

**CONSELHO CONSULTIVO DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE
CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS (CISG)**

**PARECER Nº 7 SOBRE
EXONERAÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR PERDAS E DANOS
CONFORME O ARTIGO 79 DA CISG¹**

Cite-se como Parecer nº 7 do CISG-AC sobre Exoneração de Responsabilidade por Perdas e Danos Conforme o artigo 79 da CISG. Relator: Prof. Alejandro M. Garro, *Columbia University School of Law*, Nova Iorque, N. Y. EUA. Adotada pelo CISG-AC na sua 11ª reunião realizada em Wuhan, República Popular da China, em 12 de outubro de 2007.

É permitida a reprodução deste parecer.

Este parecer é dedicado à memória do Prof. Peter Schlechtriem, nosso caro amigo, colega e professor, que faleceu em 23/4/2007

JAN RAMBERG, *Presidente*

ERIC E. BERGSTEN, MICHAEL JOACHIM BONELL, ALEJANDRO M. GARRO, ROY M. GOODE, JOHN Y. GOTANDA, SERGEI N. LEBEDEV, PILAR PERALES VISCASILLAS, INGEBORG SCHWENZER, HIROO SONO, CLAUDE WITZ,
Membros

LOUKAS A. MISTELIS, *Secretário*¹

¹ Tradução para o idioma português elaborada por **Pedro Silveira Campos Soares**, graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pós graduação em Direito Empresarial pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, editor-chefe adjunto da Base de Dados Brasileira sobre a CISG (www.cisg-brasil.net), advogado associado ao escritório Grebler Advogados.

PARECER

1. O artigo 79 exonera a parte contratante de sua responsabilidade por perdas e danos quando esta descumprir qualquer das suas obrigações, incluindo a obrigação do vendedor de entregar mercadorias em conformidade com o contratado.
- 2.1 Se o inadimplemento total ou parcial decorrer de falha de terceiros, o artigo estabelece diferentes requisitos para a configuração de exoneração de responsabilidade contratual, a depender da natureza da responsabilidade do terceiro face à parte contratante.
- 2.2 O artigo 79(1) é a norma prevalente, ainda que a parte contratante tenha contratado um terceiro para cumprir as suas obrigações contratuais, total ou parcialmente.
 - (a) Nos termos do artigo 79(1), o vendedor não está, em regra, exonerado de sua responsabilidade contratual quando o risco da inexecução for intrínseco à sua esfera de responsabilidade, como, por exemplo, no caso de funcionários ou empregados do próprio vendedor ou no caso de fornecedores de matéria prima ou mercadorias semi-manufaturadas. O mesmo princípio se aplica ao comprador em relação aos seus funcionários, empregados ou, ainda, em relação a qualquer terceiro contratado para cumprir as obrigações do comprador.
 - (b) Excepcionalmente, nos termos do artigo 79(1), a responsabilidade contratual por ato ou omissão de terceiro poderá ser exonerada, desde que fique configurado que a parte inadimplente não podia escolher ou controlar este terceiro.
- 2.3 O artigo 79(2) se aplica quando a parte contratante designa um terceiro independente para cumprir as suas obrigações contratuais, total ou parcialmente. Neste caso, a parte inadimplente deverá comprovar que os requisitos previstos no artigo 79(1) foram cumpridos tanto em seu respeito quanto em respeito ao terceiro independente, para ser exonerada de sua responsabilidade contratual.
- 3.1 Uma mudança de circunstâncias que não puder razoavelmente ter sido considerada e que tornar a execução contratual excessivamente onerosa (“*hardship*”), pode ser qualificada como impedimento nos termos do artigo 79(1). O teor do artigo 79 não limita expressamente o termo “impedimento” a eventos que tornam a execução contratual

absolutamente impossível. Assim, a parte contratante que se encontrar em uma situação de *hardship* pode, como base neste conceito, ter sua responsabilidade contratual exonerada, conforme o artigo 79 da CISG.

- 3.2 Em uma situação de *hardship*, o tribunal judicial ou arbitral poderá determinar outra solução jurídica consistente com a CISG e com os princípios na qual esta se funda.**

* * *

COMENTÁRIOS

Introdução e escopo desta opinião consultiva

1. O artigo 79 estabelece as hipóteses de exoneração de responsabilidade pela inexecução contratual do comprador ou do vendedor, caso estes possam comprovar que a inexecução decorreu de um “impedimento” alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da celebração do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas as suas conseqüências. O segundo parágrafo do artigo 79 estabelece que o inadimplemento de terceiros poderá constituir hipótese de exoneração de responsabilidade, desde que os requisitos de exoneração de responsabilidade previstos no primeiro parágrafo forem cumpridos tanto em respeito à parte inadimplente quanto em respeito ao terceiro. A parte inadimplente deverá comunicar a outra parte o impedimento e suas conseqüências na sua capacidade de cumprir as suas obrigações, estando a exoneração limitada ao período durante o qual o impedimento subsistir, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 79. O quinto e último parágrafo do artigo 79 não impede que qualquer das partes pleiteie outro tipo de indenização que não perdas e danos.

2. No momento em que este parecer foi dado, o artigo 79 havia sido invocado, com limitado sucesso, em processos judiciais e arbitrais por vendedores e compradores. Em geral, foram os vendedores que pleitearam mais a exoneração de sua responsabilidade. Os “impedimentos” que constituiriam a exoneração pleiteada por vendedores são tão variados quanto aqueles alegados pelos compradores; várias justificativas, no entanto, corresponderam, em virtude dos tipos de mercadorias envolvidas na transação comercial.

3. Qualquer levantamento jurisprudencial deve ser analisado com cautela, pois o número de casos decididos até o momento não permite conclusões definitivas sobre qualquer orientação interpretativa ao artigo 79 da CISG. Dessa forma, ainda que, em

alguns casos, os vendedores tiveram sucesso nos pleitos de exoneração de sua responsabilidade², em muitos outros tais pleitos foram indeferidos³. A jurisprudência também indica que pedidos de exoneração de responsabilidade formulados por compradores foram deferidos⁴, no entanto, suas justificativas foram desconsideradas em muitos outros casos⁵. Há considerável espaço para a apreciação judicial e para divergência interpretativa dos diversos termos utilizados no artigo 79 e das questões oriundas deste artigo. A jurisprudência publicada até esta data não levanta qualquer preocupação de que a exoneração de responsabilidade possa ser facilmente concedida pelos tribunais judiciais ou arbitrais, nem mesmo qualquer temor de que juízes de tradição *civil law* reintroduzam o requisito de culpabilidade, ao permitir que o vendedor demonstre que o defeito na mercadoria decorreu de fato alheio a sua vontade⁶, ou, ainda, que alguns tribunais judiciais possam excessivamente levar em consideração os conceitos de *force majeure* e *hardship* previstos em seu ordenamento jurídico doméstico, resultando em interpretações divergentes⁷.

4. Ao contrário, o conjunto de decisões judiciais e sentenças arbitrais que apreciam o artigo 79 têm direta ênfase nas circunstâncias que justificariam a exoneração, por se tratar de “impedimentos”. Entretanto, enquanto algumas decisões não identificam fatos que venham a ser relevantes para concluir-se, ainda que preliminarmente, que determinada circunstância deve ser considerada impedimento (e.g., nacionalidade das partes, tipo de mercadorias envolvidas ou outras particularidades da transação comercial), outras são incompletas, pois meramente informam que as condições do artigo 79 não foram cumpridas. Por exemplo, uma corte estatal que decida pela exoneração da responsabilidade de uma das partes, segundo o artigo 79, pode presumidamente se satisfazer com a mera constatação de que o alegado impedimento decorreu de fato alheio à vontade desta parte, sem, no entanto, discutir quando as condições do artigo 79 devem ser consideradas como cumpridas. Similarmente, poucos casos adentraram nas condições para que a parte pleiteie, com sucesso, que o impedimento não poderia ter sido levado em consideração no momento da celebração do contrato. Inexistindo decisões esclarecendo quais seriam estas condições, torna-se impossível avaliar se cortes estatais e tribunais arbitrais possuem interpretação convergente do artigo 79. No entanto, a impossibilidade de constatação de eventual convergência interpretativa, não tornam as condições do artigo 79 menos relevantes para a comprovação de que o inadimplemento estaria justificado segundo este artigo. Tal fato esclarece porque este parecer consultivo foca em um limitado número de questões que provavelmente propiciará diferentes interpretações em diferentes jurisdições.

5. O artigo 79 possui características que, em virtude da flexibilidade de sua linguagem e do nível extraordinário de ambivalência quando de sua redação inicial, deixa aos juízes estatais e árbitros significativo espaço para aplicação do artigo 79 aos fatos

levados ao seu conhecimento. Este parecer consultivo foca nestas características porque são as que provavelmente serão tratadas em cotejo com a legislação doméstica aplicável, ou, ao menos, as que são mais suscetíveis de interpretações divergentes. Uma destas questões refere-se à possibilidade do vendedor que deixa de entregar mercadorias em conformidade com o contrato pleitear a exoneração de responsabilidade prevista no artigo 79. Uma segunda questão se refere às condições a serem cumpridas por um vendedor que pleiteie a exoneração de responsabilidade em virtude de impedimento sofrido pelo fornecedor ou pelo fabricante da mercadoria contratado pelo vendedor. Uma terceira questão que pode ocasionar divergência interpretativa entre juízes estatais e árbitros refere-se à possibilidade de *hardship* ser considerado como “impedimento” nos termos do artigo 79 e, caso positivo, como tal pedido deveria ser atendido pelo julgador. Interpretações divergentes do (ou sobre o) artigo 79 podem ser encontradas e continuam a surgir e poderão ser objeto de novos pareceres consultivos.

* * *

- 1. O artigo 79 exonera a parte de sua responsabilidade por perdas e danos decorrente de descumprimento de qualquer de suas obrigações, incluindo a obrigação do vendedor de entregar mercadorias em conformidade com o contrato.**

COMENTÁRIOS

6. A possibilidade de o vendedor, segundo o artigo 79 da CISG, pleitear exoneração de responsabilidade por perdas e danos, quando deixar de entregar mercadorias em conformidade com o contrato, foi debatida na Conferência de Haia de 1964, quando se discutiu a redação do artigo 74 da ULIS (equivalente ao artigo 79 da CISG). Naquela oportunidade, alguns representantes de países com tradição *common law* em favor da responsabilidade contratual “*warranty-based*” manifestaram receio de que o entendimento dominante em países com tradição *civil law* – em que a responsabilidade contratual se baseia na comprovação de ato culposo –, poderia influenciar negativamente juízes estatais e árbitros de entendimento *civil law* ao permitir ao vendedor alegar a exoneração de sua responsabilidade decorrente de má-execução contratual, mediante alegação de que fatos alheios à sua vontade, que não poderiam ter sido considerados no momento da contratação, o impediram de cumprir propriamente o contrato⁸.

7. Preocupações relativas ao conceito de responsabilidade baseado em culpabilidade levaram alguns doutrinadores a questionar se a entrega de mercadorias em

desconformidade com as especificações contratuais poderia, por si só, ser considerada como impedimento nos termos do artigo 79. Foi arguido que a escolha do termo “impedimento” teria a conotação de evento externo ao vendedor e à mercadoria, afastando a possibilidade de a responsabilidade do vendedor pela entrega de mercadorias defeituosas vir a ser, em qualquer hipótese, exonerada mediante aplicação do artigo 79⁹. Por outro lado, para aqueles que analisam a responsabilidade pela entrega de mercadorias desconformes pela perspectiva da culpabilidade, defeitos nas mercadorias presentes no momento de celebração do contrato poderiam razoavelmente constituir um impedimento, nos termos do artigo 35 da CISG. De fato, ao se considerar a entrega de mercadorias em conformidade com o contrato como uma obrigação contratual (e não só como uma garantia do vendedor), o descumprimento desta obrigação constituiria violação contratual. Consequentemente, esta responsabilidade poderia, plausivelmente, ser exonerada em virtude de um impedimento, conforme descrito no artigo 79¹⁰.

8. São extremamente raros os casos em que o vendedor é exonerado de sua responsabilidade, pela entrega de mercadorias desconformes com as especificações contratuais. Por exemplo, mercadorias que são únicas e que pereceram no momento da celebração do contrato e anteriormente à passagem do risco ao comprador. Neste caso excepcional, o artigo 79 poderia ser aplicado, caso o vendedor não tivesse ciência do perecimento e não pudesse, razoavelmente, ter levado o perecimento da mercadoria em consideração quando da celebração do contrato¹¹. De fato, vendedores utilizaram-se do artigo 79, com limitado sucesso, para pleitear exoneração de responsabilidade por terem deixado de entregar mercadorias em conformidade com o contratado ou por terem entregado tardiamente as mercadorias¹². Importante ressaltar que a Suprema Corte Alemã diminuiu o receio de que o requisito de culpabilidade pudesse ser reintroduzido pela “porta dos fundos”, caso as hipóteses de exoneração de responsabilidade fossem estendidas à entrega de bens desconformes com o contrato.

9. No caso “*Vine wax*” o vendedor concordou em fornecer cera de videira que seria utilizada pelo comprador para proteger enxertos nas videiras contra estiagem e infecção¹³. O vendedor adquiriu a cera de seu fornecedor, que a fabricou parcialmente com insumos de outro fornecedor húngaro, que não havia sido utilizado pelo vendedor nos anos anteriores. O vendedor encaminhou a cera diretamente ao comprador, sem ter aberto a embalagem. A cera, contudo, não serviu para proteger as videiras, como esperado e, por isso, o comprador ajuizou ação em face do vendedor. A corte de apelação considerou o vendedor responsável pela entrega de mercadorias abaixo do padrão industrial. Considerando que, em princípio, o vendedor poderia pleitear exoneração de sua responsabilidade pela entrega de bens desconformes ao contratado, a Corte Regional de Apelação de *Zweibrücker* considerou o vendedor responsável sob o argumento de que ele deixou de inspecionar adequadamente a cera antes de encaminhá-

la ao comprador. Ao declarar a responsabilidade do vendedor com base em diferentes fundamentos, a Suprema Corte Federal Alemã (“*BGH*”) não considerou necessário pronunciar-se genericamente sobre a possibilidade do vendedor ser exonerado de sua responsabilidade pela entrega de bens desconformes. Discordando das razões apontadas pela corte de apelação, o *BGH* considerou que, inexistente estipulação contratual em contrário (como neste caso), o vendedor assume o risco de adquirir bens em conformidade com o contrato, quando ele mesmo não os fabrica. Esta linha de raciocínio sugere que de acordo com a CISG, a responsabilidade do vendedor é de garantia, independentemente de verificação de culpa, sendo, pois, irrelevante inspecionar as mercadorias¹⁴.

10. O *BGH* não considerou necessário abordar se a inadimplência de uma das partes de “qualquer de suas obrigações” contratuais incluiria a inadimplência do vendedor ou de qualquer de seus fornecedores de entregar mercadorias em conformidade com as especificações contratuais. De toda forma, ao esclarecer porque o vendedor não poderia ser exonerado desta responsabilidade, a Suprema Corte Alemã, entendeu que o artigo 79 poderia ser aplicado para exonerar a responsabilidade do vendedor pela entrega de mercadorias desconformes com o contrato¹⁵. Esta interpretação do artigo 79 segue aquilo que pode ser considerado o “sentido pleno” do artigo 79. Tanto a linguagem (“... qualquer de suas obrigações”) quanto a localização desta regra na CISG (Capítulo V: “Disposições Comuns às Obrigações do Vendedor e do Comprador”) sugere que a entrega de bens desconformes com o contrato deve ser considerada como um descumprimento dentro do estabelecido no artigo 79 e no Capítulo V. Portanto, não há razão para excluir esta obrigação da larga gama de obrigações cujo descumprimento pode ser exonerado nos termos do artigo 79.

11. Em outro caso posteriormente decidido pela *BGH*, o “caso do leite em pó¹⁶”, um comprador de leite em pó verificou que o leite estava estragado por conter lipase. O vendedor buscou se justificar com base no artigo 79 alegando que a lipase não poderia ter sido detectada por nenhum dos testes disponíveis no mercado. O *BGH* não se satisfaz com esta justificativa, sustentando que não seria suficiente ao vendedor provar que, ainda que tivesse administrado todos os testes disponíveis, a lipase não seria detectada. Os autos foram devolvidos à corte inferior, que foi instruída a averiguar se durante todo o processo de fabricação do leite em pó, a presença de lipase poderia, realmente, ser considerada fato alheio à vontade do vendedor (i.e. seja na fabricação por ele mesmo ou por qualquer de seus fornecedores). Portanto, apesar de reconhecer que a exoneração de responsabilidade continuaria teoricamente possível, no caso de o vendedor entregar bens em desconformidade com o contrato, esta decisão reforçou, uma vez mais, o pesado ônus que o vendedor tem para comprovar que sua inadimplência pode ser exonerada nos termos do artigo 79.

12. Ainda que estas decisões da *BGH* deixem de se pronunciar sobre a possibilidade do vendedor ser exonerado de sua responsabilidade pela entrega de mercadorias defeituosas, esta possibilidade está reduzida a apenas algumas circunstâncias excepcionais. Tome, por exemplo, o caso de um vendedor obrigado a entregar mercadorias congeladas, que chegaram ao comprador em estado de decomposição, devido a um *blackout* anterior à transferência do risco ao comprador, mas após o início do transporte das mercadorias. Neste caso, o artigo 79 pode ser aplicado, desde que o vendedor comprove que não sabia do *blackout* e que tal evento seria completamente fora do controle do vendedor. Ao contrário, o vendedor não seria exonerado, caso fique provado que ele poderia razoavelmente ter levado em consideração a ocorrência de eventual *blackout* no momento de formação do contrato.

13. Há, de fato, poucas chances de o vendedor que entrega mercadorias em desconformidade com o contrato encontrar abrigo para exoneração de sua responsabilidade, pois é genérica e corretamente entendido que o vendedor implicitamente assume os riscos envolvidos na obtenção das mercadorias a serem vendidas. No entanto, ausente qualquer garantia, implícita ou explícita, o vendedor não pode ser considerado como garantidor, absoluto e incondicional, da inexistência de defeitos nas mercadorias. O artigo 79 ganhará em certeza e justiça, caso esta interpretação direta seja adotada, impossibilitando distinções dúbias entre justificativas pela entrega de mercadorias desconformes com o contratado e justificativas que podem exonerar o descumprimento pela parte de outra obrigação contratual (*e.g.*, falha no acondicionamento das mercadorias, conforme artigo 35(2)(d)).

* * *

- 2.1. **Se a inexecução, total ou parcial, resultar de ato de terceiro, o artigo 79 estabelece diferentes requisitos para a exoneração de responsabilidade, a depender do tipo de envolvimento do terceiro com a parte contratante.**
- 2.2. **O artigo 79 permanece como regra de controle, ainda que a parte contratante sub-rogue ao terceiro a execução total ou parcial de suas obrigações contratuais.**
 - (a) **Em geral, o vendedor não é exonerado de sua responsabilidade quando o terceiro estiver dentro da esfera de influência e riscos assumida pelo vendedor; por exemplo, os funcionários do próprio vendedor e aqueles contratados para fornecer ao vendedor matéria-prima ou bens semimanufaturados. O mesmo princípio se aplica ao comprador, com respeito aos seus funcionários ou**

àqueles contratados para executar obrigações contratuais do comprador.

(b) Em circunstâncias excepcionais, a parte contratante pode ser exonerada de sua responsabilidade, nos termos do artigo 79(1), por ato ou omissão cometido por terceiro, desde que a parte contratante não possa escolher ou controlar este terceiro.

2.3. O artigo 79(2) se aplica quando a parte contratante contrata um terceiro independente para executar suas obrigações contratuais, total ou parcialmente. Neste caso, a parte contratante que pleitear a exoneração de sua responsabilidade deve comprovar que os requisitos do artigo 79(1) foram satisfeitos tanto em seu respeito, quanto com respeito ao terceiro.

COMENTÁRIOS

14. A exoneração de responsabilidade, segundo o artigo 79, seria dificilmente operante nos casos em que o vendedor entregasse mercadorias em desconformidade com o contrato, quando tais mercadorias fossem produzidas, manufaturadas e entregues pelo próprio vendedor ou seus funcionários, ou nos casos em que o comprador tivesse que pagar e receber a mercadoria sem recorrer a qualquer agente intermediário. No entanto, quando a falha na entrega de mercadorias em conformidade com as especificações contratuais, no pagamento do preço contratual, ou em qualquer outra obrigação contratual decorrer de ato ou omissão de fornecedores ou subcontratados do vendedor ou de qualquer intermediador indicado pelo comprador para receber a mercadoria ou pagar o preço contratual, questiona-se se esta falha deva ser imputada às partes contratantes de acordo com o parágrafo (1) ou (2) do artigo 79. Não obstante o artigo 79(2) se aplique tanto a vendedores quanto a compradores buscando justificar um inadimplemento contratual em outro inadimplemento cometido por um terceiro, esta parte do parecer consultivo foca nas condições em que o vendedor pode pleitear a exoneração de sua responsabilidade em virtude de inadimplemento cometido por terceiro.

15. Diversas cortes estatais e tribunais arbitrais tocaram na questão se o vendedor pode ser exonerado de sua responsabilidade em decorrência de um impedimento alegadamente alheio à vontade de um fornecedor contratado para adquirir ou produzir as mercadorias. Em diversos casos, o pedido do vendedor foi deferido, mas na maioria deles decidiu-se que os requisitos do artigo 79 não foram satisfeitos, ainda que a inadimplência do fornecedor tenha sido totalmente imprevisível ao vendedor. As decisões variam, no entanto, quanto a análise utilizada para chegar a tal conclusão. Algumas cortes estatais focam na averiguação do cumprimento dos requisitos do artigo

79(1)¹⁷; outras preferem examinar a exoneração de responsabilidade segundo o parágrafo (2)¹⁸; e outros ainda preferem decidir a questão como base numa análise em abstrato do artigo 79¹⁹. A tipificação do pleito do vendedor de acordo com os parágrafos do artigo 79 é relevante para determinar de quem será o ônus da prova. A questão central é verificar se o fornecedor, o subcontratado ou o terceiro a quem o vendedor sub-roga a execução contratual pode ser incluído no teor do artigo 79(2), “um terceiro incumbido [pela parte pleiteando a exoneração] da execução total ou parcial do contrato.”

16. O artigo 79(2), quando aplicável, torna mais difícil a procedência do pleito de exoneração, pois requer sejam cumpridos os requisitos previstos no artigo 79(1) tanto com relação à parte contratante que pleiteia a exoneração, quanto ao terceiro. Não ficou claro qual seria o conceito de terceiro adotado pelo parágrafo segundo do artigo 79, cujo teor parece ter resultado de compreensão equivocada do parágrafo primeiro por aqueles que lutaram pela inclusão do parágrafo segundo.

17. Não há dúvida que, de acordo com o artigo 79(1), o vendedor assume o risco de desconformidade de mercadorias ocasionada por ele ou por seus funcionários empregados na execução do contrato, cujo trabalho seria organizado, coordenado e supervisionado pelo vendedor. A problemática que deve ser endereçada no artigo 79(2) refere-se mais especificamente a desconformidade decorrente de ato ou omissão cometido por terceiro que não se inclui na esfera de influência e controle do vendedor. Há, no mínimo, dois tipos de “terceiros”, mas apenas um deles é tratado pelo artigo 79(2).

18. O primeiro grupo é composto por aqueles que, apesar de não se responsabilizarem, perante o comprador, pela execução contratual, atuam como assistentes do vendedor, estabelecendo as condições necessárias à entrega, pelo vendedor, de mercadorias em conformidade com o contratado. Esses “terceiros” podem ser distintos do vendedor, como fornecedores de matéria-prima, subcontratados fabricantes de partes semimanufaturadas, e outros agentes auxiliares, cujo trabalho é pré-condição à entrega de mercadorias em conformidade com o contratado. Estes terceiros fornecedores ou subcontratados, não são o tipo de “terceiros” de que trata o artigo 79(2). Há uma linha consistente de decisões sugerindo que o vendedor assume os riscos destes terceiros violarem o contrato perante ele mesmo, de modo que, ao menos em princípio, o vendedor não será exonerado quando a falha decorrer de inadimplemento de seu fornecedor²⁰. O artigo 79(1) continua sendo a regra de controle da averiguação de responsabilidade deste tipo de “terceiro”, cujo inadimplemento não pode ser invocado pelo vendedor como justificativa para a exoneração da sua responsabilidade de entregar mercadorias em conformidade com o contratado. Contudo, uma exceção é permitida, nos casos extremamente raros, em que o vendedor não tem controle sobre a escolha ou o tratado como um impedimento genuíno alheio à vontade do vendedor²¹.

19. O segundo grupo de “terceiros” não incluídos no artigo 79 são aqueles independentemente vinculados pelo vendedor para executar, perante o comprador, as suas obrigações contratuais, total ou parcialmente. Não é fácil fixar o significado preciso da frase “um terceiro incumbido [pela parte pleiteando a exoneração] da execução total ou parcial do contrato...”, mas a expressão parece tratar dos terceiros que, diferentemente daqueles fornecedores ou subcontratados, não são somente distintos do vendedor, mas também independentes, econômica e funcionalmente, fora da estrutura organizacional do vendedor ou de seu controle e responsabilidade²².

20. Nos casos em que os defeitos nas mercadorias resultam de falhas de terceiros “independentes”, os pré-requisitos para a exoneração de responsabilidade nos termos do artigo 79(2) devem ser comprovados tanto pelo vendedor, quanto pelo terceiro. Neste caso particular, o vendedor se responsabiliza pela conduta do terceiro independente, a não ser que se comprove que o impedimento seria insuperável para o vendedor e, adicionalmente, que o terceiro independente cumpriria os requisitos para exoneração de responsabilidade previstos no artigo 79(1), caso fosse o próprio vendedor. Portanto, o artigo 79(2) é considerado como regra ampliativa da responsabilidade do vendedor, pois torna o vendedor, em princípio, responsável pela inadimplência do terceiro independente, como se tivesse sido cometida pelo próprio vendedor²³. Obviamente, a responsabilidade do vendedor não é incondicional e, em casos excepcionais, pode ele comprovar que não teve controle sobre a escolha deste terceiro, seja porque o terceiro possui o monopólio do fornecimento de bens e serviços, seja em caso de comprovação pelo vendedor de que a inadimplência cometida pelo terceiro estava, de fato, fora de seu controle.

21. Quando as circunstâncias do caso permitirem a distinção entre os dois tipos de “terceiros”, torna-se mais difícil ao vendedor ser exonerado de responsabilidade por atos de um terceiro “independente”, nos termos do artigo 79(2), do que ser exonerado pela entrega de mercadorias desconformes com o contratado produzidas ou adquiridas por terceiro a quem o vendedor recorreu para entregá-las. No entanto, a história da elaboração do artigo 79(2) demonstra confusão de alguns para os quais a política de dificultar ao vendedor ser exonerado de sua responsabilidade em decorrência de conduta de um “terceiro” genuinamente independente não estava tão clara. Estes buscaram, sem sucesso, incluir expressamente no texto do artigo 79(2) fornecedores, subcontratados e qualquer profissional que estiver prestando serviços ao vendedor de forma independente.²⁴

22. Em todo caso, o artigo 79(2) e sua história legislativa sugerem que a frase “um terceiro incumbido [pela parte] da execução do contrato...” tenha seu escopo reduzido, abrangendo casos em que o vendedor delegue ao terceiro a sua obrigação de fabricar as mercadorias de acordo com especificações dadas pelo comprador ou sempre que o vendedor delegue ao terceiro a sua obrigação de adquirir as mercadorias e entregá-las ao

comprador. Em ambos os casos, o vendedor pode ter sucesso em seu pleito de exoneração da responsabilidade pela inadimplência do terceiro, desde que comprove que o terceiro estava também impossibilitado de cumprir sua obrigação em virtude de impedimento justificável à luz do artigo 79(2)²⁵. Esta interpretação parece ser consistente com uma justa alocação de riscos decorrentes da não conformidade de mercadorias.

23. Apesar de ser difícil ao vendedor dependente de fornecedores auxiliares controlar a conformidade das mercadorias, parece justo alocar no vendedor o risco de desconformidade e consequentes danos. Ainda que os parágrafos primeiro e segundo do artigo 79 estabeleçam diferentes requisitos à parte que pretende ser exonerada de sua responsabilidade em virtude de inadimplência de terceiro, na prática a maioria dos casos tendem a ser resolvidos mediante aplicação do artigo 79(1). Este é, de fato, a conclusão alcançada pela Suprema Corte Alemã (BGH) no caso “*Vine wax*” referido na questão levantada relativa à possibilidade de o vendedor ser exonerado de sua responsabilidade nos termos do artigo 79 em caso de entrega de mercadorias desconformes às especificações do contrato.

24. Neste caso, um vendedor austríaco pleiteou a exoneração de sua responsabilidade com fulcro no artigo 79(1) sob a alegação de que ele teria atuado como mero intermediário em um contrato de fornecimento de cera de videira a um comprador alemão, cuja cera era produzida pelo vendedor mediante aproveitamento de matéria prima adquirida de um fornecedor húngaro. O argumento central do vendedor foi de que ele estaria exonerado de sua responsabilidade, nos termos do artigo 79, uma vez que os alegados defeitos foram causados pelo fornecedor e, por isto, estariam “fora de seu controle”. A BGH decidiu que não faria diferença, de acordo com o artigo 79(1), se o defeito poderia ou não ser imputado ao vendedor ou aos seus fornecedores ou subfornecedores. De acordo com a corte, a existência de defeitos deve, em qualquer caso, ser imputada ao vendedor, pois, ainda que causados pelo fornecedor ou subfornecedor, estes defeitos estão dentro da “esfera de influência” do vendedor. Em um caso subsequente que também toca no artigo 79, o caso do “leite em pó”²⁶, a BGH, mais uma vez, declarou ser culpa do vendedor casos em que a inadimplência tenham sido, aparentemente, causadas pelo fornecedor. Considerando que o vendedor não conseguiu comprovar se a lipase que estragou o leite em pó teria sido inserida pelo seu fornecedor de leite ou durante o processamento do leite pelo vendedor, a BGH reverteu um julgamento de tribunal inferior, instruindo a remessa dos autos à primeira instância para que fosse verificado se a introdução de lipase ao leite foi, de fato, fora do controle do vendedor.

25. A atribuição ao vendedor da responsabilidade por atos cometidos pelo fornecedor, nos termos do artigo 79(1) parece ser consistente com a tendência de se imputar os riscos relativos à não conformidade das mercadorias naquela parte que estava na melhor

posição para evitar ou mitigar tais riscos. O vendedor pode ser exonerado de responsabilidade em alguns casos extremos e excepcionais, tais como em casos onde o terceiro seja o único fornecedor disponível ou, ainda, em situações nas quais os defeitos nas mercadorias não tenham conexão direta com os riscos típicos assumidos pelo vendedor de aquisição de mercadorias.

* * *

3.1. Uma alteração nas circunstâncias que razoavelmente não se espera seja levada em consideração pelas partes contratantes e que torne a execução do contrato excessivamente onerosa (“hardship”), pode ser considerada como “impedimento” nos termos do artigo 79(1). A linguagem do artigo 79 não coloca expressamente o termo “impedimento” como sendo um evento que torna a execução contratual absolutamente impossível. Assim, a parte que se encontrar em situação de *hardship* pode invocar o *hardship* como justificativa para exoneração de sua responsabilidade contratual, conforme artigo 79.

3.2. Em situações de *hardship* abrangidas pelo artigo 79, cortes e tribunais arbitrais podem decidir com fundamentação consistente com a CISG e com os princípios gerais em que ela se baseia.

COMENTÁRIOS

26. De acordo com variada doutrina jurídica, durante grande parte do período em que vigorou a teoria do *rebus sic stantibus* desenvolvida pelo *preator* romano, uma mudança imprevisível e extraordinária de circunstâncias que tornasse a obrigação contratual extremamente onerosa, apesar de não absolutamente impossível, poderia permitir a rescisão ou, até mesmo, a revisão ou “adaptação” do contrato ou de uma de suas cláusulas. A variedade de leis nacionais e doutrinas (e.g. *imprévision*, frustração do contrato, impossibilidade comercial, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *excesiva onerosita sopravvenuta*), associadas à amplitude do termo “impedimento” no artigo 79, deixa terreno fértil para juízes e árbitros adotarem divergentes abordagens sobre a possibilidade de exoneração de responsabilidade à parte contratante cujas obrigações tornaram-se extraordinariamente onerosas (em termos econômicos ou não)²⁷. Naturalmente, as opiniões acadêmicas dividem-se sobre caracterização do *hardship* como hipótese de exoneração nos termos do artigo 79. Enquanto alguns consideram que o teor do artigo 79 é suficientemente flexível para incluir situações extremas de imprevisível *hardship* no conceito de “impedimento”²⁸, para outros, a CISG não dá abrigo para qualquer exoneração decorrente de *hardship*²⁹.

27. Preocupações relacionadas ao termo “impedimento” como empregado no artigo 79 e sua interpretação foram argüidas por acadêmicos da mais variada gama de sistemas jurídicos. De acordo com uma opinião doutrinária, o termo “impedimento” é “vago e impreciso³⁰”, outro estudioso notou “contradições e ambiguidades” no uso deste termo³¹ e um terceiro caracterizou o termo “impedimento” como um “camaleônico” exemplo de “harmonia superficial que meramente esconde uma profunda contradição”³². A história legislativa e de elaboração do artigo 79 não é suficientemente conclusiva para determinar se a hipótese de *hardship* está ou não inclusa no seu escopo.

28. Analisando a história legislativa do artigo 79, há amplo suporte para se argumentar que a Convenção não favorece a exoneração pelo descumprimento de uma obrigação e, ainda, que a noção de “impedimento”, segundo o artigo 79, trás consigo um obstáculo a noções mais flexíveis de *hardship*, impraticabilidade, frustração entre outras³³. No entanto, este entendimento é ainda insuficiente para se concluir que o artigo 79 da CISG possa exonerar a parte de cumprir suas obrigações, em todo ou em parte, quando o impedimento seja representado por um evento totalmente inesperado que torne a execução da obrigação excessivamente difícil.

29. No tocante à elaboração deste artigo, a análise de isoladas discussões que vieram a ser desconsideradas ou de comentários de alguns representantes pode levar à conclusão de que houve algum tipo de consenso entre os membros do Grupo de Trabalho contrário à doutrina do “hardship”³⁴. Com efeito, algumas passagens dos *travaux préparatoires* indicam que a escolha do termo “impedimento” justifica-se pelo propósito de se adotar uma teoria unitária de exoneração de responsabilidade, não abrangendo teorias baseadas em “mudanças de circunstâncias” como a do *rebus sic stantibus*, *imprévision*, ou *hardship*. Assim, de acordo com alguns estudiosos, a exclusão (*rectius*: rejeição) do *hardship* do escopo do artigo 79 emergiria de sua história legislativa³⁵. Na sequência das sucessivas minutas que precederam a versão final do artigo 79, o Grupo de Trabalho da UNCITRAL considerou rejeitado a proposta de permitir à parte pleitear rescisão ou reequilíbrio do contrato em face de “danos excessivos” e imprevisíveis³⁶. De toda forma, uma análise aprofundada nesta passagem revela que, após relatar brevemente os argumentos em suporte desta proposta, o relatório simplesmente informou que esta não foi adotada, não adentrando em subseqüentes discussões³⁷.

30. Outros estudiosos se apoiaram na rejeição da proposta norueguesa relacionada à passagem que se tornou posteriormente o artigo 79(3), para afirmar que o artigo 79 não se estenderia a situações de *hardship*. Foi com este intuito que a delegação norueguesa sugeriu incluir uma previsão adicional no sentido de que impedimentos temporários pudessem se tornar impedimentos definitivos, no caso em que, após o encerramento da situação de impedimento, as circunstâncias tenham se modificado de tal maneira que o cumprimento da obrigação tornar-se-ia manifestamente injustificável³⁸. A proposta ganhou apoio de outras delegações, mas a delegação francesa manifestou sua

preocupação de que a introdução desta provisão pudesse ser vista como aceitação das doutrinas de *imprévision*, *frustration of purpose*, e similares. Mesmo que as discussões entre as delegações não tenham sido uniformes, a rejeição da proposta norueguesa não resolveu a questão do “*hardship* econômico”, pois a proposta não foi discutida sobre esse viés. Se for aceito que a interpretação histórica possui um papel relevante a exercer – o que é discutível –, há evidências históricas de que as discussões não foram conclusivas sobre a questão³⁹.

31. Diversas decisões rejeitaram a possibilidade de que desenvolvimentos negativos no mercado constituíssem impedimento nos termos do artigo 79(1). Com efeito, até o momento de elaboração desta opinião, nenhuma decisão judicial exonerou a responsabilidade de uma parte baseada em *hardship* econômico. No tocante ao desenvolvimento jurisprudencial, foi divulgado que uma corte alemã de primeira instância teria estabelecido que a doutrina alemã do *Wegfall der Geschäftsgrundlage* não se aplicaria, porque a CISG “possui regras próprias nessa área” e, portanto, retiraria a aplicação da lei doméstica⁴⁰. Uma corte italiana de primeira instância, em uma decisão publicada no mesmo ano que foi dada, em um caso que não estava sujeito à CISG, analisou e, ao final, se recusou a aplicar a doutrina da “onerosidade excessiva superveniente”, conforme consta do artigo 1467 et seq. do Código Civil Italiano⁴¹. De acordo com a Corte italiana de Monza, o conceito de variação na doutrina do “*hardship*” não possui abrigo expresso na Convenção de Viena de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, porque *hardship* não está expresamente excluído nos termos do artigo 4 da CISG, sendo, pois, esta questão não resolvida pela CISG⁴².

32. Não há muitos casos tratando de situações de *hardship* nas quais cortes estatais entenderam justo reconhecer este tipo de situação, e nenhum caso foi encontrado no momento de elaboração desta opinião, nos quais uma corte estatal tenha dado razões bem fundadas esclarecendo porque uma mudança de circunstâncias deste tipo seria imprevisível ou porque um tipo de decisão seria mais apropriada do que outras. Até esta data, não há decisões publicadas, segundo as quais uma corte estatal tenha exonerado uma parte de sua responsabilidade ao argumento de *hardship*. Esta atual situação não é inconsistente com a admissão, pela maioria da doutrina, de que um sistema legal justo deve admitir alguma flexibilidade ao princípio do *pacta sunt servanda* para reconhecer situações genuínas de *hardship*. A questão a ser levantada, então, é que tipo de cenário fático poderia ser proposto para um excepcional *hardcase* em que a doutrina do *hardship* teria sucesso no seu mérito.

33. Recorrendo aos cenários apresentados nos comentários ao artigo 6.2.2 dos Princípios da *UNIDROIT*, pode-se ter uma situação em que o comprador “A”, domiciliado no Estado X, celebre um contrato de compra e venda com um vendedor “B”, domiciliado no Estado Y. As partes acordam que o local de pagamento será o Estado Z e o prazo será três meses contados da entrega das mercadorias, na moeda do

Estado Z. Imagine-se que dentro de um mês da celebração do contrato, uma crise político-econômica totalmente imprevisível, que as partes não poderiam, razoavelmente, ter levado em consideração, leve a uma queda relevante de 80% da moeda do Estado Z. Como resultado, a venda se torne extremamente onerosa para o comprador “A” e notadamente vantajosa para o vendedor “B”⁴³.

34. Assumindo que a CISG seja aplicável a um contrato sujeito a uma situação de *hardship* como a descrita anteriormente, permanece a questão sobre a possibilidade de uma parte poder encontrar abrigo no artigo 79 da CISG, interpretando o *hardship* como integrante do termo “impedimento” ou concluindo que há uma lacuna na CISG que deve ser preenchida pelos princípios gerais aplicáveis por meio da técnica de preenchimento de lacunas prevista pelo artigo 7(2) da CISG chamado “regulado-mas-não-resolvido”. Se a CISG se aplicar, então, naturalmente, fica impossibilitada a utilização de qualquer outra regra doméstica potencialmente aplicável que trate de *hardship*. No entanto, se a potencial aplicação do *hardship* não puder ser resolvida, não há outra alternativa, que não recorrer às regras domésticas, esperando que a lei aplicável estabeleça uma solução de repartição de atos mitigadores do dano.

35. A alternativa de se recorrer ao *hardship* como regra presente na CISG é mais palatável que a outra, pois ao se deixar a questão para ser resolvida após a aplicação das regras de conflito de leis, tornar-se-ia possível a aplicação de diversas teorias legais conflitantes. É esperado que um intérprete que leve seriamente em conta o propósito confesso da CISG de unificar as legislações sobre compra e venda internacional de mercadorias, como previsto no artigo 7(1), provavelmente utilize-se de todos os meios técnicos disponíveis para responder ao problema do *hardship* dentro dos “limites” da Convenção, sem recorrer à aplicação de leis e doutrinas domésticas potencialmente contraditórias.

36. Antes de se passar ao exame do tipo de solução jurídica cabível segundo a CISG para um verdadeiro problema de *hardship*, é importante ressaltar que de acordo com alguns ordenamentos jurídicos, a rescisão ou a modificação de um contrato por conta de *hardship* pode ser vista como uma questão de validade do contrato, de modo que fugiria ao âmbito de aplicação da CISG, conforme prevê o artigo 4⁴⁴. Este argumento merece atenção especial, pois sabe-se que em alguns ordenamentos jurídicos escandinavos, o *hardship* é visto como uma questão de validade⁴⁵. Neste caso, em princípio, deve se dar à parte faltosa o benefício de escolher uma solução jurídica dentre as diversas doutrinas domésticas de *hardship*, abordagem que, no entanto, não aparenta ser convincente ou persuasiva. Salvo em casos de defeito no negócio jurídico (usura, *lésion* ou desequilíbrio grosseiro entre as prestações no momento de celebração do contrato), que claramente se inserem na rubrica da validade do negócio jurídico, o problema de *hardship* tende a estar associado na maioria dos sistemas legais com força maior e impossibilidade de execução da obrigação, ou seja, uma situação de exoneração ou

mitigação da responsabilidade em decorrência de eventos subsequentes à celebração do contrato, mais do que um caso de nulidade ou rescisão decorrente de debilidades ou defeitos que afetam o contrato desde a sua celebração⁴⁶. Ademais, todo benefício potencialmente obtido ao se permitir que doutrinas nacionais de *hardship* compitam entre si traduz-se em grave prejuízo à uniformidade que se perde ao se adotar esta abordagem.

37. Caso seja entendida que uma situação genuína de inesperada e radical mudança nas circunstâncias do contrato possa se qualificar, em casos verdadeiramente excepcionais, como “impedimento” de acordo com o artigo 79(1), o *hardship*, então, merecerá uma resposta legal dada pela própria Convenção, impedindo a aplicação de regras domésticas sobre o assunto.

38. Certamente, não é possível e nem conveniente tentar definir *hardship*, além de aceitar que um impedimento possa ser compreendido por uma situação de “impossibilidade econômica” que, enquanto barreira praticamente intransponível à execução da obrigação, impõe o que em alguns ordenamentos jurídicos é entendido como “limite de sacrifício” além do qual não se esperaria, razoavelmente, que a parte obrigada cumprisse sua obrigação.

39. Em muitos casos, flutuações de mercado não devem ser consideradas como “impedimento” segundo o artigo 79 da CISG, pois tais flutuações estão abrangidas pelo risco normal das transações comerciais em geral. Outra situação é no caso de flutuações de preço de mercadorias e de mercado totalmente inesperadas e grosseiras. Com efeito, a possibilidade teórica de ocorrência de tal mudança radical e inesperada leva à admissibilidade da aplicação do artigo 79 nestas circunstâncias, como acima exemplificado.

40. O próximo tópico a ser desafiado serão os parâmetros e orientações que podem ser seguidas para viabilizar o remédio mais apropriado caso uma situação de *hardship* venha a ocorrer. Alguns podem inferir da regra geral de se interpretar a Convenção com boa-fé, que há uma obrigação das partes de renegociar os termos do contrato com vistas a reestabelecer a comutatividade. No caso de insucesso das negociações inexisterão parâmetros estabelecidos pela Convenção pra que um juiz ou árbitro “ajuste” ou “revise” os termos do contrato de modo a reestabelecer tal comutatividade. Ainda que não se esteja interessado em analisar com profundidade o princípio da boa-fé insculpido no artigo 7(1) com vistas a encontrar o equilíbrio de obrigações⁴⁷, o artigo 79(5) da CISG pode ser utilizado para abrir possibilidade para uma corte estatal ou tribunal arbitral determinar o que é devido a cada uma das partes, “adaptando”, assim, os termos do contrato às circunstâncias que tiverem sido modificadas.

* * *

NOTAS DE FIM DE PÁGINA

¹ O Conselho Consultivo da CISG (“CISG-AC”) é uma iniciativa privada apoiada pelo *Institute of International Commercial Law at Pace University School of Law* e do *Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London*. O CISG-AC tem por objetivo facilitar o entendimento sobre a CISG e promover e auxiliar sua interpretação uniforme.

Em sua reunião inaugural realizada em Paris, em junho de 2001, o Prof. Peter Schlechtriem da Universidade de Friburgo, Alemanha, foi eleito Presidente do CISG-AC por um mandato de três anos. O Dr. Loukas A. Mistelis do *Centre for Commercial Studies, Queen Mary, University of London*, foi eleito o Secretário. O CISG-AC é composto por: Prof. Emérito Eric E. Bergsten, Pace University; Prof. Michael Joachim Bonell, da Universidade de Roma *La Sapienza*; Prof. E. Allan Farnsworth, *Columbia University School of Law*; Prof. Alejandro M. Garro, *Columbia University School of Law*; Prof. Sir Roy M. Goode, *Oxford*; Prof. Sergei N. Lebedev, *Maritime Arbitration Commission* da Câmara Russa de Comércio e Indústria; Prof. Jan Ramberg, Faculdade de Direito da Universidade de Estocolmo; Prof. Peter Schlechtriem, Universidade de Friburgo; Prof. Hiroo Sono, Faculdade de Direito da Universidade de Hokkaido; Prof. Claude Witz, *Universität des Saarlandes* e Universidade de Estrasburgo. Os membros foram eleitos pelo próprio Conselho. Nas reuniões subsequentes o CISG-AC elegeu adicionalmente os seguintes membros: Prof. Pilar Perales Viscasillas, Universidade de La Rioja, Prof. Ingeborg Schwenzer, Universidade de Basel, and Professor John Y. Gotanda, Universidade Villanova. At its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, o Professor Eric Bergsten oriundo da Faculdade de Direito da Universidade Pace foi eleito o Presidente do CISG-AC e o Professor Sieg Eiselen, oriundo do Departamento de Direito Privado da Universidade da África do Sul foi eleito Secretário.

Para mais informações, favor contatar Eiselgts@unisa.ac.za.

² Uma lista indicativa de casos relevantes em que vendedores qualificaram hipótese de exoneração prevista no artigo 79 incluiria: *Tribunal de commerce de Besançon*, França, 19 de janeiro de 1998, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980119f1.html> (exonerando o vendedor, cujos atos foram considerados de boa-fé, no que toca mercadorias defeituosas manufaturadas pelo seu fornecedor); *Handelsgericht des Kantons Zurich*, Suíça, 10 de fevereiro de 1999, caso *CLOUT* n° 331, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html> (a responsabilidade do vendedor de pagar indenização por perdas e danos por atraso na entrega de mercadorias foi exonerada em decorrência da falha do transportador em cumprir com a garantia assumida de que a mercadoria seria entregue em tempo); Tribunal Arbitral sob os auspícios da Câmara Russa de Comércio e Indústria, Rússia, 16 de março de 1995, caso *CLOUT* n° 140, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html> (a responsabilidade do vendedor foi exonerada em decorrência de uma parada emergencial na produção de seu fornecedor); *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg*, Alemanha, 21 de março de 1996, caso *CLOUT* n° 166, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>.

³ Em dois casos decididos pela Suprema Corte Alemã, que serão posteriormente citadas nesta opinião, justificativas de vendedores foram consideradas suficientes para a exoneração de sua responsabilidade pela entrega de mercadorias em conformidade com o contrato; esta exoneração, no entanto, foi rejeitada por conta de outros fatores específicos destes casos. Veja *Bundesgerichtshof, Civil Panel VIII*, Alemanha, 24 de março de 1999, caso *CLOUT* n° 271, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html> [doravante denominado “*Vine wax case*”]; *Bundesgerichtshof*, Alemanha, 9 de janeiro de 2002, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html> [doravante denominado “*Powder milk case*”].

⁴ Uma lista indicativa de relevantes casos nos quais pleitos de exoneração formulados por compradores, conforme o artigo 79, foram deferidos, incluiria: Tribunal Arbitral da Câmara Russa de Comércio, 22 de janeiro de 1997, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970122r1.html> (o comprador foi exonerado da sua responsabilidade por perdas e danos por não ter retirado as mercadorias no local designado, em virtude de proibição estatal de importação dos bens provenientes do país do comprador) [doravante denominado “*Arbitration. Russian Federation Chamber of Commerce, 1997*”]; *Amtsgericht Charlottenburg*, Alemanha, 4 de Maio de 1994, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940915g1.html#cx> (o comprador foi exonerado em virtude da entrega pelo vendedor de mercadorias desconformes com o contrato) [doravante denominado “*Amtsgericht Charlottenburg, 1994*”].

⁵ Os seguintes casos podem ser listados como aqueles em que o impedimento alegado pelo comprador não resultou na sua exoneração em conformidade com o artigo 79: Tribunal Arbitral da Câmara Russa de Comércio e Indústria, 17 de outubro de 1995, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951017r1.html> (o comprador não teve exonerada a sua responsabilidade pelo pagamento do preço contratual em virtude de reservas monetárias inadequadas), caso *CLOUT* nº 142; Câmara Bulgara de Comércio e Indústria, Bulgária, 12 de fevereiro de 1998, disponível traduzido ao inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980212bu.html> (o comprador não teve sua responsabilidade exonerada em virtude de desenvolvimentos negativos do mercado e de problemas relativos à estocagem das mercadorias).

⁶ Para uma opinião demonstrando este receio, veja John Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, §423.3 (3ª ed. 1999), disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>.

⁷ Para uma lista abrangente de casos julgados até 2004, nos quais compradores e vendedores foram ou não exonerados nos termos do artigo 79, veja *The UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/79, 8 de Junho de 2004 [doravante denominado “*UNCITRAL Digest*”] Artigo 79 (publicado em junho de 2004 e citando 27 casos), disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-79.html>. Para uma lista cronologicamente atualizada de casos relativos ao artigo 79, veja artigo 79. *UNCITRAL's Digest Cases Plus Added Cases*, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-cases-79.html>. Veja também, Peter Winship, *Exemptions Under Article 79 of the Vienna Sales Convention*, *RabelsZ* (2004) 495-510; Ronald A. Brand, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond. Article 79*, em 1 *CILE Studies* 392-407 (2005); Sonja A. Kruisinga, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, *Intersentia* (2004) 123-154.

⁸ O debate deste tópico na Conferência de Haia focou na escolha entre os termos “obstáculo” e “circunstâncias”. O último termo prevaleceu em Haia, no entendimento de que o vendedor poderia possivelmente exonerar-se de sua responsabilidade contratual, no caso de os defeitos não pudessem ser detectados no momento de celebração do contrato. Veja John Honnold, op. cit. supra §427, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>. Este tópico foi novamente debatido anos depois, quando, então, o Grupo de Trabalho da *UNCITRAL* decidiu adotar o termo impedimento, que, posteriormente, foi incluído no artigo 79 da CISG. Comentários a respeito das minutas da CISG, veja, ONU. Registros Oficiais do Secretariado da *UNCITRAL*. Nova York. 1981, §21 E §36, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>.

⁹ Veja Barry Nicholas, *Impracticability and Impossibility in the U.S. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. In Nina M. Galston & Hans Smit eds.: *International Sales: The United*

Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Matthew Bender §5.02, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>> (afirmando que a escolha do termo “impedimento” resultou de opinião largamente difundida de que o vendedor não poderia ser exonerado de sua responsabilidade por bens desconformes com o contrato). Nicholas explica que o advogado *common law*, cuja análise teria por ponto de partida a responsabilidade do vendedor *strictu sensu*, enxergaria com estranheza a eventualidade de que a impossibilidade de entrega da mercadoria seja vista como uma justificativa para a descumprimento da garantia implícita do vendedor de que esta mercadoria seja passível de comercialização. Veja Nicholas, *Impracticability and Impossibility...*, op. cit. supra. §5.02 (“o advogado *common law* não vê garantias no sentido tradicional, ou seja, como promessa de execução, que poderia tornar-se impossível ou impraticável ou frustrada. Não é promessa de execução, mas uma garantia de um fato, cuja essência é de que a impossibilidade é irrelevante para sua existência.”).

¹⁰ Conforme verificado anteriormente, o entendimento de que o vendedor que entrega mercadorias desconformes às especificações contratuais não pode encontrar guarida no artigo 79, aparentemente deriva de inferências questionáveis do termo “impedimento”, no mínimo quando este termo é lido contrariamente à responsabilidade *warranty-based* prevista no contrato. Veja Honnold, op. cit. supra. §427; Nicholas, op. cit. supra, §5.02. No entanto, a obrigação do vendedor de entregar mercadorias não é considerada na CISG em termos de garantia, mas, sim, em termos de uma obrigação geral do vendedor de entregar mercadorias livres de defeitos, incluindo a obrigação de entregar mercadorias substitutas ou reparar as mercadorias originalmente entregues (artigos 46(2) e 46(3) da CISG). Portanto, um insuperável impedimento à entrega das mercadorias pode exonerar o vendedor. Veja Hans Stoll & Georg Gruber. In Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Artigo 79, pp. 812-13 (2ª ed. Oxford University Press. 2005) (doravante denominado “Schlechtriem & Schwenzer, *Commentary on the CISG*”) (questionando a inferência de que a escolha do termo “impedimento” significou um retorno à noção de obstáculo, que tinha sido descartada no artigo 74 da ULIS, como se esta escolha sugerisse que o vendedor não encontraria justificativa no artigo 79 da CISG para entrega de mercadorias desconformes com o contrato.

¹¹ No entanto, veja Denis Tallon. In Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 577-78, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>> (“... a falta do objeto contratado trás a problemática da validade do negócio jurídico, o que não é governado pela CISG (veja o artigo 4(a) ...”. Veja também ONU. Registros Oficiais do Secretariado da *UNCITRAL*. *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods* Nova Iorque. p. 406, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>>.

¹² Em um caso, um tribunal francês exonerou o vendedor de sua responsabilidade por perdas e danos decorrente da entrega de bens desconformes com o contrato e, em outro caso, um tribunal suíço considerou o vendedor exonerado de sua responsabilidade por perdas e danos decorrente de entrega tardia de mercadorias. Contudo, em, no mínimo, nove outros casos o *UNCITRAL Digest* aponta que pleitos de de exenoração de responsabilidade formulados por vendedores foram negados. Veja *UNCITRAL Digest* e casos citados nas notas 13 e 14, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-79.html>>.

¹³ OLG Zweibrücken, 31 de março de 1998, Caso *CLOUT* n° 272.

¹⁴ O *BGH* fez diversas citações as doutrinas conflitante a respeito da possibilidade de o vendedor, segundo o artigo 79 da CISG, poder exonerar-se de sua obrigação de entregar bens em conformidade com o contrato, considerando que o referido artigo dispõe que o impedimento deve ser capaz de exonerar a parte inadimplente de “qualquer de suas obrigações”.

¹⁵ O *BGH* devolve os autos à corte de apelação intermediária para que ela avaliasse a mitigação de danos e se o comprador alemão utilizou-se das mercadorias para outra finalidade diferente daquela contratada. Mais importante do que ter fixado a responsabilidade do vendedor diretamente nos termos do primeiro parágrafo do artigo 79, e não no cenário previsto no segundo parágrafo, da “dupla força maior”, a corte concluiu que a não conformidade se inseriu na esfera de influência do vendedor, portanto, ela poderia ter sido prevista e prevenida pelo vendedor.

¹⁶ *BGH*, 9 de janeiro de 2002, disponível traduzido ao inglês em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>>.

¹⁷ *Oberlandesgericht Hamburg*, Alemanha, 28 de fevereiro de 1997, CISG-online 261, disponível traduzido ao inglês em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>; *Hamburg Chamber of Commerce*, sentença parcial de 21 de março de 1996, disponível traduzido ao inglês em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>.

¹⁸ Câmara de Comércio Internacional, sentença n. 8128 de 1995, disponível traduzido ao inglês em: in <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>>.

¹⁹ Câmara de Comércio da Federação Russa, sentença n. 155 de 1994, Caso Clout n. 140, disponível traduzido ao inglês em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>>.

²⁰ Veja o Digesto preparado pela UNCITRAL sobre o artigo 79, principalmente o texto que acompanha a nota n. 56, bem como os casos citados nele.

²¹ Hans Stoll & Georg Gruber, in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer eds., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Artigo 79, pp. 819-22 (2ª ed., Oxford University Press, 2005).

²² Veja Denis Tallon, in *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (editado por M. Bianca and M.J. Bonell, Milan, 1987) p. 545, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>>.

²³ Os Registros Oficiais da UNCITRAL restringiram as condições nas quais o vendedor pode pleitear exoneração de responsabilidade, buscando evitar, dentre outras consequências, “*que a parte seja exonerada de sua responsabilidade ao ter escolhido um fornecedor não confiável...*”. Comentários à Minuta da Convenção sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias preparado pelo Secretariado da UNCITRAL. Registros Oficiais das Nações Unidas. Nova Iorque, 1981, §23, p. 379 (moção realizada pela Dinamarca) e §35, p. 380 (comentários de um delegado norueguês).

²⁴ 24. Veja A. Vischer, Provisões Comuns relativas às Obrigações do Vendedor e do Comprador, in *The 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods* 179 (Colóquio de Laussane, 19-20 de novembro de 1984). Caso o termo “fornecedor” fosse explicitamente incluído no parágrafo (2) do artigo 79, estaria eliminada a possibilidade de exoneração do vendedor em casos de desconformidade, porque os fornecedores e subfornecedores que fabricaram as mercadorias jamais conseguiriam se enquadrar nas hipóteses de exoneração. A rejeição da proposta de inclusão explícita do termo fornecedores no parágrafo (2) do artigo 79, contudo, não leva necessariamente à conclusão de que o eventual pedido do vendedor de exoneração de responsabilidade pela entrega de mercadorias desconformes ao contratado deva ser enquadrado nas hipóteses do parágrafo (1) do artigo 79.

²⁵ John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, p. 546 (Kluwer International, 2d ed., 1999)

²⁶ BGH 9 January 2002, disponível traduzido ao inglês em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>>.

²⁷ Veja Tallon, *Article 79*, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, §3.1 p. 592 (1987), disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>> Hans Stoll & Georg Gruber, in *Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the U.N. Convention*, *op. cit. supra*, *Article 79*, §39, p. 822-26. Veja também Honnold, *Uniform Law*, *op. cit. supra*, p. 434 (sugerindo que a adoção de uma “abordagem de direito comparado” acerca da noção de impedimento nos termos do artigo 79, levando em consideração os “modelos e tendências predominantes nas leis domésticas modernas”).

²⁸ Veja e.g., Denis Tallon in *Commentary on the International Sales Law Article 79* no §3.2 (1987) (“O juiz terá a tendência natural de utilizar conceitos similares de sua lei doméstica. Portanto, o juiz de um país socialista terá uma abordagem restritiva do conceito de força maior... Ao contrário, um advogado *common law* sentir-se-á inclinado a utilizar noções flexíveis de frustração e impossibilidade. No sistema romano-germânico, o juiz decidirá em termos de força maior...”). Veja, ainda, *M. J. Bonell, Force majeure e hardship nel diritto uniforme della vendita internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale* 590 (1990) (observando que “não se pode razoavelmente esperar” que parte obrigada impeça ou supere o impedimento ou suas consequências”, sendo possível, ao menos em princípio, alegar que a execução tornou-se tão onerosa que não seria razoável cumpri-la).

²⁹ Veja, e.g., Barry Nicholas, ao observar que a exoneração de responsabilidade em decorrência de *hardship* estaria “fora de contexto” no direito comercial. Relatório de Andamento do Grupo de Trabalhos em Compra e Venda de Mercadorias na sua Quinta Seção (A/CN.9/87, Anexo III, reimpresso no *UNCITRAL Yearbook* vol.1974 (1975) p. 66.

³⁰ Barry Nicholas, *Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. §5.02 p. 5-4 (*Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University*, ed. Nina M. Galston & Hans Smit, 1984), disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>>.

³¹ D. Tallon, Comentário ao artigo 79. In *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* 594 (*Giuffrè, Milan, 1987*), disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>>.

³² E. A. Farnsworth, *Perspective of Common Law Countries*, in *La vendita internazionale 19* (Congresso em S. Margherita Ligure, Set. 1980, Giuffrè, 1981).

³³ O artigo 79 foi elaborado em resposta às críticas ao artigo 74 da Lei Uniforme de Compra e Venda Internacional, no sentido de que “uma parte poderia ser facilmente exonerada de sua responsabilidade de cumprir o contrato”. No entanto, a crítica ao artigo 74 da ULIS foi insuficientemente clara e subjetiva levando à substituição do termo “impedimento” por “circunstâncias” para que as condições para exoneração fossem mais estrita e objetivamente identificadas. Merece nota que uma das razões pelas quais o Grupo de Trabalho da UNCITRAL adotou o termo “impedimento” no artigo 79 foi para excluir o cenário possível segundo o artigo 74 da ULIS, segundo o qual a parte obrigada poderia deixar de responder pelas suas obrigações quando a execução tornar-se inesperadamente difícil por razões alheias à sua vontade.

³⁴ Veja o debate em John Honnold. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales 185, 252 (1989)*. [doravante “*Honnold, Documentary History*”]

³⁵ Veja *Honnold, Documentary History*, p. 252.

³⁶ Veja *Honnold, Documentary History, op. cit. supra*, p. 350, lembrando que a proposta que visava à incorporação de um artigo que permitisse à parte “pleitear um adequado aditivo contrato ou sua rescisão” em vista de “dificuldades excessivas” foi expressamente rejeitada pelo Grupo de Trabalho da UNCITRAL.

³⁷ Relatório do Comitê Relacionado à Minuta da CISG (A/32/17, anexo I, §§. 458-460), reimpresso no *UNCITRAL YEARBOOK VIII:1977 (1978)*, 57. Veja, ainda, *John Honnold, Documentary History*, p. 350.

³⁸ Veja A/Conf.97/C.1/SR.27 p. 10. A proposta norueguesa levou à exclusão da palavra “somente” no artigo 79(3), de modo que, no caso de impedimentos temporários, a alteração de circunstâncias, que pode ser, inclusive, de natureza econômica, torne-se em impedimento definitivo permitindo a exoneração de responsabilidade.

³⁹ Não são acuradas as especulações sobre a intenção do grupo que elaborou o artigo 79, especialmente quando se verifica que as inferências partem de fragmentos nos *travaux préparatoires*. De fato, a rejeição de uma proposta cujo teor não aborda sequer a questão da abrangência do *hardship* na Convenção, não é base subsistente para construir um argumento vinculado à “intenção do legislador”.

⁴⁰ *LG Aachen, Germany, UNILEX, No. 43 0 136/92* (14 de maio de 1993) (o caso envolveu um vendedor alemão de próteses acústicas e um comprador italiano que se recusou a receber as mercadorias contratadas).

⁴¹ *Nuova Fucinati, S.p.A., v. Fondmetall International A.B., Tribunale di Monza*, Itália, 14 de janeiro de 1993, Clout nº 54, reproduzido em tradução à língua inglesa em *15 J.L. & Com. 153 (1995)*, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>>. Neste caso, o vendedor italiano (Nuova Fucinati) não entregou 1.000 toneladas de metal que uma compradora sueca, Fondmetall, contratou a sua aquisição. Em face de uma decisão incidental pleiteada pela Fondmetall, Nuova Fucinati alegou que a entrega de 1.000 toneladas de metal seria impossível devido a recusa da Fondmetall's a receber as mercadorias provenientes de outro carregamento de metal requerida no mesmo momento. A vendedora italiana também buscou resilir a sua obrigação ao argumento de que, anteriormente à entrega das 1.000 toneladas de metal, o preço dos metais no mercado internacional subiu de tal modo imprevisível e rápido que o equilíbrio fundamental da execução das obrigações foram significativamente alterada, ao ponto de justificar a rescisão do contrato de acordo com o artigo 1467 do Código Civil Italiano.

⁴² A discussão da corte italiana sobre a aplicação do artigo 79 a um “impedimento” que torne a execução da obrigação próxima de impossível é meramente formal, pois a corte decidiu que a CISG não seria aplicável. De acordo com a corte de Monza, a CISG não poderia se aplicar nos termos do artigo 1(1)(a), pois a CISG não entrou em vigor na Suécia no momento de celebração do contrato e não seria aplicável de acordo com o artigo 1(1)(b), pois, na opinião da corte, esta provisão se aplica somente no caso de ausência de escolha expressa das partes da lei aplicável. Para uma visão crítica desta abordagem sobre a aplicabilidade da CISG, veja Ferrari, *Uniform Law of International Sales: Issues of Applicability Under Private International Law*, *15 J. L. & Com.* 159, 161 (1995), disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferr1.html>>.

⁴³ De fato, não é fácil verificar se uma mudança de circunstâncias não poderia ser razoavelmente prevista. Não é tarefa fácil distinguir entre risco de perda que toda parte contratante implicitamente assume e a extraordinária desvantagem econômica que leve a um “limite de sacrifício” (porque há sim este limite), além do qual não se espera que a parte obrigada cumpra o contratado conforme entabulado. Para um discussão esclarecedora sobre um “verdadeiro problema de *hardship*” baseado em um cenário fático em que um acordo inesperadamente tornou-se um “pesadelo” para uma das partes e um “roubo” para a outra, veja Joseph Lookofsky, *Walking the Article 7(2) Tightrope Between CISG and Domestic Law*, 21 *Journal of Law and Commerce* 87 (2005).

⁴⁴ Veja J. Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA* (2ª ed. 2004) §2.6 e Joseph Lookofsky, *The Limits of Commercial Contract Freedom Under the UNIDROIT 'Restatement' and Danish Law*, 46 *Am. J. Comp. Law* 485, 496 (1998), também disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky6.html>>, em que o autor se refere à cláusula geral de *hardship* prevista no *Contracts Act* dinamarquês, para esclarecer que a referida cláusula autorizaria uma corte estatal a recusar a execução ou a modificação de “qualquer contrato ou termo sem razoabilidade, incluindo termos que percam sua razoabilidade após a celebração do contrato”. O Professor Lookofsky também se refere ao artigo 6.258(1) do Código Civil holandês como ilustrativo de uma provisão que aparenta se relacionar à validade do contrato (“mediante demanda de uma das partes, uma corte pode modificar os efeitos do contrato ou suspender a sua execução, total ou parcialmente, baseando-se em circunstâncias imprevisíveis de tal natureza que a outra parte, de acordo com os paradigmas de justiça e razoabilidade, não pudesse esperar que o contrato fosse mantido da forma como foi celebrado. À modificação ou suspensão de execução do contrato pode ser dado efeito retroativo.”).

⁴⁵ Veja, e.g., Tom Southerington, *Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade*, Publicação da Faculdade de Direito da Universidade de Turku, *Private law publication series B:55*, disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>>. Southerington se refere à Seção 36(1) do *Contracts Act* finlandês, que, segundo o autor, se trata de regra de validade similar a um defeito no negócio jurídico.

⁴⁶ Uma decisão judicial de 1993 muito criticada proferida pelo *Tribunale Civile di Monza* estabeleceu ser (desnecessário para o propósito da decisão judicial) o exame da natureza jurídica do *hardship* de acordo com a legislação italiana e seu relacionamento com a CISG. O tribunal italiano afirmou que “... *hardship* não é uma matéria excluída expressamente nos termos do artigo 4 da CISG. A rescisão do contrato por onerosidade excessiva superveniente não afeta a validade do contrato ou a propriedade das mercadorias...”). Tribunal Civil de Monza, 14 de janeiro de 1993, caso CLOUT n. 54, disponível traduzido ao inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>>.

⁴⁷ Uma sugestão de Peter Schlechtriem nesse sentido pode ser encontrada na transcrição de um workshop sobre a Convenção, publicada em 18 *Journal of Law and Commerce* pp. 191-258, 236-237 (1999), disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop-79.html>>.