles termos de um sistema jurídico particular (FRANCO, 2006, p. 492).

Consoante Ingeborg Schwenzer, a CISG claramente não contém regra equivalente à encontrada no direito anglo-americano. A abordagem da Convenção é diferente na sua concepção de opções corretivas do comprador. Sob a CISG, o comprador não tem poder de rejeitar os produtos, no senso

de rejeição como pré-requisito de quebra. O artigo 86 não dá o direito incondicional de rejeitar proposta não-conforme. Ao contrário, qualquer direito de rejeitar os produtos deve ser lido em conjunto com outras previsões da Convenção (SCHWENZER, 2005, p. 800).

Prosseguindo no seu argumento, Schwenzler afirma que, de acordo com a CISG, o direito de rejeitar os produtos é limitado a certas situações.³ No entanto, tais recusas não condicionam qualquer direito de evitar o contrato. Diferentemente dos sistemas de *common law*, a Convenção não prevê qualquer relação causal entre rejeição e recusa. Não existe requisito para que o comprador rejeite os produtos. A recusa sob a CISG depende apenas das características do inadimplemento envolvido (SCHWENZER, 2005, p. 800).

De qualquer sorte, não restaram provas demonstrando serem insuperáveis as diferenças entre os sistemas jurídicos. Tornou-se possível para as nações adotar o que se chamou de compromisso com a fórmula da CISG. O fato de a UNIDROIT e a Comissão Europeia de Direito Contratual terem usado a CISG como base para as suas deliberações indica que a CISG é um produto de sucesso nascido de intenso estudo jurídico comparado de outros sistemas (ZELLER, 2007, p.222).

Por outro lado, o inadimplemento fundamental, conducente à resolução contratual, é um princípio único, ou, como alguns autores afirmam, um conceito marcante (*milestone concept*) (GRAFFI, 2003, p. 338).

Para Peter Huber, é de conhecimento geral que a Convenção teve e tem tido uma história de sucesso. Um expressivo número de Estados ratificaram a CISG e existe um considerável corpo de precedentes, que podem ser acessados por diversos *sites*.⁴ Além disto, as cortes e acadêmicos germânicos abraçaram o novo instrumento, seja por aplicá-lo, seja escrevendo sobre o mesmo (HUBER, 2001, p. 150).

A quebra fundamental vai ao coração do contrato, sendo a condição essencial para resolvê-lo. Em outras palavras, o instituto em questão decide se o contrato vive ou morre (WILL, 1987, p. 205). E, conforme lição de Bruno Zeller, a CISG é limitada apenas àqueles casos em que tenha havido uma quebra de contrato (ZELLER, 2007, p. 223).

Como referido, o artigo 25 possui um sentido original nunca visto nos ordenamentos pátrios. À luz da necessidade do comércio internacional, o inadimplemento fundamental deve ser considerado como remédio de *ultima ratio*. Não apenas o artigo 49(1)(a), mas também muitas outras regras confirmam que a CISG permite a resolução contratual apenas sob estritas condições e apenas como único recurso. Se possível, um cancelamento economicamente custoso da venda deverá ser evitado.

³ A regra do artigo 52 permite que o comprador recuse receber apenas se o vendedor entregar os bens antes da data fixada ou se o vendedor entregar quantidade dos produtos superior ao estipulado no contrato.

⁴ Como Al Kritzer's Pace Database e CISG Online.

Apenas nos casos em que a gravidade da quebra é inaceitável deveria a parte lesada ser capaz de abandonar o contrato (SCHWENZER, 2005, p. 799).

No mesmo sentido, Benicke e Zeller referem que a premissa básica é de manter o contrato em ação o máximo possível, na medida em que a CISG reconhece que cancelar um contrato no comércio internacional é extremamente difícil e improdutivo e deveria apenas ser o remédio de último recurso (ZELLER, 2004, p. 82). Não bastasse a dificuldade de cancelamento de contrato de compra e venda internacional, a sua manutenção visa preservar a segurança jurídica e, conseqüentemente, a segurança econômica, mediante a conservação dos preços em patamar razoável, beneficiando ambas as partes (ALVES; MARTINI, 2015, p. 281).

A respeito do princípio da preservação do contrato, Ignacio Cobera Dale assevera que o escopo buscado pela Convenção é o de reduzir o número de eventos nos quais o contrato pode ser resolvido, sob o fundamento de uma quebra fundamental da obrigação contraída, especialmente em razão da efetividade e certeza das transações legais serem verdadeiramente necessárias para o comércio internacional e seu dinamismo. A resolução contratual somente será aceitável em base excepcional, a fim de preservar a continuidade efetiva da transação legal, prevenindo a resolução do acordo diante de quebras mínimas e não-fundamentais (DALE, 2013, p. 8).

Muito embora a definição final adotada no artigo 25 tenha sido objeto de críticas, mormente em razão de sua vagueza e pelo suposto insucesso em proporcionar uma regra geral eficiente do ponto de vista de custo, adequada para várias partes, os contornos, de certa forma subjetivos, do artigo 25 demonstram que uma violação essencial é sempre tão vaga, ou tão precisa, quanto as expectativas das partes no contrato, aplicando-se a regra geral apenas quando as próprias partes deixam de estabelecer tais expectativas (SCHWENZER; SCHLECHTRIEM, 2014, p. 528).

1.1 Condições para o inadimplemento

Dispõe o artigo 25 da Convenção, em relação ao inadimplemento fundamental do contrato, que a quebra do contrato por uma das partes é fundamental se dela resulta um prejuízo a outra parte a ponto de privá-la daquilo que podia esperar do contrato a menos que a parte inadimplente não pudesse prever, e uma pessoa razoável, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não pudesse prever tal resultado.

Com efeito, para que se tenha uma compreensão mais clara do conceito de inadimplemento fundamental, é preciso analisá-lo com base em duas outras expressões, prejuízo substancial e imprevisibilidade, condições para ser posto em prática o conceito de inadimplemento fundamental (FRADERA, 2015, p. 8).

Para Véra Fradera, ocorrendo a quebra, ela será fundamental se disser respeito a uma obrigação fundamental, e ainda acarretar à parte prejudicada, seja o comprador ou o vendedor, um prejuízo substancial. Portanto, no que toca à primeira condição, prejuízo substancial, é necessário explicar o que vem a ser prejuízo e o que pode ser considerado substancial. Logo, para a caracterização de um dano como substancial ou não, será necessário analisar o caso concreto, em especial as expectativas da parte prejudicada. No entanto, as expectativas da parte prejudicada dizem respeito aos termos do contrato, e não aos seus sentimentos (FRADERA, 2015, p. 9).

Conforme Andrew Babiak, a extensão do dano sofrido pela parte prejudicada nas suas expectativas será encontrada não apenas na linguagem do contrato, mas nas circunstâncias que cercam a relação contratual das partes. Dado que as expectativas da parte determinam o grau de dano, se uma quebra contratual ocorrer, é muito importante que ambas as partes estejam conscientes dos seus respectivos interesses, tanto monetário quanto não-monetário (BABIAC, 1992, p. 120-121).

Em essência, o termo prejuízo preenche uma função filtradora, uma vez que só se insere no contexto específico do contrato em causa. De acordo com Bruno Zeller, é nítido que prejuízo substancial vai além dos danos como descrito no artigo 74 da Convenção. Simplificando, detrimento não é igual a danos. Cabe às partes determinar a importância que atribuem às obrigações contratuais.

Prosseguindo quanto à análise do conceito de prejuízo substancial, Franco Ferrari aduz que o termo prejuízo, que não foi utilizado em nenhuma outra previsão da CISG e tampouco está definido nela, deve ser construído extensivamente e não deve ser comparado analogicamente com o conceito de danos referido no artigo 74. O conceito de prejuízo compreende todas (atuais e futuras) consequências negativas de qualquer possibilidade de quebra de contrato, não apenas perdas atuais e futuras monetárias, mas também qualquer outra espécie de consequência negativa (FERRARI, 2006, p. 492).

Em suma, a quebra de contrato é fundamental quando o prejuízo sofrido pela parte prejudicada é de tal monta que é substancialmente privada do que tinha direito à época da celebração do contrato. A redação do artigo 25 claramente indica que o caráter fundamental do inadimplemento não depende da extensão do prejuízo. Pelo contrário, depende do enfraquecimento das expectativas contratuais justificadas da parte prejudicada (FERRARI, 2006, p. 495-496). Esse enfraquecimento deve ser tão grave que suprima o interesse da parte lesada na execução do contrato ou que não se possa esperar que a referida parte esteja satisfeita com medidas menos drásticas, tais como indenização, redução de preço ou conserto (FERRARI, 2006, p. 495-496).

Corroborando a citação de Franco Ferrari, Schlechtriem e Schwenger reiteram que o prejuízo não se refere à extensão do dano sofrido, mas sim à importância dada pelo contrato e pelas obrigações individuais, ao resultado esperado pelo promissário do cumprimento de determinada

obrigação. O contrato, além de criar obrigações, também determina quão relevantes estas serão para o promissário e, por corolário, qual a relevância do prejuízo por ele sofrido (SCHWENZER; SCHLECHTRIEM, 2014, p. 5234).

Portanto, quanto ao requisito de prejuízo substancial, deve ser realizada uma avaliação concreta das circunstâncias do caso específico e, em especial, do contrato.

O segundo requisito do inadimplemento fundamental diz respeito à imprevisibilidade do resultado e está ligada à parte inadimplente. A imprevisibilidade do resultado é um motivo para isentar a parte inadimplente e prevenir a resolução do contrato ou outros remédios drásticos associados a uma violação essencial do contrato (segundo maior parte da doutrina). Quanto mais expresso for o contrato, no sentido de indicar quais descumprimentos poderão levar a uma violação essencial, menor será a importância dada ao teste de previsibilidade (ALVES; MARTINI, 2015, p. 285).

Nesse sentido, Franco Ferrari assevera que uma violação do contrato não é fundamental quando a parte inadimplente não prevê as consequências prejudiciais e quando uma pessoa razoável, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não teria previsto essas consequências. A partir disso, pode-se facilmente deduzir que não se deve apenas levar em conta o conhecimento subjetivo real da parte inadimplente. Em vez disso, é necessário também (cumulativamente) investigar se uma parte média para o mesmo tipo de contrato e nas mesmas circunstâncias teria previsto o resultado (FERRARI, 2006, p.500).

A CISG não especifica qual o momento no tempo é relevante para a determinação da previsibilidade. A opinião majoritária considera que o momento relevante é o momento da conclusão do contrato. Alguns autores, no entanto, também sugerem levar em consideração as informações comunicadas depois da conclusão do contrato. Franco Ferrari concorda com a corrente majoritária, porquanto o caráter fundamental da infração se relaciona com a confiança legítima no contrato, ou seja, com as expectativas estabelecidas no contrato⁵ e, portanto, no momento da celebração deste. Permitir a relevância das comunicações efetuadas após a celebração do contrato, importaria em alteração unilateral do equilíbrio dos interesses das partes tal como previsto no contrato, o que não seria adequado (FERRARI, 2006, p.500).

Maartje Bijl (BIJL, 2009), refere que alguns estudiosos trazem o momento decisivo para opor a imprevisibilidade como sendo o momento da constituição do contrato. Caso contrário, uma das partes poderia fornecer a outras informações adicionais, alterando assim o que se considerava ser um

⁵ Necessário ressaltar que esta noção de contrato diz respeito à tradição romano-germânica, no sentido de relação contratual (dinâmica) e não de instrumento (estático). Nos ordenamentos de *commom law*, costuma-se ter visão mais estanque, vide doutrina das *four corners of the contract*.

interesse substancial e poderia agora dar origem a uma violação fundamental. Em contrapartida, há outro grupo de estudiosos que entende que, se a noção de boa-fé for levada em consideração, deve-se considerar qualquer informação recebida pela parte violadora após a formalização do contrato.

Para a professora holandesa, quando um contrato estipula expressamente que a execução de uma obrigação é essencial, haverá pouca margem para provar que a violação causou um prejuízo imprevisível. Por outro lado, quando um contrato não indica claramente a importância de uma obrigação, a conduta da parte em violação pode ser interpretada com mais tolerância. Em suma, o momento de determinação da imprevisibilidade dependerá do conteúdo do contrato (BIJL, 2009, p. 340-341).

Também com relação à época adequada para ser alegada a imprevisibilidade pela parte faltosa, Vera Fradera assenta que o critério mais prudente seria o de levar em conta o momento imediatamente subsequente ao conhecimento dos fatos tornando impossível o cumprimento da obrigação (FRADERA, 2015, p. 13).

Consoante Maartje Bijl, o critério da previsibilidade destina-se a evitar que as partes resolvam o contrato, devido a uma violação fundamental, quando o prejuízo substancial tenha ocorrido imprevisivelmente. Uma vez que é improvável que a parte infratora admita a previsão do prejuízo, ou seja, não alegue a imprevisibilidade, foi introduzida a “norma de pessoa ponderada”. Prossegue Bijl, aduzindo que, a fim de evitar que a outra parte resolva o contrato, a parte infratora terá de demonstrar que, além de não ter previsto o resultado negativo, tampouco uma pessoa razoável da mesma natureza e nas mesmas condições teria previsto aquele resultado (BIJL, 2009, p. 340).

Nesse sentido, não basta que a parte inadimplente consiga provar a sua imprevisibilidade, mas também que uma pessoa ponderada, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não poderia, igualmente, ter previsto os acontecimentos. Nas palavras de Vera Fradera, a pessoa ponderada a que se refere a definição da CISG recebe dois elementos para auxiliar o intérprete na tarefa de precisá-la, quais sejam; “da mesma espécie”, isto é, uma pessoa dedicada a mesma linha de comércio, exercendo a mesma função, enfim, com o mesmo nível socioeconômico; e “nas mesmas circunstâncias”, relativamente às condições nos mercados, tanto internacionais como regionais, à legislação e ao conjunto de fatos relevantes no momento (FRADERA, 2015, p. 12).

Note-se, por fim, que, conforme lição de Bruno Zeller, a previsibilidade é apenas um elemento condicional que deve ser comprovado para evitar que o contrato seja resolvido. O detrimento substancial (e a expectativa contratual das partes) continua a ser o elemento-chave para o estabelecimento de violação fundamental (ZELLER, 2007, p. 226).

1.2 Do inadimplemento fundamental por violação de obrigação acessória

Ponto interessante diz respeito à violação de obrigação acessória. A CISG não distingue entre a quebra de obrigação principal e acessória, de forma que a violação de uma obrigação, que não é a principal do contrato, poderá ser considerada fundamental, desde que a obrigação esteja conectada com a troca dos produtos ou as partes tenham a sujeitado às regras da CISG (FERRARI, 2006, p. 494-494). Relevante é a repercussão da violação sobre o interesse fundamental da parte prejudicada no contrato (FRADERA, 2015, p. 10-11). Por isso, não é surpreendente que uma corte francesa tenha aplicado o artigo 25 para uma quebra contratual diante da violação de uma cláusula de proibição de reimportação de produtos ou que um tribunal alemão tenha declarado o inadimplemento fundamental do contrato diante da quebra de uma cláusula acessória de exclusividade (FERRARI, 2006, p. 493-494).

Em artigo publicado na *Victoria University of Wellington Law Review*, Ingeborg Schwenzer lança esclarecimentos acerca da possibilidade de aplicação do inadimplemento fundamental à obrigação acessória. Em relação a documentos que acompanham os produtos, a questão se o comprador pode quebrar o contrato, no caso de falta ou insuficiência daqueles, deverá ser decidida pelos mecanismos da Convenção estabelecidos para determinar o inadimplemento fundamental. Se os documentos são entregues em desconformidade com a descrição do contrato, isso deverá ser tratado como defeito na qualidade (SCHWENZER, 2005, p. 804).

É, entretanto, decisivo saber se o defeito de documentação limita o comprador em revender os produtos ou usá-los de acordo com os planos. Se não há limitação, o inadimplemento fundamental não poderá ser declarado. Se há limitação em revender os produtos, a extensão do defeito depende se o comprador ainda pode usar os produtos razoavelmente mesmo sem os documentos completos ou, do contrário, se ele pode adquirir os documentos independentemente. O caso de documentos faltantes deve ser tratado como um defeito na quantidade e não como equivalente à não entrega dos produtos (SCHWENZER, 2005, p. 804).

Isso significa, portanto, que o inadimplemento fundamental do contrato deverá ser estabelecido em fatos individuais do caso, a fim de permitir que o comprador evite o contrato apenas de acordo com o artigo 49(1)(a) da Convenção, não sendo aplicável o artigo 49(1)(b) (SCHWENZER, 2005, p. 804).

Entretanto, atualmente, a vasta maioria dos contratos de vendas internacionais incorporaram a Incoterms da Câmara de Comércio Internacional, de sorte que todos os contratos, com referência à Incoterms 2010, têm cláusulas contendo o dever do vendedor de entregar certos documentos e, portanto, podem ser referidos como venda mediante documentos. Nesses contratos, a proposta de documentos limpos é a essência do negócio. O que significa que o comprador tem o direito de rejeitar

qualquer apresentação de documentos não conformes, independentemente da conformidade ou não conformidade das mercadorias (SCHWENZER, 2005, p. 804-805).

Nesses casos, a entrega dos documentos é essencial para a operação, somente sendo possível *manter* o contrato quando os documentos faltantes forem entregues antes do prazo fixado no contrato. Dessa forma, se o vendedor não curar o inadimplemento da obrigação acessória em prazo razoável conforme fixado no contrato, poderá haver inadimplemento fundamental diante da não apresentação de documentos (SCHWENZER, 2005, p. 805).

Outra questão de extrema relevância quanto à violação de obrigações acessórias diz respeito às cartas de crédito. Quando as partes estabelecem uma relação comercial, o vendedor pode conceder crédito ao comprador. Em uma venda internacional, no entanto, este cenário é altamente improvável, pois os riscos inerentes para a transação seriam enormes. Nessas situações, as partes tendem a procurar meios adicionais para garantir segurança jurídica. Um dos mecanismos de segurança pode se dar, por exemplo, mediante uma carta de crédito. O envolvimento dos bancos em vendas internacionais aumenta os custos das transações, mas minimiza o elemento risco (BIJL, 2009, p. 20).

Uma carta de crédito é qualquer acordo pelo qual um banco atua a pedido e por instruções de um cliente (o comprador) para efetuar um pagamento a um terceiro (o vendedor) mediante a apresentação de documentos estipulados e desde que os termos e condições do crédito sejam cumpridos. Concluído o contrato com o vendedor, em que foi incorporada uma cláusula de crédito documentário, o comprador solicitará ao banco a abertura de uma carta de crédito em favor do vendedor. O comprador então informará o banco emitente dos requisitos documentos a serem inseridos na carta de crédito. Recolhidos os documentos pelo banco emissor (sucursal ou banco parceiro) no país do vendedor, será efetuado então o pagamento (BIJL, 2009, p. 20).

O comprador não pode exigir que o vendedor prove um fato que não pode ser registrado em um documento. Tudo que o comprador pode exigir é a apresentação de documentação que registra certos fatos ou condições, como, por exemplo, prova do envio dos bens ao porto de destino. Em suma, esse procedimento destina essencialmente garantir que o vendedor apresente documentação que comprove o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de venda subjacente. Mediante a apresentação da documentação determinada, o banco fará a liberação do preço ajustado (BIJL, 2009, p. 20).

Nesse sentido, aponta a professora Maartje Bijl que, em relação a transações envolvendo letras de crédito, a entrega de documentos não conformes constitui inadimplemento fundamental, quando o banco se recusa a pagar o preço dos produtos. O pagamento do preço evidentemente é o núcleo obrigacional do comprador. No entanto, é dever do vendedor requerer o pagamento ao banco. E uma falha em entregar os documentos adequados não deve resultar em pagamento pelo próprio comprador, mesmo que o vendedor entregue os bens adequados. Pagamento mediante carta de

crédito é um dos principais acordos no contrato de venda. Se uma das partes (o vendedor) sabota tal acordo (ao não apresentar os documentos adequados), é aquela parte que deverá arcar com as consequências previstas no artigo 25 da Convenção (BIJL, 2009, p. 28).

Da mesma forma, assevera Schwenzler que, em razão do elemento risco, em muitos contratos de venda internacional, as partes estipulam que o pagamento do preço será feito mediante carta de crédito. Para que o preço seja pago, o vendedor deve apresentar documentos limpos em todos os aspectos. Do contrário, o comprador tem o direito de resolver o contrato (SCHWENZLER, 2005, p. 803).

Salienta-se, por fim, que um dos princípios da CISG é a preservação do contrato, inclusive em operações de carta de crédito. Só depois de tudo falhar, o comprador terá o direito de evitar o contrato. Esta decisão, nas palavras de Maartje Bijl, não deve ser tomada de ânimo leve. Ambas as partes têm antes de tudo a obrigação de respeitar o fim do seu acordo e não entravar o desempenho da outra parte (BIJL, 2009, p. 28).

2 DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL DIANTE DO INADIMPLENTO FUNDAMENTAL

No caso de preenchimento dos dois requisitos do inadimplemento fundamental, resta saber quais os efeitos diante do seu preenchimento, bem como de que modo ocorre a resolução contratual, à luz da ideia subjacente à criação do art. 25 CISG de incentivar a continuidade do negócio jurídico.

O direito de resolução tem suas origens nos princípios do Direito Canônico e Feudal, em uma conotação moral. Isto ocorre porque, no período medieval, em razão da descentralização do poder, tornava-se impossível ao poder público assegurar o cumprimento dos contratos. E foi por influência da Igreja Católica que se passou a considerar o compromisso entre as partes como uma obrigação assumida também ante Deus, daí porque o descumprimento dos contratos determinava uma atuação dos Tribunais Eclesiásticos, os quais, entendendo existir o inadimplemento, decidiam com base na regra *fraganti figem, fides non est servanda* (FRADERA, 1996, p. 59).

Note-se que resolver equivale a desconstituir. A desconstituição se dá em razão do inadimplemento de outra parte, e, no caso da CISG, a desconstituição ocorre por conta do inadimplemento fundamental. Dessa forma, conforme lição de Vera Fradera, o inadimplemento fundamental, no plano das relações internacionais, é um pré-requisito para resolver um contrato.

Por meio do artigo 25 da CISG, o intérprete pode determinar se uma violação do contrato pode ser considerada essencial. É importante que se tenha a noção de que a violação essencial não é aplicada apenas para os casos de resolução contratual, mas também para que o comprador exija mercado-

rias substitutas no caso de desconformidade [artigo 46 (2)] e também para que a parte retenha certos direitos que seriam perdidos com a passagem do risco à outra parte.

Especificamente à resolução contratual, que é a principal consequência de uma violação essencial do contrato, poderá haver a sua implementação imediata nos casos de inadimplemento [artigos 49 (1)(a) e 64 (1)(b)]; de entrega incompleta ou parcialmente desconforme [artigo 51]; de violação antecipada [artigo 72 (1)]; e, em contratos com entregas sucessivas, no caso de violação da entrega individual ou de violação antecipada de entregas futuras [artigo 73].

A resolução do contrato libera ambas as partes de suas obrigações vindouras – salvo a de indenizar por perdas e danos – e impõe a restituição do que foi fornecido ou pago conforme o contrato. Deve ser distinguido de outros remédios previstos na convenção, como o de suspensão do cumprimento, previsto pelo artigo 71, que é temporário, e, até mesmo, o de pagamento de perdas e danos, previsto pelo artigo 74, devido independentemente de a violação ter sido essencial ou não.

De fato, a partir de uma análise da possibilidade de concessão (ou utilização) de período adicional para cumprimento [artigo 47] ou adequação [artigo 48] da obrigação - *Nachfrist*, parece correto afirmar que a função da violação fundamental é a de forçar as partes tentar solucionar o impasse e manter o contrato antes de prosseguir a sua resolução.

Trata o *Nachfrist* [art.49] de um período de tempo suplementar. No caso de demora na entrega de bens, somente haverá quebra fundamental, quando o vendedor não cumprir sua obrigação dentro do prazo adicional (*Nachfrist*) outorgado pelo comprador (ANNE, 2011, p. 190).

De acordo com Leonardo Graffi, uma vez que, em caso de atraso no cumprimento da obrigação, fosse algumas vezes difícil determinar, quando o atraso pode constituir uma violação fundamental, é sempre aconselhável fixem as partes um prazo adicional para o cumprimento, o chamado *Nachfrist*. No termo deste prazo, a parte prejudicada terá sempre o direito de resolver o contrato nos termos do artigo 49(1)(b) ou do artigo 64, independentemente de ter ocorrido violação fundamental (GRAFFI, 2003, p. 342).

A CISG, de certa forma, permite que a parte prejudicada exima-se do ônus de comprovar que o fracasso do vendedor constitui-se em fundamental, ao conceder ao vendedor um período de tempo adicional para cumprir suas obrigações. Se o vendedor não o fizer, esta segunda violação equivale a uma violação fundamental. Logo, não é a falta de entrega que é o gatilho de uma violação fundamental, mas a falta de resposta ao convite para entregar. O *Nachfrist* contemplado pelo art. 47 deve ser de um cumprimento razoável. O artigo 47(2) protege o vendedor durante esse período, uma vez que o comprador não pode recorrer a qualquer recurso por não cumprimento de contrato enquanto a prorrogação não estiver esgotada. Pode-se argumentar que o contrato pode ter sido suspenso até que se torne claro se a entrega terá lugar ou não (ZELLER, 2007, p. 228).

Percebe-se que o atraso no adimplemento, por si só, não constitui quebra fundamental do contrato. Para haver a quebra fundamental, o momento de adimplemento deve ser de essencial importância, ou seja, em razão das circunstâncias ou por ter sido estipulado pelas partes. No caso de demora na entrega de bens, existem duas hipóteses para resolução pelo comprador: não entrega no prazo adicional estabelecido pelo comprador ou, como antes citado, especial interesse do comprador em receber dentro do prazo determinado (previsto no contrato ou por circunstância específica) (ANNE, 2011, p. 191).

Outrossim, é importante ressaltar a relevância da oferta do vendedor em sanar os defeitos. Para tanto, existem duas correntes a respeito do tema.

A primeira delas entende ser mais relevante a oferta do vendedor em sanar os defeitos e visa preservar os vínculos contratuais (um dos princípios da convenção), não obstante a ocorrência do descumprimento. Para haver a reparação, a oferta deve ser séria ou contar com o consentimento do comprador.

Por outro lado, a segunda corrente entende não ser relevante a oferta. Deve ser analisada a vontade do comprador, e não a da parte inadimplente. Quem cumpriu com todas as suas obrigações deve ser resguardado, de modo que isto não poderia ser obstaculizado pela oferta do vendedor, por mais séria que fosse (ANNE, 2011, p. 192).

O professor italiano Leonardo Graffi, optando pela segunda corrente, entende que a oferta do vendedor para sanar os defeitos não pode prejudicar o comprador. De acordo com essa interpretação mais estrita, o comprador tem o direito de declarar o contrato resolvido se a falta de conformidade equivaler a uma violação fundamental, independentemente de o vendedor ter feito uma oferta para sanar os defeitos. Em caso de bens defeituosos, o interesse do comprador para evitar o contrato deve prevalecer sobre a oferta do vendedor para saná-los. O elemento subjetivo da expectativa contratual é essencial para este tipo de análise, uma vez que o vendedor cometeu a violação e o comprador deve ter o direito de decidir se aceita a oferta ou não (GRAFFI, 2003, p. 344).

Especificamente quanto à resolução do contrato, a qual, repita-se, é medida excepcional, é primordial o envio à parte inadimplente de notificação de resolução pela parte prejudicada [art. 26], a fim de evitar incertezas quanto aos direitos e obrigações das partes. Tal disposição aplica-se não só aos casos previstos pelos artigos 49, 51, 64, 72 e 73 da Convenção, mas também às causas resolutivas previstas pelo contrato. Quanto à notificação, não há necessidade de nenhum requisito formal e pode ser feita por escrito ou oralmente (*notificação seja enviada pelos meios adequados às circunstâncias*). A CISG não refere prazo de entrega da notificação, mencionando apenas que deverá ser realizado em período razoável [artigo 49 (2) e 64 (2)]. Ademais, a notificação deverá deixar suficiente-

mente claro que a parte notificante não estará mais vinculada pelo contrato, conforme se depreende do *Propane case*.⁶⁻⁷

2.1 Inadimplemento fundamental na jurisdição estatal

A fim de melhor compreender o instituto do inadimplemento fundamental do contrato, faz-se necessário a análise de alguns dos principais julgados relacionados ao tema, referente ao ônus da prova e quanto à valoração de uma violação como fundamental ou não.

Quanto ao ônus da prova, entendeu o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, no ano de 1996, no julgamento do caso *cobalt sulphate case*⁸, que “*só se o comprador tenha fundamentado e, se necessário, comprovado esses pré-requisitos (do inadimplemento fundamental), para discutir se o vendedor previu ou poderia ter razoavelmente previsto este resultado. Isso tem que ser assumido de acordo com o Art. 25, última parte, CISG.*”⁹ Portanto, quem tem o dever de comprovar o prejuízo substancial à expectativa é o credor. A partir daí, o ônus probatório acerca da imprevisibilidade é direcionado ao devedor.

Quanto às violações ao contrato, o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha entendeu que não haveria violação essencial do contrato, quando o seu cumprimento se dá após o prazo previsto contratualmente, desde que não seja possível identificar a intenção das partes em tornar o momento da entrega ou do pagamento como essencial. Portanto, não havendo qualquer menção de que o atraso desconstituiria o propósito do contrato, perdendo a parte o interesse na sua prestação, não há que se

⁶ Caso CLOUT n. 176, *Oberster Geirchtshof*, Áustria, 6 de fevereiro de 1996. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>.

⁷ In verbis: The avoidance of a contract is made by unilateral declaration of the party faithful to the contract to the other party (cf. Karollus,151); it does not require a specific form and generally, with the exception of the cases of Art. 49(2) CISG, is not subject to a specific deadline (cf. Karollus,146). In this case, the controversy about whether the declaration to avoid the contract in the sense of Art. 49(1) CISG has to be explicit (cf. Karollus, 151) or whether conclusive conduct is sufficient (cf. von Caemmerer/Schlechtriem, Art. 49 n. 29), is irrelevant. The avoidance of a contract is made by unilateral declaration of the party faithful to the contract to the other party (cf. Karollus,151); it does not require a specific form and generally, with the exception of the cases of Art. 49(2) CISG, is not subject to a specific deadline (cf. Karollus,146). In this case, the controversy about whether the declaration to avoid the contract in the sense of Art. 49(1) CISG has to be explicit (cf. Karollus, 151) or whether conclusive conduct is sufficient (cf. von Caemmerer/Schlechtriem, Art. 49 n. 29).

⁸ Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>>.

⁹ In verbis: In the absence of express contractual stipulations, the Court needs to determine whether the seller's breach of contract substantially deprives the buyer of what it was entitled to expect under the contract. In doing so, regard is to be had to the CISG's tendency to limit avoidance of contract in favor of other possible remedies, in particular a reduction of the purchase price or a claim for damages (Art. 50, 54(1)(b) CISG). As the Court of Appeals correctly stressed, avoidance of contract is only supposed to be the [buyer]'s last resort to react to a breach of contract by the other party which is so grave that the [buyer]'s interest in the performance of the contract essentially ceases to exist (cf. Kappus, op. cit.; similar Herber/Cerwenka, op. cit., Art. 49 CISG, margin no. 1 and 2; Schlechtriem/Huber, op. cit., Art. 49 CISG, n. 2). Only if the buyer has substantiated and, if necessary, proven these prerequisites, does the question arise whether the seller foresaw or could have reasonably foreseen this result. This has to be assumed according to Art. 25, last part of the sentence, CISG.

falar em violação essencial nesta hipótese.¹⁰ Trata-se do *Shoes Case*, também do ano de 1996.¹¹

Semelhantemente ao caso anterior, no *Beer case*¹², em julgamento no *Oberlandesgericht Brandenburg*, foi entendido que, quando não houver indícios de que o propósito do contrato depende do cumprimento de determinada obrigação, sua violação não será essencial.¹³

Da mesma forma, não será considerada violação essencial, quando o problema for reparável ou quando o vendedor se oferecer para repará-lo, sem que isso gere um inconveniente ao comprador. É o que se depreende do *Saltwater isolation tank case*, originariamente discutido no *Handelsgericht* em Zurique, no ano de 1995. No caso em apreço, o equipamento adquirido estava danificado, mas, em função de o comprador não ter notificado o vendedor para reparo, não há que se falar em violação fundamental.¹⁴

Em que pese o grande número de julgados que não reconhecem a violação como causadora de uma quebra fundamental do contrato, existem algumas hipóteses em que as violações são consideradas essenciais e, por corolário lógico, implicam na resolução do contrato, o que, repita-se, é a exceção à regra, que determina a continuidade dos contratos firmados sob égide da CISG.

Nesse sentido, quando o cumprimento pontual das obrigações dentro do prazo previsto for essencial, devido a uma previsão contratual ou a circunstâncias evidentes, a prestação em atraso será considerada uma violação essencial. No *Iron molybdenum case*¹⁵, julgado pelo *Oberlandesgericht Hamburg*, no ano de 1997, o vendedor, que não entregou as mercadorias ao comprador, foi condenado, após a resolução do contrato, à restituição da diferença entre o valor pago na transação substituta (com terceiro) e o valor que seria pago na negociação, a ser realizada com o vendedor, que não entregou a mercadoria.

Outrossim, diversas decisões consideram também que uma declaração final e imotivada por uma das partes indicando sua intenção de não cumprir suas obrigações constitui uma violação essencial do contrato. Tal violação pode ocorrer, por exemplo, quando: (a) o vendedor comunicar que as mercadorias foram vendidas a outro comprador¹⁶, (b) o vendedor comunicar que não entregará as

¹⁰ In verbis: The prerequisite for declaring a contract avoided under article 49(1) of the CISG is either a fundamental breach of contract or non-delivery within the additional period of time fixed. It held that partial delivery did not lead to a fundamental breach of contract (article 49(1)(a) CISG).(...) The court also held that the buyer's telephone call, a reminder demanding prompt delivery, did not fix a specific time allowing for performance.

¹¹ Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970424g1.html>>.

¹² Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081118g1.html>>.

¹³ In verbis: In this respect, the general tendency of the CISG must be considered, which is to grant the right of avoidance only as an exceptional remedy, namely, when other remedies (price reduction or damages) are not desirable. Avoidance of contract shall be available only a last resort for either the buyer or the seller.

¹⁴ Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html>>.

¹⁵ Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>.

¹⁶ Caso *Used printing press case*. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950524g1.html>>.

mercadorias por acreditar que o contrato foi cancelado¹⁷, (c) o comprador comunicar que não pagará o preço das mercadorias.¹⁸⁻¹⁹

Interessante, contudo, é a observação do professor Leonardo Graffi, ao afirmar que uma noção uniforme de violação fundamental é dificilmente alcançável pelos tribunais, pelo menos em uma base geral.

Para ele, isso não significa, entretanto, que a uniformidade não possa ser alcançada. Nesse sentido, a uniformidade poderia ser alcançada em questões específicas, nas quais existem tendências na jurisprudência, e não na noção geral de violação fundamental (GRAFFI, 2003, p. 345).

Graffi anota que seria preferível dividir a noção ampla de violação fundamental em categorias menores de violação e buscar uma interpretação uniforme desses casos, de sorte que uma análise constante das tendências da jurisprudência seria a única maneira de obter uniformidade na interpretação da CISG. Juízes e árbitros deveriam ser encorajados a considerar decisões anteriores em outros Estados como persuasivas (GRAFFI, 2003, p. 345).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise do artigo 25 da Convenção, cuja proposta se deu em virtude de seu caráter original, nos deparamos com um difícil caminho a ser trilhado. Não bastasse a discussão quanto ao vocábulo utilizado, muito se tem debatido relativamente às insuperáveis diferenças entre sistemas jurídicos quanto à quebra de contrato, e a tentativa de uniformização das decisões proferidas pelas diferentes cortes dos mais diversos países.

Muito embora não se fale em força normativa de precedentes no âmbito das relações regidas pela CISG, até mesmo em razão de não existir corte internacional com mecanismo de uniformização jurisprudencial, as decisões dos tribunais devem, efetivamente, ser observadas, a fim de que seja desenvolvida uma interpretação comum da Convenção, com vias a evitar decisões incongruentes entre si.

Nesse sentido, como referido no presente artigo, não só a UNIDROIT e a Comissão Europeia de Direito Contratual, que utilizam a CISG como base para as suas diretrizes, mas também as nações vêm adotando opções legislativas e jurisprudenciais inspiradas na CISG. Assim, um expressivo número de Estados ratificaram a CISG e existe um considerável corpo de precedentes, podendo ser

¹⁷ Caso *Ink jet printers case*. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040915g1.html>>.

¹⁸ Caso do *Arbitral Proceedings n. 387/1995, Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*.

¹⁹ In verbis: (1) if the public laws and regulations of the buyer's state are identical to those enforced in the seller's state; (2) if the buyer informed the seller about those regulations; or (3) if due to 'special circumstances', such as the existence of a seller's branch office in the buyer's state, the seller knew or should have known about the regulations at issue.

acessados por diversos *sites*. As cortes e acadêmicos de inúmeros países se dedicam ao instituto do inadimplemento fundamental, na forma como proposta pela Convenção.

Interessante observar ainda que as leis modernas como as Leis Escandinavas de Compra e Venda, seguem, inclusive, a mesma orientação da CISG e aplicam a noção de violação essencial ou conceitos essenciais similares para a resolução contratual.²⁰

A harmonização das decisões, assim como a promulgação de legislações semelhantes à CISG, vem ocorrendo a passos largos. Resta, entretanto, saber se o Brasil, que incorporou a CISG, no ano de 2014, irá ao encontro das decisões proferidas em relação aos contratos de venda internacional de mercadorias no âmbito internacional.

Contudo, para que se busque a harmonização das decisões fundamentadas na CISG, em especial aquelas inerentes à discussão de quebra contratual, é imprescindível considerar que a resolução contratual somente será aceitável em base excepcional. Apesar de a expressão *fundamental breach* existir em certos ordenamentos jurídicos, é inequívoca a conclusão de que a previsão legal do artigo 25 da Convenção, da forma como foi elaborada, não se equipara a qualquer outro instituto.

Dessa forma, como se pode depreender do presente trabalho, a manutenção dos negócios jurídicos é a regra, enquanto a resolução, diante de descumprimento obrigacional, é mais do que a exceção; é a última hipótese prevista para por fim à negociação levada a cabo pelas partes. Do contrário, se fosse possibilitada a resolução contratual, não como *ultima ratio*, mas como uma acessibilidade irrestrita, se estaria aludindo à insegurança, jurídica e econômica, nas relações comerciais.

Os contratos comerciais internacionais envolvem grandes somas de dinheiro, bem como vultosas remessas de mercadorias. O risco de não pagamento do preço pelo comprador ou da não entrega dos produtos pelo vendedor é notável. E o problema ainda é agravado pela incerteza em torno da lei nacional aplicável, se é que as partes optaram por uma lei no contrato. Ainda que tenham optado por uma lei nacional, uma das partes contratantes terá de suportar um sistema jurídico que não é o seu. Os custos, inconvenientes e atrasos podem muito bem não compensar a celebração de um contrato de compra e venda internacional.

É extremamente necessário assegurar a segurança nas relações comerciais internacionais. E, nada mais razoável que a criação de um instituto primando pelo seu cumprimento e possibilite a resolução do contrato apenas em situações realmente relevantes, a fim de permitir o desenvolvimento

²⁰ Vide artigo 39 do Ato sobre Venda de Mercadorias Norueguês de 1988 (disponível em <<http://www.jus.uio.no/lm/norway.sog.act.1988/doc#116>>; artigo 39 do Ato sobre Venda de Mercadorias Finlandês de 1987 (disponível em <<http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E9870355.PDF>>; artigo 39 do Ato sobre Venda de Mercadorias Sueco de 1990.

da negociação entre empresários de diferentes países e possibilitar a redução dos preços e tarifas dos negócios entre eles.

Além de sua originalidade, o inadimplemento fundamental visa evitar o que se denominou de *homeward trend*, que nada mais é do que a tendência caseira dos tribunais pátrios de se valerem das categorias e institutos do direito doméstico do intérprete (ALVES; MARTINI, 2015, p. 278). Por isso, a violação essencial deve ser analisada à luz do direito uniforme da convenção, e não à luz do direito interno.

Em suma, se buscou, de forma objetiva, discutir as principais questões inerentes ao instituto do inadimplemento fundamental previsto na CISG. O referido conceito, por exprimir características únicas, deve ser manuseado com extremo cuidado pelos operadores do direito, os quais, por seu turno, deverão usar óculos de internacionalistas, imagem utilizada por Franco Ferrari, para não vincularem esse novo instituto àqueles já existentes no ordenamento pátrio. Trata-se de ver o direito abrindo-se não somente para novas situações, como também para novas soluções.

REFERÊNCIAS

- ANNES, Cyro Faria. A quebra fundamental do contrato e a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias. In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs). *A compra e venda internacional de mercadorias: Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BABIAK, Andrew. Defining “Fundamental Breach” Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Temple International and Comparative Law Journal*, 1992, p. 113-143.
- BENICKE, Cristoph. *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. München: CH. Beck, 2013.
- BIJL, Maartje. Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts. The Doctrine of Strict Compliance with the Underlying Sales Contract. *European Journal of Commercial Contract Law*, vol. 1, p. 19-28, 2009.
- DALE, Ignacio Corbera. Fundamental Breach of Contract under the CISG. In: *Negotiating and Managing International Sales, Agency and Distributorship contracts*. Ljubljana seminar. 2013.
- FERRARI, F. Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention – 25 Years of Article 25 CISG. *Journal of Law and Commerce*. Spring 2006, p. 489-508.
- FINKELSTEIN, Cláudio. Um Sistema Comercial Global e a Boa-fé dos Contratantes. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (Orgs). *A convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FRADERA, Véra Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da Lex Meratória à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs). *A compra e venda internacional de mercadorias: Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. O Caráter Internacional da CISG. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (Orgs). *A convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas da Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 11, 1996, p. 55-66.

_____. O conceito de fundamental breach constante do artigo 25 da CISG. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 37, p. 67-81, 2013.

GRAFFI, Leonardo. Case Law on the Concept of “Fundamental Breach” in the Vienna Sales Convention. *International Business Law Journal*, n. 3, p. 338-349, 2003.

HUBER, Peter. Typically German? Two Contentious German Contributions to the CISG. *Belgrade Law Review*, vol. 59, n. 3, p. 150-161, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção" – As cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 1, p. 195-228, jun. 2011.

_____. O Princípio da Boa-fé Objetiva: Notas Comparativas entre as Perspectivas da CISG e do Direito Civil Brasileiro. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (Orgs). *A convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHWENZER, Ingeborg. SCHLECHTRIEM, P. *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. Tradução de FRADERA, Véra Jacob de; GREBLER, Eduardo; PEREIRA, César Guimarães. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHWENZER, Ingeborg. Direito de rescindir o contrato. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (Orgs.). *A convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. The Danger of Domestic Pre-Conceived Views with Respect to the Uniform Interpretation of the CISG: The Question of Avoidance in the Case of Non-Conforming Goods and Documents. *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 4, p. 795-807, 2005.

TRIPODI, Leandro. A Convenção de Viena de 1980: Esboço de sua Gênese Histórica e Estrutura Normativa. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (Orgs). *A convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Atlas, 2015.

VIEIRA, Fabio Alonso. O Campo de Aplicação da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (Orgs). *A convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Atlas, 2015.

BONELL, Michael Joachim; BIANCA, C. Massimo. In: *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987, p. 205-221.

ZELLER, Bruno. Fundamental Breach and the CISG – a Unique Treatment or Failed Experiment? *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, p. 81-94, 2004.

_____. The Remedy of Fundamental Breach and the United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG) – A Principle Lacking Certainty? *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, vol. 02, p. 219-236, 2007.

Recebido em: 09/06/2018

Aceito em: 31/10/2018

