

Paulo Nalin
Renata C. Steiner
Luciana Pedroso Xavier

Coordenadores

COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil

Colaboradores:

Adriano C. Cordeiro
Bruno Marzullo Zaroni
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Caroline Cavassin Klamas
Cesar A. Guimarães Pereira
Daniel Siqueira Borda
Dennis Almanza
Fernando J. Breda Pessoa
Frederico E. Z. Glitz
Gabriel Valente dos Reis
Guilherme Stadler Penteado

Gustavo Grella
Ingeborg Schwenzer
Isabella Moreira de Andrade Vosgerau
Ivo de Paula Medaglia
Luciana Pedroso Xavier
Mayara Roth Isfer
Natália Villas Bôas Zanelatto
Paulo Nalin
Renata C. Steiner
William Soares Pugliese

Curitiba
Juruá Editora
2014

A INFLUÊNCIA DO INTERESSE DO CREDOR NO SISTEMA DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DA CISG

Renata C. Steiner¹

Sumário: 1. O conceito e a importância do interesse do credor. 2. O interesse do credor na CISG. 3. Critérios de análise do interesse do credor: subjetivo e objetivo. 4. O estado da arte da matéria no Direito brasileiro: diálogo com a CISG.

1 O CONCEITO E A IMPORTÂNCIA DO INTERESSE DO CREDOR

Apesar de tratado em diferentes passagens pela doutrina brasileira que se dedica ao estudo do Direito das Obrigações, inexistente estudo verticalizado sobre o caráter fundamental (e estrutural) do interesse do credor no Direito brasileiro. A constatação é curiosa, especialmente quando se percebe que o próprio conceito de relação jurídica obrigacional como processo leva em consideração sua direção ao adimplemento, definido como “*satisfação dos interesses do credor*”².

É certo, por evidente, que a compreensão moderna de obrigação transcende uma visão limitada de tal afirmação, abrangendo também interesses outros que não patrimoniais e, em grande medida, também os interesses do devedor. Significa dizer que o novo significado da relação obrigacional faz com que se reconheça, nela, estrutura e função voltadas à satisfação dos interesses das partes contratantes, o que importa concluir que tais interesses não podem ser lesados – o que se estende, em algumas situações, também a terceiros não contratantes.

Mas, feitas as devidas ressalvas, e levantando o véu da relação jurídica obrigacional, há de se reconhecer que, apesar de se ter por inconteste que a obrigação dirige-se à satisfação (primordialmente) do interesse de crédito do credor, na maior parte das vezes se desconsidera, no Brasil, sua função estrutural na configuração dos conceitos de cumprimento contratual e, via reversa, do descumprimento das obrigações. Quer-se dizer que o estudo das patologias contratuais é feito sem que se recorra a sua interpretação a partir do interesse lesado, sendo a análise usualmente feita a partir da espécie de dever descumprido, à responsabilidade do devedor pela quebra e ao caráter definitivo ou não da falta de cumprimento³.

Diferentemente da experiência brasileira, a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) aponta, tanto do ponto de vista do texto legal, como da sua interpretação e construção doutrinária e jurisprudencial, o caráter fundamental do interesse do credor no que toca às patologias contratuais⁴. A entrada em vigor da CISG no

¹ Doutoranda em Direito Civil na Universidade de São Paulo; Mestra e Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Pesquisadora Visitante, durante Mestrado, na Universität Augsburg, Alemanha; Integrante do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico (UFPR/UERJ); Associada ao Instituto de Direito Privado (IDP); Advogada em Curitiba (renata.carlos.steiner@gmail.com).

² COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV, 2007. p. 17.

³ A afirmação não pretende esgotar todas a complexidade do tema, sendo certo que há exceções em que o tratamento do interesse do credor é realizado (tal como, por exemplo, quando se analise a transformação da mora em inadimplemento absoluto). Esta constatação, no entanto, não modifica o fato de que inexistente estudo verticalizado sobre o interesse do credor.

⁴ Toma-se aqui, como figura do credor, a posição do *comprador*, sem que isso importe desconsiderar que, em contratos bilaterais de compra e venda, ambas as partes são ao mesmo tempo credora e devedora uma da outra. Aliás, e tal como aponta com precisão Peter Huber, não se pode deixar de notar que a área dos remédios colocados à disposição do comprador representa a parte mais característica da compra e venda, bem assim o fato de que os

Brasil lança novo viés de compreensão do descumprimento e cumprimento do contrato – na esteira do que já vem sendo construído em outras ordens jurídicas. Enfim, abre-se promissor caminho a propiciar a verticalização do estudo do interesse do credor e resgatar a importância de seu caráter essencial no estudo do Direito dos Contratos.

Neste capítulo, e com a intenção meramente introdutória ao tema, trata-se da influência do interesse do credor na qualificação do descumprimento contratual da CISG, perpassando a discussão quanto ao critério de sua interpretação (se subjetivo ou objetivo) para terminar apontando as possíveis interfaces com o Direito brasileiro. A pretensão, como se vê, é mais de um voo panorâmico do que a verticalização profunda do tema que, dada a sua importância, mereceria mesmo estudo apartado.

2 O INTERESSE DO CREDOR NA CISG

Conceito chave para a compreensão do sistema de descumprimento contratual adotado pela CISG se encontra na figura do *descumprimento fundamental*, definido pelo art. 25⁵. Em suma, a configuração do caráter fundamental do descumprimento é essencial para que se abram ao credor lesado alguns remédios contratuais, dentre eles o direito à resolução contratual⁶.

Conforme apontam Peter Schlechtriem e Petra Butler, a noção de *descumprimento contratual* encontra-se ligada aos efeitos do descumprimento perante o credor⁷. Como pedra de toque de sua avaliação estão as expectativas que legitimamente possuía em relação ao pacto e que, injustamente, foram rompidas ou não alcançadas pelo descumprimento imputável ao partícipe contratual⁸. Reconhece-se, por evidente, que a obrigação tem – dentre outros objetivos – a satisfação dos interesses prestacionais do credor.

A partir do conceito de *descumprimento fundamental*, e da regulamentação que lhe é conferida pelo art. 25 da CISG, pode-se dividir as hipóteses de sua configuração em três grandes grupos, quais sejam, o atraso na entrega, a desconformidade dos bens e a falha na observância de deveres contratuais específicos⁹. Em todos eles é possível que se analise a importância do interesse do credor, especialmente para a configuração do caráter fundamental do descumprimento respectivo. É o que se passa a fazer em tópicos apartados.

2.1 O atraso na prestação

No primeiro grupo de casos, tendo em consideração a essencialidade do tempo do cumprimento, chega-se à conclusão de que, em certas circunstâncias, o cumprimento tardio pode se tornar inútil ao credor. É essencial, e até mesmo intuitivo, que se analisem as circunstâncias específicas do contrato e de duração do atraso, vez que nem toda mora poderá ser qualificada como fundamental. Conforme Larry DiMatteo e outros, aliás, “*o atraso na entrega geralmente*

remedies vislumbrados pela CISG em relação ao vendedor são bastante similares. (HUBER, Peter. CISG – The Structure of Remedies. In: **Rabels Zeitschrift für Ausländische und Internationales Privatrechts**. 71, Mohr Siebeck, 2007, p. 14, em tradução livre)

⁵ “**Art. 25.** A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado”.

⁶ A resolução contratual não depende apenas do descumprimento contratual, como se dá na hipótese de concessão do prazo suplementar *Nachfrist*, sem que a prestação seja cumprida neste período. Ocorre que a principal consequência do reconhecimento do caráter fundamental do descumprimento é, sem dúvida, a abertura da possibilidade de resolução do contrato.

⁷ SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. **UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sales of Goods**. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 2009. p. 97, em tradução livre.

⁸ Alerta-se, desde logo, que não se pode confundir nexo de imputação com culpa. Aliás, pela sistemática da CISG, o descumprimento contratual é independente da sua origem. Sobre o tema do descumprimento fundamental, *vide* o capítulo “*Atraso nas obrigações de entrega e essencialidade do tempo do cumprimento na CISG*” deste livro.

⁹ A divisão aqui tomada, dentre outras possíveis, embasa-se em DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia; PAGNATTARO, Marisa Annes. **International Sales Law. A critical Analyseis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 125, em tradução livre.

não constitui um descumprimento fundamental”¹⁰. O será, conforme suas palavras, nas hipóteses em que o tempo do cumprimento seja essencial ao interesse do comprador¹¹.

A própria inclusão, no corpo dos mecanismos da CISG, do chamado *Nachfrist* (art. 47 (1)¹²) denota, em uma conclusão primeira, que a Convenção não presume o tempo como essencial ao cumprimento das obrigações. Outrossim, é dever do credor lesado o oferecimento de prazo suplementar para cumprimento da obrigação, após o qual poderá declarar o pacto resolvido. A exceção a tal sistemática, que possui nítida intenção de preservar o contrato em detrimento de sua extinção, encontra-se na possibilidade de utilização do remédio resolutório quando o descumprimento for fundamental (art. 49 (1) a). Nestes casos, inexistente o dever de concessão de prazo, podendo o contrato ser desde logo resolvido.

Há também de ser destacada uma variação dentro do conceito de atraso, e que em verdade não se confunde com a simples *mora*. Refere-se à figura do atraso definitivo ou, conforme nomenclatura de Peter Huber e Alastair Mullis, do *definitive non-delivery*. Nestes casos, a falta definitiva de entrega é considerada desde logo como fundamental, tal como ocorre quando, por razões subjetivas ou objetivas, há impossibilidade da prestação¹³ ou mesmo quando o vendedor afirma, antes ou depois da data de entrega, que não está mais disposto a entregar a prestação conforme acordado¹⁴.

O atraso, assim, configura-se desde logo em descumprimento definitivo, havendo configuração do *descumprimento fundamental* de *per se*¹⁵. Ocorrendo a hipótese, não se pode mais trabalhar com um mero atraso na prestação, vez que a falta de entrega corresponde ao não cumprimento da prestação – da mesma forma, desnecessária a concessão do *Nachfrist*, desde que haja possibilidade de comprovação adequada quanto à natureza absolutamente fixa do termo.

2.2 A entrega de mercadorias não conformes

No que toca ao segundo grupo de casos, referente à entrega de mercadorias desconformes¹⁶, a doutrina especializada segue a mesma direção, apontando que nem sempre se poderá considerar a ocorrência de *descumprimento fundamental* no caso de entrega defeituosa. É o que se vê da lição de Joseph Lookofsky, ao afirmar que “*obviamente, nem toda entrega não conforme de mercadorias será qualificada como ‘fundamental’ a partir deste padrão [definido pelo art. 25]*”¹⁷.

O exemplo trazido pelo autor para ilustrar a questão é bastante elucidativo: o vendedor grego (S) foi acionado pelo comprador americano (B) por suposta violação à garantia dos bens comercializados [equipamento de termoformagem, destinado à indústria de plástico], tendo sua pretensão negada ao argumento de que, apesar de haver reclamações consistentes, estas não

¹⁰ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia e PAGNATTARO, Marisa Annes. **International Sales Law. A critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 126, em tradução livre.

¹¹ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia e PAGNATTARO, Marisa Annes. **International Sales Law. A critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 126, em tradução livre.

¹² “**Art. 47. (1)** O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações”.

¹³ SCHROETER, Ulrich. In: SCHLETRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 417.

¹⁴ Conforme Markus Müller-Chen, haveria não cumprimento (e poderia haver descumprimento fundamental) quando “*a entrega é impossível tanto objetiva como subjetivamente, antes ou após a data de entrega, ou quando o vendedor seriamente e definitivamente declara antes ou depois da data de entrega que ele não mais está apto ou disposto a efetuar a entrega nos termos acordados no contrato*”. (MÜLLER-CHEN, Markus. In: SCHLETRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 749).

¹⁵ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG. A new textbook for students und practitioners**. Sellier, 2007, p. 227, em tradução livre.

¹⁶ O art. 35 (1) da CISG traça os primeiros delineamentos da conformidade de bens. Em suma, os bens entregues devem ser conforme ao contratualmente estabelecido, no que toca à quantidade, qualidade, descrição e embalagem. Vide o dispositivo da CISG: “**Art. 35. (1)** O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida”.

¹⁷ LOOKOFSKY, Joseh. **Understanding the CISG**. 4. ed. Copenhagen: WoltersKluwer, 2012. p. 109, em tradução livre.

levaram ao descumprimento fundamental do contrato, exatamente porque os equipamentos puderam ser usados para sua finalidade, mediante assistência de S¹⁸.

Como se vê, a não conformidade das mercadorias pode (e enseja) a utilização de mecanismos próprios do descumprimento contratual, afinal, não se pode descurar que as qualidades e especificações inerentes ao objeto negociado são necessárias para que se encontre o cumprimento perfeito das obrigações. É a essencialidade da não conformidade, e não apenas sua mera existência, que é levada em consideração para que se possa utilizar o remédio da resolução contratual. Também, porque não dizer de outro modo, é o interesse do credor que ficou a satisfazer que será analisado como parâmetro interpretativo da qualidade do descumprimento.

Uma peculiaridade no que toca a não conformidade é ainda relevante e deve ser sublinhada. Segundo disposição do art. 46 (2) da CISG¹⁹, a exigibilidade de uma prestação substitutiva (ou seja, da entrega de novas mercadorias) também é dependente da gravidade do descumprimento contratual. Conforme apontam Peter Huber e Alastair Mullis, referida disposição está em consonância com a preservação do pacto e a intenção de se evitar transferências desnecessárias de bens²⁰.

A mesma conclusão tomada por Lookosfky – e que em verdade tem confortável abrigo na doutrina e jurisprudência de maneira geral – encontra-se também na Opinião n. 5 do CISG-Advisory Council que, ao interpretar o art. 49 (1) da CISG (que permite a resolução do contrato diante de um descumprimento fundamental)²¹ aponta para a necessidade de análise dos termos do contrato e das circunstâncias específicas²². Conforme as fundamentações do documento, a aplicação das regras do *descumprimento fundamental* nos casos de entrega de mercadorias não conformes variam, ainda que sob regulamento e aplicação da CISG, nos diferentes sistemas legais domésticos²³, pelo que se tem que, apesar de reconhecida a hipótese, sua aplicação está longe de ser tida como isenta de dúvidas.

Aliás, é justamente destacando a entrega de mercadorias não conformes como o campo mais problemático do tratamento do descumprimento fundamental que Peter Huber e Alastair

¹⁸ LOOKOSFKY, Joseh. **Understanding the CISG**. 4. ed. Copenhagen: WoltersKluwer, 2012. p. 110, em tradução livre. O caso pode ser acessado em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011217ul.html>>.

¹⁹ “**CISG, art. 46. (2)** *Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento*”.

²⁰ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG. A new textbook for students und practitioners**. Sellier, 2007. p. 199, em tradução livre.

²¹ “**Art. 49. (1)** *O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou (...)*”.

²² “1. *Para se determinar se há descumprimento fundamental no caso de não conformidade dos bens, dando ao comprador o direito de resolver o contrato conforme o art. 49(1)(1) da CISG, deve-se observar os termos do contrato.*

2. *Se o contrato não deixa claro o que constitui descumprimento fundamental, deve-se observar em particular o propósito pelo qual os bens foram comprados.*

3. *Não há descumprimento fundamental no caso em que a não conformidade pode ser remediada pelo vendedor ou pelo comprador sem que se criem inconvenientes desarrazoáveis ao comprador ou atraso incompatível com o tempo ajustado para cumprimento.*

4. *Custos adicionais ou inconvenientes resultantes da resolução não influenciam a análise de configuração se há ou não descumprimento fundamental.*

5. *A questão da resolução em casos de não conformidade de documentos, como políticas de seguro, certificados, etc., deve ser decidida em atenção aos critérios apontados nos itens 1. a 4. supra.*

6. *Em caso de vendas sob documentos, não há descumprimento fundamental se o vendedor pode remediar a não conformidade consistente com o peso conferido ao tempo do cumprimento.*

7. *No comércio de commodities, em geral, há descumprimento fundamental se não houver entrega em tempo dos documentos conformes.*

8. *Se a não conformidade não alcançar o nível do descumprimento fundamental, ainda assim o comprador tem o direito de reter o pagamento e recusar-se a receber, se razoável for diante das circunstâncias*”. (Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op5.html#1>>.

²³ **Opinião n. 5 do CISG-Advisory Council**. Acesso em: 12 jan. 2014, em tradução livre).

²³ **Opinião n. 5 do CISG-Advisory Council**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op5.html#1>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

Mullis salientam para a necessidade de uma análise *case-by-case-basis*, fundamentada em inúmeras decisões sobre o tema²⁴. Sintetizando alguns critérios de análise, sugerem que: **(a)** primeiramente seja analisado os acordos explícitos e implícitos entre as partes, a partir do contrato – inclusive a partir do panorama comercial da transação; **(b)** na ausência de critérios contratuais, deve-se analisar a gravidade do descumprimento, “*a partir da perspectiva do comprador, ou seja, nas consequências do descumprimento para ele*”; **(c)** mesmo sendo sério, o descumprimento pela entrega não conforme poderá não levar ao descumprimento contratual, vez que o vendedor ainda tem o direito de sanar as desconformidades e, por fim **(d)** deve-se analisar a possibilidade de uso razoável da mercadoria, critério extremamente discutido²⁵.

Ao se utilizar a possibilidade de uso da mercadoria não conforme para outra finalidade, leva-se em consideração aquilo que o credor poderia esperar do contrato, analisado sob ponto de vista *objetivo* e não meramente *subjetivo*. Novamente, aqui, a CISG remete-se ao interesse do credor, sendo certo que somente quando este ficar integral ou substancialmente por satisfazer é que se abrem as consequências do descumprimento fundamental. Em casos outros, nasce ao lesado apenas o socorro à demanda reparatória de danos²⁶.

2.3 Infração a outro dever contratual

O terceiro grupo de casos, por fim, refere-se àqueles em que houve infração a um dever contratualmente ajustado e específico que, conforme lição de Larry DiMatteo e outros, se dá nas hipóteses em que o descumprimento foi tal que privou o contratante daquilo que legitimamente esperava do contrato – o que pode se dar além do atraso ou da entrega de bens não conformes²⁷.

Para ilustrar a hipótese, recorrem à análise de julgados, dentre os quais se destaca a controvérsia entre o produtor de sapatos italiano e o comprador alemão. Após a encomenda de 130 pares de sapato, de acordo com determinada especificação, o comprador alemão disponibilizou ao produtor as especificações da produção dos calçados. Em uma feira de comércio, o produtor italiano expôs alguns sapatos produzidos a partir de tais especificações, com

²⁴ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG. A new textbook for students und practitioners**. Sellier, 2007. p. 227, em tradução livre.

²⁵ Em suma, refere-se à possibilidade de que as mercadorias não conformes possam ser aproveitadas pelo comprador, ainda que não para a finalidade inicialmente prevista. Dois exemplos, extraídos das lições dos autores, podem ser bastante elucidativos da questão. No primeiro deles, julgado pela Corte suíça em 1998 (e que segue a linha majoritariamente adotada na Alemanha), decidiu-se que a entrega de carne congelada de pior qualidade não seria considerada um descumprimento fundamental, pois o comprador poderia revender a carne a preço inferior e demandar a reparação dos danos sobressalentes. Representativo de outra linha de pensamento, no caso Delchi vs Rotorex, julgado nos Estados Unidos, entendeu-se que a entrega de compressores de ar condicionado com potência inferior àquela contratada seria falta fundamental, não se chegando a analisar a viabilidade de sua utilização em outro processo produtivo ou a sua revenda. (HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG. A new textbook for students und practitioners**. Sellier, 2007. p. 231, em tradução livre).

²⁶ Diferentemente do que ocorre quanto ao atraso na entrega das mercadorias, no que toca à entrega de bens não conformes a CISG não prevê a concessão do *Nachfrist*, ao menos com os efeitos que lhe são próprios e dispostos no art. 49 (1) (b) [(1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o § (1) do art. 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido.] A hipótese legal é bastante expressa em considerar a falta de entrega ou declaração de não entrega após o prazo suplementar como fundamento da resolução. Por evidente, a entrega desconforme é diversa daquela de falta de entrega. Veja-se que, quando da falta de entrega, a infração ao dever contratual é tipicamente negativa. A falta de prestação equivale ao descumprimento da prestação ajustada. Por sua vez, a entrega de mercadorias não conformes é uma infração que a doutrina alemã, no início do século XX, adjetivou de positiva. Ora, ao entregar as mercadorias, o devedor cumpre – ainda que imperfeitamente – o dever obrigacional que lhe tocava. Sobre o histórico das violações positivas do contrato, *vide* STEINER, Renata Carlos. As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 47, p. 255 e ss., jul./set. 2011. Enfim, no que toca ao cumprimento defeituoso, a utilização do remédio resolutorio somente encontra fundamento, no caso de entrega não conforme, com base no art. 49 (1) (a), ou seja, mediante comprovação do caráter fundamental do descumprimento respectivo.

²⁷ DIMATTEO, Larry; DHOOGHE, Lucien; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia; PAGNATTARO, Marisa Annes. **International Sales Law. A critical Analysis of CISG Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 125, em tradução livre.

menção ao nome de marca registrada licenciada ao comprador alemão. Recusando-se a retirar os produtos da feira, o vendedor italiano foi notificado no dia seguinte da resolução do contrato²⁸.

Veja-se que, do exemplo citado, o descumprimento contratual fundamental não repousa na falta de entrega dos produtos ou sua entrega defeituosa, mas no descumprimento de um pacto de exclusividade que restou violado com a atitude tomada pelo manufator italiano²⁹. Também perante a CISG, e inclusive para a finalidade de se considerar a ocorrência de descumprimento fundamental (e contratual, portanto), pode-se aventar a hipótese de quebra de deveres outros que não os principais³⁰.

Sobre a violação de tais deveres, afirma Ulrich Magnus que “*a violação a deveres outros que não aqueles acima mencionados [em suma, a não entrega e a entrega em atraso] podem alcançar o nível do descumprimento fundamental, apenas quando o não cumprimento do dever privar o comprador do principal benefício do contrato*”, apontando, no entanto, que sua configuração como fundamental é rara³¹. Novamente, é a relevância do dever descumprido no quadro da relação obrigacional que será a base interpretativa para a conclusão.

3 CRITÉRIOS DE ANÁLISE DO INTERESSE DO CREDOR: SUBJETIVO E OBJETIVO

Conforme exposto, o interesse do credor³² é essencial para a interpretação da gravidade da falta cometida, dê-se esta por mero atraso, falta definitiva de cumprimento, entrega de bens não conformes ou infração a outros deveres contratuais. Sua análise é necessária à própria configuração do descumprimento fundamental, à luz dos requisitos dispostos no art. 25 da CISG, pois é a pedra de toque que separa um *mero descumprimento* daquele que se tem por *fundamental*.

Ali, ao trabalhar com a noção de privação do que o credor esperava do contrato, a CISG nada mais faz do que tornar bastante claro que são as expectativas do credor que são frustradas no descumprimento contratual, e que elas devem ser tomadas como balizas de análise. Veja-se que, conforme afirma Joseph Lookofsky, o que se chama de *detrimento substancial* há de ser tal que cause ao comprador o “*sofrimento de um detrimento tal que, substancialmente (às vezes até mais do que materialmente), retire dele que tem direito de esperar do contrato*”³³.

²⁸ OLG Frankfurt a.M., U 164/90, 17.09.1991, CLOUT 02 (Uncitral). Disponível em: <<http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUId=1283>>. Acesso em: 13 jan. 2014, em tradução livre.

²⁹ Conforme já se teve oportunidade de sustentar, à luz do Direito brasileiro, o descumprimento contratual por violação à boa-fé pode ocorrer pelo cumprimento imperfeito da prestação (que toca ao seu objeto), ou pela quebra de deveres laterais de conduta, independentemente da realização da prestação respectiva. Neste caso, “*o mau cumprimento, aqui, está na desatenção aos deveres que fazem parte da relação obrigacional compreendida como complexidade, não residindo, como na hipótese de cumprimento imperfeito, em defeitos no objeto da prestação*”. (STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual – boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 231)

³⁰ Conforme Schroeter, a quebra fundamental depende da existência de infração a um dever contratual, categoria na qual não se inserem os deveres de proteção sem fonte contratual. Nas suas palavras, somente haverá quebra fundamental pela infração a deveres de proteção se estes forem transformados pelas partes em deveres contratuais. SCHROETER, Ulrich. In: SCHLETRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 407). Sobre desconformidade de bens, *vide* o capítulo deste livro intitulado **Contraponto entre o dever de comunicação da desconformidade dos bens na CISG e o regime generalista do Código Civil**.

³¹ MAGUNS, Ulrich. **The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus2.html>>. Acesso em: 14 jan. 2014, em tradução livre.

³² Aqui entendido a partir da figura do comprador, frise-se.

³³ LOOKOFSKY, Joseph. **Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)**. **Kluwer Law**, p. 83, 2012, em tradução livre.

Não por acaso, e conforme já se apontou neste livro³⁴, a configuração do descumprimento como fundamental não está ligada tanto (ou apenas) à extensão do *dano* – que pode ser ou não elevado – mas, sim, ao que a CISG chama de prejuízo, ou seja, as efetivas e legítimas expectativas que acabaram frustradas em decorrência do descumprimento contratual. Para configuração do prejuízo respectivo, não se leva em consideração apenas a gravidade do dano, objetivamente considerado, mas, sim, o aspecto *subjetivo* do interesse do credor³⁵. E aqui se chega a importante consideração, especialmente no que toca à elucidação do alcance dos conceitos *subjetivo* e *objetivo* – pois uma leitura apressada poderia levar a compreensão equivocada da afirmação³⁶.

Conforme Peter Schlechtriem e Petra Butler, a adoção do critério chamado de *subjetivo* na CISG deu-se pela influência da delegação alemã em Viena, no sentido de pressionar “*o interesse subjetivo do credor como fator determinante [do descumprimento fundamental] e não a extensão objetiva do resultado danoso, ou de sua iminência*”³⁷. Ao acolher a iniciativa alemã, estabeleceu-se dentre os delegados que não é o peso objetivo do descumprimento que é tomado em consideração para análise de sua fundamentalidade, mas, sim, sua significância para o credor³⁸.

No mesmo sentido, a lição de Ulrich Magnus, ao sublinhar que haverá descumprimento contratual quando, como consequência do não cumprimento ou cumprimento incorreto de uma obrigação contratual, a parte lesada perca o interesse no contrato³⁹. Sublinha-se, de maneira evidente, a importância do interesse do credor na sistemática da CISG em dois tempos: ao mesmo tempo em que se polariza a obrigação ao cumprimento deste interesse, também se aponta com evidência que é ele pedra de toque para análise da situação patológica de descumprimento e suas diferentes consequências.

Veja-se que a interpretação *subjetiva* afasta-se, no entanto, de uma análise *subjetivista* do interesse do credor, não conferindo a ele a prerrogativa de determinar se há ou não quebra fundamental do contrato. Esta, como se vê da própria interpretação conferida ao art. 25 da CISG, é feita a partir de critérios bastante *objetivos*. Dentre eles, sobressai-se a necessidade de previsibilidade do resultado, o que torna desde logo claro que a interpretação é, efetivamente, tomada a partir de critérios que se afastam do *querer* do credor. É a partir das condições específicas do contrato que se analisará a importância da quebra cometida e a previsibilidade, como sói, pode ser concluída a partir das cláusulas contratuais ou circunstâncias da contratação⁴⁰.

Questões subjetivas, assim, entrarão em jogo quando da construção do contrato e da elucidação, no corpo do instrumento, da importância das respectivas obrigações assumidas. A interpretação *a posteriori* do interesse do credor, no entanto, será feita a partir dos requisitos do

³⁴ Vide, sobre o tema, o item “II. Descumprimento fundamental na CISG: um conceito chave”, item ‘a’, prejuízo fundamental do capítulo deste livro intitulado **Atraso nas obrigações de entrega e essencialidade do tempo do cumprimento na CISG**.

³⁵ É o que afirmam, por exemplo, SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. **UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sales of Goods**. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 2009. p. 97, em tradução livre.

³⁶ Como aponta Ulrich Schroeter, a utilização do parâmetro da gravidade do descumprimento remonta já a texto de Ernst Rabel publicado em 1935, passando pela formulação no art. 10 da ULIS e que, desde então, tem como ponto de controvérsia justamente o critério para análise da condição de resolução, se subjetivo ou objetivo. (SCHROETER, Ulrich. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 400). Dispõe referido artigo: “Para o propósito da presente lei, a violação ao contrato deve ser considerada fundamental quando a parte souber, ou devesse saber, ao tempo da conclusão do negócio, que uma pessoa razoável não teria, nas mesmas circunstâncias, realizado o contrato se pudesse prever a violação e seus efeitos” (em tradução livre).

³⁷ SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. **UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sales of Goods**. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 2009. p. 97, em tradução livre.

³⁸ SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. **UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sales of Goods**. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 2009. p. 97-98, em tradução livre.

³⁹ MAGUNS, Ulrich. **The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus2.html>>. Acesso em: 14 jan. 2014, em tradução livre.

⁴⁰ Aliás, o caráter objetivo de análise do art. 25 da CISG repousa não apenas na configuração do *descumprimento fundamental* à luz do interesse do credor que ficou por satisfazer, como também da própria adoção, pela Convenção, de um critério objetivo de configuração do descumprimento, independente da análise da intenção de descumprir. (SCHROETER, Ulrich. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 408, em tradução livre).

art. 25 (em especial, a substancialidade da falta e a previsibilidade do caráter fundamental do dever descumprido) e sob a ótica dos termos contratuais. Aspectos subjetivos não entram em jogo, muito embora não se possa deixar de apontar que é a análise *in concreto* que guiará a interpretação adequada (sendo este o alcance da interpretação subjetiva antes apontada).

4 O ESTADO DA ARTE DA MATÉRIA NO DIREITO BRASILEIRO: DIÁLOGO COM A CISG

A entrada em vigor da CISG no Brasil lança novos olhares na interpretação da sistemática do descumprimento contratual. Apesar de sua incidência se limitar apenas aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias (exceção feita às compras que podem ser qualificadas como de consumo), é certo que a compreensão das patologias contratuais ali trabalhadas pode iluminar também o estudo do Direito interno, máxime com o reconhecimento de que o descumprimento contratual é tratado, pelo Código Civil, a partir de uma cláusula bastante aberta⁴¹.

Veja-se que a estrutura de tratamento do descumprimento na CISG, além de corresponder aos anseios do comércio internacional – especialmente no que toca à utilização do remédio resolutorio como *ultima ratio* – reflete aquilo que de mais moderno se tem na teoria das patologias contratuais. Não por acaso, ali se trabalha o descumprimento contratual a partir da quebra de deveres, dispensando a análise da culpa, e seu sistema de análise da *fundamentalidade* do descumprimento tem sido adotado por inúmeras legislações e projetos de unificação do Direito dos contratos⁴².

A lição é bastante simples, ao menos do ponto de vista teórico. Há uma multiplicidade de variações do descumprimento contratual, resultado da própria complexidade interna das relações obrigacionais. Na lógica adotada pela CISG, a divisão das diferentes formas de descumprimento haveria de ser feita a partir de um critério de gravidade, com reflexos diretos nos remédios respectivos. E é exatamente aí que entra o interesse do credor, como polo norteador da análise.

A percepção da CISG quanto ao caráter fundamental das expectativas a serem tuteladas e a utilização deste critério como parâmetro de análise do remédio possível frente à patologia contratual, pode mesmo apontar para uma ressignificação – que se tem por necessária – da compreensão tradicionalmente aceita sobre descumprimento contratual no Brasil. Afinal, se a própria compreensão da relação jurídica obrigacional tem passado por significativas modificações, não há porque se continuar enxergando as patologias contratuais a partir de uma forma construída há mais de um século⁴³.

No que toca especificamente à resolução contratual, esclareça-se que não há qualquer incompatibilidade entre a sistemática da CISG e aquela adotada pelo

⁴¹ Refere-se à disposição do art. 389 do Código Civil [correspondente ao art. 1.056 do CC 1916] que, conforme clássica afirmação de Agostinho Alvim “... *inadimplemento em si, mas, do que acontecerá, uma vez que isso se verifique*” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro, São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 19). Dispõe o art. 389: “*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*”.

⁴² É o que se passa, por exemplos no Código Escandinavo de Compra e Venda, no Código de Obrigações da Estônia, no Código dos Países Baixos, na Lei de Modernização do Direito das Obrigações na Alemanha, e nos projetos de Princípios para o Direito Internacional dos Contratos (UNIDROIT) e Princípios Europeus dos Contratos, dentre outros. Os exemplos são de SCHROETER, Ulrich. *In*: SCHLETRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 399-400, em tradução livre. Especificamente no que toca à Reforma das Obrigações na Alemanha, empreendida em 2002, veja-se que o legislador alemão pautou o estudo do descumprimento contratual a partir da figura da quebra de deveres, tornando claro que haverá descumprimento sempre que a obrigação não for cumprida. A imputação da falta ao devedor (ou ao credor) é requisito para aplicação da responsabilidade por danos, mas não da configuração do descumprimento contratual. Sobre o tema, vide MAGNUS, Ulrich. *Der Tatbestand der Pflichtverletzung*. *In*: SCHULTE, Reiner; SCHULTE-NÖLKE, Hans. **Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2001. p. 67-79; CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo Direito das Obrigações na Alemanha. **Revista de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: IDCLB, n. 25, 2003.

⁴³ O Direito brasileiro das obrigações, especialmente o codificado, é tipicamente oitocentista.

Código Civil brasileiro – especialmente em seu art. 475, Código Civil⁴⁴, a permitir a resolução do contrato pela parte lesada pelo descumprimento. Em referência a tal dispositivo legal, aponta com precisão Araken de Assis que o remédio resolutorio ali inscrito – bem assim a imputação da responsabilidade pela reparação de danos – não qualifica o descumprimento contratual, deixando de apontar os requisitos necessários para tanto. Tratam-se, portanto, de meros efeitos do descumprimento de contratos bilaterais⁴⁵.

Tem-se, assim, que preliminarmente à análise do remédio resolutorio é necessário avaliar a efetiva existência do descumprimento contratual. A partir disso, pode-se afirmar que, também no Direito brasileiro, não é qualquer infração contratual que enseja a possibilidade de resolução, e de há muito a jurisprudência brasileira vem se firmando no sentido de analisar a gravidade da falta como parâmetro de análise da utilização do remédio resolutorio (a sua recusa em casos de adimplemento substancial é apenas um exemplo).

É certo, no entanto, que o tratamento do interesse do credor e a elucidação dos critérios de sua interpretação são praticamente relegados como tópico autônomo de estudos, tratados pela melhor doutrina normalmente quando do estudo do art. 395, parágrafo único, do Código Civil⁴⁶. Ali, o Código estabelece o que Araken de Assis chamou de *caráter transformista da mora*⁴⁷, permitindo que a prestação em atraso, quando inútil ao credor, seja convertida em inadimplemento absoluto. Trata-se apenas de um viés de estudo, contudo, e que não esgota a importância e extensão do tema.

Como se viu, a CISG não aprisiona a compreensão do interesse do credor apenas à hipótese de análise do *atraso*, mas o coloca como fundamento para compreensão da gravidade da falta, independentemente do dever a que esta se refira. Há, assim, relevante campo de estudo que se abre à jurisprudência e doutrina brasileira, à luz da nova legislação. Veja-se que, dentro da concepção de inadimplemento absoluto no Direito brasileiro, se desconhece a autonomia do interesse que ficou por satisfazer como parâmetro da interpretação – em que pese a utilização de algumas figuras (da qual o adimplemento substancial é o melhor exemplo, novamente) que apontam para sua utilização.

O grande desafio consiste em conseguir apreender a importância conferida ao interesse do credor e criar mecanismos aptos a interpretá-lo de acordo com parâmetros que se afastem de um subjetivismo indesejável, ainda que sempre se tenha que se socorrer de condições relativas à situação concreta colocada à análise. Não é do credor a discricionariedade de, após a quebra, sustentar a perda de seu interesse na prestação. É antes da interpretação dos termos contratuais e da previsibilidade da importância do dever (apesar das recorrentes críticas ao critério, com base na CISG⁴⁸) que nasce a possibilidade de reconhecimento da inutilidade da prestação.

⁴⁴ “**Art. 475.** A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

⁴⁵ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 95.

⁴⁶ “**Art. 395.** Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. **Parágrafo único.** Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”. Pontes de Miranda, quando da análise da mora, avalia que a **inutilidade** da prestação haveria de ser analisada para utilização do disposto no art. 956 do CC 1916, correspondente ao artigo supra citado. Para o tratadista, no entanto, a utilização da resolução disposta no art. 1.092 (atual art. 475) independeria da análise do critério de utilidade. Pontes também afasta, para análise da inutilidade, a possibilidade de prever a gravidade da falta: “a regra jurídica do art. 956, parágrafo único, é de grande alcance, porque não é preciso que se tenha de entender o negócio jurídico como se os figurantes, ao concluírem o contrato, ou o negócio jurídico unilateral, houvessem previsto como possível tornar-se inútil para o credor, com a mora, a prestação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. XXIII, p. 179-186).

⁴⁷ Afirma o jurista que “é lugar-comum a mora pressupor a inutilidade de cumprimento e a permanência do interesse do credor” (ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 120).

⁴⁸ Vide, por todos, SCHROETER, Ulrich. In: SCHLETRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 411-417.