

**AS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO DISGORGEMENT NA CONVENÇÃO DAS  
NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA  
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS<sup>1</sup>**

Victória Albertão Duarte<sup>2</sup>

**RESUMO**

A presente monografia objetiva a análise da abrangência do conceito da reparação integral previsto no Artigo 74 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Em específico, será analisada a possibilidade de aplicação do *disgorgement*, instituto originado da *common law*, para embasar o cálculo do *quantum indenizatório* devido ao promissário no lucro que o promitente auferiu ao incorrer na quebra do contrato. Diante dessa situação, analisa-se a possibilidade de aplicação de instituto tipicamente originado da *common law* à CISG e quais seriam os princípios da CISG e da UNIDROIT que embasariam tal aplicação. Ainda, é abordado se, em sendo aplicável à CISG, o *disgorgement* estaria dentro dos limites da abrangência do princípio da reparação integral previsto no Artigo 74 da Convenção.

**Palavras-chave:** Direito Contratual Internacional; Direito Comercial Internacional, Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias; Disgorgement.

---

<sup>1</sup> Artigo extraído do Trabalho de Conclusão apresentado como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora, composta pelos professores André Fernandes Estevez (orientador), Gabriela Wallau Rodrigues e Laís Machado Lucas em 27 de junho de 2016.

<sup>2</sup> Acadêmica de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Email: victoria.albertao@acad.pucrs.br.

**SUMÁRIO: Introdução. 1. A Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias.** 1.1 Considerações Gerais sobre a Convenção; 1.2 Princípios Gerais da Convenção e da UNIDROIT; 1.3 Das Perdas e Danos no Artigo 74 da Convenção. **2. O Disgorgement na Convenção.** 2.1 Conceituação e Objetivo da Aplicação do Disgorgement na Common Law; 2.2 A Compatibilidade com as Perdas e Danos do Artigo 74 da Convenção. **Considerações Finais. Referências Bibliográficas.**

## INTRODUÇÃO

A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias<sup>3</sup> foi promulgada em 1980<sup>4</sup> propondo a instauração de uma nova ordem econômica internacional por meio do desenvolvimento do comércio internacional baseado na igualdade e em vantagens mútuas nas relações entre os Estados. Nesse cenário, estimou-se à época que a adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, contemplando os diversos sistemas sociais, econômicos e jurídicos contribuiria para eliminar obstáculos jurídicos às trocas, promovendo o desenvolvimento da compra e venda internacional.<sup>5</sup>

No intuito de assegurar a realização dos objetivos do preâmbulo, são previstos princípios gerais de interpretação da Convenção no artigo (7) da CISG.<sup>6</sup> Dessa forma, é fundamental que a análise da CISG seja pautada em três princípios basilares, que são eles: (i) o caráter internacional da convenção; (ii) o objetivo de promoção da uniformidade e (iii) a “boa-fé” no comércio internacional.<sup>7</sup>

A CISG possui disposições que são previstas de forma mais ampla e generalizada diante da necessidade de uniformização da Convenção, de forma a respeitar as diferenças entre

---

<sup>3</sup> *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (“CISG”, na sigla em inglês). Ao longo da presente monografia, o texto será referido como “CISG” ou “Convenção”.

<sup>4</sup> Cumpre esclarecer que a Convenção foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro em 2014, por meio do Decreto Nº 8.327, conforme a referência completa: BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.html)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

<sup>5</sup> Tais disposições estão previstas no Preâmbulo da Convenção.

<sup>6</sup> Artigo (7) - (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

<sup>7</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.. p. 250.

os ordenamentos jurídicos dos diversos países signatários. Dessa forma, para a interpretação dos dispositivos e a colmatação de eventuais lacunas do texto da Convenção, uma das ferramentas utilizadas para evitar as dificuldades decorrentes dos conceitos abertos ou eventuais lacunas são os princípios da UNIDROIT<sup>8</sup>, de indispensável análise para a presente monografia, principalmente quanto às exigências de boa-fé, lealdade negocial e razoabilidade nas relações comerciais.<sup>9</sup>

Diante da quebra do contrato, cabe à parte prejudicada pleitear pelas perdas e danos decorrentes da violação, com base no Artigo 74 da Convenção<sup>10</sup>. Assim sendo, resta claro que o dispositivo possui como premissa fundamental o princípio da reparação integral, que deve ser interpretado de forma liberal<sup>11</sup>, abrangendo não apenas os interesses diretamente ligados à expectativa do promissário, mas também os interesses indenizatórios, ou seja, não sofrer danos em outros interesses em consequência da inexecução.<sup>12</sup>

Contudo, questiona-se em que medida a indenização delimitada pelas perdas sofridas pela parte lesada diante do inadimplemento do promitente vendedor seria suficiente para assegurar a reparação integral. Exemplifica essa fragilidade a suposição de que um vendedor venda as mercadorias pela segunda vez e realize um lucro maior do que seria auferido no primeiro contrato: delimitar o prejuízo que o comprador realmente sofreu com base apenas nos lucros que este deixou de auferir com a revenda dos bens seria a forma mais adequada de assegurar o princípio da reparação integral previsto no Artigo 74 da Convenção? Em caso negativo, a melhor solução seria basear o *quantum* indenizatório devido com base nos lucros auferidos pelo vendedor na segunda venda, realizada em quebra do contrato?

---

<sup>8</sup> *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT, conforme passa a ser denominado na presente monografia). Trata-se de instituto criado em 1926 com o objetivo de estudos das necessidades e dos métodos de modernização, harmonização e coordenação do direito comercial internacional no intuito de organizar regras e princípios que possam ser aplicados internacionalmente, o qual será abordado mais detalhadamente ao longo da monografia. UNIDROIT. History and Overview, 2015. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>>. Acesso em: 09 maio 2016.

<sup>9</sup> BITTAR NEVES, Flávia; RADAEL, Gisely Moura. Interpretação dos Contratos Comerciais Internacionais: um estudo comparado. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão. (Coord.) **Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro** – São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.240.

<sup>10</sup> Artigo 74 - As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

<sup>11</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1107.

<sup>12</sup> *Ibid.* p. 1107.

Nesse ponto torna-se indispensável a análise do instituto do *disgorgement*, de origem na tradição da *common law*, que previne o enriquecimento ilícito ao recapturar os ganhos auferidos pelo réu em uma transação.<sup>13</sup> Ainda, reconhecendo-se que o *disgorgement* seria a maneira mais adequada para calcular o valor a ser indenizado pela parte prejudicada com a quebra do contrato, resta verificar se a aplicação do instituto seria possível com base nas regras gerais de interpretação da Convenção e com as disposições do Artigo 74, que trata das perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.

## 1 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

### 1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A CONVENÇÃO

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de 1980 foi promulgada visando fomentar as práticas comerciais internacionais. Esse objetivo seria concretizado por meio de uma legislação que assegurasse às partes contratantes a certeza do direito ao qual seriam submetidas diante da quebra contratual, afastando as inseguranças sobre o direito aplicável e também a simples aplicação do direito doméstico. Conforme Huber e Mullis, trata-se de uma das histórias de sucesso no ramo da unificação internacional do direito privado.<sup>14</sup>

Atualmente, a Convenção possui 84 países signatários, incluindo dentre eles algumas das maiores potências econômicas mundiais, tais como Estados Unidos, Alemanha, China e Suíça, dentre outros. O Brasil firmou a Convenção 1980, em Viena; entretanto, o texto legislativo apenas foi internalizado por meio do Decreto nº 8.327 de 16 de outubro de 2014, passando a vigor com força de lei interna a partir de 1º de abril de 2014.<sup>15 16</sup>

---

<sup>13</sup> ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian p. *Disgorgement as a Viable Theory of Restitution Damages. Commercial Damages Reporter*, 2014. Disponível em: <[http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel\\_oneill\\_\\_commercial\\_damages\\_reporter\\_jan\\_2014\\_lead\\_article.pdf](http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill__commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>14</sup> HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Munique : Sellier European Law Publishers, 2007. p.1.

<sup>15</sup> UNCITRAL. *Status United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)*, 2016. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.html)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

No intuito de propor diretrizes gerais para fomentar a compra e venda internacional respeitando as diferenças entre os países de tradição de *common law* e os de *civil law*, a Convenção possui conceitos abertos, atendendo à necessidade de criar uma legislação que seja aplicável aos diversos ordenamentos jurídicos, que devem ser aplicadas conforme os princípios previstos pelos Artigos 7º e 8º, que asseguram a boa-fé, a uniformidade e o caráter internacional nas negociações internacionais. Ademais, considerando que as disposições da Convenção são propostas de forma abstrata, o Artigo 7 prevê que a interpretação decorrente dos princípios abertos nela previstos poderão ser resolvidas pelos princípios gerais ou pela lei aplicável conforme as leis de direito internacional privado.

Dessa forma, resta claro o sucesso da Convenção no que se refere ao reconhecimento e recepção do texto legislativo e a necessidade de aplicação de forma a satisfazer os diversos ordenamentos jurídicos dos países signatários. Assim sendo, é imprescindível que a Convenção seja interpretada de forma autônoma, o que é assegurado pelos princípios gerais de interpretação da Convenção previstos no Artigo 7(1)<sup>17</sup>: o caráter internacional, a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação e a observância da boa-fé no comércio internacional, os quais serão abordados com maior ênfase no tópico a seguir.

## 1.2 PRINCÍPIOS GERAIS DA CONVENÇÃO E DA UNIDROIT

À época das negociações do texto legislativo, a UNCITRAL<sup>18</sup> manteve alguns pontos fora do escopo da CISG como forma de assegurar uma legislação uniforme, mesmo com as diferenças entre as tradições e as estruturas sociais e econômicas dos países que participaram das negociações<sup>19</sup>. Dessa forma, a análise dos princípios gerais de interpretação da Convenção previstos em seu próprio texto ou resultado dos estudos da UNIDROIT é fundamental para a verificação da compatibilidade com o instituto do *disgorgement*. Nesse sentido, merece destaque a referência de Good e McKendrick, que pontuam que a Convenção se tornou um ponto de referência para os instrumentos de direito comercial internacional subsequentes – dentre eles, os Princípios UNIDROIT.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Artigo (7)(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

<sup>18</sup> United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL, na sigla em inglês.

<sup>19</sup> BONELL, Michael Joachim. The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments. **International Law Review of Wuhan University**. 2008-2009, p. 101. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell1.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2015.

<sup>20</sup> GOOD, Roy; MCKENDRICK, Ewan. *Goode on Commercial Law*. 4. ed. Finlândia: Penguin Books. p.1017.

Dentre os princípios previstos no próprio texto da Convenção, iniciaremos pelo estudo dos princípios gerais de interpretação previstos pelo Artigo 7(1) da Convenção, que são: o caráter internacional, a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação e a observância da boa-fé no comércio internacional.

Conforme Schlechtriem e Schwenger, o caráter internacional das regras deve ser considerado independentemente do método de interpretação que será utilizado. Lecionam os autores que:

Ele [*o caráter internacional*] traz consigo o princípio da interpretação autônoma, ou seja, o significado dos termos usados pela Convenção deve ser determinado independentemente de qualquer concepção prévia de direito interno.<sup>21</sup>

Dessa forma, deve ser considerado que a Convenção é resultado das negociações entre diversos países de diferentes tradições jurídicas, que fizeram concessões no intuito de permitir uma legislação que fosse comumente aceita pelos diversos países signatários, respeitando os interesses específicos mínimos de cada um deles.<sup>22</sup> Assim sendo, deve ser observada a autonomia da Convenção para a interpretação de seus objetivos e conceitos, não sendo possível simplesmente recorrer às regras próprias de direito doméstico para a resolução de problemas da Convenção. Portanto, observa-se a tendência de criação de um direito transnacional privado, que superaria as características próprias e peculiaridades do ordenamento jurídico de cada país signatário. Nesse sentido, a aplicação da Convenção enquanto legislação buscando a uniformidade das práticas comerciais internacionais funcionaria como uma forma de direito transnacional privado, sendo uma solução tanto para árbitros ao analisar conflitos no comércio internacional de mercadorias quanto para as partes envolvidas na negociação, que teriam maior segurança jurídica acerca do direito aplicável. Nesse caso, a existência de uma legislação transnacional como a Convenção asseguraria ao árbitro a possibilidade de julgar a controvérsia entre as partes com normas específicas para a resolução de conflitos de compra e venda internacional de mercadorias, as quais consideram o caráter internacional das negociações, afastando a aplicação pura do direito doméstico e problemas relativos à lei aplicável.<sup>23</sup>

No contexto da aplicação da Convenção como forma de proporcionar segurança jurídica às partes quanto ao direito aplicável, importante tecer algumas considerações acerca da

---

<sup>21</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 250-251

<sup>22</sup> Ibid. p. 251

<sup>23</sup> MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras Imperativas de Arbitragem e Mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, v. 19, 2008. p. 31-49.

análise econômica do direito. Partindo da premissa de que o mercado não funciona perfeitamente, pois possui problemas estruturais e assimetria de informação, existem custos de transação os quais exigem que as partes aloquem os seus recursos de forma eficiente. Em se tratando dos custos de transação no comércio internacional, estes são ainda mais altos, pois envolvem maior incerteza em relação aos mercados em razão de diferenças legais e culturais. Nesse contexto, a aplicação da Convenção oferece segurança e previsibilidade acerca do direito aplicável, reduzindo os custos de transação<sup>24</sup>.

Quanto ao segundo princípio proposto pelo artigo 7(1) da Convenção, qual seja, a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, este visa uma interpretação comum da Convenção nas diversas cortes nacionais e tribunais arbitrais. A principal forma de concretizar a realização desse objetivo é a disponibilização das sentenças das cortes dos países signatários e das sentenças arbitrais para outras cortes e outros tribunais.<sup>25</sup>

A principal forma de disponibilização das decisões atualmente são os bancos de dados online, como por exemplo o sistema de informação estabelecido pela Secretaria da Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional, denominado “CLOUT” (*Case Law on Uncitral Texts*, ou “jurisprudência sobre os textos da UNCITRAL”)<sup>26</sup>. Também dentre os bancos de dados consta o “*Uncitral’s Digest on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, que reúne casos selecionados da CISG organizados por artigo, mas se abstém de comentários críticos.<sup>27</sup>

Ainda, no que se refere à uniformidade da aplicação da Convenção, é fundamental o papel desempenhado pelo Conselho Consultivo, presidido pela professora Ingeborn Schwenzer e composto por renomados especialistas da área, como por exemplo os professores Michael Joachim Bonell e John Gotanda, examinando as principais controvérsias sobre a Convenção por meio de pareceres (“*opinions*”).<sup>28 29</sup>

---

<sup>24</sup> ALMALEH, Carolina Hess; SÁ, Sabrina Raabe de; TIMM, Luciano Benetti. CISG and Latin America – A Key for Reducing Transaction Costs. In: PEREIRA, Cesar; SCHWENZER, Ingeborn; TRIPODI, Leandro. (Org.) **International Commerce and Arbitration. CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. v. 21. Holanda : Eleven International Publishing, 2016. p. 33-35.

<sup>25</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 252

<sup>26</sup> Ibid. p. 252-253.

<sup>27</sup> Ibid. p. 253.

<sup>28</sup> Ibid. p. 145

<sup>29</sup> Maiores informações sobre o Conselho Consultivo da CISG estão disponíveis pelo site oficial: <<http://www.cisgac.com/index.php>>.

O último princípio de interpretação previsto pelo artigo 7(1) da Convenção é a interpretação conforme a boa-fé – tópico que gera intensas discussões dentre os estudiosos da Convenção. Schlechtriem e Schwenger apontam, dentre outros questionamentos, se a previsão se aplica apenas a interpretação da CISG ou se estabelecerá deveres para a relação contratual entre as partes?<sup>30</sup>

Existe certa discordância entre os autores acerca da abrangência da previsão de boa-fé como regra de interpretação da Convenção. Por um lado, autores como Schlechtriem e Schwenger sustentam que se trata apenas de uma regra de interpretação, não impondo qualquer dever de conduta entre as partes. Um dos argumentos que levam a essa posição é o de que a boa-fé orientando diretamente um dever de conduta na relação contratual entre as partes é especificamente estabelecido pelos Princípios dos Contratos Internacionais da UNIDROIT, não podendo ser imposto com base na previsão do Artigo 7(1) da Convenção.<sup>31</sup>

Contudo, cumpre destacar que existe posicionamento divergente da doutrina acerca da abrangência deste dispositivo e que, conforme a análise da boa-fé realizada por alguns autores, sua aplicação mesmo que apenas como regra de interpretação na prática seria mais abrangente, embasando também a avaliação da intenção da parte quando firmou o contrato ou o descumpriu, por exemplo. Na presente monografia, adota-se o conceito da boa-fé como regra de conduta, seja em decorrência da impossibilidade de sua utilização apenas como regra de interpretação, seja pela aplicação dos Princípios UNIDROIT, que serão abordados mais detalhadamente a seguir<sup>32 33</sup>.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior sustenta que a previsão da boa-fé como regra de interpretação da Convenção também estabelece um dever de conduta entre as partes. O autor sustenta esta posição pois entende que o princípio da boa-fé sempre cria um dever de conduta entre as partes, mesmo se utilizado de forma instrumental para a interpretação. Isso porque para

---

<sup>30</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Vera Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 256.

<sup>31</sup> Ibid. p. 256.

<sup>32</sup> No segundo capítulo será abordada a possibilidade de aplicação do *disgorgement* como forma de incentivar condutas de acordo com os objetivos da Convenção, como por exemplo a proteção às expectativas dos contratantes, o que representaria um incentivo para que as partes adotem condutas em conformidade com a boa-fé.

<sup>33</sup> Comparativamente, apenas a título de esclarecimento, cumpre fixar um comparativo com a previsão do direito brasileiro acerca da boa-fé. Diferentemente do estabelecido na CISG, conforme leciona Miguel Reale, a boa-fé no Direito Brasileiro possui dupla faceta: uma objetiva e uma subjetiva. O aspecto objetivo trata de um modelo objetivo de conduta que estabelece o dever de lealdade, impondo diretrizes ao agir do sujeito, ao passo que o critério subjetivo se relaciona com a intenção da vontade da pessoa de agir em consonância com o ordenamento jurídico. REALE, Miguel. A Boa-Fé no Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, Brasil, Revista dos Tribunais. v. 4. p. 175-177, dez. 2010.



analisar a conduta da parte, seria indispensável a sua conexão com um dever de conduta previamente estabelecido<sup>34</sup>. Sintetiza Ruy Rosado de Aguiar Júnior que:

Portanto, a boa-fé poderia funcionar apenas como uma regra de conduta, pois toda interpretação relacionada com o princípio da boa-fé seria sempre realizada conforme o entendimento que o intérprete possui deste princípio.<sup>35</sup>

Considerando que a consonância da conduta da parte com a boa-fé deve ser analisada caso a caso, Luiz Olavo Baptista aponta algumas diretrizes, dentre elas, a ausência de malícia ou intuito lesivo, a obediência à letra e ao espírito do contratado, a inexistência de conduta diversa, a razoabilidade e as especificidades da situação.<sup>36</sup>

Portanto, considerando a divergência existente na doutrina acerca desta interpretação, a forma mais adequada para orientar a análise e a aplicação desse princípio seria a observância às próprias regras de interpretação previstas pela Convenção. Considerando que a previsão do Artigo 7(2)<sup>37 38</sup> aponta para que os esforços de interpretação relativos à CISG sejam resolvidos essencialmente com base nos princípios gerais que a inspiram - ou seja, em seu próprio texto - resta claro que diante de lacunas fica em termos gerais excluída a simples e pura aplicação do direito interno no que se refere à boa-fé.<sup>39</sup>

No contexto da interpretação uniforme e levando em consideração o caráter internacional e a necessidade de uniformização da Convenção, de fundamental importância o estudo dos princípios do *International Institute for the Unification of Private Law*, criado em 1926 como órgão auxiliar da Liga das Nações com o objetivo de estudo das necessidades e dos métodos de modernização, harmonização e coordenação do direito comercial internacional no intuito de

---

<sup>34</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspects of the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods In: PEREIRA, Cesar; SCHWENZER, Ingeborn; TRIPOLI, Leandro. (Org.) **International Commerce and Arbitration. CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. v. 21. Holanda : Eleven International Publishing, 2016. p. 75-76.

<sup>35</sup> Tradução livre de: "Hence, good faith can only function as rule of conduct, because any interpretation relying upon the good faith principle will always be made in accordance with the understanding of this principle held by the interpreter himself." Ibid. p. 75-76.

<sup>36</sup> Ibid. p. 817-842.

<sup>37</sup> Artigo 7(2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

<sup>38</sup> Cumpre destacar que na presente monografia não será analisada a segunda possibilidade prevista pelo Artigo 7(2), que trata da resolução de matérias reguladas pela Convenção por meio da lei aplicável segundo o direito internacional privado. O foco da pesquisa trata da aplicação do *disgorgement* com base na própria Convenção, não sendo o caso da aplicação subsidiária do direito doméstico de país contratante que reconheça o instituto.

<sup>39</sup> O método de interpretação e análise da compatibilidade de questões pertinentes aos *damages* que não foram explicitamente resolvidas pela Convenção por meio da previsão do Artigo 7 para o preenchimento de lacunas e pela comparação das previsões dos Princípios UNIDROIT foi adotado por Eiselen ao verificar a possibilidade de assegurar indenizações por danos futuros, pela perda de uma chance ou oportunidade ou em razão da conduta contributiva para o dano da parte lesada. EISELEN, Sieg. Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis, 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen5.html#vi>>. Acesso em 28 maio 2016.

organizar regras e princípios que possam ser aplicados internacionalmente.<sup>40</sup> Trata-se, portanto, de uma possível forma auxiliar para a interpretação das lacunas decorrentes do texto da Convenção. Dessa forma, conforme lecionam Schlechtriem e Schwenger<sup>41</sup>, apesar de serem uma boa orientação para a interpretação da Convenção, projetos de lei uniforme como os Princípios UNIDROIT devem ser aplicados com cautela. Dentre os princípios da UNIDROIT, a pesquisa tem mais especificamente como foco a boa-fé, que embora prevista pela CISG, é tratada apenas como princípio geral para a interpretação do texto da Convenção, não impondo qualquer dever de agir conforme a boa-fé entre as partes. Também será brevemente abordado o princípio do caráter vinculante do contrato, pois auxiliará na análise da possibilidade de aplicação do *disgorgement* nos capítulos seguintes.

Sobre a previsão acerca da boa-fé, segue o teor do artigo:

Artigo 1.7

(Boa-fé e *fair dealing*)

- (1) As partes devem agir de acordo com a boa-fé e *fair dealing* no comércio internacional.
- (2) As partes não podem excluir ou limitar este dever.<sup>42</sup>

Acerca desta previsão, é importante a visão comparativa com a previsão do Artigo 7(1) da Convenção, que estabelece a boa-fé como uma regra geral de interpretação – mais especificamente, o dispositivo do texto da CISG não traz qualquer dever de conduta com relação ao agir durante as negociações consoante a boa-fé. De outra forma, a UNIDROIT prevê uma interpretação extensiva do dispositivo da Convenção, abrangendo a boa-fé também como um claro dever de conduta nas relações comerciais, o qual não poderá ser excluído ou limitado pelas partes. Nesse sentido, observa-se que, em alguns casos, seriam compatíveis, em uma primeira visão, a ideia da aplicação do *disgorgement* como um desincentivo a condutas que devem ser reprimidas pois em desacordo com a conduta de boa-fé exigida pelos Princípios UNIDROIT nos casos em que estes forem aplicáveis.

---

<sup>40</sup> UNIDROIT. About UNIDROIT. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>>. Acesso em: 09 maio 2016.

<sup>41</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 267-268.

<sup>42</sup> Tradução livre de: “Article 1.7 (Good Faith and Fair Dealing): (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not limit or exclude this duty.” UNIDROIT. UNIDROIT Principles, 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 10 maio 2016.

Ainda, também importante para o desenvolvimento da presente análise é o Artigo 1.3 dos Princípios UNIDROIT, que trata do caráter vinculante dos contratos. Segue o teor do dispositivo:

Artigo 1.3

(Caráter vinculante do contrato)

O contrato válido é vinculante entre as partes. Apenas poderá ser modificado ou terminado de acordo com os seus termos ou com a concordância das partes, exceto se previsto de outra forma nestes Princípios.

O artigo referido trata de um princípio básico do direito contratual, que é o *pacta sunt servanda*. Dessa forma, diante de um contrato válido, este apenas poderá ser modificado ou terminado conforme seus próprios termos no que se refere a estes pontos ou em razão da concordância das partes neste sentido. Entretanto, o dispositivo ressalva os casos em que expressamente previsto de outra forma nos Princípios UNIDROIT. Exemplifica a previsão em sentido diferente, não sendo mantido o caráter vinculante do contrato a situação do Artigo 5.1.8 acerca dos contratos por prazo indeterminado, que poderão ser terminados por qualquer uma das partes desde que notificando com antecedência razoável.<sup>43</sup>

Dessa forma, superadas as considerações iniciais acerca do histórico da Convenção e de seus princípios gerais de interpretação, além da importância e do papel desempenhado pela UNIDROIT, passemos à análise da previsão específica da Convenção acerca das perdas e danos do Artigo 74.

### 1.3 DAS PERDAS E DANOS NO ARTIGO 74 DA CONVENÇÃO

Diante da quebra, o Artigo 74 da Convenção prevê que as perdas e danos sofridos por uma das partes serão equivalentes ao prejuízo sofrido em razão do descumprimento pela outra parte. Ainda, o dispositivo preconiza que esta indenização não poderá exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto quando da conclusão do contrato, considerando os fatos já conhecidos ou previsíveis acerca do inadimplemento contratual.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Artigo 5.1.8 (Contrato por prazo indeterminado): O contrato por prazo indeterminado poderá ser terminado por qualquer uma das partes desde que notificando com antecedência razoável. Tradução livre de: “Article 5.1.8 (Contract for an indefinite period): A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice a reasonable time in advance.” UNIDROIT. UNIDROIT Principles, 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 10 maio 2016.

<sup>44</sup> Artigo 74 - As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

Em uma primeira análise, o conceito de “prejuízo sofrido” não fornece embasamento suficiente para uma delimitação precisa sobre qual seria a abrangência do dispositivo ou sobre o método de cálculo a ser aplicado no caso da quebra do contrato. Dessa forma, consoante os itens abordados anteriormente, este dispositivo deverá ser analisado conforme os princípios gerais de interpretação da Convenção e à luz dos princípios UNIDROIT.<sup>45</sup> Dessa forma, o Artigo 74, que trata das perdas e danos ocasionados pela quebra contratual deverão ser interpretados de acordo com as diretrizes referidas, que abrangem tanto as disposições gerais da própria Convenção quanto os Princípios da UNIDROIT.

Nessa situação, a análise literal do dispositivo da Convenção levaria ao entendimento de que seria indenizável apenas o lucro que o comprador deixou de auferir diante da quebra do contrato de uma mercadoria que iria revender. Contudo, considerando que o vendedor descumpriu o contrato por mera liberalidade e simplesmente optou por vender o produto a outro comerciante que oferecera um valor maior pela mercadoria, torna-se questionável se a indenização nesses moldes seria eficaz para assegurar a reparação integral e proteger o cumprimento contratual, prevenindo quebras contratuais nestes moldes.

No sentido da busca pela interpretação uniforme, recorrer-se-á ao Conselho Consultivo da CISG, que trata especificamente dos danos no Parecer nº 06. Acerca do Artigo 74 da Convenção, a partir da análise do referido parecer depreende-se que a ideia do dispositivo é que a Corte ou o Tribunal arbitral que analisar o caso tenha a autoridade para determinar o dano sofrido pela parte lesada em razão da quebra contratual. Merece destaque a ideia de que o propósito do dispositivo seria o de que a parte lesada ocupe a mesma posição econômica na qual estaria caso a quebra não houvesse ocorrido, prevendo a compensação por todas as desvantagens sofridas<sup>46</sup>. Ainda, acerca do princípio da reparação integral, o Conselho Consultivo da CISG pontua no Parecer nº 06 que este é reconhecido em diversos ordenamentos jurídicos domésticos, além de ter sido incluído nos Princípios UNIDROIT e nos princípios de Direito Contratual Europeu (PECL, na sigla em inglês).

Superada a análise do Parecer nº 06 do Conselho Consultivo da CISG, cumpre verificar o posicionamento da doutrina sobre o tópico. De forma geral, a própria redação do Artigo 74 já

---

<sup>45</sup> Para fins de permitir a discussão abrangendo os Princípios UNIDROIT, na presente monografia assumir-se-á que estamos diante de uma das hipóteses de aplicação dos Princípios anteriormente descritas.

<sup>46</sup> A única limitação prevista para a indenização seria decorrente da previsibilidade e do dever de mitigação dos próprios danos. A baliza da limitação em razão da previsibilidade é também estabelecida pelo Artigo 74, em sua segunda parte, ao referir que a indenização não pode ser superior a perda que a parte em quebra tinha ou devesse ter previsto quando da conclusão do contrato, considerando os fatos que conhecia ou deveria conhecer como possível consequência do descumprimento contratual. Por outro lado, a baliza da mitigação dos próprios danos está prevista no Artigo 77 da Convenção.

aponta para uma interpretação mais abrangente do dispositivo de forma a assegurar a reparação integral, uma vez que menciona as perdas que a parte teve em razão do inadimplemento contratual, incluindo os lucros cessantes.

A interpretação mais literal do dispositivo levaria ao entendimento de que a indenização deverá ser equivalente ao dano – ou seja, não poderá ser maior e nem mesmo menor do que as perdas sofridas. Nesse sentido, percebe-se que o *disgorgement* poderia levar a indenizações que não compensassem exatamente na mesma medida, conduzindo o intérprete, *a priori*, à não aplicação do dispositivo. Entretanto, esta análise deverá ser realizada com base no caso concreto: o fato de a indenização ser maior do que o dano não necessariamente demonstra caráter punitivo ou a incompatibilidade do instituto com o dispositivo, mas poderia indicar a harmonia entre a Convenção e a demonstração da segurança jurídica por ela oferecida, uma vez que funcionaria como um desincentivo ao inadimplemento eficaz e asseguraria a reparação integral da parte lesada pelo promitente vendedor que optou por auferir maiores lucros. De outra sorte, um valor menor em um dado caso concreto também pode não significar necessariamente um prejuízo à parte lesada – suponha-se que seria a aplicação do *disgorgement* a única forma de calcular o valor devido em razão da quebra ou, ainda, que o cálculo baseado nas próprias perdas da parte fosse extremamente oneroso a ponto de tornar-se não vantajosa a busca pelo ressarcimento em razão dos valores de custas legais envolvidos<sup>47</sup>.

Entretanto, mesmo considerando o caráter inclusivo do dispositivo, cumpre verificar que nem todas as possibilidades de indenização são balizadas apenas pela previsibilidade e pela obrigação da mitigação dos danos. Exemplifica essa situação a discussão que existe em torno da possibilidade de indenizações pela perda de uma chance<sup>48</sup> – a qual inclusive poderia ser relacionada com o *disgorgement*.

Nesse sentido, acerca das indenizações com base no Artigo 74, sustentam Schlechtriem e Schwenger:

---

<sup>47</sup> Acerca da situação em que não fosse economicamente válido que a parte buscasse a indenização dos prejuízos sofridos em razão dos altos custos para estimar o montante que lhe é devido, cumpre esclarecer que a regra geral da Convenção acerca das custas legais é a de que cada parte deverá arcar com as suas próprias despesas – independentemente do sucesso na sua demanda.

<sup>48</sup> Conforme pontua Saidov, o instituto da indenização pela perda de uma chance é admitido por alguns ordenamentos jurídicos no intuito de compensar a parte pela perda de uma oportunidade de auferir lucros que teria existido caso não houvesse ocorrido a quebra do contrato. Entretanto, a avaliação da perda de uma chance possui vários elementos a serem analisados, principalmente quanto ao valor que será estimado para a indenização. Observa-se que a indenização pela perda de uma chance representa a possibilidade de assegurar a indenização à parte lesada em alguns casos nos quais não seria justo que a outra parte arcasse com as despesas de ser responsabilizada integralmente pelo dano ocorrido – teríamos, portanto, um mecanismo para lidar com a incerteza das indenizações pelos *damages*. SAIDOV, Djakhongir. *The Law of Damages in the International Sale of Goods: The CISG and another international instruments*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing. 2008. P. 70-75.

Como ocorre em sistemas domésticos, o pedido indenizatório é primariamente direcionado à reparação integral. Além disso, hoje há uma ênfase crescente no papel preventivo dos danos. Isso é acompanhado por uma mudança de foco relativa às indenizações contratuais – dos benefícios econômicos puramente matemáticos à proteção do interesse do promissário na execução, como estabelecido no contrato (“*performance principle*”).<sup>49</sup>

Dessa forma, percebe-se que a interpretação do Artigo 74 também deve ser pautada em seu papel preventivo e no objetivo de assegurar que a Convenção proteja a performance do contrato da forma que fora estabelecida entre as partes, proporcionando segurança jurídica e a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*.

Também cumpre pontuar que por vezes compensar apenas os danos consequentes da quebra do contrato não asseguraria a reparação integral que é prevista pelo dispositivo. Dessa forma, por vezes também caberá a reparação dos danos incidentais, quais sejam, aqueles danos que surgem como consequências indiretas da quebra do contrato, como por exemplo os lucros que a parte deixou de auferir e os danos físicos à propriedade do comprador. Entretanto, conforme já abordado, para que seja indenizado o lucro que o comprador deixou de auferir, deverão estar presentes os requisitos de previsibilidade e mitigação dos danos, previstos na segunda parte do Artigo 74.<sup>50</sup>

Ainda, existem disposições dos Princípios UNIDROIT que podem orientar a uma interpretação e tratamento mais adequados dos danos na Convenção:

Artigo 7.4.1

(Direito à Indenização)

Qualquer não-performance dá à parte lesada o direito à indenização exclusivamente ou em conjunto com outros *remedies*, exceto diante das excludentes de não-performance destes Princípios.<sup>51</sup>

Acerca desta previsão, pontua a UNIDROIT acerca da regra geral do direito à indenização, com exceção dos casos das excludentes de responsabilidade pela não-performance, como por exemplo no caso de força maior. Interessante destacar que o direito à

---

<sup>49</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1108.

<sup>50</sup> LOOKOFSKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Article 74: Damages for Breach, 2000. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo74.html>>. Acesso em: 28 maio 2016.

<sup>51</sup> Tradução livre de: “Article 7.4.1 (right to damages): Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles.” UNIDROIT. UNIDROIT Principles. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 28 maio 2016.

indenização existe em razão do descumprimento de qualquer das obrigações que surgem do contrato, sendo dispensável a distinção entre obrigações principais e acessórias.<sup>52</sup>

Ainda sobre o Artigo 7.4.1, cumpre referir que a indenização pelo inadimplemento poderá abranger danos correlatos sofridos, incluindo por exemplo as perdas sofridas para que o contrato fosse terminado ou a compensação dos valores incorridos pela parte em razão do atraso da entrega das mercadorias.

Bridge<sup>53</sup> pontua para a importância da disposição dos Princípios UNIDROIT, que tratam mais explicitamente o princípio da reparação integral no Artigo 7.4.2:

Artigo 7.4.2

(Reparação Integral)

- (1) A parte lesada tem direito à compensação integral pelo dano sofrido como resultado da não-performance. Esse dano inclui todos os danos que sofreu e todos os ganhos dos quais foi privada, considerando que os ganhos da parte lesada resultaram da *avoidance* em razão de custo ou dano<sup>54</sup>.

Conforme pontua a UNIDROIT, o dispositivo assegura a reparação integral da parte lesada pelo dano que sofreu em razão da não-performance do contrato, necessitando um nexo causal entre estes. Desta forma, o inadimplemento contratual não deverá ser uma fonte de ganho ou de perda para a parte lesada.<sup>55</sup>

Ainda, estabelece que não apenas os danos sofridos estão protegidos, mas também os lucros dos quais a parte foi privada em razão da quebra do contrato. Também aborda a questão do dano consequencial, conceituando-o como o benefício que a parte teria obtido com a execução do contrato, o que normalmente é incerto e por vezes toma a forma da perda de uma chance, abordada anteriormente. Por fim, cumpre pontuar que a UNIDROIT refere o fato de que a indenização não deverá enriquecer a parte lesada, portanto, deverão ser consideradas as despesas que a parte deixou de realizar em razão da quebra do contrato.

---

<sup>52</sup> UNIDROIT. UNIDROIT Principles. p. 265-266. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 28 maio 2016.

<sup>53</sup> BRIDGE, Michael G. The International Sale of Goods. Oxford, United Kingdom. 3. ed. Oxford University Press, 2013. p. 607.

<sup>54</sup> Tradução livre de: “Article 7.4.2 (full compensation): (1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm. UNIDROIT. UNIDROIT Principles. p. 266. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 28 maio 2016.

<sup>55</sup> UNIDROIT. UNIDROIT Principles. p. 266-267. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 28 maio 2016.

Diante dessas considerações, observa-se que *a priori* a indenização com base no *disgorgement* poderia romper o nexo causal direto, uma vez que os lucros que a parte lesada auferiu não possuem relação direta entre conduta e dano à outra parte. Acerca do nexo causal na Convenção, sustentam Schlechtriem e Schwenger que “*somente um prejuízo causado pelo descumprimento do contrato pode ser recuperado*”<sup>56</sup>. Portanto, exige-se que o prejuízo sofrido pela parte seja decorrente do inadimplemento, sendo irrelevante se o dano tenha sido causado de forma direta ou indireta. Ainda, a Convenção não respalda teorias da causalidade<sup>57</sup> que limitem a responsabilidade por danos que sejam prováveis ou improváveis diante do inadimplemento, apenas utilizando como baliza para a exclusão da responsabilidade do promitente a regra da previsibilidade prevista no Artigo 74.<sup>58</sup> Entretanto, em que pese a discussão sobre a inexistência de nexo causal direto entre a quebra contratual e o lucro auferido pela parte inadimplente, nos casos específicos em que o *disgorgement* seria aplicável seria afastável a exigência de que o prejuízo fosse causado pelo descumprimento do contrato.

Ademais, o princípio da reparação integral é consistente com as decisões de diversos tribunais internacionais.<sup>59</sup> A título exemplificativo, a Suprema Corte da Suíça analisou a abrangência do princípio da reparação integral previsto no Artigo 74 no precedente *Meat Case*<sup>60</sup>, caso em que foi discutida a possibilidade de indenização do comprador pela perda de clientela em razão da qualidade inferior da carne congelada adquirida, que continha excesso de gordura. A Suprema Corte pontuou que a perda de clientes seria previsível ao vendedor considerando que o comprador é um intermediário no mercado de carnes. Ainda, considerando a grande quantidade de carne (172 toneladas), seria extremamente difícil que o comprador conseguisse resolver os problemas causados pela inconformidade por meio de uma transação substitutiva em tempo hábil.

Dessa forma, tecidas as considerações sobre a abrangência do dispositivo e a problematização de sua análise em específicos, tendo em vista a análise da possibilidade de

---

<sup>56</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1112.

<sup>57</sup> A análise das teorias específicas referentes ao nexo de causalidade não constitui o objeto da presente monografia. Entretanto, constam algumas observações sobre nexo causal para assegurar uma leitura dos danos e do nexo causal em consonância com as previsões da Convenção.

<sup>58</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1112.

<sup>59</sup> CISG. Conselho Consultivo da CISG. Parecer nº 06. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>>. Acesso em: 29 maio 2016.

<sup>60</sup> SUIÇA. Bundesgericht (Supreme Court). *Meat Case*, 1998. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>>. Acesso em: 28 maio 2016.



aplicação do *disgorgement* para concretizar a realização dos princípios da Convenção dentro das diretrizes estabelecidas pelo seu próprio texto, passemos à verificação específica das possibilidades de aplicação do instituto.

## 2 O DISGORGEMENT NA CONVENÇÃO

### 2.1 CONCEITUAÇÃO E OBJETIVO DA APLICAÇÃO DO DISGORGEMENT NA COMMON LAW

O *disgorgement* é um instituto de origem na tradição da *common law* que possui como premissa básica a possibilidade de calcular as perdas sofridas pela parte lesada com a quebra contratual a partir dos lucros auferidos pela outra parte. Para possibilitar a análise crítica do instituto e da sua aplicação à *common law*, passemos a algumas considerações acerca desta tradição jurídica.

Neste sistema, os precedentes possuem força vinculante, o que se justifica em razão da necessidade de igualdade – necessidade que é assegurada por meio da análise e seleção de aspectos do caso que será julgado para comparação com casos anteriores, possibilitando uma decisão no mesmo sentido para casos idênticos<sup>61</sup>. Acerca dos precedentes:

O sistema de precedentes vinculantes faz com que as cortes ajam em duas dimensões: resolvem conflitos, e isto diz respeito ao *passado*; e têm o papel de fazer direito, criando regras para o futuro. A primeira função atinge uma audiência limitada: o réu e o autor. A segunda atinge uma audiência mais ampla, que inclui o público, os tribunais, a mídia, os acadêmicos e outros tribunais.<sup>62</sup>

O instituto do *disgorgement* na tradição da *common law* corresponde a um dos *remedies* que são possíveis para assegurar a indenização à parte lesada diante da ocorrência de um *tort*. Vejamos o conceito do *disgorgement*:

Trata-se de um remédio que impõe à parte que auferiu lucros diante de condutas ilegais ou atos faltosos o dever de restituir os lucros auferidos diante da conduta ilegal ou do ato faltoso. O propósito deste remédio é prevenir o enriquecimento ilícito.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, Brasil, Editora Revista dos Tribunais, v. 9, out. 2011, p. 1149-1200.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Tradução livre de: “A remedy requiring a party who profits from illegal or wrongful acts to give up any profits he or she made as a result of his or her illegal or wrongful conduct. The purpose of this remedy is to prevent unjust enrichment.” A expressão “*wrongful acts*” foi traduzida como “atos faltosos apenas a fim de fornecer um conceito em português. DISGORGEMENT. In: Wex Legal Dictionary/Encyclopedia, [2016?]. Cornell University Law School. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>>. Acesso em: 28 maio 2016.

Na *common law*, os *torts* são conceituados como ilícitos civis que são reconhecidos pelo direito como uma base para o ajuizamento de ação para recuperar os danos causados, incluindo as perdas presentes e futuras – podendo ser revertidos por meio do pagamento de indenizações (“*damages*”).<sup>64</sup>

A aplicação do *disgorgement* em relação ao lucro da parte em quebra é possível no sistema norte-americano nos casos em que a quebra é proposital, permitindo à parte prejudicada pleitear a reparação em razão dos lucros auferidos pela outra parte. O ordenamento jurídico norte-americano possui como bases para a aplicação do instituto o *Restatement Third of the Law of Restitution and Unjust Enrichment* e os *cases* pertinentes ao assunto.

Primeiramente, cumpre referir que no direito norte-americano os *restatements* são fontes secundárias, as quais buscam consolidar as regras que compõem o *common law* em uma determinada área. Essa fonte de direito é redigida pelo *American Law Institute* (ALI, na sigla em inglês), uma organização composta por renomados professores, juízes e advogados na área<sup>65</sup>. Conforme pontua o tutorial para pesquisas relativas aos *restatements* da Universidade de Kent:

*Restatements* são uma das fontes secundárias mais consideradas e tem exercido influência considerável no processo judicial. Muitas cortes adotaram literalmente seções de *restatements* como lei de sua jurisdição.<sup>66</sup>

Considerada a relevância e o reconhecimento como fonte de direito dos *Restatements*, passemos à análise do *Restatement Third of The Law of Restitution and Unjust Enrichment*, que trata especificamente da restituição e do enriquecimento ilícito, de fundamental importância para a análise do *disgorgement*.

O *Third Restatement* é dividido em quatro partes: princípios gerais, responsabilidade pela restituição, *remedies* e defesas. Laycock pontua que não se trata apenas de um sumário da lei, mas também um poderoso instrumento de pesquisa, considerando os comentários e os casos e doutrinadores inclusos.<sup>67</sup> Inicialmente, o *Restatement* traz o princípio geral de que a pessoa

---

<sup>64</sup> TORT. In: Wex Legal Dictionary/Encyclopedia. Cornell University Law School, [2016?]. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/tort>>. Acesso em: 31 maio 2016.

<sup>65</sup> EHRENBERG, Suzanne; VALENTINE, Suzane. Legal Tutoriais de Pesquisa da Faculdade de Direito de Kent. Lecture Notes for the Restatement of the Law, 1999. Disponível em: <<http://www.kentlaw.edu/academics/lrw/tutorials/restate.htm>>. Acesso em: 29 maio 2016.

<sup>66</sup> Tradução livre de: “Restatements are one of the most highly regarded types of secondary authority and have exerted considerable influence on the judicial process. Many courts have adopted Restatement sections verbatim as the law of their jurisdiction.” EHRENBERG, Suzanne; VALENTINE, Suzane. Legal Tutoriais de Pesquisa da Faculdade de Direito de Kent. Lecture Notes for the Restatement of the Law, 1999. Disponível em: <<http://www.kentlaw.edu/academics/lrw/tutorials/restate.htm>>. Acesso em: 29 maio 2016.

<sup>67</sup> LAYCOCK, Douglas. Restoring Restitution to the Canon. *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*. Andrew Kull, Reporter. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2011. v.1, p. XXXVIII, 670.

que enriquecer injustamente às expensas de outra fica sujeita à responsabilidade pela substituição. Para a definição de enriquecimento injusto, é adotada a ideia de “enriquecimento” sem causa – a qual possui um critério objetivo e previsível, uma vez que trata da inobservância à lei, afastando as questões morais.<sup>68</sup>

A Seção Trinta e Nove aborda a possibilidade de recuperação dos lucros auferidos pela outra parte em caso de *opportunistic breach*, sendo dado o exemplo de um vendedor de imóveis que quebra o contrato e vende o imóvel para uma terceira parte por dez milhões de dólares a mais do que o preço do contrato. Neste caso, a parte lesada poderia recuperar os dez milhões de lucro sem ter que demonstrar o valor de mercado da propriedade no momento de fechamento da venda – trata-se de um exemplo clássico da aplicação do *disgorgement* como um *remedy* contratual.

O *Restatement* prevê a possibilidade de aplicação do *disgorgement* em três condições, que devem estar presentes cumulativamente: (i) em que a quebra é deliberada; (ii) em que a quebra é rentável para a parte inadimplente e (iii) que as perdas e danos contratuais seriam inadequadas para proteger a promessa estabelecida no contrato.

Também trata do tema a Seção Quarenta do *Third Restatement*, que prevê uma distinção entre atos inadequados conscientes e inconscientes. No primeiro caso, fica o sujeito obrigado a devolver todos os ganhos, inclusive os consequenciais, obtidos a partir da transação indevida. Já no segundo caso, diante de conduta inocente ou meramente negligente, fica a parte responsável por reembolsar apenas o benefício direto que obteve da transação indevida – sendo o benefício direto medido, nos casos em que for possível, pelo valor de aluguel ou o custo razoável da licença.<sup>69</sup>

No *case* paradigmático *Earthinfo, Inc v. Hydrosphere Resource Consultants*<sup>70</sup>, em que foi firmado um contrato entre as partes no qual a *Hydrosphere* desenvolvia certos produtos para um antecessor da *Earthinfo*. A *Earthinfo* utilizava a tecnologia em seus produtos e pagava à *Hydrosphere* os *royalties* pelo uso de uma lista de produtos específica. Entretanto, em um dado momento, a *Hydrosphere* pleiteou os *royalties* por um produto derivado da lista original, tendo a *Earthinfo* se recusado a pagar os valores por não concordar com a forma de cálculo dos valores

---

v.2, p. XXXII, 745. Disponível em: <[https://www.ali.org/media/filer\\_public/2d/b6/2db6ef31-af29-4f70-8913-4e68ef882db3/restitution-laycock.pdf](https://www.ali.org/media/filer_public/2d/b6/2db6ef31-af29-4f70-8913-4e68ef882db3/restitution-laycock.pdf)>. Acesso em: 29 maio 2016. p. 946-947>. Acesso em: 01 jun. 2016. p. 931-932.

<sup>68</sup> Ibid. p. 932.

<sup>69</sup> ROGERS, James S. Ibid. p. 70.

<sup>70</sup> ESTADOS UNIDOS, Supreme Court of Colorado, En Banc. *Earthinfo, Inc v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc.*, 1995. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/colorado/supreme-court/1995/94sc39-0.html>>. Acesso em: 31 maio 2016.

– o que levou ao litígio e fez com que as partes quisessem rescindir o contrato. Diante da rescisão, foi decidido que a *Earthinfo* teria que devolver as tecnologias utilizadas e também indenizar integralmente todos os lucros auferidos após a quebra contratual. Nessa situação, decidiu a Suprema Corte que a *Earthinfo* deveria indenizar os lucros decorrentes do resultado da quebra contratual, pois esta foi consciente e substancial, justificando da seguinte forma a necessidade de aplicação do *disgorgement*:

Se a atitude do réu é intencional ou substancial, ou não há qualquer outra forma de afastar o enriquecimento pelo ato faltoso, a devolução dos lucros deve ser assegurada.<sup>71</sup>

O dispositivo possui relação direta com o instituto do inadimplemento eficaz, um conceito da análise econômica do direito que traduz a possibilidade de quebra do contrato diante do surgimento de proposta mais vantajosa. Para uma melhor análise, passemos à abordagem de um exemplo: considerando uma situação hipotética na qual o vendedor descumpriu o contrato por mera liberalidade e simplesmente optou por vender o produto a outro comerciante que oferecera um valor maior pela mercadoria, torna-se questionável se a indenização nesses moldes seria eficaz para assegurar a reparação integral e proteger o cumprimento contratual, prevenindo quebras contratuais nestes moldes. Essa quebra contratual pode ser enquadrada no conceito de *efficient breach*, que conforme conceitua o *Black's Law Dictionary*:

O inadimplemento eficaz é a quebra intencional do contrato e o pagamento dos danos pela parte que irá obter maior proveito econômico do que sob o adimplemento contratual. A teoria do inadimplemento eficaz tem sido usada para sustentar a regra tradicional da *common law* de que uma quebra contratual em um contrato em que não há previsão de *tort* não pode ser reparada pelos danos punitivos ou indenização penal. A cláusula penal pode desencorajar o inadimplemento eficaz do contrato.<sup>72</sup>

Assim sendo, o desincentivo ao *efficient breach* poderia ocorrer por meio da aplicação do instituto do *disgorgement*, considerando que o dever de devolução dos lucros atuaria como um desincentivo para condutas neste sentido ao diminuir a rentabilidade da transação e obrigar a parte a restituir os lucros que obteve indevidamente.

---

<sup>71</sup> Tradução livre de: “If, however, the defendant's wrongdoing is intentional or substantial, or there are no other means of measuring the wrongdoer's enrichment, recovery of profits may be granted.” VAN KOGELLENBERG, Martjn. Deliberate Breach of Contract and Consequences for Remedies: exploration of a neglected area in the law of contract, 2012. Disponível em: <[http://www.maastrichtjournal.eu/pdf\\_file/ITS/MJ\\_21\\_01\\_0141.pdf](http://www.maastrichtjournal.eu/pdf_file/ITS/MJ_21_01_0141.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2015.

<sup>72</sup> Tradução livre de “Efficient breach is an intentional breach of contract and payment of damages by a party who will incur greater economic liability than performing under the contract. Efficient breach theory has been used to defend the traditional common law rule that a non tortious breach of contract cannot be remedied by punitive damages and penal damages. A penalty clause can discourage an efficient breach of contract”. EFFICIENT BREACH. In: Definitions, 2015. Disponível em: <<http://definitions.uslegal.com/e/efficient-breach/>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

A análise das disposições sobre o *disgorgement* na *Third Restatement* e dos precedentes do sistema norte-americano permitem a percepção da importância do instituto – assegurando a efetiva concretização de princípios gerais do direito que são comuns aos ordenamentos jurídicos dos países signatários da Convenção, como por exemplo a vedação ao enriquecimento ilícito, a boa-fé e a manutenção dos contratos. Isto considerado, temos que a aplicação do *disgorgement* em decisões que fundamentam as perdas e danos no artigo 74 da CISG poderia significar a efetiva garantia da reparação integral e o incentivo necessário ao adimplemento contratual, pois existiria a obrigação da devolução de lucros auferidos de forma ilícita ou indevida da quebra intencional do contrato. Entretanto, resta verificar se os institutos são compatíveis. Prevê o artigo (7)(2) da Convenção que diante dos conceitos abertos o direito aplicável será determinado conforme as normas de direito internacional privado. Assim sendo, uma das alternativas possíveis seria a utilização dos princípios da UNIDROIT para assegurar as exigências de boa-fé, lealdade negocial e razoabilidade nas relações comerciais, uma vez que são atualmente considerados como *lex contractus* em contratos de comércio internacional até mesmo em casos em que o escopo não abrange a CISG<sup>73</sup>.

Merece destaque que a doutrina não é uniforme acerca dos limites da boa-fé prevista na Convenção como uma regra de interpretação. Dessa forma, resta verificar se diante do dever de conduta de acordo com a boa-fé poderia ser justificada a aplicação de um princípio da *common law* em situações excepcionais sob o escopo da Convenção, de forma a coibir condutas lesivas aos princípios que devem pautar as práticas comerciais internacionais - o que será abordado mais detalhadamente no item a seguir.

## 2.2 A COMPATIBILIDADE COM AS PERDAS E DANOS DO ARTIGO 74 DA CONVENÇÃO

Considerando as diretrizes para a interpretação da Convenção e os comentários acerca da indenização por quebra contratual abordadas no capítulo anterior, passemos à análise da possibilidade de aplicação do *disgorgement* na CISG com base no Artigo 74, que trata especificamente das perdas e danos. Nessa situação, a análise literal do dispositivo de que trata das perdas e danos na Convenção levaria ao entendimento de que seria indenizável apenas o lucro que o comprador deixou de auferir diante da quebra do contrato de uma mercadoria que

---

<sup>73</sup> BONELL, Michael Joachim. The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments. **International Law Review of Wuhan University**. 2008-2009, p. 105. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell1.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2015.

iria revender. Contudo, conforme o exemplo apresentado anteriormente no qual o vendedor por mera liberalidade opta por vender os bens a outra parte e auferir um lucro maior, resta claro que a interpretação literal e restritiva do dispositivo não levaria à sua melhor aplicação para assegurar os direitos do comprador.

Propor que os lucros auferidos pela parte em quebra sejam repartidos enfrenta uma dicotomia entre as tradições jurídicas dos países signatários: de um lado estaria a “teoria da diferença”, sustentada por autores alemães, que orienta o cálculo das indenizações de forma a evitar indenizações excessivas e, por outro lado, a teoria da reparação integral e do cumprimento específico fundamentando a possibilidade de uma indenização *a priori* excessiva.<sup>74</sup> Schlechtriem e Schwenger sustentam que a dedução com lucros baseada no Artigo 74 apenas poderia ser aplicada “*na medida em que não contradiz o princípio do cumprimento específico e não coloca em perigo o princípio da reparação integral do promissário*”.<sup>75</sup>

De forma geral, o Artigo 74 não embasa o requerimento de repartição das receitas adquiridas pela parte em quebra, entretanto, existem duas hipóteses que são reconhecidas no “*Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*”: (i) quando a parte vende os bens pela segunda vez e (ii) quando o vendedor é obrigado contratualmente a produzir as mercadorias conforme as condições humanas e ecologicamente favoráveis e descumpre este requisito para auferir maior receita.

A primeira hipótese trata da situação denominada como “*second sale*” por Schlechtriem e Schwenger, que ilustra o exemplo-problema apresentado ao longo da monografia como forma de ilustrar uma situação prática que seria resolvida de forma mais razoável diante da aplicação do instituto do *disgorgement*. Nesse caso, considerando o cenário em que o motivo para a quebra contratual foi pautado pelo inadimplemento eficaz no sentido de auferir maiores receitas ao vender os bens para outra parte, percebe-se que o mero reembolso da perda sofrida pelo comprador seria insuficiente para assegurar os objetivos pretendidos pela Convenção, pois seriam encorajadas condutas de *efficient breach*.

A segunda hipótese trata da situação na qual as partes pactuam no contrato que as mercadorias serão produzidas em condições humanas e/ou ecologicamente adequadas,

---

<sup>74</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1123.

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 1123-1124.

entretanto, o vendedor opta por quebrar o contrato e produzi-las de maneira mais econômica<sup>76</sup>. Para a melhor compreensão desta ideia, considere-se o exemplo: as partes pactuam que o vendedor irá produzir e entregar calças *jeans* fabricadas sem o emprego de mão-de-obra infantil. Contudo, visando obter maior lucro, o promitente vendedor opta por quebrar o contrato e diminuir os custos de produção ao utilizar mão-de-obra infantil por ser consideravelmente mais barata. Nessa situação, não seria possível atribuir um valor econômico à perda sofrida pelo comprador em razão da inobservância ao método de produção que houvera sido estabelecido entre as partes. Em casos como este, a única possibilidade de atribuição de um *quantum* indenizatório seria por meio dos lucros que foram auferidos diante da quebra pela parte inadimplente.<sup>77</sup>

Em 1988, a Suprema Corte de Israel julgou o caso paradigma *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*<sup>78</sup>, que trata da aplicação do *disgorgement* na indenização por danos decorrentes da quebra do contrato. Primeiramente cumpre esclarecer que, em que pese esse julgamento tenha tido por base a *Hague Uniform Law of International Sales - ULIS*, um dos antecessores da Convenção de Viena, a redação do dispositivo que trata dos *damages* decorrentes da quebra contratual é extremamente semelhante ao atual Artigo 74<sup>79</sup>. Trata-se de caso no qual uma empresa alemã contratou a venda de sete mil toneladas de ferro para uma empresa de Israel. Em razão da guerra do Yomm Kippur no mês de outubro, ocorreu um atraso na entrega – entretanto, cerca de cinco toneladas foram entregues apenas entre janeiro e abril do ano seguinte. Em abril, o vendedor informou que precisou vender a quantidade restante de ferro em razão dos altos custos de armazenamento, tendo o comprador solicitado a quantidade

---

<sup>76</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.124.

<sup>77</sup> Schlechtriem sustenta que apenas seria possível a indenização neste caso apenas seria possível diante da existência de cláusula penal, a menos que a parte lesada tenha sofrido também um prejuízo financeiro quando o promitente vendedor violou o contrato visando a redução dos custos de produção. Neste ponto, Schlechtriem e Schwenger discordam, conforme será demonstrado na sequência do texto da monografia. Ibid. p. 1.124.

<sup>78</sup> ISRAEL. Supreme Court. *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*, 1988. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/881102i5.html>>. Acesso em: 18 maio 2016.

<sup>79</sup> Comparativamente: (a) *Artigo 74 da CISG*: As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato. (b) *Artigo 82 da ULIS*: Where the contract is not avoided, damages for a breach of contract by one party shall consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party. Such damages shall not exceed the loss which the party in breach ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters which then were known or ought to have been known to him, as a possible consequence of the breach of the contract. Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS). Full text of ULIS, 1998. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

remanescente três dias após a notificação. Ocorre que o vendedor já havia alienado a quantidade remanescente para um cliente em Hamburgo, fato este que não é contestado, o que levou o comprador a ajuizar uma ação solicitando a restituição com base nos lucros que foram auferidos pela parte em quebra. Neste caso, a Suprema Corte de Israel julgou que a indenização a ser paga ao comprador deveria ter por base os lucros que foram auferidos pelo vendedor ao quebrar o contrato vendendo as mercadorias a um terceiro, com base no afastamento do enriquecimento ilícito.

Diante desse cenário, evidencia-se que a aplicação literal do Artigo 74 da Convenção seria incapaz de atender de forma eficaz aos fins que o dispositivo pretende - dentre eles, a reparação integral. Dessa forma, a partir das exceções já reconhecidas pela doutrina, propõe-se uma interpretação axiológica para orientar a aplicação mais abrangente do dispositivo, considerando as balizas fixadas pela doutrina para a interpretação do Artigo 74 e a incidência de princípios gerais estabelecidos pela UNIDROIT, como o *pacta sunt servanda* e a boa-fé objetiva.

Dessa forma, uma leitura *a priori* da análise de situações poderia indicar pela aplicação do *disgorgement*. Entretanto, um ponto de extrema importância que permeia esta discussão é o caráter naturalmente punitivo do instituto em sua origem e a incompatibilidade – já pacificada pela doutrina e pela jurisprudência - de indenizações punitivas com a Convenção.

O Conselho Consultivo da CISG ao analisar a possibilidade de indenizações punitivas com base na Convenção sustenta no pela sua impossibilidade, pois as indenizações punitivas, também conhecidas como punições exemplares, correspondem a valores pagos além do caráter compensatório ou nominal dos danos, com a intenção de punir a parte por condutas reprováveis. Dessa forma, o conceito das indenizações punitivas seria incompatível com a ideia geral do Artigo 74, que prevê a indenização na mesma extensão do dano, inclusive os lucros cessantes que foram sofridos pela outra parte como consequência da quebra do contrato. Entretanto, o Conselho Consultivo da Convenção faz duas importantes ressalvas: (i) não é possível aplicar indenizações punitivas com base na Convenção mesmo diante de previsão da lei doméstica autorizando a aplicação, uma vez que a CISG não prevê pelo seu pagamento e (ii) as partes podem convencionar para que uma Corte ou um Tribunal Arbitral apliquem indenizações punitivas, na medida do for autorizado pelo direito aplicável.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> CISG. Conselho Consultivo da CISG. Parecer nº 06. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>>. Acesso em: 29 maio 2016.



A primeira ressalva é de extrema importância pois evidencia a aplicação de princípios gerais da interpretação da Convenção abordados anteriormente, como a autonomia e o caráter internacional. A aplicação desses princípios resta clara pois é respeitado o caráter internacional e autonomia das regras da Convenção ao não simplesmente declinar ao direito doméstico que permita a sua aplicação.

Já a segunda ressalva evidencia a proteção dada pela Convenção à autonomia das partes, que podem livremente optar por autorizar que uma Corte ou um Tribunal Arbitral apliquem indenizações punitivas dentro do limite do direito aplicável.

Em que pese a regra geral seja pela impossibilidade de aplicação de indenizações punitivas com base na Convenção, a doutrina diverge neste aspecto. Autores como Smith<sup>81</sup>, Ogus<sup>82</sup>, Schwenger e Hachem<sup>83</sup> reconhecem a possibilidade de indenizações com caráter punitivo em alguns casos excepcionais. Schwenger e Hachem sustentam que estes devem ser conferidos em casos nos quais a quebra do contrato tenha sido proposital ou em má-fé, no intuito de assegurar a reparação integral à parte lesada. Ogus propõe a possibilidade do caráter punitivo em casos nos quais a parte inadimplente buscou encobrir a quebra ou afastar a sua responsabilidade diante da quebra contratual.<sup>84</sup>

Ainda, alguns autores sustentam a possibilidade de medidas para cálculo dos danos com base nos ganhos que foram auferidos. Waddams propõe que considerações de justiça, enriquecimento indevido, restituição e compensação são utilizados em casos nos quais os *damages* são calculados a partir dos lucros obtidos pela parte em quebra. O autor propõe uma série de fatores que devem ser considerados para a análise da possibilidade de aplicação desses métodos, tais como: (i) a possibilidade de execução específica; (ii) os direitos de propriedade envolvidos no interesse lesado; (iii) se o autor foi privado de alguma oportunidade de negócio; (iv) se o autor possui algum interesse não-econômico que não é suficientemente compensado pelas medidas comuns para o cálculo de *damages*; (v) se a parte em quebra enriqueceria

---

<sup>81</sup> SMITH, S. The Law of Damages: Rules for Citizens or Rules for Courts?, [2006?] apud CUNNINGTON, Ralph; SAIDOV, Djakhongir. Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov-cunnington.html>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

<sup>82</sup> OGUS, A. The Economic Basis of Damages for Breach of Contract: Inducement and Expectation, [2006?] apud CUNNINGTON, Ralph; SAIDOV, Djakhongir. Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov-cunnington.html>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

<sup>83</sup> HACHEM, Pascal; INGEBORN, Schwenger. Scope of Damages [2008] apud CUNNINGTON, Ralph; SAIDOV, Djakhongir. Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov-cunnington.html>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

<sup>84</sup> CUNNINGTON, Ralph; SAIDOV, Djakhongir. Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov-cunnington.html>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

injustamente ao manter os lucros auferidos; (vi) se o autor teria um enriquecimento inesperado ao receber os valores; (vii) se a quebra do contrato é repreensível e (viii) se existe algum interesse público envolvido.<sup>85</sup>

Portanto, observa-se que em que pese as regras gerais de interpretação da Convenção à primeira vista apontem para a impossibilidade de aplicação doméstico e que o Artigo 74 em tese impossibilite indenizações que ultrapassem o caráter compensatório, em casos específicos esta seria a única forma de assegurar a reparação integral – e a forma mais razoável de atender à intenção geral da Convenção de garantir a segurança jurídica das partes contratantes e a realização de sua legítima expectativa de cumprimento do contrato.

Ainda, diante de um caso de aplicação dos Princípios UNIDROIT, resta claro que a forma mais adequada de interpretar ou complementar um conceito aberto ou uma lacuna<sup>86</sup> decorrente de uma disposição da Convenção seria de acordo com o dever de agir conforme a boa-fé e o *pacta sunt servanda*. Dessa forma, observa-se que, em que pese o *disgorgement* possua natureza punitiva, sua aplicação pode assegurar a realização dos princípios-base da Convenção e este instituto é compatível para incentivar a concretização das disposições gerais da UNIDROIT para as relações de comércio internacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias possui como objetivo a promoção o incentivo às relações de comércio internacional por meio da aplicação de uma legislação uniforme, que proporciona segurança jurídica às partes quanto ao direito aplicável e a proteção da expectativa legítima das partes quanto ao cumprimento do contrato. Diante da quebra do contrato, o Artigo 74 da Convenção assegura a indenização pelos danos sofridos em decorrência do inadimplemento, a qual corresponde à uma soma equivalente ao prejuízo sofrido pela parte, em observância ao princípio da reparação integral no intuito de

---

<sup>85</sup> WADDAMS, S. Gains Derived from Breach of Contract: Historical and Conceptual Perspectives, [2005?] apud CUNNINGTON, Ralph; SAIDOV, Djakhongir. Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov-cunnington.html>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

<sup>86</sup> Cabe esclarecer que, diante de uma situação na qual os Princípios UNIDROIT sejam aplicáveis, caso poderia ser interna ou externa. A lacuna interna seria resolvida com base nos princípios gerais do próprio texto da Convenção (como por exemplo o Artigo 84(2), que afasta o enriquecimento ilícito e poderia ter a análise dos Princípios UNIDROIT como forma complementar. Já a hipótese da lacuna externa apontaria para a sua colmatação com base nos Princípios.

que a parte ocupe a mesma posição econômica em que estaria caso a quebra não houvesse ocorrido.

Entretanto, diante de algumas circunstâncias específicas, questiona-se qual seria a efetividade da indenização correspondente ao prejuízo sofrido pela parte para a concretização do princípio da reparação integral previsto pelo Artigo 74. Exemplifica a problemática a situação na qual uma das partes opta pela quebra contratual com o objetivo de vender as mesmas mercadorias para um terceiro por um preço maior. Nesse contexto, em que pese o fato de que os lucros que foram auferidos pela parte em quebra não signifiquem necessariamente um prejuízo sofrido pela parte lesada, limitar a indenização aos prejuízos sofridos pela parte lesada não demonstraria um mecanismo eficaz para assegurar a concretização dos objetivos da Convenção. Isso ocorre porque, diante da quebra contratual no intuito de obter maiores lucros, indenizar a parte lesada apenas pelos prejuízos sofridos provavelmente significaria uma transação vantajosa para a parte inadimplente, conforme preconiza a teoria do inadimplemento eficaz. Contudo, cumpre observar que dentre os objetivos da Convenção estão o incentivo às relações de comércio de mercadorias no cenário internacional e a segurança jurídica que seria proporcionada às partes por meio da aplicação de uma legislação uniforme que assegure a certeza acerca do direito aplicável e a proteção à legítima expectativa do cumprimento das obrigações contratadas.

Dessa forma, uma das soluções possíveis para o desincentivo à quebra contratual no intuito de auferir maior lucro seria a aplicação do instituto do *disgorgement*, o qual possui origem na tradição da *common law* e possibilita a captura dos lucros que foram auferidos pela parte inadimplente como consequência da quebra contratual. Em que pese as previsões da Convenção acerca de sua aplicação uniforme e autônoma, sem declinar a instituições de direito doméstico, a aplicação do instituto teria o objetivo de assegurar a realização de princípios basilares para o incentivo das relações comerciais internacionais e para garantir a efetividade da aplicação da Convenção. Inclusive, mesmo que em regra não sejam possíveis indenizações punitivas com base na Convenção, a doutrina reconhece que em situações específicas estas possuem um papel fundamental na proteção das legítimas expectativas das partes contratantes.

Assim sendo, a presente monografia aponta para a possibilidade da aplicação do *disgorgement* em situações nas quais a quebra do contrato é intencional e deliberada, no intuito de obtenção de maiores lucros. Diante dessas características, a doutrina refere alguns casos específicos nos quais o instituto possui sua aplicação reconhecida com base na Convenção, no intuito de assegurar os princípios gerais que a inspiram e a reparação integral à parte lesada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspects of the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods In: PEREIRA, Cesar; SCHWENZER, Ingeborn; TRIPODI, Leandro. (Org.) **International Commerce and Arbitration. CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. v. 21. Holanda : Eleven International Publishing, 2016. p. 75-76.

ALMALEH, Carolina Hess; SÁ, Sabrina Raabe de; TIMM, Luciano Benetti. CISG and Latin America – A Key for Reducing Transaction Costs. In: PEREIRA, Cesar; SCHWENZER, Ingeborn; TRIPODI, Leandro. (Org.) **International Commerce and Arbitration. CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. v. 21. Holanda : Eleven International Publishing, 2016. p. 33-35.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A Boa-Fé nos Contratos Internacionais. **Doutrinas Essenciais de Direito Internacional**, Brasil, Editora Revista dos Tribunais, v. 5. p. 817-842, fev. 2012.

BITTAR NEVES, Flávia; RADAEL, Gisely Moura. Interpretação dos Contratos Comerciais Internacionais: um estudo comparado. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão. (Coord.) **Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro** – São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.240.

BONELL, Michael Joachim. The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments. **International Law Review of Wuhan University**. 2008-2009, p. 101. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell1.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.html)>. Acesso em: 20 abr. 2016.

CISG. Conselho Consultivo da CISG. Parecer nº 06. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>>. Acesso em: 10 maio 2016.

CUNNINGTON, Ralph; SAIDOV, Djakhongir. Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov-cunnington.html>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

DISGORGEMENT. In: Wex Legal Dictionary/Encyclopedia, [2016?]. Cornell University Law School. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>>. Acesso em: 28 maio 2016.

EFFICIENT BREACH. In: Definitions, 2015. Disponível em: <<http://definitions.uslegal.com/e/efficient-breach/>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

EHRENBERG, Suzanne; VALENTINE, Suzane. Legal Tutoriais de Pesquisa da Faculdade de Direito de Kent. Lecture Notes for the Restatement of the Law, 1999. Disponível em: <<http://www.kentlaw.edu/academics/lrw/tutorials/restate.htm>>. Acesso em: 29 maio 2016.

EISELEN, Sieg. Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis, 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen5.html#vi>>. Acesso em 28 maio 2016.

ESTADOS UNIDOS, Supreme Court of Colorado, En Banc. *Earthinfo, Inc v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc.*, 1995. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/colorado/supreme-court/1995/94sc39-0.html>>. Acesso em: 31 maio 2016.

FONSECA, Patrícia Galindo da. O Brasil Perante uma Nova Perspectiva de Direito Mercantil Internacional. **Revista Forense**, Brasil, v. 341, p. 193-211, abr. 1998. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fonseca.html>>. Acesso em: 25 maio 2016.

GOOD, Roy; MCKENDRICK, Ewan. *Goode on Commercial Law*. 4. ed. Finlândia: Penguin Books.

HACHEM, Pascal; INGEBORN, Schwenzer. The CISG – Successes and Pitfalls. **American Journal of Comparative Law**, v. 57, p. 457-478, 2009. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-hachem.html>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Munique : Sellier European Law Publishers, 2007.

ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian P. Disgorgement as a Viable Theory of Restitution Damages. **Commercial Damages Reporter**, 2014. Disponível em: <[http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel\\_oneill\\_commercial\\_damages\\_reporter\\_jan\\_2014\\_lead\\_article.pdf](http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill_commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2015>.

ISRAEL. Supreme Court. *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*, 1988. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/881102i5.html>. Acesso em: 18 maio 2016.

LAYCOCK, Douglas. Restoring Restitution to the Canon. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment. Andrew Kull, Reporter. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2011. v.1, p. XXXVIII, 670. v.2, p. XXXII, 745. Disponível em: <[https://www.ali.org/media/filer\\_public/2d/b6/2db6ef31-af29-4f70-8913-4e68ef882db3/restitution-laycock.pdf](https://www.ali.org/media/filer_public/2d/b6/2db6ef31-af29-4f70-8913-4e68ef882db3/restitution-laycock.pdf)>. Acesso em: 29 maio 2016. p. 946-947>. Acesso em: 01 jun. 2016.

LOOKOFSKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Article 74: Damages for Breach, 2000. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo74.html>>. Acesso em: 28 maio 2016.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras Imperativas de Arbitragem e Mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Brasil : Editora Revista dos Tribunais, v. 19. p. 31-49, 2008.

REALE, Miguel. A Boa-Fé no Código Civil. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial. Brasil, **Revista dos Tribunais**. v. 4. p. 175-177, dez. 2010.

ROGERS, James S. Restitution for Wrongs and the Restatement (Third) of the Law of Restitution. **Boston College Law School Faculty Papers**, 2007. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=lsfp>>. Acesso em: 29 maio 2016.

SAIDOV, Djakhongir. The Law of Damages in the International Sale of Goods: The CISG and another international instruments. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing. 2008.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborn. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução de: Cesar A. Guimarães, Eduardo Grebler e Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUIÇA. Bundesgericht (Supreme Court). *Meat Case*, 1998. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>>. Acesso em: 28 maio 2016.

TORT. In: Wex Legal Dictionary/Encyclopedia. Cornell University Law School, [2016?]. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/tort>>. Acesso em: 31 maio 2016.

UNCITRAL. Status United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980), 2016. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS). Full text of ULIS, 1998. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

UNIDROIT. About UNIDROIT. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>>. Acesso em: 09 maio 2016.

UNIDROIT. History and Overview, 2015. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>>. Acesso em: 09 maio 2016.

UNIDROIT. UNIDROIT Principles, 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 10 maio 2016.

VAN KOGELENBERG, Martjn. Deliberate Breach of Contract and Consequences for Remedies: exploration of a neglected area in the law of contract, 2012. Disponível em: <[http://www.maastrichtjournal.eu/pdf\\_file/ITS/MJ\\_21\\_01\\_0141.pdf](http://www.maastrichtjournal.eu/pdf_file/ITS/MJ_21_01_0141.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, Brasil, Editora Revista dos Tribunais, v. 9, p. 1149-1200, out. 2011.