

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 13

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2013

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Caroline Da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 13 (Julho/Dezembro de 2013)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2015.

**A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA
CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS
DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS (CISG): ANÁLISE DE SEU ART. 79¹**

**THE EXEMPTION OF LIABILITY UNDER THE UNITED
NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE
INTERNATIONAL SALES OF GOODS (CISG):
ANALYSIS OF ART. 79**

Mariana Campinho

Resumo: Este artigo tem por escopo abordar o tema da exclusão de responsabilidade por violação contratual na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Para tal, proceder-se-á à análise do artigo 79 da Convenção, com destaque para (i) a sua esfera de aplicação; (ii) os requisitos necessários a fim de que haja exclusão de responsabilidade por inadimplemento contratual; e (iii) os efeitos jurídicos de tal exclusão pela CISG. Dessa forma, por meio de análise de casos concretos e de opiniões doutrinárias sobre o tema, objetiva-se expor criticamente as principais discussões acerca do referido dispositivo.

Palavras-chave: Exclusão de responsabilidade contratual; Convenção das Nações Unidas para Compra e Venda Internacional de Mercadorias; CISG.

Abstract: This paper addresses the exemption of liability under the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG). It analyzes art. 79 of the Convention, focusing (i) on its sphere of application; (ii) on the necessary requirements the party must fulfill in order to be exempted from liability; and (iii) on

¹ Artigo recebido em 24.02.2015 e aceito em 09.03.2015.

the legal consequences of an exemption granted under the CISG. Thus, by the analysis of cases and scholars' opinions, this article aims to critically pinpoint the major discussions related to this issue.

Keywords: Exemption of liability; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; CISG.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Aplicabilidade da CISG. 3 – Esfera de aplicação do art. 79 da CISG. 4 – Requisitos para a exclusão de responsabilidade (art. 79(1) CISG). 4.1 – Impedimento fora do controle da parte. 4.2 – Imprevisibilidade. 4.3 – Inevitabilidade ou insuperabilidade do impedimento ou de suas consequências. 4.4 – Nexo causal. 4.5 – Casos específicos. 4.5.1 – Fenômenos naturais e catástrofes. 4.5.2 – Intervenções estatais. 4.5.3 – Impossibilidade econômica / *Hardship*. 5 – Responsabilidade por terceiros subcontratados (art. 79(2) CISG). 5.1 – Noção de terceiro subcontratado. 5.2 – Hipótese de exclusão de responsabilidade. 6 – Impedimentos temporários (art. 79(3) CISG). 7 – Dever de informar (art. 79(4) CISG). 8 – Consequência legal da exclusão de responsabilidade (art. 79(5) CISG). 9 – Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias ou Convenção de Viena de 1980 ou CISG, sigla pela qual é conhecida no idioma inglês, é um relevante diploma que regula o comércio internacional de mercadorias, já tendo

sido ratificada por 83 países². Esta Convenção estabelece normas homogêneas e específicas para disciplinar questões referentes a obrigações e contratos internacionais envolvendo a compra e venda de mercadorias tais como: formação dos contratos, obrigações do vendedor, obrigações do comprador, conformidade das mercadorias, inadimplemento contratual, rescisão contratual, perdas e danos, dentre outras.

Nesse sentido, a CISG confere maior neutralidade e previsibilidade ao comércio internacional de mercadorias, na medida em que as partes contratantes, de diferentes países, conhecem, previamente, as regras materiais aplicáveis ao contrato. Assim, não é mais necessário escolher entre a lei doméstica do país do comprador ou do vendedor, ou, ainda, de um terceiro país. Ao adotar um conjunto de regras comuns e estáveis, é possível diminuir os riscos legais e os custos de transação, além de conferir maior segurança jurídica e certeza às partes quanto às obrigações assumidas contratualmente, o que acaba por estimular os negócios através das fronteiras.

O comércio internacional de mercadorias desempenha um relevante papel na economia brasileira, porquanto o país é, a título de exemplo, um grande exportador de *commodities*. Considerando a totalidade das transações internacionais de mercadorias, estima-se que mais de dois terços sejam reguladas pela CISG³. Ademais, parceiros comerciais relevantes do Brasil tais como China, Estados Unidos, Canadá, Argentina e Chile, além de outras potências europeias, são signatários da Convenção, alguns já há mais de 20 anos⁴.

Por tudo isso, fez-se evidente a necessidade de adequação do Brasil a essa não tão nova realidade jurídica do comércio internacional de mercadorias. Assim, recentemente, embora de forma tardia, o

² Número atualizado até 02.10.2014. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

³ Dado retirado de: <www.onu.org.br>. Acesso em: 19 dez. 2013.

⁴ Ver SCHWENZER, Ingeborg. The CISG in a globalised world. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 3, p. 367-368, jul./dez., 2008.

Brasil aderiu a essa lei uniforme sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias⁵, restando clara a urgência de seu conhecimento mais aprofundado para sua melhor aplicação.

Isto pois, a partir do momento em que a CISG iniciou a produção de seus efeitos no Brasil, os contratos de compra e venda internacional de mercadorias submetidos à legislação brasileira passaram a ser automaticamente regidos por tal convenção e não mais pelo Código Civil brasileiro. Ressalta-se, entretanto, que a CISG permite a sua exclusão por inteiro ou a derrogação de determinadas regras, caso as partes prefiram, mesmo na hipótese de contratos de compra e venda internacional de mercadorias, aplicar as disposições contidas no Código Civil.

Nesse contexto, dentre os variados temas tratados pela Convenção, abordar-se-á o da exclusão de responsabilidade por violação contratual, previsto de forma específica no artigo 79 da mesma. Dessa forma, por meio de análise de casos concretos e de doutrina sobre o tema, objetiva-se apresentar as principais discussões acerca da referida matéria, suas características, peculiaridades e desdobramentos trazidos pela Convenção de Viena de 1980.

Em suma, mostra-se necessário um estudo detalhado sobre a CISG visto que a mesma já entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, com hierarquia de lei ordinária, sendo aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadoria, em substituição ao Código Civil brasileiro. Assim, uma acurada compreensão de suas normas é relevante para que os contratantes brasileiros atuantes no mercado internacional de compra e venda de mercadorias possam acertadamente optar por quais regras seus negócios serão regidos. Esse trabalho tem como objetivo, enfim, aprofundar o estudo sobre a CISG especificamente em relação às

⁵ O Brasil depositou o instrumento de adesão à CISG em 04.03.2013, mas esta só entrou em vigor, no plano externo, em 01.04.2014. Em 16.10.2014 a CISG foi promulgada, por meio do Decreto nº 8.327, passando a produzir efeitos também no plano interno. BRASIL. Senado Federal. *Decreto nº 8.327*, de 16 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 6 jan. 2015.

hipóteses de exoneração de responsabilidade decorrentes do inadimplemento contratual.

2. APLICABILIDADE DA CISG

Consoante o disposto em seu art. 1^{o6}, a CISG será aplicável quando as partes contratantes possuírem seus estabelecimentos em países distintos, isto é, quando a compra e venda de mercadorias for internacional, observado um dos seguintes critérios: (i) os países cujos estabelecimentos das partes contratantes estejam situados sejam Estados contratantes da Convenção; ou (ii) as regras de conexão levem à aplicação da lei de um Estado que seja contratante da CISG.

⁶ Art. 1^o da CISG: (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.

Versão original: (1) *This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:*

(a) *when the States are Contracting States; or*
(b) *when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.*

(2) *The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.*

(3) *Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.*

Ressalta-se que esses dois critérios não são cumulativos. Assim, caso os dois países sejam contratantes, a CISG será aplicável independentemente de as regras de direito internacional privado apontarem para o direito interno de um terceiro país não contratante⁷. Igualmente, mesmo que um dos países onde uma parte possui o seu estabelecimento não for um Estado contratante, a CISG será aplicável se as regras de conexão indicarem a lei doméstica de um Estado contratante⁸.

Contudo, mesmo nas hipóteses de aplicação direta da CISG, as partes podem, expressamente, excluir, integral ou parcialmente, a sua aplicação nos moldes do disposto no art. 6 da CISG⁹.

Nesse sentido, portanto, em se tratando de um contrato de compra e venda internacional de mercadorias envolvendo uma parte cujo estabelecimento esteja situado no Brasil e uma segunda parte cujo estabelecimento esteja situado em outro Estado contratante, a CISG será, automaticamente, o diploma jurídico aplicável para reger o contrato, no caso de as partes nada terem disposto em sentido contrário. Do mesmo modo, se as leis brasileiras forem as aplicáveis para reger um contrato de compra e venda internacional de mercadorias cujas partes contratantes tenham estabelecimentos situados em diferentes países, o regime jurídico aplicável será o da CISG no caso dessas partes não terem previsto, expressamente, o oposto.

⁷ *Guide to CISG Article 1: Secretariat Commentary*. para. 6. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-01.html>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

⁸ *Ibid.* para. 7.

⁹ Art. 6 da CISG: 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.

Versão original: *The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.*

3. ESFERA DE APLICAÇÃO DO ART. 79 DA CISG

A exclusão de responsabilidade prevista no art. 79 da CISG¹⁰ é possível tanto na hipótese de inadimplemento (descumprimento total)

¹⁰ Art. 79 da CISG: (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.

Versão original: (1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by

quanto na de adimplemento defeituoso (cumprimento defeituoso) de obrigações contratuais, seja de obrigação principal, seja de obrigação acessória¹¹. Note-se que tanto o vendedor quanto o comprador da mercadoria podem valer-se da exoneração, caso haja descumprimento de alguma de suas respectivas obrigações¹². Ademais, o art. 79 da CISG pode ser invocado para violações integrais ou parciais do contrato¹³.

Nesse contexto, considerando que a CISG possui um conceito único para “violação contratual” (art. 45(1) e art. 61(1) da CISG)¹⁴, entende-se que o abrangente conceito de “inadimplemento” constante no art. 79(1) da CISG engloba não só a violação contratual por atraso

the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

¹¹ ATAMER, Yesim M. Art. 79. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (Coord.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. München: C.H. Beck, 2011. para. 8.

¹² TALLON, Denis. Art. 79. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Giuffrè, 1987. para. 2.4 e 2.4.2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>>. Acesso em: 31 out. 2014; SCHWENZER, Ingeborg. Art. 79. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Coord.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3rd edition, New York: Oxford University Press, 2010. para. 5; LIU, Chengwei. *Force Majeure: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*. 2nd ed. 2005. para. 3. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html>>. Acesso em: 20 nov. 2014; RIMKE, Joern. Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, 1999-2000. p. 214. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

¹³ HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 4th ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009. para. 435.2; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 5; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.4.1; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 214.

¹⁴ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 11.

mas também a por impossibilidade¹⁵. No entanto, a doutrina diverge quanto à aplicação das disposições do art. 79 da CISG para a hipótese de inadimplemento pela entrega de bens em desconformidade ao estipulado contratualmente (bens não conformes).

Parte da doutrina, especialmente a dos países que adotam o regime da *common law*, entende que a violação contratual devida à entrega de bens não conformes não está sujeita à exoneração de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG¹⁶. Isso porque a regra contida no art. 79(1) da CISG fala em “impedimento”, o que denota um evento externo à parte e às mercadorias. Assim, o fato de as mercadorias serem defeituosas, isto é, não conformes, não ensejaria uma eventual exoneração de responsabilidade do vendedor¹⁷.

Ademais, sustentam que tal regra deve ser interpretada restritivamente, de forma a não incluir nas hipóteses de exclusão de responsabilidade a violação por entrega de mercadoria não conforme, tendo em vista que a possibilidade de inclusão desta às hipóteses de exclusão de responsabilidade do art. 79(1) da CISG poderia representar uma reintrodução do princípio da culpabilidade (necessidade de provar a culpa para haver responsabilidade contratual) na Convenção, o qual deveria ser mantido afastado¹⁸.

¹⁵ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 5; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 3.

¹⁶ NICHOLAS, Barry. Impracticability and impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In: Galston e Smit (Coord.). *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Matthew Bender, Capítulo 5, 1984. p. 5-12 e 5-13. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>>. Acesso em: 18 out. 2014. Ver SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 6; CISG-AC Opinion N° 7: Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG. Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. para. 6-7. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>>. Acesso em: 18 out. 2014.

¹⁷ NICHOLAS, Barry. Op. cit. p. 5-14. Ver CISG-AC Opinion N° 7. Op cit. para. 7.

¹⁸ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. footnote 18; CISG-AC Opinion N° 7. Op cit. para. 6.

Todavia, a maior e, ao meu ver, mais acertada parte da doutrina¹⁹ entende que o devedor que entregou bens não conformes pode-se valer da exclusão de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG, caso preencha os requisitos elencados no dispositivo. Isso porque, considerando que (i) o dever de entregar mercadorias conformes está expresso como uma obrigação contratual na Convenção (art. 35(1) da CISG²⁰); e (ii) o art. 79(1) da CISG, ao estabelecer as hipóteses de exclusão de responsabilidade, refere-se ao “inadimplemento de qualquer de suas obrigações”, é lógico que a obrigação de entregar bens conformes está incluída no art. 79(1) da CISG.

Não faria sentido algum diferenciarmos a aplicabilidade ou não do art. 79(1) da CISG em função dos diferentes efeitos causados por um mesmo impedimento²¹. Assim, para determinar a possibilidade de exclusão de responsabilidade, deve ser indiferente se os bens se perderam totalmente (violação contratual por impossibilidade no cumprimento) ou se só ficaram defeituosos (violação por entrega de bens não conformes) por ocasião de um mesmo impedimento. Não é razoável que uma das partes seja exonerada de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG pela perda total da mercadoria e não seja exonerada se, pelo mesmo fato, a perda tiver sido parcial, isto é, as mercadorias tiverem se tornado defeituosas.

¹⁹ CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 7; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 12; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 6; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.4.1, 2.4.2 e 2.4.2.1; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*. Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009. para. 292 e 289a; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 3; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 214.

²⁰ Art. 35 da CISG: (1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida. [...]

Versão original: (1) *The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract. [...]*

²¹ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 12.

É, portanto, nesse exato sentido, ou seja, o de que o disposto no art. 79(1) da CISG engloba a hipótese de violação contratual por entrega de bens não conformes, que inúmeros tribunais vêm posicionando-se²².

4. REQUISITOS PARA A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE (ART. 79(1) CISG)

A exclusão de responsabilidade pelo inadimplemento contratual está prevista no art. 79 da CISG, o qual traduz o conceito fundamental de que o devedor será exonerado de responsabilidade caso o inadimplemento se dê pelo advento de um impedimento que não podia ser controlado²³.

A *contrario sensu*, a função do art. 79 da CISG é determinar sobre quem recairá a responsabilidade pelos danos causados por um fato superveniente que impediu o adimplemento contratual (*allocation of risk*). Nesse contexto, o critério básico escolhido pela Convenção é

²² UNCITRAL *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2012. Art. 79, para. 8. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2014; FRANÇA. *Tribunal de Commerce de Besançon*. Caso nº 97 009265. *Flippe Christian v. Douet Sport Collections*. Besançon, 19 de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980119f1.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014; ALEMANHA. *OLG Zweibrücken (Appellate Court)*. Caso nº 7 U 4/03. *Milling equipment case*. Zweibrücken, 2 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040202g1.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014; ALEMANHA. *Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court)*. Caso nº VIII ZR 304/00. *Powdered milk case*. Karlsruhe, 9 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014: nesse caso, o Supremo Tribunal Federal alemão não determinou a aplicação do art. 79 da CISG na hipótese de mercadorias entregues mas não conformes, deixando em aberto essa possibilidade. De qualquer forma, no fundamento da decisão, sugeriu que o art. 79 da CISG seria aplicável à hipótese de violação contratual por entrega de mercadorias não conformes ao analisar (e negar, pelos fatos concretos do caso) a possibilidade de exclusão de responsabilidade do vendedor pela entrega de leite em pó em desconformidade com o estipulado no contrato.

²³ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 10.

aquele que responsabiliza, *a priori*, o devedor da prestação, tendo em vista que ele é capaz de melhor controlar, prever ou evitar as consequências de qualquer eventual impedimento. Isso porque ele pode, por exemplo, realizar verificações periódicas em sua fábrica para evitar qualquer possível falha, além de poder tomar as medidas razoáveis de precaução ou medidas alternativas para fornecer a mercadoria e adimplir o contrato²⁴. Entretanto, ressalta-se que as partes podem, de comum acordo, alterar a imputação do risco e estabelecer outras hipóteses de exclusão de responsabilidade²⁵, nos moldes do disposto no art. 6 da CISG.

Note-se, assim, que, pela Convenção, o devedor é o responsável pelo inadimplemento contratual relacionado àqueles impedimentos constantes de sua esfera de controle. Há casos, entretanto, que o devedor pode ser exonerado.

Consoante o disposto no art. 79(1) da CISG²⁶, para que haja exclusão de responsabilidade pela violação contratual é necessário que a parte prove, cumulativamente, que (a) essa violação tenha ocorrido por ocasião de um impedimento fora de seu controle; (b) esse impedimento tenha sido imprevisível no momento da conclusão do contrato; (c) esse impedimento ou suas consequências tenham sido inevitáveis ou insuperáveis; e (d) esteja presente o nexo de causalidade entre o impedimento e o inadimplemento contratual²⁷.

²⁴ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 44-45.

²⁵ LIU, Chengwei. Op. cit. para. 4.1; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.5.

²⁶ Art 79 da CISG: (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. [...]

Versão original: (1) *A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. [...]*

²⁷ TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 10; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 4.1.

4.1. Impedimento fora do controle da parte

O primeiro requisito estabelecido pela CISG para que haja exclusão de responsabilidade é o de que o impedimento causador da violação contratual esteja fora da esfera de controle da parte. Pelo termo “impedimento”, deve-se entender que são todas as circunstâncias objetivas que impediram, de fato, o cumprimento do contrato²⁸. E tais circunstâncias objetivas devem estar fora da esfera de controle do inadimplente, caso contrário, ele não poderá valer-se da exclusão de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG.

Há diversas circunstâncias que são consideradas, pela prática internacional, um impedimento fora da esfera de controle da parte²⁹. Tanto os desastres naturais, tais como terremoto, furacão, enchente, seca, tsunamis etc, quanto os impedimentos causados pelo homem, como guerras, atos terroristas³⁰, greves gerais³¹, embargos econômicos³², restrições monetárias etc, são considerados clássicos exemplos de impedimentos fora do controle da parte.

²⁸ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 11; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 47.

²⁹ A título de exemplo, verificar listagem da *ICC Force Majeure Clause*, ICC Publication N.º 650, 2003, para. 3[a] a [g]. Disponível em: <<http://store.iccwbo.org/t/ICC%20Force%20Majeure%20Hardship%20Clause>>. Acesso em: 18 out. 2014.

³⁰ Ver ERIKSEN, Eivind. Terrorism and Force Majeure in International Contracts. *Bond Law Review*, v. 16, Iss. 2, art. 7º, 2004. Disponível em: <<http://epublications.bond.edu.au/blr/vol16/iss2/7/>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

³¹ TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.7; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International Sales Law*, 1992. Art. 79, para 4.2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em: 31 out. 2014; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 293; SOUTHERINGTON, Ton. Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade. In: Tuula Ämmälä (Coord.). *Private law publication series B:55. of the Faculty of Law of the University of Turku*. Turku, 2001. para. 3.2.2.1. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

³² BULGÁRIA. *Bulgarian Chamber of Commerce and Industry*. Sentença arbitral n.º 56/1995. *Coal case*. 24 de abril de 1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960424bu.html>>. Acesso em: 31 out. 2014

Entretanto, há outros exemplos de impedimentos que são considerados como pertencentes à esfera de controle, os quais não são aptos a exonerar o devedor de responsabilidade³³: morte ou doença, corte no fornecimento de energia elétrica, quebra de uma máquina ou equipamento³⁴, disputas trabalhistas internas³⁵, insolvência³⁶, inadimplemento pelo seu fornecedor de matéria-prima ou de produtos manufaturados³⁷ etc. Isso porque, em geral, é esperado que o vendedor

(CISG-Online 435): indica que a proibição de exportação do país do vendedor pode constituir um impedimento fora do controle da parte. O tribunal, entretanto, negou a exoneração de responsabilidade pois esse impedimento se mostrou previsível para o vendedor no momento da conclusão do contrato.

Ver também SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. nota de rodapé nº 547.

³³ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 47; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 289.

³⁴ SOUTHERINGTON, Ton. Op. cit. para. 3.2.2.1.

³⁵ SOUTHERINGTON, Ton. Loc. cit.; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 4.2.

Nota-se que “disputas trabalhistas internas de uma fábrica” é diferente de “greves gerais de um setor produtivo”: o primeiro pode não ser considerado como um impedimento fora do controle da parte (não excluindo a responsabilidade) enquanto o segundo pode ser considerado como um impedimento fora da esfera de controle (excluindo a responsabilidade, caso os demais requisitos do art. 79(1) da CISG também estejam preenchidos).

³⁶ TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.2; SOUTHERINGTON, Ton. Op. cit. para. 3.2.2.1.

³⁷ ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg (Appellate Court)*. Caso nº 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261): o tribunal considerou que é do vendedor o ônus de receber a matéria-prima ou os produtos manufaturados necessários para a produção dos bens objeto do contrato de seu fornecedor. Desse modo, o inadimplemento de seu fornecedor está dentro de sua esfera de controle, não podendo alegar essa falta como um impedimento para fins do art. 79 da CISG. A única exceção considerada é a de esse fornecedor ser detentor de um monopólio do respectivo bem ou matéria-prima. Nesse caso, provando-se tal fato, o vendedor poderá ser exonerado de responsabilidade. Nas exatas palavras do tribunal: “*The delivery by one's own supplier is a part of the general risk to acquire the goods, which is, according to the typical sense of the contract, born by the Seller if the contract is not limited to a*

organize o seu negócio internamente de forma que tais eventos não o impeça de adimplir o contrato. É ele o responsável por escolher mão de obra qualificada, efetuar revisões e reparos em suas máquinas frequentemente, enfim, responsável por conduzir seu negócio de forma apropriada com o escopo de assegurar a performance contratual.

Por derradeiro, quanto ao momento do surgimento do impedimento, vale dizer que um impedimento fora da esfera de controle da parte existente antes mesmo da formação do contrato é capaz de exonerá-la de responsabilidade, desde que preenchidos, cumulativamente, os demais requisitos previstos no art. 79(1) da CISG³⁸.

Nesse sentido, se o vendedor (A) celebrar um contrato de compra e venda de mercadorias com o comprador (B), mercadorias essas que deverão ser entregues de navio e, durante a viagem, as mercadorias se perderem devido a um impedimento fora do controle das partes, imprevisível, inevitável e insuperável (ex.: tempestade que afundou o navio cujo carregamento era de mercadorias infungíveis), e o comprador (B), sem saber de tal fato, celebrar um contrato de revenda dessas mercadorias com o comprador (C), (B) deverá ser exonerado de responsabilidade perante (C). Isso porque, entende-se que o momento do surgimento do impedimento é indiferente: tal impedimento fora do controle que ocasionou a perda das mercadorias, mesmo sendo pré existente ao contrato celebrado entre (B) e (C), é

certain production or storage. The Seller is not exempted if its supplier has not delivered, even if the supplier's action was unforeseeable and a breach of contract. Such an impediment can be overcome by the Seller as long as there are replacement goods available on the market".

³⁸ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 49; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.3; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 12; *Guide to CISG Article 79: Secretariat Commentary*. para. 4. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>>. Acesso em: 31 out. 2014; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 5.1-5.2; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 288-289; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 215.

suficiente para exonerar (B) de responsabilidade, desde que cumpridos os demais requisitos do art. 79(1) CISG³⁹.

Há quem sustente⁴⁰, por outro lado, que em certos ordenamentos jurídicos⁴¹, a não existência do objeto contratual no momento de sua formação pode acarretar problemas relacionados à validade do contrato, a qual não é regulada pela CISG (art. 4(a) da CISG⁴²). Dessa forma, se as regras domésticas imperativas determinarem a nulidade de um contrato realizado nesses termos (sem a existência de seu objeto), a interpretação do art. 79(1) da CISG no sentido de que haveria exclusão de responsabilidade mesmo para o caso de impedimento ocorrido antes da celebração do contrato seria conflitante com as disposições de direito interno, as quais impõe a nulidade contratual. Portanto, o melhor entendimento, no meu modo de ver, seria no sentido de que, no caso de haver uma disposição doméstica peremptória determinando a nulidade do contrato pela ausência do objeto contratual no momento de sua formação, o art. 79(1) da CISG não seria aplicável.

No caso do direito brasileiro, um contrato será considerado nulo se o seu objeto for impossível (art. 166, inciso II do Código

³⁹ *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 4.

⁴⁰ TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.4.3.

⁴¹ Como, por exemplo, o da França.

⁴² Art. 4 da CISG: 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; [...].

Versão original: *This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:*

(a) *The validity of the contract or of any of its provisions or of any usage; [...].*

Civil)⁴³. Destarte, se mercadorias infungíveis tiverem sido destruídas e inexistentes, assim, à época da celebração do contrato, tal negócio jurídico será nulo de pleno direito ante a impossibilidade do objeto⁴⁴ e as partes retornarão ao *status quo ante*⁴⁵. Não há que se falar de responsabilidade civil contratual ou extracontratual se ambos os contratantes sempre agiram em consonância com a boa-fé objetiva. No entanto, se uma parte já sabia do perecimento da mercadoria ao tempo da celebração do contrato e, mesmo assim, celebrou tal contrato, causando um efetivo dano à outra parte contratante, ela será responsabilizada e deverá indenizar a outra pelos eventuais prejuízos sofridos, tendo em vista a ofensa ao princípio geral de não lesar⁴⁶.

Na prática, essa distinção interpretativa do art. 79(1) da CISG quanto ao alcance de impedimentos ocorridos antes da conclusão do contrato não será de grande utilidade no direito brasileiro. Na hipótese de perda total de mercadorias infungíveis (tal qual no exemplo supracitado), a parte ((B), no exemplo) não será responsabilizada seja pela aplicação do art. 79(1) da CISG, seja pela aplicação da regra doméstica que impõe a nulidade contratual.

Todavia, grande parte dos estudiosos da Convenção não adentra no mérito dessa discussão entendendo, conseqüentemente, pela aplicação direta do art. 79(1) da CISG, mesmo no caso de o

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. I, p. 407.

⁴⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 420.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 541; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0004373-18.2010.8.26.0554. Relator: Desembargador Guilherme Santini Teodoro. Segunda Câmara de Direito Privado. São Paulo, 28 de janeiro de 2014.

⁴⁶ Chama-se tal comportamento de *culpa in contrahendo*, responsabilizando-se extracontratualmente a parte por ter celebrado um contrato com a consciência de que seu objeto era impossível, inexistente.

Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. aum. e atual (Gustavo Tepedino). 10ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 102-103.

impedimento ocorrer antes da conclusão do contrato (e os demais requisitos deste artigo forem devidamente preenchidos).

4.2. Imprevisibilidade

Para que haja exclusão de responsabilidade pela CISG é necessário, ainda, que o impedimento seja imprevisível no momento da conclusão do contrato⁴⁷. Assim, mesmo que um impedimento não recaia sobre a esfera de controle da parte, se ele for previsível, não haverá exclusão de responsabilidade⁴⁸.

Entende-se que, para que a previsibilidade seja aferida, de acordo com o art. 8(2) e (3) da CISG⁴⁹, deve-se levar em consideração

⁴⁷ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 50; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.3.

⁴⁸ BULGÁRIA. *Bulgarian Chamber of Commerce and Industry*. Sentença Arbitral nº 56/1995. *Coal case*. 24 de abril de 1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960424bu.html>>. Acesso em: 31 out. 2104 (CISG-Online 435): considerou-se que a proibição governamental à exportação de carvão é um impedimento fora da esfera de controle do vendedor, portanto, passível de exoneração de responsabilidade. No entanto, essa proibição já existia no momento da conclusão do contrato e, por isso, foi considerada como um impedimento previsível. Dessa forma, o tribunal arbitral não excluiu a responsabilidade do vendedor pela CISG.

HOLANDA. *Arrondissementsrechtsbank's-Hertogenbosch*. Caso nº 9981/HAZA 95-2299. *Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland*. Hertogenbosch, 02 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981002n1.html>>. Acesso em: 31 out. 2014: o vendedor alegou que deveria ser exonerado de responsabilidade tendo em vista que foi impossibilitado de adimplir o contrato e fornecer leite em pó conforme por causa do regulamento de importação do país do comprador, Singapura. Entretanto, o tribunal entendeu que o alegado impedimento (legislação regulatória) era previsível e deveria ter sido levado em consideração pelo vendedor, tendo em vista que tal legislação já existia no momento da conclusão do contrato e o comprador a enviou ao vendedor. Dessa forma, o vendedor já deveria conhecer a legislação e ser capaz de fornecer leite em pó em conformidade com as especificações do país do comprador.

⁴⁹ Art. 8 da CISG: [...]

(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.

o que uma pessoa razoável⁵⁰, naquelas mesmas circunstâncias e na posição do devedor, poderia ou não prever no momento da conclusão do contrato, considerando-se as práticas mercantis estabelecidas entre as partes e os usos e costumes do mercado internacional⁵¹.

Nota-se que os eventos que podem suceder com maior frequência, tais como enchentes, terremotos, guerras, embargos, greves, incêndios etc não podem ser sempre considerados como previsíveis somente porque ocorrem frequentemente ou porque já ocorreram algum dia⁵². É fundamental estabelecer um limite para o requisito da previsibilidade do impedimento. Deve-se levar em consideração a probabilidade do impedimento acontecer no caso concreto e não em abstrato, de forma que a parte da relação contratual consiga tomar providências concretas para razoavelmente evitar o acontecimento de tal impedimento⁵³.

(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.

Versão original: [...] (2) *If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.*

(3) *In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.*

⁵⁰ Ver ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 8, para. 5.

⁵¹ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para.13; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 52; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.3.

⁵² *Guide to CISG Article 79: Secretariat Commentary.* Op. cit. para. 5-6.

⁵³ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 51.

4.3. Inevitabilidade ou insuperabilidade do impedimento ou de suas consequências

O terceiro requisito cumulativo fixado pela CISG para que haja exclusão de responsabilidade, o qual pode ser subdividido em dois, é o de que o impedimento ou as suas consequências sejam (i) inevitáveis ou (ii) insuperáveis.

Por impedimentos ou consequências inevitáveis, entende-se que são aqueles que, não obstante todo o esforço do devedor para evitar a sua ocorrência, eles se concretizaram. A ideia é a de que o devedor não pode ficar acomodado assistindo o impedimento se perfetibilizar de modo a tornar o adimplemento contratual impossível.

Diferentemente, tem-se por impedimentos ou consequências insuperáveis aqueles que, embora já tenham ocorrido (inevitáveis), não puderam ser suplantados pelo devedor apesar de seu esforço e diligência. Ao contrário, se o impedimento ou as suas consequências, embora inevitáveis, forem superáveis, o devedor deve sempre agir rapidamente e fazer tudo o que estiver ao seu alcance para efetivamente superá-los de modo a adimplir o contrato⁵⁴.

Assim, se o impedimento destruir por completo ou danificar as mercadorias objeto do contrato, o devedor deve buscar bens substitutos para satisfazer a sua obrigação, contanto que esta seja de entregar bens fungíveis⁵⁵. Nessa hipótese, se houver impontualidade no cumprimento do contrato em função da busca dos bens substitutos, o devedor será isento de responsabilidade pelo atraso⁵⁶. Dessa forma, nota-se que se houver bens substitutos para satisfazer razoavelmente a obrigação e o devedor, mesmo assim, continuar inadimplente, ele não será exonerado pelo art. 79(1) da CISG, uma vez que o impedimento

⁵⁴ *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 7; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 54; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 4.5.

⁵⁵ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 55; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 9, Example 65B; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.5.

⁵⁶ *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 9, Example 65C.

não era insuperável⁵⁷. Por outro lado, se um impedimento inviabilizar por completo o cumprimento de uma obrigação de entregar bens infungíveis, ele será insuperável, exonerando o devedor de responsabilidade⁵⁸.

Há quem entenda que o devedor deve superar o impedimento ou as suas consequências a fim de adimplir o contrato mesmo que isso implique gasto excessivo ou uma grande perda do valor original do contrato⁵⁹. Outros autores, entretanto, defendem que há o limite da razoabilidade: se, para superar as consequências do impedimento, o devedor tiver que dispor de uma grande quantia, acarretando em um aumento de custo desarrazoado no contrato, ele não estará obrigado a adimpli-lo, podendo valer-se da exoneração de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG⁶⁰. As hipóteses deverão ser analisadas e decididas caso a caso.

A título de exemplo, em uma arbitragem instituída perante a CCI⁶¹, o árbitro único seguiu o segundo entendimento narrado, aquele no sentido de que a superação do impedimento ou de suas consequências não deve ser buscada a todo e qualquer custo mas, ao contrário, deve ser pautada pela razoabilidade. Assim, entendeu-se que o vendedor estaria exonerado de responsabilidade devido a um impedimento fora de sua esfera de controle, imprevisível, inevitável e insuperável, qual seja, uma drástica seca na região da fábrica das

⁵⁷ TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.5.

⁵⁸ TALLON, Denis. Loc. cit.; ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg (Appellate Court)*. Caso nº 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261).

⁵⁹ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 14.

⁶⁰ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 56; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.4; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 4.5.

⁶¹ FRANÇA. *Court of Arbitration of the ICC*. Sentença Arbitral nº. 8790/2000. *Processed food case*. 01 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/008790i1.html>>. Acesso em: 03 nov. 2014 (CISG-Online 1172).

mercadorias (alimentos processados). Nota-se que o comprador alegou que havia um outro vendedor localizado a uma distância de 300 km do atual vendedor, o qual poderia fornecer as mercadorias. Entretanto, o árbitro único permaneceu silente quanto à possibilidade do vendedor superar as consequências da seca (impedimento) comprando as mercadorias do outro fornecedor, exonerando-o de responsabilidade.

Em um outro caso julgado pela Corte de Apelação de Hamburgo⁶², entendeu-se que o vendedor era responsável pela violação contratual (art. 79 da CISG) e que, portanto, deveria indenizar o comprador pelo contrato de compra e venda substituto celebrado com outro vendedor (decorrente do dever de mitigação de danos). O Tribunal concluiu que cabia ao vendedor inadimplente suportar os riscos de um eventual aumento de preço do contrato substituto, tendo em vista que foi ele quem deu ensejo a tal situação. Dessa forma, por mais que o preço de mercado do ferro-molibdênio chinês tenha triplicado no momento da celebração do contrato substituto, a corte entendeu que esse aumento de preço não implicou desarrazoado sacrifício para o vendedor (ainda mais porque esse setor de mercado é muito especulativo, fato este capaz de fixar o limite de razoabilidade em um patamar bastante alto), obrigando-o a arcar com essa diferença de preço entre o contrato original inadimplido e o contrato substituto.

Desse modo, portanto, a meu ver, somente nos casos em que superar o impedimento ou suas consequências mostrar-se impossível ou irrazoável é que o devedor poderá valer-se da exclusão de responsabilidade prevista no art. 79(1) da CISG (reitera-se: desde que preenchidos todos os demais requisitos de exclusão de responsabilidade do art. 79(1) da CISG).

⁶² ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg (Appellate Court)*. Caso nº 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261).

4.4. Nexo causal

Finalmente, o quarto e último requisito estipulado pela CISG para que haja exclusão de responsabilidade é o da existência de nexos causal entre o impedimento e a falha na execução do contrato. Portanto, para que o devedor seja exonerado de responsabilidade, é necessário que o impedimento fora da esfera de controle da parte, imprevisível, inevitável e insuperável seja a única e real causa da violação contratual⁶³.

Nesse sentido, o devedor será responsabilizado se uma outra violação contratual de sua responsabilidade for causa concorrente com o impedimento na falha da execução do contrato. Explique-se: se as mercadorias empacotadas de maneira inadequada (violação contratual – art. 35(1) da CISG) se perderem em uma tempestade (impedimento imprevisível), o devedor não será exonerado de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG, tendo em vista que houve uma violação contratual concorrente ao impedimento⁶⁴. Na hipótese de as mercadorias perdidas serem fungíveis, o devedor deverá fornecer bens substitutos, respondendo somente pelo atraso na entrega. Mas, sendo as mercadorias perdidas infungíveis, o devedor será responsabilizado pela impossibilidade da entrega das mesmas, a não ser que ele prove que as mercadorias perder-se-iam de qualquer forma, a despeito de

⁶³ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 15; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 58; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.6; RÚSSIA. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Arbitration*. Sentença Arbitral nº 42/2005. *Equipment case*. 21 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051121r1.html>>. Acesso em: 20 nov. 2014 (CISG-Online 1520).

Em sentido diverso: ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.4. Entende-se que o impedimento não precisa ser o único e exclusivo motivo da violação contratual para que o devedor possa ter sua responsabilidade excluída pelo art. 79(1) da CISG.

⁶⁴ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 15; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 59; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.6.

não terem sido embaladas corretamente. Nesse último caso, sua responsabilidade poderá ser excluída pelo art. 79(1) da CISG⁶⁵.

O mesmo ocorre no caso de violação contratual por atraso na entrega das mercadorias: o devedor não será exonerado de responsabilidade se o impedimento tiver ocorrido durante a sua mora. Isso porque, se o devedor tivesse adimplido o contrato pontualmente, não haveria que se falar no impedimento; o impedimento só impossibilitou a prestação pois ocorreu no período de mora do devedor⁶⁶. A única forma de o devedor ser exonerado de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG, nesse caso, é provando que o atraso na entrega não possui qualquer relação com a perda das mercadorias, pois elas ter-se-iam perdido mesmo se não houvesse atraso⁶⁷.

Na situação específica de haver diversos impedimentos concorrentes e pelo menos um deles estiver fora da esfera de controle da parte, for imprevisível, for inevitável, for insuperável e for, *per se*, o causador direto da falha na execução contratual, haverá exoneração de responsabilidade do devedor pelo art. 79(1) da CISG se houver diversos. Sustenta-se que qualquer impedimento fora da esfera de controle, imprevisível, inevitável, insuperável e causador direto da falha na execução contratual já é suficiente para cumprir por completo os requisitos do art. 79(1) da CISG e exonerar o devedor de responsabilidade, sendo irrelevante o fato de haver outros impedimentos concorrentes que sejam previsíveis ou superáveis (estes, por si só, não são capazes de excluir a responsabilidade do devedor)⁶⁸.

⁶⁵ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 59; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 15; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.4.

⁶⁶ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 15; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 59.

⁶⁷ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 59.

⁶⁸ Em sentido diverso, Ingeborg Schwenzer sustenta que, no caso de diversos impedimentos concorrentes, o devedor será responsabilizado se ao menos um dos impedimentos for previsível ou evitável ou superável ou estiver dentro de sua esfera de controle, isto é, a fim de exonerar-se de responsabilidade, ele deverá provar que

4.5. Casos específicos

4.5.1. Fenômenos naturais e catástrofes

Normalmente, os chamados caso fortuito e motivo de força maior constituem um impedimento fora da esfera de controle da parte capaz de exonerá-la se for o motivo do inadimplemento⁶⁹. São exemplos os fenômenos naturais e as catástrofes – tais como enchente, terremoto, furacão, seca, incêndio⁷⁰ e geada – as epidemias⁷¹, os atos de guerra⁷² e os ataques terroristas⁷³. Todavia, para haver exoneração de responsabilidade, é necessário verificar se, naquele caso concreto, o

todos os impedimentos concorrentes são impedimentos fora de sua esfera de controle, imprevisíveis, inevitáveis, insuperáveis e diretos causadores da violação contratual (Op. cit. para. 15).

⁶⁹ Ibid. para. 16; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.6; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.6.7.

⁷⁰ De uma maneira geral, incêndios são considerados como caso fortuito ou como motivo de força maior, funcionando como um impedimento para fins do art. 79(1) da CISG, capaz de exonerar a parte de responsabilidade. Entretanto, é necessário sempre atentar para as peculiaridades de cada caso concreto: se um incêndio for gerado pela violação de um protocolo básico de segurança em uma fábrica do vendedor/produtor, por óbvio, esse incêndio não poderá ser qualificado como um impedimento fora de sua esfera de controle. Esse caso é diferente, contudo, de um incêndio ocorrido em uma floresta ocasionado por conta de condições climáticas adversas, tal como uma extrema e imprevisível seca, que destruiu por completo a plantação do vendedor.

Ver ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.6.

⁷¹ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 16.

⁷² SCHWENZER, Ingeborg. Loc. cit.; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal District Court*. Caso nº 06 Civ 12. *Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq case*. Nova York, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 1777).

⁷³ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 16; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 3.6.

impedimento fora da esfera de controle da parte foi imprevisível e insuperável⁷⁴.

4.5.2. Intervenções estatais

De maneira geral, intervenções estatais (*fait du prince*), tais como a proibição de exportação ou importação e a exigência de licença para comercializar determinado produto, são consideradas impedimentos que recaem fora da esfera de controle da parte, aptos, portanto, a excluir a responsabilidade contratual desta⁷⁵. Contudo, faz-

⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal District Court*. Caso nº 03 C 1154. *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co., KG*. Illinois, 06 de julho de 2004. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040706u1.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 925): considera-se previsível o congelamento do porto de São Petersburgo no mês janeiro, período auge do inverno. Mas esse congelamento, normalmente, não é capaz de impedir a entrada e a saída dos navios no porto. No caso concreto, entretanto, o porto congelou antes de janeiro e de uma forma bastante severa que impediu a entrada de navios, o que não ocorre geralmente. Por isso, entendeu-se que o impedimento (congelamento do porto), nessas circunstâncias, poderia ser considerado imprevisível, capaz de exonerar a parte de responsabilidade; CHINA. CIETAC. Sentença Arbitral nº CISG/1997/33. *Canned oranges case*. 30 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971130c1.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 1412): o tribunal arbitral entendeu que a enchente era um fenômeno natural previsível naquela área pois, naquele mesmo ano, antes da conclusão do contrato, já haviam ocorrido algumas enchentes; CHINA. CIETAC. Sentença Arbitral nº CISG/1996/14. *Dried sweet potatoes case*. 14 de março de 1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960314c1.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 1523): o tribunal entendeu que quando a enchente ocorre antes da conclusão do contrato, problemas na execução deste relacionados à enchente são considerados previsíveis, não sendo este um impedimento capaz de exonerar a parte; CHINA. CIETAC. Sentença Arbitral nº CISG/1996/21. *"FeMo" alloy case*. 02 de maio de 1996. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960502c1.html>>. Acesso em: 05 jan. 2015 (CISG-Online 1067): nevasca é previsível no mês de dezembro no hemisfério norte em uma região que normalmente neva. O tribunal entendeu que o vendedor não provou, de fato, que houve um motivo de força maior que impediu a performance contratual e que ele era um impedimento imprevisível. Portanto, não exonerou o vendedor do pagamento de indenização por perdas e danos.

⁷⁵ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 17; HUNGRIA. *Hungarian Chamber of Commerce and Industry of Budapest*. Sentença Arbitral nº VB 96074. *Caviar case*.

se necessário analisar a previsibilidade e a superabilidade de tais intervenções estatais para aferir se, em dado caso concreto, a parte merece ser exonerada de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG⁷⁶.

No tocante a partes que sejam “empresas estatais”, há dúvidas quanto a possibilidade de alegação de intervenções estatais como impedimento para exoneração de responsabilidade⁷⁷. O certo é que se a intervenção for oriunda de um Estado que não guarde relação com o país da estatal mas que, mesmo assim, acarrete um impedimento para a performance contratual desta, ela poderá valer-se de tal impedimento para pleitear a exclusão de sua responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG. Entretanto, se um determinado país intervir economicamente de forma a causar um impedimento para a performance contratual de uma de suas estatais, esta não poderá alegar tal intervenção para fins de exoneração de responsabilidade.

Budapeste, 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>>. Acesso em: 06 jan. 2015 (CISG-Online 774): trata um embargo econômico da ONU contra a Iugoslávia como um impedimento para fins do art. 79 da CISG.

⁷⁶ *Guide to CISG Article 79: Secretariat Commentary*. Op. cit. para. 5-6; RÚSSIA. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*. Sentença Arbitral nº 96/1998. 24 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981124r1.html>>. Acesso em: 07 jan. 2015 (CISG-Online 1525): o tribunal arbitra; entendeu que o comprador russo deveria ter previsto, no momento da conclusão do contrato (março de 1997), a necessidade de obtenção de uma licença a ser expedida pelo Banco Central russo quando da execução do contrato. Tal procedimento está previsto em uma regulação de julho de 1995, anterior, portanto, à conclusão do contrato. Dessa forma, o comprador russo não pode alegar tal exigência de licença como um impedimento imprevisível apto de exonerá-lo; CHINA. CIETAC. Sentença Arbitral nº CISG/1993/11. *Semi-automatic weapons case*. 07 agosto de 1993. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930807c1.html>>. Acesso em: 07 jan. 2015 (CISG-Online 1060): o tribunal arbitral entendeu ser o comprador responsável pela impossibilidade de adimplemento contratual por parte do vendedor, devendo indenizá-lo pelas suas perdas. Isso porque a obrigação de obtenção de aprovação para importação de armas era do comprador e esta devia ter sido levada em consideração pelo mesmo, tendo em vista que a respectiva lei que a exigia já estava em vigor há anos. Assim, concluiu-se, nesse caso concreto, que a exigência de obtenção de aprovação para importação de armas foi um impedimento previsível para o comprador, incapaz de exonerá-lo de responsabilidade.

⁷⁷ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 17.

4.5.3 Impossibilidade econômica / *Hardship*

Entende-se por impossibilidade econômica ou *hardship* a posterior e imprevisível alteração das circunstâncias econômicas de tal forma que a performance das obrigações contratuais assumidas mostra-se completamente desarrazoada e impossível de ser concretizada, se não causando extremo prejuízo a uma das partes⁷⁸. Encontra-se a seguinte definição de *hardship* no art. 6.2.2 dos Princípios do UNIDROIT para Contratos Comerciais Internacionais⁷⁹:

ARTICLE 6.2.2 Definition of hardship

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.⁸⁰

⁷⁸ Ibid. para. 30.

⁷⁹ *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010)*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

⁸⁰ Tradução livre: Haverá *hardship* quando a ocorrência de certo evento alterar o equilíbrio contratual, seja aumentando o custo de performance para uma das partes, seja diminuindo o valor da prestação que uma das partes deva receber, e

(a) tal evento tenha ocorrido ou chegado ao conhecimento da parte prejudicada depois do momento de conclusão do contrato;

(b) tal evento tenha sido imprevisível no momento da conclusão do contrato pela parte prejudicada;

(c) tal evento tenha ocorrido fora da esfera de controle da parte prejudicada; e

(d) a parte prejudicada não tenha assumido qualquer risco relativo ao evento.

Embora não prevista expressamente no texto normativo da CISG, sustenta-se que a impossibilidade econômica justifica a exoneração de responsabilidade da parte inadimplente, tendo em vista que pode ser considerada como um impedimento fora da esfera de controle da parte para fins do disposto no art. 79 da citada Convenção⁸¹. Mas, a fim de que haja exclusão de responsabilidade por ocasião de uma impossibilidade econômica, é necessário que todos os requisitos previstos no art. 79 da CISG sejam preenchidos⁸². Todavia, nota-se que essa é uma hipótese excepcional que só deverá ocorrer em casos de excessiva onerosidade⁸³. Normalmente, a parte deve arcar com os riscos inerentes ao contrato e com as flutuações padrões de preço de mercado e de valor de moeda⁸⁴.

O mesmo se aplica quando houver extrema desvalorização da moeda com base na qual o preço das mercadorias está fixado⁸⁵, enfatizando-se que tal exoneração só deverá ocorrer se essa

⁸¹ SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 291; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30; CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. comentário 3.1; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.2; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 6.3; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 222-223 e 226.

Contudo, há quem entenda que as alterações de circunstâncias econômicas (*hardship*) não podem ser consideradas como impedimento para fins do disposto no art. 79 da CISG, pois defendem a ligação restritiva do art. 79 da CISG para a hipótese de exoneração de responsabilidade. Ver ITÁLIA. *Tribunale Civile di Monza (District Court)*. Caso n° R.G. 4267/88. *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*. Monza, 14 de janeiro de 1993. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>>. Acesso em: 30 dez. 2014 (CISG-Online 540).

Sobre a discussão ver: TALLON, Denis. Op. cit. para. 3.1-3.2.

⁸² HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.2.

⁸³ SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 291; CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 39.

⁸⁴ CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 39; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 289a.

⁸⁵ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.2.

desvalorização ultrapassar o chamado “limite do sacrifício”, remontando a uma onerosidade extremamente excessiva para uma das partes⁸⁶. Nota-se, portanto, que meras alterações de preços ou flutuações de mercado não remontam a um impedimento capaz de exonerar uma parte de responsabilidade⁸⁷. Assim, de uma forma geral, tem-se que a parte deve suportar alterações de, pelo menos, três vezes o valor de mercado em transações especulativas⁸⁸, por tais flutuações serem consideradas previsíveis⁸⁹.

⁸⁶ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30; CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 38.

⁸⁷ CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 39.

⁸⁸ ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg (Appellate Court)*. Caso n° 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261): o tribunal considerou que o aumento de três vezes do preço do ferro-molibdênio chinês não acarretaria em um sacrifício desarrazoado para o vendedor, o que não remontaria a um impedimento para fins do disposto no art. 79(1) CISG (ainda mais porque esse setor de mercado é muito especulativo, fato este capaz de fixar o limite de razoabilidade em um patamar bastante alto), obrigando-o a arcar com essa diferença de preço entre o contrato original inadimplido e o contrato substituído; FRANÇA. *Court of Arbitration of the ICC*. Sentença Arbitral n° 6281/1989. *Steel bars case*. 26 de agosto de 1989. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281i1.html>>. Acesso em: 30 dez. 2014 (CISG-Online 8): o tribunal arbitral entendeu que o aumento de aproximadamente 13% no preço do aço não era uma alteração de circunstância imprevisível ou excessiva a fim de caracterizar um impedimento para fins do art. 79 da CISG (embora o tribunal tenha afastado a aplicação da Convenção no caso concreto, considerou-se a hipótese de aplicação apenas para fins argumentativos); ITÁLIA. *Tribunale Civile di Monza (District Court)*. Caso n° R.G. 4267/88. *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*. Monza, 14 de janeiro de 1993. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>>. Acesso em: 30 dez. 2014 (CISG-Online 540): não obstante o fato de o tribunal não ter aplicado a CISG, argumentou-se que, ainda que esta fosse aplicável, a variação de quase 30% do preço do ferro cromado não seria suficiente para caracterizar uma onerosidade excessiva do contrato de forma a impossibilitar a performance contratual; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30.

⁸⁹ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 30; FRANÇA. *Court of Arbitration of the ICC*. Sentença Arbitral n° 6281/1989. *Steel bars case*. 26 de agosto de 1989. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281i1.html>>. Acesso em: 30 dez. 2014 (CISG-Online 8).

Desse modo, as posteriores e imprevisíveis alterações nas circunstâncias econômicas que remontarem a uma onerosidade excessiva, impedindo a parte de adimplir a sua obrigação contratual sem que lhe sejam causados excessivos prejuízos, são consideradas impedimentos para fins do art. 79(1) da CISG. Consequentemente, a parte prejudicada será exonerada de responsabilidade por perdas e danos, considerando o preenchimento de todos os demais requisitos previstos no art. 79(1) da CISG. Contudo, a outra parte poderá valer-se dos demais remédios previstos na Convenção, com a ressalva da execução específica do contrato (ver item 8 deste trabalho).

Por fim, cumpre anotar que não se deve adotar os remédios estipulados na legislação doméstica de cada país, tal qual a imposição de revisão contratual para reajustar o seu equilíbrio econômico. Isso porque, em alguns países, a teoria do *hardship* não foi incorporada. Assim, caso se recorresse, obrigatoriamente, aos remédios previstos em legislações locais, não haveria a aplicação do direito uniforme previsto pela Convenção, a qual impõe como única consequência da impossibilidade econômica a exoneração de responsabilidade por perdas e danos com a conseguinte extinção do contrato⁹⁰. Contudo, nada impede de as partes, tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva e o ânimo de manter uma boa relação negocial (*goodwill*), renegociarem o contrato⁹¹.

⁹⁰ HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 432.2; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 219-220 e 227.

⁹¹ CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 40; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 227; SCHWENZER, Ingeborg. Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 39, 2008, p. 722-723. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

5. RESPONSABILIDADE POR TERCEIROS SUBCONTRATADOS (ART. 79(2) CISG)

Em alguns casos, pode ser que o devedor queira ou precise se valer de terceiros para executar total ou parcialmente o contrato. É muito comum, por exemplo, que o contratado necessite subcontratar terceiros para poder produzir e fornecer a mercadoria final. Para essa hipótese em que há violação contratual decorrente de algum evento atrelado ao terceiro envolvido na cadeia produtiva, o art. 79 da CISG traz uma regra específica de exclusão de responsabilidade do contratante.

De acordo com o disposto pelo art. 79(2) da CISG⁹², se o inadimplemento do devedor for devido à falta de cumprimento do terceiro por ele incumbido da execução total ou parcial do contrato, sua exclusão de responsabilidade só será possível se ele provar, cumulativamente, que (i) ele mesmo está exonerado de responsabilidade, tendo em vista que cumpriu todos os requisitos elencados no art. 79(1) da CISG (a violação contratual ocorreu por causa de um impedimento fora de sua esfera de controle, imprevisível, inevitável e insuperável); e (ii) o terceiro subcontratado também

⁹² Art. 79 da CISG: [...]

(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. [...]

Versão original: [...]

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him. [...]

estaria exonerado de responsabilidade se os requisitos previstos no art. 79(1) da CISG fossem aplicáveis a ele (o impedimento causador da violação contratual também estava fora da esfera de controle, era imprevisível, inevitável e insuperável para o terceiro subcontratado).

A grande questão está em saber quem são os considerados “terceiros incumbidos da execução total ou parcial do contrato” pelo art. 79(2) da CISG. A depender da resposta, dever-se-á aplicar o art. 79(1) ou o art. 79(2) da CISG⁹³. Nos casos em que o art. 79(2) da CISG é o aplicável, torna-se mais difícil para o devedor exonerar-se de responsabilidade, tendo em vista que ele deverá provar o preenchimento de cada requisito do art. 79(1) da CISG não só em relação a si mesmo como também em relação ao terceiro, do que nos casos de aplicação direta do art. 79(1) da CISG, em que ele deverá comprovar o preenchimento de cada requisito do artigo somente em relação a si mesmo⁹⁴.

5.1. Noção de terceiro subcontratado

Pode-se identificar três grandes grupos de “terceiros” *lato sensu*: (a) os empregados da parte; (b) aqueles que fornecem os meios necessários à parte, de forma a possibilitar a execução contratual (são, por exemplo, os fornecedores de mercadorias, de bens semimanufaturados e de matéria-prima); e (c) os subcontratados incumbidos de executar diretamente total ou parcialmente o contrato⁹⁵. No entanto, o conceito de “terceiro” constante no art. 79(2)

⁹³ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 61.

⁹⁴ CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 16, 20 e 21; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 61; GARRO, Alejandro M. *Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)*. 2005. para. II.2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html#editorial>>. Acesso em: 20 nov. 2014; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 39.

⁹⁵ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2.

da CISG deve ser interpretado restritivamente, somente no sentido de “terceiros incumbidos da execução total ou parcial do contrato”⁹⁶.

Assim, obviamente, aqueles que trabalham diretamente para o devedor e estão dentro de sua esfera de controle, sendo, portanto, empregados, sem possuir qualquer contato com o credor, não estão incluídos no conceito de terceiros do art. 79(2) da CISG. O devedor responde por quaisquer falhas cometidas por eles segundo os critérios do art. 79(1) da CISG⁹⁷.

Do mesmo modo, fornecedores gerais de mercadorias, de bens semimanufaturados ou de matéria-prima estão excluídos do escopo do art. 79(2) da CISG, por não serem considerados terceiros subcontratados para executar total ou parcialmente o contrato⁹⁸. Defende-se essa tese pois, em geral, na cadeia produtiva de um vendedor de mercadorias, sempre haverá um simples fornecedor de produtos ou de matéria-prima. É muito raro que o devedor domine todas as etapas de produção da mercadoria. Assim, qualificar um simples fornecedor de matéria-prima, de bens semimanufaturados ou de mercadoria, a quem não foi especialmente confiada a execução do

⁹⁶ HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 434; CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 22.

⁹⁷ CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 17; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 63; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 34; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 293; SOUTHERINGTON, Ton. Op. cit. para. 3.2.2.1.

⁹⁸ *Guide to CISG Article 79: Secretariat Commentary*. Op. cit. para. 12; CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para.18; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 37; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 62 e 64; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. II.3; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 434; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.1; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2; RÚSSIA. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*. Sentença Arbitral n° 155/1994. *Metallic sodium case*. 16 de março de 1995. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>>. Acesso em: 07 jan. 2015: o tribunal arbitral entendeu que a recusa de um terceiro em fornecer bens manufaturados ou matéria-prima para a parte contratante não constitui um impedimento fora da esfera de controle desta capaz de exonerá-la de responsabilidade nos termos do art. 79(1) da CISG.

contrato, como um terceiro para fins do art. 79(2) da CISG, seria afirmar que um contrato de compra e venda internacional de mercadorias sempre dependerá do envolvimento de terceiros subcontratados, exterminando-se, praticamente, a aplicabilidade direta do art. 79(1) da CISG⁹⁹.

Assim, a fim de que o devedor seja exonerado de responsabilidade, ele deve provar o preenchimento cumulativo de todos os requisitos do art. 79(1) da CISG somente em relação a si, isto é, que o impedimento causador do inadimplemento contratual, mesmo estando relacionado ao fornecedor de matéria-prima ou de bem semimanufaturado (ex.: embargo econômico no país do fornecedor proibindo a venda da matéria prima que o devedor necessita para cumprir seu contrato com o credor), era imprevisível, inevitável e insuperável para ele, devedor^{100 e 101}.

Ressalta-se que a simples alegação do devedor de que o inadimplemento contratual decorreu de uma falha que não foi sua mas sim de seu fornecedor não é capaz de exonerá-lo de responsabilidade, tendo em vista que o fornecedor está dentro de sua esfera de controle¹⁰². Por isso, é difícil para o devedor demonstrar o

⁹⁹ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 65.

¹⁰⁰ O devedor não precisa provar o preenchimento dos requisitos do art. 79(1) da CISG em relação ao fornecedor pois este não está incluído no conceito de terceiros presente no art. 79(2) da CISG. Assim, ainda que o impedimento fosse previsível, evitável ou superável para o fornecedor de matéria-prima, o devedor estaria exonerado de responsabilidade pelo art. 79(1) da CISG tendo em vista que não era previsível, evitável nem superável para ele, devedor.

¹⁰¹ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 65; CISG-AC Opinion N° 7. Op cit. para. 18; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 434; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 37.

¹⁰² ALEMANHA. *Oberlandesgericht Hamburg (Appellate Court)*. Caso n° 1 U 167/95. *Iron molybdenum case*. Hamburgo, 28 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014 (CISG-Online 261): o tribunal considerou que a falha na entrega de um fornecedor de matéria-prima ou produtos manufaturados está dentro da esfera de controle do vendedor, não podendo este alegar essa falta como um impedimento para fins do art. 79(1) da CISG. A única exceção considerada é a de esse fornecedor ser detentor de

preenchimento do primeiro requisito do art. 79(1) da CISG (impedimento fora do controle da parte). Ele poderá exonerar-se de responsabilidade se comprovar, por exemplo, que aquele fornecedor detinha um monopólio ou que os outros fornecedores não estavam disponíveis no mercado devido a um determinado evento extraordinário e imprevisível (ex.: guerras, embargos, destruição da fábrica etc)¹⁰³.

Não obstante o fato de os fornecedores gerais de mercadorias, de bens semimanufaturados ou de matéria-prima não serem considerados terceiros para fins do art. 79(2) da CISG e de, portanto, a regra de exclusão de responsabilidade no caso de falha dos fornecedores ser a constante do art. 79(1) da CISG, ilumina-se que, na prática, alguns julgados não tão técnicos acabam por aplicar o art. 79(2) da CISG¹⁰⁴ ou, até mesmo, aplicar o art. 79 da CISG de forma genérica, sem adentrar na discussão de qual parágrafo seria o aplicável (1º ou 2º).

Finalmente, os contratados para executar diretamente o contrato perante o credor, total ou parcialmente, estão incluídos dentro do conceito do Art. 79(2) da CISG¹⁰⁵. É necessário que haja um vínculo (*organic link*) entre o contrato com o terceiro e o contrato

um monopólio do respectivo bem ou matéria-prima, caso em que o vendedor poderia ser exonerado de responsabilidade; CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 24-25; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 60; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 294.

¹⁰³ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 37; CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 25; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.3.

¹⁰⁴ FRANÇA. *Court of Arbitration of the ICC*. Sentença Arbitral nº 8128/1995. *Chemical fertilizer case*. 1995. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>>. Acesso em: 09 jan. 2015 (CISG-Online 526).

¹⁰⁵ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 63; CISG-AC Opinion N°. 7. Op cit. para. 19; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. II.2; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2.

principal: o terceiro deve executar diretamente parte do contrato principal e deve ter ciência que sua performance será necessária para a execução final do contrato principal¹⁰⁶. Eles são, portanto, terceiros juridicamente independentes¹⁰⁷ incumbidos de executar diretamente pelo menos parte do contrato, contratados somente por uma das partes, a qual não é capaz de controlá-los¹⁰⁸. São exemplos destes os transportadores independentes contratados para entregar as mercadorias no local acordado pelas partes¹⁰⁹, os bancos incumbidos de realizar as transferências de valores, as sociedades incumbidas da instalação da máquina em uma das fábricas do credor etc¹¹⁰.

¹⁰⁶ TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.1; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 434.

¹⁰⁷ Se o “terceiro” for uma filial da sociedade, ele não será considerado como tal para fins do art. 79(2) da CISG. A regra de exoneração de responsabilidade aplicável a esse caso será a constante no art. 79(1) da CISG. Contudo, a fim de exonerar-se de responsabilidade, será extremamente difícil para o devedor provar, no caso concreto, o preenchimento do primeiro requisito do art. 79(1) da CISG (impedimento fora da esfera de controle da parte), tendo em vista que a filial estará dentro de sua esfera de controle.

Ver TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.1; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2. Sustenta-se que basta a independência jurídica (e não a econômica) para alguém ser caracterizado como terceiro consoante o art. 79(2) da CISG. Assim, as filiais de uma determinada sociedade não podem ser caracterizadas como terceiro, mas diferentes sociedades pertencentes a um mesmo grupo econômico podem (possuem personalidade jurídica distintas, isto é, autonomia jurídica, embora possam ser dependentes umas das outras economicamente).

¹⁰⁸ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 63; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. II.2; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 7.2.

¹⁰⁹ O devedor só poderá ser eventualmente responsabilizado por uma falha no transporte pela transportadora independente contratada se ele tiver se obrigado contratualmente pelo transporte. Caso ele não tenha se obrigado a entregar as mercadorias em dado local (art. 31(a) da CISG), o inadimplemento da transportadora não será oponível a ele, devedor, não havendo que se falar em exclusão de responsabilidade pelo art. 79 da CISG. Conferir SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 34.

¹¹⁰ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 63.

5.2. Hipótese de exclusão de responsabilidade

A fim de que o devedor possa ser exonerado de responsabilidade nos casos em que o inadimplemento é decorrente de uma falha na execução total ou parcial do contrato por um terceiro, compreendido sob o escopo do art. 79(2) da CISG, todos os requisitos do art. 79(1) da CISG devem ser preenchidos cumulativamente tanto pelo devedor quanto pelo terceiro contratado¹¹¹. Portanto, a regra do art. 79(2) da CISG é mais severa do que a do art. 79(1) da CISG, estendendo a responsabilidade do devedor para as falhas cometidas pelo terceiro contratado como se falhas suas fossem¹¹².

Todavia, ressalta-se que se o credor impuser ao devedor a contratação de um determinado terceiro (um dado banco ou transportadora, por exemplo), o devedor não será responsabilizado por qualquer falha cometida por esse terceiro selecionado pelo credor (estava fora de sua esfera de controle)¹¹³. Isso porque não faz sentido responsabilizar o devedor pela falha de um terceiro que não foi escolhido com base na sua vontade mas sim pela imposição do credor. Nesse caso, deve-se aplicar o art. 80 da CISG¹¹⁴, o qual dispõe que

¹¹¹ Ibid. para. 61; CISG-AC Opinion N° 7. Op cit. para. 16 e 20; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 39; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7 e 2.7.2; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 294.

¹¹² GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. II.4; CISG-AC Opinion N° 7. Op cit. para. 20; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 39; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 294.

¹¹³ CISG-AC Opinion N° 7. Op cit. para. 18 e 20; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 36; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 66; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 294.

A favor de manter o devedor responsável mesmo na hipótese de imposição de um determinado terceiro pelo credor: TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.7.1.

¹¹⁴ Art. 80 da CISG: 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.

Versão original: *A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission.*

uma parte não pode valer-se do descumprimento da outra caso ela mesma tenha, por ação ou omissão, dado causa ao descumprimento. Nota-se, no entanto, que a simples aprovação pelo credor do terceiro escolhido pelo devedor não é suficiente para aplicar o art. 80 da CISG e excluir a responsabilidade do devedor¹¹⁵.

Por fim, no caso de haver um terceiro detentor de um monopólio incumbido de executar total ou parcialmente o contrato, o devedor não será responsabilizado por uma eventual falha deste se ele tiver informado o credor, no momento da conclusão do contrato, sobre a situação monopolística a qual ele está submetido¹¹⁶. Isso porque o devedor terá limitado a sua responsabilidade ao informar tal situação ao credor no momento da conclusão do contrato. Entretanto, caso o devedor não informe o credor acerca do monopólio, ele será responsável por quaisquer falhas na execução contratual que venham a ocorrer, independentemente destas terem sido causadas pelo terceiro monopolista¹¹⁷.

6. IMPEDIMENTOS TEMPORÁRIOS (ART. 79(3) CISG)

É importante apontar que, consoante o disposto no art. 79(3) da CISG¹¹⁸, a parte só estará exonerada de responsabilidade pelo não

¹¹⁵ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 66.

¹¹⁶ Ibid. para. 67; CISG-AC Opinion N°. 7. Op. cit. para. 20.

Em sentido diverso, Ingeborg Schwenzer sustenta que é indiferente, para aplicação do art. 79(2) da CISG, a existência de monopólio por parte do terceiro, pois tal artigo não está baseado na ideia de que o devedor só é responsável pelas suas escolhas, mas sim na ideia de que uma divisão na execução contratual a qual o devedor se obrigou por completo, por meio de contratação de um terceiro, ainda que em monopólio, não pode ser revertida em benefício para o devedor, excluindo a sua responsabilidade. (Op. cit. para. 36).

¹¹⁷ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 67.

¹¹⁸ Art. 79 da CISG: [...]

(3) A exclusão prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento. [...]

cumprimento enquanto perdurar o impedimento. Passados tal impedimento temporário e seus efeitos, o devedor deverá cumprir a obrigação contratual, exonerando-se de responsabilidade somente pelo consequente atraso¹¹⁹.

No entanto, caso esse atraso remonte a uma violação essencial do contrato (*fundamental breach*), a exoneração de responsabilidade não impede que a outra parte rescinda o contrato¹²⁰ nos moldes do disposto no art. 49(1)¹²¹ ou no art. 61(1)¹²² da CISG e no art. 25 da

Versão original: [...] (3) *The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. [...]*

¹¹⁹ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 41; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 87; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 13; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10.4; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.1; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 9.

¹²⁰ *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 14: caso, por exemplo, a fábrica do devedor tenha sido destruída por um incêndio e este tenha ficado impedido de adimplir tempestivamente o contrato, ele será exonerado de responsabilidade pelo disposto no art. 79(1) da CISG. No entanto, pelo o que se depreende da norma do art. 79(3) da CISG, o devedor permanecerá obrigado a adimplir o contrato assim que o impedimento e os seus efeitos passarem, como, por exemplo, quando sua fábrica for reconstruída e voltar à sua produção normal. Todavia, caso tais efeitos do impedimento demorem muito a passar (ex.: fábrica demorou 2 anos para ser reconstruída), tal significativo atraso no cumprimento contratual amontará em uma violação substancial, permitindo que quaisquer das partes rescinda o contrato; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 87; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 41; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.1.

¹²¹ Art. 49 da CISG: (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 [...]

Versão original: (1) *The buyer may declare the contract avoided:*

(a) *if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or [...]*

¹²² Art. 61 da CISG: (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. [...]

Versão original: (1) *If the buyer fails to perform any of his obligations under the*

CISG¹²³. Isso porque o art. 79(5) da CISG estabelece que a exoneração de responsabilidade prevista no art. 79(1) e (2) da CISG só exonera a parte inadimplente de arcar com as perdas e danos, mas não exclui o direito da outra de valer-se de outros remédios previstos na Convenção, tal qual a rescisão contratual.

A grande questão, não tratada expressamente pela CISG, é a de até quando e sob quais circunstâncias o devedor ficará obrigado a cumprir o contrato, isto é, até quando e sob quais circunstâncias ele ficará obrigado a esperar o impedimento ou os seus efeitos passarem para, depois, adimplir as suas obrigações contratuais. Não seria razoável afirmar que o devedor ficaria obrigado *ad eternum*.

A melhor doutrina professa que se a execução contratual tornar-se extremamente onerosa para o devedor quando do desaparecimento do impedimento ou de seus efeitos que perduraram bastante tempo, transformando a execução contratual em um sacrifício desarrazoado, este não estará obrigado a adimplir o contrato, podendo rescindi-lo¹²⁴. Sustenta-se, então, a aplicação analógica da regra prevista no art. 74(2) da ULIS, a qual dispõe que¹²⁵:

contract or this Convention, the seller may:

(a) exercise the rights provided in articles 62 to 65;

(b) claim damages as provided in articles 74 to 77. [...]

¹²³ Art. 25 da CISG: 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.

Versão original: *A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.*

¹²⁴ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 88; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 42; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.1; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 9.

¹²⁵ Tal tese é sustentada tendo como base a interpretação histórico-legislativa conferida ao art. 79(3) da CISG. Ver ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 88; NICHOLAS, Barry. Op. cit. p. 5-17 e 5-18.

Where the circumstances which gave rise to the non-performance of the obligation constituted only a temporary impediment to performance, the party in default shall nevertheless be permanently relieved of his obligation if, by reason of the delay, performance would be so radically changed as to amount to the performance of an obligation quite different from that contemplated by the contract. (grifos acrescentados)¹²⁶

Assim, portanto, se houver uma real transformação da natureza da obrigação contratada após o desaparecimento do impedimento, o devedor não estará mais obrigado a cumpri-la, podendo-se valer da rescisão contratual¹²⁷.

7. DEVER DE INFORMAR (ART. 79(4) CISG)

A parte inadimplente tem o dever de informar a outra parte, dentro de um prazo razoável, sobre a ocorrência do impedimento e suas consequências, de forma a possibilitar que esta, ciente do impedimento, tome as medidas necessárias para mitigar eventuais danos ou decida por rescindir o contrato¹²⁸. Tal regra está

¹²⁶ Tradução livre: Quando as circunstâncias que deram ensejo ao inadimplemento mostrarem-se ser temporárias, a parte inadimplente deve ser permanentemente exonerada de responsabilidade caso, devido a esse atraso, a natureza da obrigação tiver sido radicalmente alterada de forma a estar substancialmente distinta da que foi contratada.

¹²⁷ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 88. Ver, a título de exemplo, o disposto no ICC Force Majeure Clause. Op. cit. parágrafo 8: quaisquer das partes têm o direito de rescindir o contrato quando o tempo de duração do impedimento ou de suas consequências privar uma ou ambas do que elas podiam razoavelmente esperar do contrato.

¹²⁸ *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 15; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 95; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 43; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7.

expressamente prevista no art. 79(4) da CISG¹²⁹ e traduz o dever de mútua cooperação das partes¹³⁰.

A fim de que a parte seja bem informada e possa conscientemente optar pela rescisão contratual ou tomar as devidas e razoáveis medidas de mitigação de danos¹³¹, a notificação deve conter informações detalhadas sobre o tipo de impedimento ocorrido e seus efeitos, tais como se é temporário, se atinge parcialmente ou totalmente a obrigação, se o devedor pode superar tal impedimento ou suas consequências por meio de uma transação substituta etc¹³².

¹²⁹ Art. 79 da CISG: [...]

(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. [...]

Versão original: [...] (4) *The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt. [...]*

¹³⁰ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 43.

¹³¹ A parte credora da obrigação inadimplida tem o dever de mitigar eventuais danos sofridos. Ela não pode assistir a sua situação se agravar sem tomar qualquer medida razoável para revertê-la minimamente e depois pedir indenização total do inadimplente. Tal dever está expressamente previsto no art. 77 da CISG.

Art. 77 da CISG: A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Versão original: *A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.*

¹³² ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 95; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 44; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7.

Vale dizer que o dever de informar do inadimplente surge no momento em que ele tomou ou deveria ter tomado conhecimento do impedimento¹³³. Porém, se a outra parte já tiver tomado conhecimento do impedimento por outros meios que não a notificação do inadimplente, este estará exonerado do dever de informar. Isso porque a lógica da notificação é justamente levar o impedimento ao conhecimento da outra parte para que ela possa agir mitigando eventuais danos e tomar a decisão de, se for o caso, rescindir o contrato. Ora, se a parte já possui o conhecimento do impedimento e de seus efeitos, ela é quem deve agir prontamente mitigando eventuais danos, sem que se faça necessária a notificação da parte inadimplente¹³⁴. Entretanto, recomenda-se que o devedor, por cautela, notifique a outra parte acerca da ocorrência do impedimento, mesmo que ela esteja ciente¹³⁵.

O art. 79(4) da CISG não estabelece nenhum requisito formal para a notificação¹³⁶. No entanto, é necessário que a comunicação chegue, de fato, à outra parte¹³⁷. Caso a comunicação não chegue à

¹³³ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 96; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7.

¹³⁴ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 96; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 46.

¹³⁵ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 46.

¹³⁶ Ibid. para. 45; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 96.

¹³⁷ Nota-se que, neste caso específico, não se aplica a regra geral prevista no art. 27 da CISG.

Art. 27 da CISG: 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.

Versão original: *Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication.*

outra parte, o inadimplente será responsabilizado pela falta de comunicação¹³⁸.

A consequência da falta de comunicação ou da comunicação tardia é a responsabilização do inadimplente pelos danos desta decorrentes. O credor terá o direito de ser reembolsado pelas perdas e danos resultantes de prejuízos que não teriam ocorrido se ele tivesse sido informado razoavelmente a tempo acerca do impedimento e de suas consequências¹³⁹. Ou seja, se o comprador pudesse ter realizado uma transação substituta como meio de mitigação de danos para adimplir o contrato com seu cliente, no caso de ter sido devidamente notificado, mas não realizou pois não foi notificado tempestivamente sobre impedimento, o devedor será responsabilizado pela perda desse cliente. Contudo, nota-se que a falta de comunicação não afeta a exclusão de responsabilidade do art. 79(1) ou 79(2) da CISG¹⁴⁰.

Por fim, o devedor somente não responderá pelas perdas e danos derivados da falta de comunicação se provar uma das duas hipóteses: (i) a outra parte tinha conhecimento do impedimento e de seus efeitos mesmo sem a devida comunicação; ou (ii) não lhe afigurava possível enviar a notificação por força de um impedimento¹⁴¹.

¹³⁸ SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 296; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 96; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 45; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 16; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 11; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8; DIMATTEO, Larry A. et al. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. *Northwestern Journal of International Law and Business*, v. 34, Winter, 2004, p. 424. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo3.html#vi>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

¹³⁹ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 97; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 47; LIU, Chengwei. Op. cit. para. 7.

¹⁴⁰ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 97; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 47; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 15; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8.

¹⁴¹ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 48; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 98; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.8.

8. CONSEQUÊNCIA LEGAL DA EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE (ART. 79(5) CISG)

O único efeito da exclusão de responsabilidade contratual do devedor pela CISG, à luz do disposto no art. 79(5) da CISG¹⁴², é a exoneração ao pagamento de indenização a outra parte a título de perdas e danos¹⁴³. Nota-se que essa exoneração ao pagamento de perdas e danos ocorrerá nos limites do efeito do impedimento que deu ensejo à exclusão de responsabilidade. Desse modo, no caso de impedimentos temporários ou parciais, o inadimplente não precisará indenizar a outra parte apenas no que for tocante à sua mora¹⁴⁴.

A CISG, propositadamente, deixou em aberto a possibilidade de exoneração do pagamento de indenizações fixadas no contrato, isto é, de multas contratuais¹⁴⁵. Há quem entenda que essa matéria deve ser regulada pelas leis internas de cada país, tendo em vista que a

¹⁴² Art. 79 da CISG: [...]

(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.

Versão original: [...] (5) *Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.*

¹⁴³ *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 2 e 8; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.9; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 13; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 49.

¹⁴⁴ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 13-14; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 49; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.2; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10.3.

¹⁴⁵ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 15; ALEMANHA. *OLG Hamburg (Appellate Court Hamburg)*. Caso nº 12 U 39/00. *Café inventory case*. Hamburgo, 25 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080125g1.html>>. Acesso em: 07 jan. 2015 (CISG-Online 1681): embora o tribunal tenha reconhecido a polêmica existente em relação à aplicabilidade da CISG aos casos de exclusão de multa contratual ou à necessidade de recurso a alguma lei doméstica, optou por não se posicionar, nesse caso concreto, pois tanto pela CISG quanto pela lei doméstica alemã, o vendedor não estaria exonerado de responsabilidade, tendo que arcar não só com as perdas e danos, como também com a multa contratual. Assim, qualquer que fosse o caminho adotado pelo tribunal (CISG aplicável ou lei doméstica alemã aplicável), a multa contratual não seria excluída.

CISG não a regula¹⁴⁶. Todavia, outros entendem que, a fim de se verificar se deve ou não haver exclusão da indenização contratualmente fixada, é necessário analisar e interpretar o contrato como um todo: no caso da multa contratual estar fixada em adição às perdas e danos, não deverá haver a sua exclusão pelo art. 79 da CISG, mas somente das perdas e danos; no caso da multa contratual estar fixada em substituição às perdas e danos, esta deverá ser excluída tal qual as perdas e danos seriam à luz do disposto no art. 79 da CISG¹⁴⁷.

Com efeito, qualquer outro direito previsto na Convenção, que não o de pleitear perdas e danos, pode ser exercido pela parte, ainda que a outra seja exonerada de responsabilidade pelo art. 79 da CISG. Nesse sentido, o credor da obrigação inadimplida ainda possui o direito de rescindir o contrato, de requerer a execução específica do contrato, de solicitar uma redução no preço da mercadoria ou de receber os juros correspondentes¹⁴⁸.

Mesmo com a ocorrência de um impedimento fora da esfera de controle do devedor, imprevisível, inevitável e insuperável, caso a

¹⁴⁶ *Guide to CISG Article 79: Secretariat Commentary*. Op. cit. para. 9; Ver ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 15.

¹⁴⁷ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 15; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 51; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10.1.

¹⁴⁸ *Guide to CISG Article 79: Secretariat Commentary*. Op. cit. para. 8; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 55-56; FLECHTNER, Harry. Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods. *Pace International Law Review*, White Plains, v. 19, Spring, 2007, p. 42. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=pilr>>. Acesso em: 30 dez. 2014; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.2-435.6; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.1-13.6; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. III.2.

Para uma crítica a essa disposição constante do art. 79(5) da CISG, ver: TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10. Defende-se que alguns remédios se tornam inúteis e contraditórios dependendo dos efeitos do impedimento. Por exemplo, se, por conta do impedimento, houver perda total de determinado bem infungível, não há que se falar em execução específica do contrato, ainda que o art. 79(5) da CISG permita que a parte se valha desse direito.

violação contratual remonte a uma violação essencial, a outra parte permanece com o direito de rescindir o contrato nos moldes dos art. 49(1), art. 61(1) e art. 25 da CISG¹⁴⁹. Tal manutenção do direito de rescisão contratual mostra-se extremamente relevante, por exemplo, na hipótese de um impedimento temporário atrasar a entrega da mercadoria, tornando-a desnecessária ou inútil ao fim a que se destina¹⁵⁰. Nesse caso, tendo em vista a violação essencial do contrato, não interessa à parte receber as mercadorias depois de ultrapassado tal impedimento, mas sim rescindir o contrato.

Um outro direito da parte que também não é excluído com a exoneração de responsabilidade regulada pelo art. 79 da CISG é o direito de requerer a execução específica do contrato. Tal direito está expressamente previsto nos art. 46(1) da CISG¹⁵¹ (para o comprador) e art. 62 da CISG¹⁵² (para o vendedor). Destaca-se que é possível

¹⁴⁹ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 40.

¹⁵⁰ A título de exemplo, cita-se o clássico caso de um vestido de noiva que, devido a determinado impedimento fora da esfera de controle do devedor, imprevisível, inevitável e insuperável, não foi entregue no prazo contratualmente estipulado, mas somente poderia ser entregue após o casamento. Evidente é que essa violação contratual por atraso na entrega da mercadoria é uma violação essencial do contrato, privando substancialmente a parte do resultado que ela poderia esperar do contrato: receber o seu vestido de noiva antes do dia de seu casamento para que ela pudesse utilizá-lo em tal data. Nesse sentido, embora o devedor prove que está exonerado de pagar a indenização a título de perdas e danos consoante o disposto no art. 79 da CISG, a credora permanece com o direito de rescindir o contrato nos moldes do art. 49(1) da CISG.

¹⁵¹ Art. 46 da CISG: (1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência. [...]

Versão original: (1) *The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement. [...]*

¹⁵² Art. 62 da CISG: 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.

haver execução específica tanto no caso de impedimentos totais quanto parciais (art. 51(1) da CISG¹⁵³)¹⁵⁴.

Obviamente, se o impedimento der ensejo à perda total de mercadoria infungível, não há que se falar em execução específica do contrato¹⁵⁵. Todavia, se a mercadoria que se perdeu for fungível, poderá haver execução específica do contrato, de forma que essas mercadorias sejam substituídas¹⁵⁶. Poder-se-á promover a execução específica do contrato, também, no caso de não haver perda das mercadorias, mas sim um mero atraso na entrega das mesmas. Nessa última hipótese, superado o impedimento temporário que deu ensejo ao atraso, o credor poderá exigir a execução específica¹⁵⁷.

Finalmente, há corrente de entendimento no sentido de que a execução específica do contrato também é cabível na hipótese de o impedimento ter acarretado uma onerosidade excessiva para a parte¹⁵⁸.

Versão original: *The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.*

¹⁵³ Art. 51 da CISG: (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. [...]

Versão original: *(1) If the seller delivers only a part of the goods or if only a part of the goods delivered is in conformity with the contract, articles 46 to 50 apply in respect of the part which is missing or which does not conform. [...]*

¹⁵⁴ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 28.

¹⁵⁵ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 53; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.6; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.5; TALLON, Denis. Op. cit. para. 2.10. e 2.10.2.

¹⁵⁶ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 22.

¹⁵⁷ Ibid. para. 22 e 27; *Guide to CISG Article 79*: Secretariat Commentary. Op. cit. para. 9, Exemplo 65B e C.

Essa mesma lógica é aplicável ao caso de atraso no pagamento do preço pelo comprador da mercadoria. Caso este seja obstado de pagar o preço por ocasião de um impedimento fora de sua esfera de controle, imprevisível, inevitável e insuperável, o vendedor terá o direito de requerer a execução específica do contrato, ainda que o comprador esteja exonerado de pagar indenização a título de perdas e danos pelo atraso. Ver ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 23.

¹⁵⁸ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 54.

Entretanto, ressalta-se que permitir a execução específica a todo e qualquer custo, sem limite algum, poderá acabar por prejudicar substancialmente a lógica da exoneração de responsabilidade do art. 79 da CISG¹⁵⁹. Nesse sentido, defende-se que seria contraditório, em caso de *hardship*, exigir a execução específica do contrato, considerando a impossibilidade econômica de tal medida. Portanto, dever-se-ia facultar às partes a renegociação do contrato a fim de reestabelecer o seu equilíbrio econômico-financeiro¹⁶⁰, embora tal medida não seja prevista nem obrigatória pela CISG.

A parte pode, ainda, mesmo no caso de o inadimplente ser exonerado de responsabilidade pelo art. 79 da CISG, requerer a redução no preço da mercadoria nos moldes do art. 50 da CISG¹⁶¹. Tal remédio mostra-se relevante, principalmente, no caso de entrega de mercadorias desconformes ao que fora estipulado contratualmente. Confere-se à parte o direito de solicitar a redução do preço da

¹⁵⁹ SCHWENZER, Ingeborg. Loc. cit.; FLECHTNER, Harry. Op. cit. p. 43. Nesse sentido, ver ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 35.

¹⁶⁰ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 54; RIMKE, Joern. Op. cit. p. 227; CISG-AC Opinion N°. 7. Op. cit. para. 40; SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. Op. cit. para. 291; SCHWENZER, Ingeborg. Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 39, 2008, p. 722-723. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹⁶¹ Art. 50 da CISG: 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.

Versão original: *If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price.*

mercadoria proporcionalmente à sua desconformidade, a fim de que o equilíbrio contratual seja restaurado¹⁶². Nota-se que, em nenhuma hipótese, tal direito se confunde com a indenização por perdas e danos, remanescendo mesmo no caso de exclusão de responsabilidade do art. 79 da CISG¹⁶³.

Por fim, o art. 79 da CISG não afasta o direito da parte de receber os juros correspondentes devidos¹⁶⁴. O art. 78 da CISG¹⁶⁵ estabelece clara distinção entre os juros e as perdas e danos. Os juros sempre serão devidos, mesmo no caso de a parte ser exonerada do pagamento de indenização a título de perdas e danos, tendo em vista a sua lógica de evitar o enriquecimento sem causa da parte inadimplente¹⁶⁶.

Assim, pela racionalidade que se extrai do art. 79(5) da CISG cumulado com o art. 78 da CISG, se o comprador não tiver cumprido pontualmente com a sua obrigação de efetuar o pagamento pela mercadoria recebida devido a um impedimento fora de sua esfera de controle, imprevisível, inevitável e insuperável, ele estará exonerado tão somente de arcar com a indenização a título de perdas e danos

¹⁶² ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 41; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. III.3.

¹⁶³ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 41; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.6; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.4; GARRO, Alejandro M. Op. cit. para. III.3.

¹⁶⁴ SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit. para. 56; ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 42; HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. Op. cit. para. 435.6; ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.1 e Art. 78, para. 2.1.

¹⁶⁵ Art. 78 da CISG: 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.

Versão original: *If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.*

¹⁶⁶ ATAMER, Yesim M. Op. cit. para. 42.

relativa ao atraso no pagamento, mas deverá pagar os juros correspondentes, inclusive aqueles que correram durante o atraso¹⁶⁷.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em conta o atual contexto jurídico brasileiro de recente incorporação da CISG, cujo estudo passou a ter ainda maior relevância para o nosso país, o presente trabalho buscou apontar de que forma a exoneração de responsabilidade de uma parte contratante, por advento de uma violação contratual, será regulada quando a recém incorporada Convenção for aplicada, em se tratando de contrato de compra e venda internacional de mercadorias, caso esta não seja afastada pelas partes.

Quando a CISG for o diploma aplicável ao caso, a exclusão de responsabilidade será regulada por seu art. 79, o qual estabelece quais são os quatro requisitos que uma parte precisa provar a fim de que lhe

¹⁶⁷ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit. Art. 79, para. 13.6: “*It could amount to that a right to performance must not be awarded insofar as the grounds of exemption are in effect. A relevant sentence could thus only require performance after they have ceased to be effective. Interest would continue to accumulate until that time. It is difficult, however, to discover a respective principle*”. (grifos nossos)

Contudo, ver HUNGRIA. *Hungarian Chamber of Commerce and Industry*. Sentença Arbitral nº Vb 96074. *Caviar case*. 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>>. Acesso em: 06 jan. 2015 (CISG-Online 774): “*With respect to this latter amount [Buyer] was not in default on June 3, 1992, the sanctions effectively thwarted payment. As a matter of fact, Claimant acknowledges in the statement of claim that in July 1992, [Buyer] made attempts to pay, but this was hindered by the UN sanctions. The payment of this amount became only possible when the UN sanctions were suspended. Suspension became effective on November 22, 1995 at 24:00 hours. [...] Therefore, from November 23, 1995, [Buyer] was in default with the payment of the amount of US \$78,127 [...]. On ground of these considerations the arbitrators have concluded that [Buyer] owes: [...] b) 8% interest on the amount of US \$78,127 from November 23, 1995, until payment.*”. Tal decisão é alvo de críticas tendo em vista que o pagamento de juros foi afastado pelo tribunal arbitral durante a ocorrência do impedimento que inviabilizou o pagamento (embargo das Nações Unidas à Iugoslávia). Entendeu-se que os juros só poderiam começar a fluir depois de suspenso o embargo. Entretanto, esse entendimento viola frontalmente o disposto nos art. 78 e art. 79(5) da CISG.

seja conferida a exclusão de responsabilidade pelo inadimplemento contratual: (i) ocorrência de um impedimento fora de sua esfera de controle; (ii) imprevisibilidade desse impedimento; (iii) inevitabilidade e insuperabilidade do impedimento ou de suas consequências; e (iv) nexos de causalidade entre o impedimento e a violação contratual.

Desta feita, após traçado o caminho que uma parte deverá percorrer para se exonerar de responsabilidade sob a égide da recém incorporada CISG, espera-se que as comunidades jurídica e empresarial possam optar conscientemente pela regra de direito que melhor lhes convier para regular um dado caso concreto (a recém incorporada Convenção ou o Código Civil brasileiro), ressaltando-se, contudo, a relevância da utilização da CISG para o desenvolvimento de um comércio internacional ágil, previsível, seguro e globalizado.

