

VERA CECÍLIA MONTEIRO DE BARROS

**Previsibilidade do Dano Contratual como Critério Limitador de
Responsabilidade no Direito do Comércio Internacional**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor José Carlos de Magalhães

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

VERA CECÍLIA MONTEIRO DE BARROS

**Previsibilidade do Dano Contratual como Critério Limitador de
Responsabilidade no Direito do Comércio Internacional**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção de título de Doutora em Direito, na área de concentração de Direito Internacional, sob a orientação do Prof. Dr. José Carlos de Magalhães.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Monteiro de Barros, Vera Cecília.

Previsibilidade do Dano Contratual como Critério Limitador de Responsabilidade no Direito do Comércio Internacional / Vera Cecília Monteiro de Barros; orientador José Carlos de Magalhães – São Paulo, 2017.

237p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Previsibilidade. 2. Dano contratual. 3. Limitação de responsabilidade. 4. CISG. 5. Comércio Internacional. I. Magalhães, José Carlos de., orientador. II. Título

AGRADECIMENTOS

Foi longo e difícil o caminho até aqui, mas é grande a satisfação de ver este sonho realizado. Gostaria de agradecer imensamente a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste estudo.

Primeiramente, agradeço ao querido professor doutor José Carlos de Magalhães, que me deu a honra de ser o meu orientador no doutorado e que durante todo esse longo processo sempre esteve disposto a conversar, trocar ideias e compartilhar seus conhecimentos. Se já o admirava e o respeitava como grande jurista, os anos de convívio também permitiram reconhecê-lo como uma pessoa adorável. Fico feliz de poder dizer que hoje, além de um verdadeiro mestre, o tenho como um grande amigo.

Deixo meu especial agradecimento à professora Selma Lemes, que me inspira e serve de exemplo, e que me amparou e incentivou em todos os momentos. Mais uma vez, sem seu apoio, paciência e amizade certamente eu não teria conseguido realizar este sonho.

Também deixo um agradecimento especial à Debora Visconte, amiga querida, sempre disposta a ajudar, e com quem eu pude compartilhar todas as agruras do doutorado.

Agradeço aos professores Francisco Marino e José Augusto Fontoura, pelos pertinentes comentários e pelo correto direcionamento da tese durante a minha banca de qualificação. E ainda ao professor Fontoura, por me receber na faculdade, me emprestar livros e gentilmente discutir comigo diversas dúvidas que surgiram na elaboração final deste estudo.

Agradeço imensamente aos queridos amigos e grandes civilistas, Giovanni Nanni, Cristiano Zanetti e José Emílio Nunes Pinto, que me abriram as portas de seus escritórios, dividiram conhecimentos e me forneceram valioso material de pesquisa. E nesse seleto grupo de grandes civilistas, não poderia deixar de agradecer profundamente à professora Judith Martins-Costa, que até por *skype* me deu a honra de poder desfrutar de seu conhecimento, e gentilmente me abriu as portas de sua magnífica biblioteca em Canela, RS. Uma experiência inesquecível.

Agradeço também ao professor Wagner Menezes, que me orientou no mestrado e certamente me deu a base e a confiança necessárias para o doutorado.

Gostaria ainda de agradecer a Letícia Abdalla, Nathalia Mazzonetto, Paula Chisté, Claudia Faria Lima e Ana Carolina Carvalho, pela ajuda e, especialmente, pela amizade e apoio, e a Fernanda Nemr e Gabriela Lenora Pieniak, pelo auxílio no levantamento e análise das decisões que envolveram o art. 74 da CISG.

Por fim, registro meus agradecimentos aos meus pais, meus irmãos, meus cunhados e aos meus queridos amigos, pelo apoio, pelo incentivo, pelo amor e pelas alegrias que sempre me proporcionaram.

Aos meus pais.

Aos meus irmãos.

À Julia, com amor.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes.”

(Martin Luther King)

MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília. **Previsibilidade do dano contratual como critério limitador de responsabilidade no Direito do Comércio Internacional**. 237p. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2017.

RESUMO

O objetivo central desta tese é avaliar se a regra da previsibilidade do dano contratual ressarcível é um método eficaz de limitação dos danos e se atende às exigências modernas do Comércio Internacional. Para o perfeito enquadramento e contextualização do tema central deste estudo, apresenta-se inicialmente a origem histórica do critério da previsibilidade do dano no campo da responsabilidade contratual, e faz-se uma análise do alcance do princípio da reparação integral do dano e do princípio geral de ressarcimento de dano no Direito romano. Em seguida, realiza-se um breve exame do Direito Contratual na França até o século XVI, bem como uma análise do ressarcimento do dano nas obras de Dumoulin, Domat e Pothier e, para encerrar a parte histórica, analisa-se o Código Civil francês e a obrigação de ressarcimento. Ato contínuo, adentra-se a fundo nas noções gerais e nuances da regra da previsibilidade do dano, verificando-se, inicialmente, o sentido geral da limitação. Em seguida, analisa-se a teoria do fim tutelado pelo contrato e os fundamentos (contratual e econômico) do critério da previsibilidade. Feito isso, são avaliados o objeto e o momento da previsibilidade e, após, a (não) limitação de responsabilidade ao devedor doloso. Na sequência, estuda-se a adoção da previsibilidade do dano contratual como critério limitador do ressarcimento nos sistemas domésticos e em alguns dos principais instrumentos internacionais de uniformização do direito europeu, quais sejam, nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PECL), no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), no *Common European Sales Law* (CESL) e no Projeto do Código Europeu dos Contratos. Em seguida analisa-se dois dos principais instrumentos de harmonização normativa do Comércio Internacional: os princípios do *International Institute for the Unification of Private Law* (Unidroit) e, mais profundamente, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que hoje é referência normativa para os contratos internacionais entre signatários, os quais representam dois terços do comércio mundial. E, por fim, faz-se a análise econômica da regra da previsibilidade com o objetivo, primeiramente, de se verificar se, de fato, ela promove eficiência econômica e se a sua previsão influencia o comportamento das partes, incentivando a revelação de informações relevantes. E, na medida em que a previsibilidade do dano é um conceito jurídico indeterminado, cujo desafio da doutrina e especialmente da jurisprudência é dar a ele contornos mais concretos e objetivos, analisa-se decisões judiciais e arbitrais que aplicaram e interpretaram a regra da previsibilidade do dano no âmbito da CISG para, depois, avaliar, também mediante a análise econômica do Direito, a forma como o posicionamento de juízes e árbitros sobre a referida regra afeta os custos de transação dos negócios comerciais internacionais.

Palavras-chave: Previsibilidade. Dano contratual. Limitação. Responsabilidade. CISG. Comércio Internacional.

MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília. **Foreseeability of Contractual Damage as a Limiting Liability Criteria in International Trade Law**. 237p. Thesis (Doctorate in International Law) – International Law Department of the Law School of University of São Paulo – USP. São Paulo, 2017.

ABSTRACT

The main purpose of the thesis herein is to evaluate if the foreseeability rule regarding refundable contractual damage is an effective method of damages limitation and whether it attends the modern International Trade requirements. For the perfect framing and contextualization of the central theme of this study, it is initially presented the historical origin of the damage foreseeability criteria in the field of contractual liability and an analysis is made of the scope of the principle of full compensation for damage and of the general principle of compensation in Roman Law. Then, a brief examination of the Contract Law in France until the sixteenth century is carried out, as well as an analysis of reparation of damages in the works of Dumoulin, Domat and Pothier and, to close the historical part, the French Civil Code and the obligation to make reparation are also analyzed. Subsequently, it goes deeper into the general notions and nuances of the foreseeability damage rule, initially finding the general meaning of the limitation. Next, we analyze the theory of the purpose protected by the contract and the fundamentals (contractual and economic) of the criteria of foreseeability. Later, the object and the moment of foreseeability are evaluated, as well as the (non) limitation of liability to the intentional debtor. Following, it is herein studied the adoption of foreseeability of contractual damage as a limiting criterion for reimbursement in domestic systems and in some of the main international instruments for the standardization of European law, namely in the European Contract Law Principles (ECLP), in the Draft Common Frame of Reference (DCFR), in Common European Sales Law (CESL) and in the Draft of the European Code of Contracts. Two main instruments of normative harmonization of international trade are discussed below: the principles of the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) and, more profoundly, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), which is currently the normative reference for international contracts among signatories, which represent two-thirds of world trade. Finally, the economic analysis of the foreseeability rule is carried out, initially, in order to verify whether it promotes economic efficiency and whether its prediction influences the behavior of the parties, encouraging the disclosure of relevant information. And insofar as the damage foreseeability is an indeterminate legal concept, whose challenge in the doctrine and especially the jurisprudence is to give it more concrete and objective outlines, we analyze judicial and arbitral decisions that applied and interpreted the rule of foreseeability within the scope of the CISG, in order to afterwards assess, also upon the economic analysis of the Law, how the position of judges and arbitrators on such rule affects the transaction costs of international business.

Keywords: Foreseeability. Contract damage. Limitation. Liability. CISG. International Trade.

MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília. **Prévisibilité des dommages contractuels comme critère limitant du droit commercial international**. 237p. Thèse (Doctorat en Droit International) - Département du droit international de l'université de São Paulo – USP. São Paulo 2017

RÉSUMÉ

L'objectif principal de cette thèse est d'évaluer si la règle de prévisibilité du dommage contractuel indemnisable est une méthode efficace de limitation des dégâts et répond aux exigences modernes du commerce international. Pour le cadrage parfait et contextualisation du thème central de cette étude, nous présentons d'abord l'origine historique du critère de prévisibilité du dommage dans le domaine de la responsabilité contractuelle et faisons une analyse de la portée du principe de la réparation intégrale du dommage et du principe général de remboursement dans le droit romain. Puis il y aura un bref examen du droit des contrats en France jusqu'au XVI siècle, ainsi que l'analyse de compensation de dommages dans les œuvres de Dumoulin, Domat et Pothier, et pour terminer la partie historique, nous procédons à l'analyse du code civil français et l'obligation de remboursement. Dans la même foulée, nous analysons à fond les notions générales et les nuances de la règle de la prévisibilité des dommages, tout en vérifiant, d'abord, le sens général de la limitation. Ensuite, nous analysons la théorie de la fin prévue par le contrat et les fondements (contractuels et économiques) du critère de prévisibilité. Cela fait, sont évalués l'objet et la durée de prévisibilité et après la (non) limitation de la responsabilité du débiteur agissant dolosivement. Dans la séquence, nous étudions l'adoption de la prévisibilité des dommages contractuels comme critère limitant du remboursement dans les systèmes nationaux et certains des principaux instruments internationaux d'uniformisation du droit européen, soit dans les Principes du Droit Européen des Contrats (PECL), dans le projet de Cadre Commun de Référence, le Droit Commun Européen de la Vente (CESL) et dans le projet du Code Européen des Contrats. Ensuite, nous analysons deux des principaux instruments d'harmonisation des règles du commerce international: les Principes de l'Institut international pour l'unification du Droit Privé (Unidroit) et, plus profondément, la Convention des Nations Unies sur les contrats d'achat et la vente internationale de marchandises (CISG), qui est actuellement la référence normative pour les contrats internationaux entre les signataires, qui représentent les deux tiers du commerce mondial. Et enfin, nous procédons à l'analyse économique de la règle de la prévisibilité, dans le but de vérifier d'abord si, de fait, elle promeut l'efficacité économique et si sa prévision influe sur le comportement des parties, en encourageant la divulgation des informations pertinentes. Et dans la mesure où la prévisibilité des dommages est une notion juridique indéterminée, dont le défis de la doctrine et surtout de la jurisprudence est de lui donner des contours plus concrets et objectifs, nous analysons les décisions judiciaires et arbitrales qui ont appliqué et interprété la règle de prévisibilité des dommages dans le cadre de la CISG pour ensuite évaluer, également, par l'analyse économique du droit, comment la position des juges et arbitres de cette règle affecte les coûts de transaction des affaires commerciales internationales.

Mots-clés: Prévisibilité. Dommage Contractuel. Limitation. Responsabilité. CISG. Commerce International.

SIGLAS E ABREVIATURAS

BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CESL	<i>Common European Sales Law</i>
CISG	Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias
CLOUT	<i>Case Law on Uncitral Texts</i>
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
PECL	Princípios de Direito Europeu dos Contratos
ULF	Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias
ULIS	Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
1 ORIGEM HISTÓRICA DO CRITÉRIO DA PREVISIBILIDADE NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.....	23
1.1 O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO.....	23
1.2 O PRINCÍPIO GERAL DE RESSARCIMENTO DO DANO NO DIREITO ROMANO.....	26
1.3 O DIREITO CONTRATUAL NA FRANÇA ATÉ O SÉCULO XVI.....	31
1.4 DUMOULIN E DOMAT E O DANO PREVISÍVEL.....	33
1.5 O RESSARCIMENTO DO DANO NA OBRA DE POTHIER.....	40
1.6 O CÓDIGO CIVIL FRANCÊS E A OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO.....	47
2 A PREVISIBILIDADE DO DANO CONTRATUAL COMO CRITÉRIO LIMITADOR DE RESPONSABILIDADE.....	51
2.1 A PREVISIBILIDADE DO DANO E O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL.....	51
2.2 O SENTIDO GERAL DA LIMITAÇÃO: PREVISIBILIDADE, CULPA E CAUSALIDADE.....	53
2.3 A TEORIA DO FIM TUTELADO PELO CONTRATO.....	65
2.4 OS FUNDAMENTOS DO CRITÉRIO DA PREVISIBILIDADE DO DANO.....	69
2.4.1 O fundamento contratual.....	69
2.4.2 O fundamento econômico.....	72
2.5 OBJETO DA PREVISIBILIDADE: CAUSA DO DANO E/OU SUA QUANTIA? ...	74
2.6 MOMENTO DA PREVISIBILIDADE.....	76
2.7 A (NÃO) LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO DEVEDOR DOLOSO.....	77
2.8 A ADOÇÃO DA REGRA DA PREVISIBILIDADE DO DANO COMO CRITÉRIO LIMITADOR DO RESSARCIMENTO DO DANO CONTRATUAL NOS SISTEMAS DOMÉSTICOS.....	79
2.9 A ADOÇÃO DA REGRA DA PREVISIBILIDADE DO DANO COMO CRITÉRIO LIMITADOR DO RESSARCIMENTO DO DANO CONTRATUAL NOS INSTRUMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO.....	87
2.9.1 A previsibilidade do dano nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL).....	87
2.9.2 A previsibilidade do dano no <i>Draft Common Frame of Reference (DCFR)</i>	89
2.9.3 A previsibilidade do dano no <i>Common European Sales Law (CESL)</i>	90
2.9.4 O projeto do Código Europeu dos Contratos.....	92
3 A PREVISIBILIDADE DO DANO CONTRATUAL COMO CRITÉRIO LIMITADOR DE RESPONSABILIDADE NO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	95
3.1 A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	95
3.2 A CISG E SEU ÂMBITO DE APLICAÇÃO.....	96
3.3 AS REGRAS REFERENTES À INTERPRETAÇÃO DA CISG.....	99
3.3.1 O art. 7º da CISG.....	99
3.3.2 O art. 8º da CISG.....	104
3.4 O ART. 74 DA CISG.....	106
3.5 A PREVISIBILIDADE DO DANO NA CISG.....	109
3.5.1 Origem da regra da previsibilidade.....	110

3.5.2 Os padrões objetivo e subjetivo da regra da previsibilidade	111
3.5.3 O propósito de distribuição de risco.....	113
3.5.4 As diferenças da regra da previsibilidade do dano inserida na CISG e a <i>contemplation rule</i> anglo-americana.....	115
3.5.5 O momento decisivo para determinação da previsibilidade	116
3.5.6 Objeto da previsibilidade	118
3.5.7 O que considerar para se buscar a perda que a parte inadimplente tinha ou deveria ter previsto	120
3.5.8 A limitação de responsabilidade ao devedor doloso	123
3.5.9 Ônus da prova	123
3.6 A PREVISIBILIDADE DO DANO NOS PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS	124
4 A PREVISIBILIDADE DO DANO CONTRATUAL COMO CRITÉRIO LIMITADOR DA RESPONSABILIDADE SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	131
4.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	131
4.2 O SISTEMA JURÍDICO COMO INSTITUIÇÃO ECONÔMICA.....	134
4.3 O SISTEMA JURÍDICO E OS REFLEXOS NOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	136
4.4 O PROBLEMA DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES	141
4.5 A ECONOMIA DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL	143
4.6 A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DA REGRA DA PREVISIBILIDADE	146
4.6.1 Os pressupostos do modelo econômico da regra da previsibilidade	148
4.6.2 O resultado eficiente	150
4.6.3 As principais normas contratuais aplicáveis	151
4.6.4 O significado econômico da regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis	155
4.6.5 As vantagens de eficiência da regra de limitação de responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis.....	156
4.6.6 A vantagem da regra de responsabilidade contratual plena.....	159
4.6.7 As consequências da análise econômica para a compreensão das regras jurídicas em jogo	161
4.6.8 A eficiência da regra da previsibilidade do dano fora do modelo básico.....	163
4.7 O POSICIONAMENTO DE JUÍZES E ÁRBITROS SOBRE A PREVISIBILIDADE DO DANO NO ÂMBITO DA CISG SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	168
4.7.1 Análise das decisões judiciais e arbitrais que aplicaram e interpretaram a regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG	171
4.7.2 Tentativa de identificação de tipos de casos na aplicação da regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG.....	186
4.7.3 Reflexões sobre a utilidade e a conveniência das iniciativas de sistematizar as decisões judiciais e arbitrais que aplicaram a regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG e de identificar tipos de casos	188
4.7.4 O posicionamento de juízes e árbitros e seus reflexos nos custos de transação dos negócios comerciais internacionais	191
CONCLUSÃO	195
REFERÊNCIAS.....	205
ANEXO	221

INTRODUÇÃO

É normalmente aceito que não seria razoável responsabilizar a parte inadimplente a indenizar o credor, indistintamente, por todas as perdas que o não cumprimento de sua obrigação lhe tenha ocasionado. Caso muito discutido neste contexto é o de um alfaiate que não consegue, no tempo designado, entregar as roupas para o seu cliente que vai viajar. Por esse motivo o cliente é obrigado a pegar um trem mais tarde que o previsto inicialmente e acaba sendo vítima de um acidente. Outro caso discutido é o do “menino do boliche”, que é ferido por uma bola de boliche quando está trabalhando até tarde da noite, fora do horário de trabalho devidamente regulamentado.

Diversos critérios são estudados e utilizados na tentativa de se fixar a responsabilidade do devedor em casos como estes. O critério que ganhou maior aceitação internacional quanto à limitação da responsabilidade do devedor é o da previsibilidade do dano, o qual possui uma história curiosa. Insatisfeito com as complexidades que rodeavam o conceito de *quod interest*, Justiniano emanou uma norma (C.7.47.1), segundo a qual o interesse não devia exceder o dobro do valor do objeto. Ele introduziu, dessa forma, um limite arbitrário sobre os danos. O texto, da forma como foi redigido, gerava muitas dúvidas e desafiava as habilidades interpretativas de várias gerações de advogados.

Para tentar resolver as dúvidas que pairavam na interpretação do C.7.47.1, Charles Dumoulin tratou pela primeira vez de racionalizar a limitação legal do dano em termos de previsibilidade. E, mais tarde, Robert Joseph Pothier generalizou a ideia e a separou da norma justiniana: “*le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qu’on a pu prévoir, lors du contract, que le créancier pourrait souffrir de l’inexécution de l’obligation*”. Como era de se esperar, o Código Civil francês seguiu essa corrente, assim como o fizeram os tribunais na Inglaterra (caso *Hadley v. Baxendale*).

Tendo em vista que o critério da previsibilidade do dano foi adotado não somente nos países de *commow law*, como também em diversos sistemas jurídicos de direito codificado, por influência francesa, os redatores dos instrumentos internacionais que visam à harmonização do direito em nível regional e também supranacional viram-se incentivados a adotar o referido critério de limitação de responsabilidade.

A doutrina alemã rechaçou, em princípio, o critério da previsibilidade por se opor à ideia de ressarcimento integral do dano, mas finalmente acabou adotando uma teoria

similar, proposta por Ernst Rabel, a partir da ideia de “âmbito de proteção do contrato”. De acordo com tal doutrina, o propósito da obrigação assumida no contrato determina o alcance da responsabilidade do devedor, enquanto que as consequências que não se inserem dentro do âmbito de proteção do contrato não podem ser a ele atribuídas.

Diante da ampla adoção internacional do critério da previsibilidade do dano contratual para limitar a responsabilidade do devedor, e especialmente diante da adoção de referido critério no Direito do Comércio Internacional, pretende-se aqui analisar o que de fato vem a ser a exigência da previsibilidade do dano e a forma como tal regra é interpretada e aplicada tanto pela doutrina como pela jurisprudência. O objetivo central deste estudo é avaliar se a regra da previsibilidade do dano contratual ressarcível é um método eficaz de limitação dos danos e se atende às exigências modernas do comércio internacional.

Antes, contudo, para o perfeito enquadramento e contextualização do tema central deste estudo, será apresentada a origem histórica do critério da previsibilidade do dano no campo da responsabilidade contratual. Primeiramente será analisado o alcance do princípio da reparação integral do dano e o princípio geral de ressarcimento do dano no Direito romano. Em seguida, se fará um breve exame do direito contratual na França até o século XVI. Após, se fará uma análise do ressarcimento do dano nas obras de Dumoulin, Domat e Pothier e, para encerrar a parte histórica, se analisará o Código Civil francês e a obrigação de ressarcimento.

Ato contínuo se adentrará a fundo nas noções gerais e nuances da regra da previsibilidade do dano, verificando-se, inicialmente, o sentido geral da limitação. Em seguida se analisará a teoria do fim tutelado pelo contrato e os fundamentos (contratual e econômico) do critério da previsibilidade. Feito isso, serão avaliados o objeto e o momento da previsibilidade e, após, a (não) limitação de responsabilidade ao devedor doloso.

Na sequência será analisada a adoção da regra da previsibilidade do dano como critério limitador do ressarcimento do dano contratual nos sistemas domésticos e em alguns dos principais instrumentos internacionais de uniformização do direito europeu, quais sejam, nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PECL), no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), no *Common European Sales Law* (CESL) e no Projeto do Código Europeu dos Contratos.

Em seguida serão analisados dois dos principais instrumentos de harmonização do Direito do Comércio Internacional: os princípios do *International Institute for the Unification of Private Law* (Unidroit) e, mais profundamente, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que hoje é referência normativa para os contratos internacionais entre signatários que representam dois terços do comércio mundial, crescentemente reconhecida como o regime supletivo de contratação internacional, cada vez mais importante na medida em que vai se aprofundando o processo de globalização.

E, ao final, se fará a análise econômica da regra da previsibilidade com o objetivo, primeiramente, de se verificar se ela de fato promove eficiência econômica (tornando o contrato mais eficiente) e se a sua previsão influencia o comportamento das partes, incentivando a revelação de informações relevantes. E, na medida em que a previsibilidade do dano é um conceito jurídico indeterminado, cujo desafio da doutrina e especialmente da jurisprudência é dar a ele contornos mais concretos e objetivos, se analisará decisões judiciais e arbitrais que aplicaram e interpretaram a regra da previsibilidade do dano no âmbito da CISG para, depois, avaliar, também mediante a análise econômica do Direito, a forma como o posicionamento de juízes e árbitros sobre a referida regra afeta os custos de transação dos negócios comerciais internacionais.

O tema que se pretende estudar, além de enorme relevância acadêmica, tem grande interesse e aplicabilidade prática, especialmente diante da crescente participação do Brasil no comércio internacional e no cenário socioeconômico mundial. Em que pese a limitação da responsabilidade pela previsibilidade do dano não estar mais inserida no Código Civil brasileiro, a CISG, que adotou a referida regra, foi recentemente ratificada pelo Brasil e passou a vigorar no país a partir de 01 de abril de 2014.

Uma vez que a CISG foi internalizada no país, ela se aplica aos contratos de compra e venda de mercadorias cujas partes tenham estabelecimento em países diferentes, independentemente da nacionalidade, nos casos em que as partes não optem expressamente pela sua não aplicação, no exercício da faculdade que lhe atribui o art. 6º da Convenção. Constitui, pois, direito brasileiro aplicável a todas as operações dessa natureza regidas pela legislação nacional, sendo de extrema importância que os operadores conheçam a fundo as suas disposições.

1 ORIGEM HISTÓRICA DO CRITÉRIO DA PREVISIBILIDADE NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

1.1 O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Desde o século XVIII, especialmente a partir do momento da consolidação do *ius commune* por obra dos codificadores, dois métodos de quantificação dos danos ressarcíveis foram individualizados: o da reparação integral do dano e o do ressarcimento limitado. O método da reparação integral do dano, defendido pelos pandecistas alemães, foi incorporado nos arts. 249 e seguintes do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB, 1900), enquanto que o do ressarcimento limitado, de tradição francesa, foi consagrado nos arts. 1148 a 1150 do Código Civil francês¹.

Além de se diferenciarem pela extensão do ressarcimento, os dois métodos também se distinguem pelo caráter unitário de um e bipartido do outro. O BGB, de um lado, trata a obrigação de ressarcimento de maneira unitária, considerando o dano em si, não a sua qualificação contratual ou extracontratual. De outro lado, nos sistemas de tradição francesa distingue-se o dano contratual, onde ao menos na origem vige o caráter limitado do ressarcimento, e o dano extracontratual, em que não se aplica tal limitação.

Os propulsores de ambos os métodos sustentavam que seu sistema era o reconhecido pelo direito romano e fundavam nas fontes romanas as normas que hoje constam dos diversos códigos civis, razão pela qual há dissenso a respeito de qual seria exatamente o método com que os romanos estabeleciam o valor da condenação (*summa condemnationis*). Parte da doutrina sustenta que os juristas romanos proporcionavam ao credor a reparação mais completa possível, enquanto outros afirmam que desde o direito romano clássico se observa uma tendência a estabelecer limites ao montante da condenação ressarcitória².

Diante das incertezas relacionadas à questão no direito romano, parte-se de uma análise mais recente, desde a escola pandectista alemã. Os autores alemães, com o fim de sustentar que o direito romano reconhecia o ressarcimento de maneira ilimitada, partiam da

¹ A parte histórica deste estudo é essencialmente baseada na seguinte obra: NEIRA, Lilian C. San Martín. **La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño**. Estudio histórico-comparado. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2012. Praticamente todas as fontes legais e doutrinárias ora referidas foram consideradas e discutidas nesta obra, razão pela qual presta-se tal esclarecimento e recomenda-se a sua leitura.

² Id., *ibid.*, p. 22.

noção de dano elaborada por Friedrich Mommsen, conhecida como *differenztheorie* (Teoria da Diferença)³. Segundo essa teoria deve-se considerar dano a diferença que existe entre o patrimônio hipotético que o sujeito teria se não se tivesse produzido o ato lesivo, e aquele que efetivamente tem em virtude da verificação de tal ato. Não se reconhecia na Alemanha a diferença entre dano e dano ressarcível, pois conceitualmente eles eram a mesma coisa, razão pela qual tomou força a ideia de que se deveria ressarcir todo o dano, salvo aquele que o prejudicado poderia ter evitado⁴.

Na França a situação era diferente, pois se distinguia a responsabilidade contratual da extracontratual e já se diferenciava o dano do dano ressarcível. O dano (patrimonial) corresponde à diferença entre o patrimônio hipotético que o credor teria se o devedor tivesse cumprido exatamente a obrigação e aquele que efetivamente tem em virtude do descumprimento (como na Teoria da Diferença), enquanto que o dano ressarcível é aquela parte da referida diferença que deve ser satisfeita pelo devedor.

A diferença entre os dois conceitos é clara nas obras de Dumoulin, Domat e Pothier, pois como se verá mais adiante, os três autores partem da premissa de que o devedor inadimplente não deve suportar todas as consequências que derivem do descumprimento. Segundo a doutrina que posteriormente foi acolhida pelo Código Civil francês, uma vez determinado o dano sofrido pelo credor, é preciso perguntar até onde se estende a obrigação de ressarcimento do devedor⁵.

A influência que a escola pandectista alemã exerceu no sistema de direito romano em geral, somada a outros fatores, fez com que a noção de dano (ressarcível) de Friedrich Mommsen transpassasse as fronteiras alemãs, falando-se hoje no princípio da reparação

³ Francisco Manuel Pereira Coelho explica que a Teoria da Diferença pode ser resumida no seguinte enunciado: “o dano a indemnizar pelo lesante é o resultado da diferença entre a situação em que o patrimônio do lesado foi colocado em consequência da conduta que obriga a reparar e a situação em que o mesmo patrimônio se encontraria se essa conduta não tivesse sido praticada.” Ele esclarece que “em primeiro lugar, para bem compreendermos a <teoria da diferença>, que ela não se propõe definir o dano real e individualizado que o lesado sofreu; como é evidente, não é cada dano que se pretende reduzir à diferença. A <teoria da diferença> é antes um critério de determinação do *quantum respondeatur*, da indemnização a prestar: é uma solução para o problema da extensão do dano a indemnizar pelo lesante em consequência do seu facto. Trata-se, pois, de uma avaliação total e dinâmica do dano: de uma avaliação que não se esgota na verdade, na avaliação do prejuízo provocado pela lesão do bem jurídico imediatamente atingido, mas para a qual importa todo o ciclo de consequências – vantajosas ou desvantajosas – provocadas, no patrimônio do lesado no seu conjunto, pela conduta que obriga a reparar. Em segundo lugar, não custa reconhecer que o critério proposto pela <teoria da diferença> implica um conceito subjectivo e uma avaliação concreta do dano, pois não é senão afinal de encontrar a diferença no patrimônio do lesado que se trata. Uma solução para o problema da extensão do dano a indemnizar assente numa avaliação concreta do dano: eis o que é a <teoria da diferença> [...]” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 194-196).

⁴ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, p. 23.

⁵ Id., ibid., pp. 23-24.

integral do dano, como se se tratasse de um princípio geral da responsabilidade civil imperante nos códigos civis europeus e latino-americanos⁶.

Nessa linha, na Itália, salvo alguns autores que resistem à afirmação⁷, é amplamente aceita a ideia de que tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual vigora o princípio da reparação integral do dano⁸. Na França acontece o mesmo⁹. E os autores que comentam os instrumentos internacionais como a CISG e os Princípios Unidroit também assumem sem maiores reflexões ter sido adotado o princípio da reparação integral do dano¹⁰.

Apesar de ser visto por alguns como um verdadeiro dogma do direito relativo à reparação dos danos¹¹, a verdade é que o princípio da reparação integral do dano não é um

⁶ Lilian C. San Martín Neira explica que “*tal fenómeno se debe más bien al efecto psicológico negativo que produce en la víctima la afirmación que una cierta parte del daño sufrido no le será resarcido, que a la efectividad del mismo principio.*” (Id., *ibid.*, pp. 24-25).

⁷ Nesse sentido, conferir: “*Ciò deve attribuirsi in primo luogo – a mio modo di vedere – all’influenza del dogma, dominante nella dottrina e nella giurisprudenza, secondo cui il nostro ordinamento perseguirebbe l’obiettivo dell’integrale risarcimento del danno. Ciò equivale a dimenticare che il nostro sistema è ispirato all’opposto principio dell’indennizzo del danno «entro determinati limiti» (artt. 1225, 1227, 2° comma, e 2056, 2° comma, c.c.). Si ricorda, a questo proposito, che non è risarcibile quella parte di danno che si sarebbe potuta evitare (art. 1227, 2° comma); che nel nostro caso è risarcibile solo il danno che poteva prevedersi al momento del contratto (art. 1225); e che infine il lucro cessante deve essere liquidato «con equo apprezzamento delle circostanze del caso» (art. 2056, 2° comma).*” (VALCAVI, Giovanni. **Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale**. Disponível em: <http://www.fondazione.giovannivalcavi.it/scritti/capitoli/diritto-civile3.pdf>. Acesso em: 04 out. 2016).

⁸ Cf. VISINTINI, Giovanna; PINORI, Alessandra. La nozione di danno e le tecniche risarcitorie. In: VISINTINI, Giovanna. **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale**. Milan: Giuffrè, 1999, p. 5; PINORI, Alessandra; CORRADI, Elisabetta. Il principio della riparazione integrale del danno. In: VISINTINI, Giovanna. **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale**. Milan: Giuffrè, 1999, p. 41 e ss.; SMORTO, Guido. **Il danno da inadempimento**. Pádua: Cedam, 2005, p. 9 e ss.

⁹ Nesse sentido, conferir: “O princípio que prevalece em direito francês da responsabilidade delitual e contratual é aquele da reparação integral do dano, que consiste em ‘restabelecer tão exatamente quanto possível o equilíbrio destruído pelo dano e recolocar a vítima na situação em que se encontraria se o ato danoso não tivesse tido lugar.’ Esse princípio significa notadamente que deve haver uma equivalência entre a reparação pecuniária e o dano. Em uma palavra, a reparação deve se relacionar apenas com o critério objetivo do dano e se abstrair de qualquer critério subjetivo retirado da análise do comportamento ou da situação das pessoas, responsável e vítima.” (LAUDE, Anne. **L’obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle em droit privé français?** Paris: Petites Affiches, nov. 2002, v. 232, pp. 55-60, p. 55).

¹⁰ Nesse sentido, conferir: “*Article 74 reflects the general principle of full compensation. 1.1 Article 74 does not provide specific guidelines for calculating damages. Instead, it gives the tribunal the authority to determine the aggrieved party's "loss suffered ... as a consequence of the breach" based on the circumstances of the particular case. The purpose of Article 74 is to place the aggrieved party in the same pecuniary position it would have been in had the breach not occurred and the contract been properly performed. In other words, it is designed to give the aggrieved party the "benefit of the bargain."* Accordingly, Article 74 is to be liberally construed to compensate an aggrieved party for all disadvantages suffered as a result of the breach. However, all claims for damages, including under Article 74, are subject to limitations imposed by the doctrines of foreseeability and mitigation. 1.2 The principle of full compensation for breach of contract established by Article 74 is expressed in many national laws. In addition, the principle is set forth in both the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law (PECL). It is also consistent with decisions of many international tribunals.” (GOTANDA, John Y. **Opinion 6**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>. Acesso em: 19 abr. 2016).

¹¹ JOURDAIN, Patrice. **Rapport Introductoire**. Paris: Petites Affiches, nov. 2002, v. 232, p. 45-49.

princípio absoluto e admite temperamentos e limitações¹². A reparação, por vezes, pode ser limitada em razão da lei ou da convenção entre as partes (cláusula de exclusão ou de limitação do dever de indenizar e também pela cláusula penal), ou por ato do juiz, podendo também ser minorada se o credor não realiza os atos que estariam ao seu alcance para diminuir o próprio prejuízo¹³. A previsibilidade do dano contratual, que é o objeto central deste estudo, também é um limite evidente do princípio da reparação integral do dano¹⁴.

A responsabilidade por um ato lesivo (incluindo aqui o descumprimento) é composta por duas fases: o *an debeatur*, que estabelece a obrigação de ressarcir a cargo de um determinado sujeito; e o *quantum debeatur*, que determina quais das consequências danosas devem ser adstritas a essa obrigação. A distinção entre as duas etapas nem sempre é fácil, mas elas estão sempre presentes. Assim, no âmbito contratual, uma vez determinado que o devedor deve responder pelo descumprimento, é necessário estabelecer quais danos, entre todos os sofridos pelo credor em seguida ao descumprimento, devem ser suportados pelo devedor.

1.2 O PRINCÍPIO GERAL DE RESSARCIMENTO DO DANO NO DIREITO ROMANO

Pode-se, hoje, afirmar a existência de um princípio geral de ressarcimento do dano, especialmente o derivado do descumprimento contratual. Não foi assim, entretanto, em todas as etapas da história jurídica, fundamentalmente no Direito romano, quando a disciplina do ressarcimento do dano apresentava algumas incertezas e princípios nem sempre uniformes. O surgimento da obrigação de ressarcir o dano está intimamente ligado ao sistema processual romano. A disciplina do processo, no Direito romano, em particular

¹² Sobre as limitações, conferir: “*El principio de reparación integral, tal cual ha sido clasicamente reconocido, manda que el perjuicio sea el límite de la reparación. Se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio. Este principio forma parte del sistema de responsabilidad civil y más ampliamente aún, del sistema general de reparación del daño. Pero el hecho de ser un principio no significa que no comprenda limitaciones. En numeroso supuestos la indemnización no alcanza a la integridade del perjuicio sufrido. En todo caso, se tratará siempre de excepciones, las que, por esencia, no hacen sino confirmar la existencia, fuera de ellas, del principio y que, por lo mismo, adquieren un carácter restrictivo. Las excepciones son variadas. Algunas que derivan del funcionamiento mismo del sistema de reparación, otras en razones de tipo económico y, otras, tienen un fundamento legal, jurisprudencial o convencional.*” O autor coloca a previsibilidade do dano contratual dentro dos limites legais clássicos, que entende ser aqueles “*que han sido fijados por la ley civil desde su origen y, aun, fundados en principios históricos que ella reproduce.*” (ÁGUILA, Ramón Domínguez. Los límites al principio de reparación integral. **Revista Chilena de Derecho Privado**, dez. 2010, n. 15, pp. 9-28, p. 10 e 18).

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, tomo II, p. 492.

¹⁴ Nesse sentido, conferir: “*La prevedibilità è dunque un limite al principio dell'integrale riparazione del danno.*” (TUCCARI, Emanuele. La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale. **Rivista Mensile de Le Nueve Leggi Civili Commentate**, set. 2012, n. 9, pp. 565-579, p. 565).

a noção de ação, assumiu uma importância além daquela que se pode atribuir ao Direito Moderno¹⁵.

Os romanos criaram um intrincado sistema de ações com as quais individualizavam cada tipo de obrigação, sendo estranho a eles um conceito geral de indenização de danos e também o dever geral de reparação. Eles conheciam apenas casos particulares de danos concretos que determinavam o dever de indenizar, mas a extensão da indenização não necessariamente se fixava tendo em conta o prejuízo realmente sofrido, pois ela dependia do tipo de ação precedente. O sistema processual sofreu importantes variações nas diversas etapas históricas do Direito romano, podendo-se distinguir três sistemas processuais: período pré-clássico (*legis actionis*), período clássico (*per formulas*) e período pós-clássico (*cognitio extra ordinem*)¹⁶.

Não se conhece o procedimento utilizado para obter a satisfação do credor nos primeiros tempos do Direito romano. Supõe-se que eram adotadas formas arcaicas e rudes semelhantes às empregadas pelos povos primitivos, quando se fazia justiça com as próprias mãos. Uma vez superada a etapa primitiva, no Direito romano arcaico, a justiça era realizada mediante as *legis actionis*, que eram extremamente rígidas. O credor somente podia receber o montante exato da obrigação, sem considerar os prejuízos ulteriores que o seu descumprimento poderia ocasionar.

No período clássico regia o processo formulário no qual não se aplicavam os diversos procedimentos das *legis actionis*, mas apenas um único método. Existiam diversas ações, sendo que cada uma delas era caracterizada por uma fórmula redigida cuidadosamente, a qual permitia facilmente deduzir a causa e o conteúdo da respectiva obrigação. Nesse procedimento, o valor da condenação estava diretamente ligado à estrutura da fórmula utilizada, sendo que aquilo que o autor poderia obter em juízo dependia da ação que fazia valer. Assim, o autor poderia obter “*la suma nominal obligada, la aestimatio de la cosa litigiosa, el id quod interest creditoris, o bien la suma que el juez considerara apropiada conforme al bonum et equum*”¹⁷.

¹⁵ Sobre o ressarcimento do dano no Direito Romano, conferir: AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 19-22; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, pp. 24-26; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 5-11; PICHONNAZ, Pascal. **Prévisibilité du dommage et damnum extra rem**. Disponível em: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2014000200020. Acesso em: 02 jan. 2017.

¹⁶ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, pp. 41-42.

¹⁷ Id., *ibid.*, p. 44.

No processo formulário, que é o antecedente remoto da atual disciplina de ressarcimento de dano, toda condenação deveria ser expressa de forma monetária, sendo o ressarcimento o único conteúdo possível da sentença (a execução específica era ignorada). O conteúdo da prestação se transformava numa dívida monetária, não só quando a prestação original havia se tornado impossível, mas mesmo quando esta fosse possível e até preferível para o credor.

Toda *obligatio* tinha sua *actio* correspondente e sua fórmula continha os elementos fáticos e os pressupostos da condenação. A fórmula tinha uma estrutura mais ou menos fixa, composta principalmente de quatro partes: a *demonstratio*, a *intentio*, a *adiudicatio* e a *condemnatio*, sendo que cada uma delas cumpria um rol diverso, no sentido de orientar a atividade judicial¹⁸.

A *condemnatio* era a parte da fórmula que facultava ao juiz absolver ou condenar, podendo ser certa ou incerta, assim como a *intentio* (parte da fórmula que descrevia a hipótese apresentada pelo autor, que se restasse comprovada permitia pronunciar uma sentença contra o demandado)¹⁹. A *condemnatio* era certa quando ao juiz cabia condenar o devedor a uma soma de dinheiro estabelecida de antemão, sem efetuar nenhum tipo de estimação, limitando-se a repetir o que se dizia na *intentio*. O ressarcimento, nesses casos, era praticamente inexistente, uma vez que os prejuízos ocasionados pela mora não podiam ser reclamados.

A *condemnatio* era incerta, por sua vez, quando faltava correspondência com a *intentio* e ao juiz cabia proceder à valoração do objeto do litígio e fixar ele mesmo o valor da condenação. Não havia uniformidade para esta valoração, devendo o juiz se ater ao caso concreto. O juiz deveria estimar a condenação conforme a composição da *condemnatio*, que podia ser (a) em *quanta ea rest est*; (b) em *eius condemnato*; (c) em *quantum aequum videbitur*; e (d) em *id quod Ai interest*²⁰.

A fórmula mais difundida era a *quanta ea rest est*, que constituía a regra geral na matéria e se aplicava sempre que não houvesse uma fórmula diferente para o caso concreto. No geral, em virtude de tal fórmula, outorgava-se ao credor apenas a *aestimatio* da coisa litigiosa (montante exato da dívida), podendo-se excepcionalmente outorgar o *id*

¹⁸ Id., *ibid.*, pp. 45-53.

¹⁹ A *intentio* era certa se indicava com precisão o objeto da ação: uma coisa determinada, certa quantidade determinada de coisas pertencentes a um gênero, certa soma de dinheiro. E era incerta se fazia referência imprecisa ao objeto da ação, de modo que não era possível determinar *a priori* o montante da condenação.

²⁰ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, p. 48.

quod interest. A *aestimatio* era um método tipicamente objetivo, que levava em conta o valor da coisa como tal e não o significado que ela tinha no patrimônio do prejudicado. Outorgava-se ao credor o valor objetivo da prestação descumprida, e não o valor que ela representava para o credor.

Atribuir ao credor o *id quod interest* significava que o juiz deveria considerar todas as consequências patrimoniais da falta de prestação, considerando a importância que a prestação tinha para o credor (critério subjetivo de determinação do valor da condenação). Estabelecia-se a *summa condemnationis* com base nas condições particulares do credor, que deveria ficar indene de todos os prejuízos que o descumprimento lhe ocasionasse. Como pontuado por Lilian San Martín Neira, “[en] definitiva, la condena en *id quod interest* puede definirse como “la institución dirigida al restablecimiento de aquella situación que se habría tenido si no se hubiese producido la circunstancia que obliga al resarcimiento”²¹.

O *id quod interest* não era unitário e as fórmulas que o outorgavam eram de duas modalidades. Nas fórmulas que não incluíam a cláusula *ex fide bona* o juiz deveria considerar o valor que a prestação descumprida representava para o credor, enquanto que naquelas que incluíam tal cláusula, o juiz deveria considerar as circunstâncias da relação obrigatória, o que podia levar, inclusive, à redução da condenação em favor do devedor²².

No direito pós-clássico o procedimento que imperava era a *cognitio extra ordinem*, em que

*ya no existen las acciones, sin la actio, aun cuando podia tener variadas denominaciones o calificaciones, en las cuales influían razones teóricas o sistemáticas. El proceso justiniano se orienta en dirección a la unidad de la protección jurídica: así como una es la fuente del derecho, y uno es siempre el derecho, también una es la actio*²³.

A forma como os juízes deveriam determinar a *summa condemnationis* era o *id quod interest* (*ex fide bona*, quando se tratava de descumprimento), devendo julgar todos os casos, por expressa disposição legislativa, conforme a *aequitas*, ou seja, adaptando a solução às particularidades do caso concreto²⁴.

²¹ Id., *ibid.*, p. 50.

²² Id., *ibid.*, pp. 51-52.

²³ Id., *ibid.*, pp. 53-54.

²⁴ Id., *ibid.*, p. 55.

A Ciência Jurídica entrou em um processo de decaimento durante o período pós-clássico e, para se resolver conflitos entre privados, não era mais possível contar com a opinião dos jurisconsultos. Os juízes tinham o dever de julgar conforme a lei, a justiça e a equidade, mas só encontravam uma série de fórmulas e uma infinidade de comentários a seu respeito. Para dar uma resposta ao que seria justiça, lei e equidade, se remetia à jurisprudência, mas na obra dos juristas romanos se encontrava todo um regime que parecia justo apenas tendo em conta as fórmulas propostas²⁵.

Neste ambiente, a generalização do *id quod interest* (*ex fide bona* para o caso de descumprimento) como critério para determinação do valor da condenação se apresentou como um grande problema. No período clássico, o *id quod interest* estava limitado a certos tipos de casos que deviam ser resolvidos com grande sentido de justiça. Os juízes, nesse ínterim, se apoiavam na opinião dos grandes jurisconsultos, que davam seu parecer segundo as circunstâncias do caso concreto. No período pós-clássico, por sua vez, o *id quod interest* era aplicado a todos os casos de ressarcimento por pessoas que não tinham a preparação jurídica necessária para aplicá-lo corretamente²⁶.

Esses antecedentes levaram à introdução, por obra do imperador Justiniano (em uma Constituição de 531), de limites gerais ao valor da condenação, que foi uma das grandes inovações da época pós-clássica em matéria de ressarcimento dos danos. Diante das dificuldades apresentadas na matéria, Justiniano tentou simplificar as coisas mediante uma regra geral e peremptória²⁷.

Distinguem-se, nesse cenário, duas hipóteses de descumprimento e se estabelece uma diversa extensão de ressarcimento para cada uma delas. A primeira se refere aos

²⁵ Id., *ibid.*, p. 56.

²⁶ Id., *ibid.*, pp. 56-57.

²⁷ C.7.47.1: “*De las sentencias que se profieren respecto a los intereses: El emperador Justiniano, Augusto, a Juan, prefecto del Pretorio – Como se han llevado hasta lo infinito las antiguas dudas respecto a los intereses, nos ha parecido mejor restringir tal prolijidad, en cuanto es posible. 1. Así, pues, mandamos que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa cierta, como en las ventas y en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna de la cantidad del duplo; pero que en los demás casos, que parece que son inciertos, investiguen con sutileza los jueces, que se encargan de dirimir las causas, para que se restituya el dano que en realidad se infiere, y no se lleve por virtud de ciertas maquinaciones y de inmoderadas alteraciones a inextricables rodeos, no sea que elevándose el cómputo a lo infinito quede sin efecto por su propia imposibilidad, pues sabemos que es conforme la naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que se profieren con la competente moderación, o que por las leyes se establecen encerradas en ciertos límites. 2. Y esto lo comprende nuestra constitución no solamente respecto del daño, sino también en cuanto al lucro, porque también respecto a éste determinaron los antiguos el interés. Y sea para todos términos de la antigua prolijidad, conforme a lo que se ha dicho, el contexto de esta constitución. Dada en Constantinopla las Calendas de septiembre, después del consulado de Lampio y de Orestes, varones esclarecidos (531J).*” (TALCIANI, Hernán Corral. **Contratos y daños por incumplimiento**. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010, p. 142).

chamados “casos certos”, entre os quais se incluem o arrendamento, a venda e todos os contratos em geral, enquanto a segunda se refere aos chamados “casos incertos”. Nos casos certos a condenação não podia exceder o dobro do valor da coisa, enquanto que nos casos incertos, a valoração do montante do dano ficava a cargo do juiz²⁸. Não ficava claro, contudo, se o critério do dobro (*duplum*) se aplicava ou não à responsabilidade extracontratual.

Apesar das dúvidas que pairam sobre a origem e exato alcance do critério do dobro como limite máximo para o ressarcimento, duas coisas são claras: (a) o limite do dobro era conhecido e utilizado na época da redação do *Corpus Iuris* e, assim, passou aos juristas posteriores e foi abandonado apenas no século XII; (b) por expressa disposição do Imperador, o ressarcimento do dano contratual não podia superar o dobro, que era calculado com base no valor contratualmente assinado à prestação inadimplida. A partir do ano 531, então, a responsabilidade do devedor pelo descumprimento se limitava ao dobro da quantidade devida, a menos que o devido fosse uma quantidade incerta, caso em que se aplicava a moderação do juiz, que determinava o montante do ressarcimento, conforme o critério do *bonum et equum*²⁹.

1.3 O DIREITO CONTRATUAL NA FRANÇA ATÉ O SÉCULO XVI

É importante analisar brevemente a história do Direito francês, que determinou o método de quantificação dos danos ressarcíveis em diversos países. Para entender a influência que as normas sobre o ressarcimento de danos contidas no Código Civil francês tiveram na redação dos códigos civis latino-americanos, cabe conhecer os antecedentes de tais disposições, sua consagração legislativa e também a sua interpretação pelos primeiros tratadistas franceses³⁰.

²⁸ Nesse sentido, conferir: “*La regla que intenta limitar los daños reclamables por violación de contrato distingue dos situaciones: los casos en los que se debe una cantidad o cosa cierta [...], como en las ventas y arrendamientos y demás contratos, y “los demás casos que parece que son inciertos [...]. Para los primeros, se ordena que los intereses, esto es, lo que se cobra en caso de incumplimiento, no excedan del duplo de la cantidad o cosa cierta. En los supuestos inciertos, se deja la limitación al criterio de los jueces, pero estos son advertidos de que se trata de restituir el daño “que en realidad se infiere” y que no debe elevarse el cómputo artificialmente haciendo que su cumplimiento sea imposible. Esta determinación comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante (C.7.47.1).”* (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, p. 142).

²⁹ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, pp. 58-61.

³⁰ Sobre o tema, conferir: AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 22-23; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4, p. 16; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 16-17.

Para situar historicamente a problemática, é importante recordar que durante a época feudal e até antes do Código Civil francês entrar em vigor a França estava dividida em duas zonas: a zona norte-ocidental, governada por um direito consuetudinário, de matriz germânica, e a zona centro-sul, que havia acolhido o Direito romano.

No que se refere especificamente ao Direito Privado, o sistema contratual germânico, que foi imposto na prática, era muito primitivo. Um contrato consensual, que vinculava exclusivamente por força da vontade das partes, não era conhecido pelos bárbaros. Em geral, tudo aquilo que produzia efeitos obrigatórios assumia o caráter de delito e dava lugar à vingança privada. Na mesma linha, a responsabilidade contratual era tratada como um delito. Não havia critérios para determinar o montante da condenação e o devedor era submetido à prisão privada, era excomungado e a ele eram aplicadas penas infamantes e aflitivas que nasciam da garantia física do corpo. Na grande maioria dos casos o devedor respondia, inclusive, em casos fortuitos ou de força maior³¹.

Até o século XIV, em uma economia feudal, não havia surgido a necessidade de se estabelecer remédios específicos para o caso de descumprimento, sendo os critérios seguidos para a liquidação dos danos frequentemente empíricos. Davam-se, inclusive, soluções diversas para casos fundados nos mesmos fatos. Nos séculos XV e XVI, sobretudo na metade deste último, a atividade comercial e industrial se expandiu e trouxe consigo o renascimento do contrato consensual. A jurisprudência e a doutrina, contudo, não haviam elaborado princípios que servissem de guia para a responsabilidade contratual.

A única disposição legislativa que estabelecia um critério para a determinação do dano derivado do descumprimento era o art. 60 da ordenança de Orleans (Carlos IX-1560), que estabelecia que em caso de descumprimento de uma obrigação pecuniária o devedor era condenado a pagar os interesses fixados na mesma ordenança. Dava-se ao juiz uma ampla discricionariedade para determinar o montante da condenação. Diante da falta de uma disposição nacional que regulasse a matéria, a jurisprudência e os parlamentos franceses do século XVI aplicavam o *ius commune*, ou seja, aplicavam a Constituição de Justiniano contida no C.7.47, que originava diversos problemas³².

Os autores do *ius commune* dedicaram diversas páginas à extensão do ressarcimento, sobretudo à C.7.47, pois constituía a única disposição do *Corpus Iuris* que tratava abertamente do tema. A Constituição de Justiniano, entretanto, não era nada

³¹ Id., *ibid.*, pp. 136-137.

³² Id., *ibid.*, pp. 138-139.

pacífica e até hoje a doutrina não concorda com ela, sendo que um dos seus grandes problemas era a distinção entre “caso certo” e “caso incerto”. Da mesma forma, entre os problemas que os autores não conseguiam explicar estava a justificativa do limite do *duplum*. Não se sabia responder por que ao se tratar de “casos certos” o interesse extrínseco se limitava ao *duplum* e nem quais os parâmetros deviam ser seguidos pelos juízes na hora de determinar a quantia de ressarcimento nos “casos incertos”³³.

Esse panorama se manteve até o século XVII, com conflitos em torno da distinção entre “casos certos” e “casos incertos”. O que um tribunal considerava certo, outro considerava incerto, sem que houvesse algum critério geral a respeito. No auge do comércio, porém, e com o conseqüente aumento das contratações, surgiu a necessidade de uma interpretação adequada das normas sobre a quantia do ressarcimento. E essa missão foi cumprida por Charles Dumoulin (1500-1566), jurista de grande transcendência no Direito francês, cujo *Tractatus de eo quod interest* não apenas modificou o panorama até então existente, como também estabeleceu as bases do atual sistema de ressarcimento do dano contratual. Por essa razão, passa-se a estudar a obra de Dumoulin, pioneiro na ideia da previsibilidade como solução para resolver os problemas que se apresentavam³⁴.

1.4 DUMOULIN E DOMAT E O DANO PREVISÍVEL

Charles Dumoulin (*Molineus*, em latim) foi um jurista defensor do *droit coutumier*. Para ele, só se devia buscar auxílio no Direito romano diante da impossibilidade de se recorrer aos costumes franceses. Ao mesmo tempo, como explica Lilian San Martín Neira, Dumoulin era um grande seguidor do pensamento de Bartolo, o que o levava a valorar o Direito romano “*en pos de la utilización inmediata y concreta de sus reglas y principios, a*

³³ Nesse sentido, conferir: “Justinian, dissatisfied with the intricacies surrounding the concept of *quod interest* in the classical case law, issued a ruling (C 7.47.1, the so-called *lex Sancimus*) according to which the interest was not to exceed “*quantitas dupli*”, i.e. twice the value. He thus introduced an arbitrary cap on the damages to be awarded that was based on a clumsy generalisation. Since, moreover, the relevant text was poorly drafted, it presented considerable challenges to the interpretation skills of generations of lawyers. Twice the value of what? That was merely one of the issues that needed to be resolved.” (ZIMMERMANN, Reinhard. **Limitation of liability for damages in European Contract Law**. Disponível em: <https://www.academia.edu/12680057/LIMITATION_OF_LIABILITY_FOR DAMAGES_IN EUROPEAN_CONTRACT_LAW_REINHARD_ZIMMERMANN>. Acesso em: 07 jul. 2015).

³⁴ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, pp. 136-142. Sobre o tema também conferir: “*But while the quantitas dupli remained accepted, as far as contractual damages claims were concerned, by the authors of the German usus modernus as well as by pandectist doctrine, an interesting twist was given to the discussion of C 7.47.1 in French legal literature. It appears to have been Carolus Molinaeus (Charles Dumoulin) who for the first time attempted to rationalise the statutory limitation in terms of foreseeability.*” (ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2015).

fin de dar solución a los problemas que aquejaban a la sociedad francesa.” A autora pondera que, apesar de encontrar diversas dificuldades na leitura da Constituição de Justiniano, essa combinação de fatores o levou a reconhecer a sua plena validade, pois não havia no Direito Nacional francês uma regra relativa ao ressarcimento de danos. Para melhorar a aplicação da norma ele realizou uma interpretação que revolucionou o sistema vigente, sobretudo diminuindo consideravelmente a aplicação do *duplum*³⁵.

Dumoulin rechaçou as correntes distinções entre *interesse singulare*³⁶, *communis*³⁷ y *conventum* e *interesse extrinsecum* e *intrinsecum*, e defendeu que se tratavam de distinções que não levavam a nada. Ele conservou nominalmente a distinção entre interesse intrínseco e extrínseco, mas rechaçou a distinção entre eles na hora de determinar o *quod interest*. Afirmou, ainda, que o credor tem sempre direito ao interesse intrínseco, que se identifica com a prestação, e também ao extrínseco, entendido como o prejuízo que, além da privação do bem, o credor sofre em seus negócios e em seu patrimônio como consequência do descumprimento nos limites estabelecidos pela Constituição justiniana.

Essa regra tem uma exceção entre os devedores de somas em dinheiro, os quais não devem o interesse extrínseco, mas apenas os interesses legais e combinados. Essa exceção, em princípio, também se aplica à venda de coisas fungíveis. Dumoulin chega a tais conclusões mediante a análise de D.19.I.43, de onde se depreende que a ação *ex empto*, na falta de tradição, da mesma forma como no caso de evicção, tem dois objetos: (a) o principal é a restituição do preço que havia sido pago, ou a exoneração do que ainda se devia; (b) o segundo é o pagamento de todo o prejuízo que o comprador tenha experimentado pela falta de tradição ou pela evicção. Apenas este último equivale ao *id quod interest* a que faz alusão a Constituição justiniana e, por conseguinte, somente este pode ser certo ou incerto³⁸.

Para Dumoulin, a distinção entre os casos certos e incertos não depende do tipo contratual, mas das circunstâncias que originam a obrigação de ressarcimento. Para ele, a distinção dos danos certos e incertos depende do objeto da obrigação de ressarcimento, que não deriva do descumprimento e nem da privação do bem sofrida pelo comprador, mas da presença de um dano. Nesse sentido, Dumoulin sustenta ser distinto o caso em que o

³⁵ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, p. 143.

³⁶ Dano que depende das circunstâncias pessoais do prejudicado (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, p. 143).

³⁷ Dano que se determina pelo preço usual da coisa (Id., *ibid.*, p. 143).

³⁸ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, pp. 144-145.

vendedor não efetua a tradição, daquele em que entrega a coisa viciada, pois neste caso o vendedor não responde pela coisa, mas pelo prejuízo que tenha causado ao comprador. Assim, a não entrega ou evicção da coisa conferem à obrigação de ressarcimento um objeto específico certo, enquanto que a entrega de um bem viciado ou sem as qualidades prometidas confere um bem específico incerto, porque nesses casos o vendedor é responsável não pelo valor do objeto da prestação, mas pelos danos que tenha ocasionado ao patrimônio do comprador, dando lugar ao ressarcimento de todo o *id quod interest*³⁹.

É neste ponto que aparece a previsibilidade do dano. Dumoulin recorre à previsibilidade para explicar a justificativa do limite do *duplum* e para responder por que quando se tratava de casos certos o interesse extrínseco se limitava ao *duplum* e quais os parâmetros deviam ser seguidos pelos juízes na hora de determinar a quantia de ressarcimento nos casos incertos⁴⁰.

Dumoulin afirma, também, que a razão de ser de C.7.47 se deve ao fato de que o interesse extrínseco, nos casos certos ou incertos, não deve exceder os limites do objeto que, verossimilmente, apareciam no tempo do contrato, ou os limites do perigo assumido, ou do caso previsto, ou tacitamente aceito. Nos casos certos, o previsto era o *duplum*, pois o devedor não havia previsto, nem pensado assumir um dano ou perigo maior do que a coisa principal, mais do que ela custava. Já nos casos incertos, apesar de não haver uma quantidade para ser utilizada como referência, deve-se raciocinar da mesma forma e, em consequência, o montante previsto deve ser determinado pelo juiz, fazendo uso do *competens moderamen*.

Em resumo, Dumoulin unifica os casos certos e incertos sob uma mesma *ratio*: a previsibilidade do dano. Nos casos certos presume que o previsto não excede o dobro, enquanto que nos incertos outorga ao juiz uma ferramenta para indagar o “*quod re vera inducitur damnum*”, determinando assim quais danos alegados pelo credor devem ser atribuídos ao responsável e quais devem ficar fora do valor da condenação⁴¹.

³⁹ Id., *ibid.*, pp. 145-146.

⁴⁰ “[...] in 1546 Dumoulin concluded that the rationale of the constitution of Justinian was based on the fact that generally the debtor could foresee only such damage, i.e., the *duplum*. On the basis of this reasoning, Dumoulin established the general rule that compensable damage resulting from a breach of contract had to be limited to foreseeable damage.” (FERRARI, Franco. Comparative ruminations on the foreseeability of damages in Contract Law. *Louisiana Law Review*, 1993, v. 53, n. 4. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari9.html>. Acesso em: 27 ago. 2016).

⁴¹ Sobre a questão, conferir: “Dumoulin dirá que los ‘*casus certi*’ de la constitución de Justiniano son aquellos en los que el objeto originário de la deuda estaba determinado claramente en cuanto a la especie y cantidad. Para el cálculo de los daños propicia el uso de “*interesse singulare*” (Dumoulin, n. 85). Pero el monto del daño extrínseco no puede nunca exceder del doble del interes intrínseco (el valor de la prestación

Dessa maneira, Dumoulin alarga consideravelmente o campo dos casos incertos, superando em grande medida o limite rígido do dobro que, em princípio, permaneceu intacto quando se tratava dos danos ocasionados pela não entrega da coisa (simples descumprimento) ou pela sucessiva privação do bem entregue (evicção). Mas posteriormente surgiu um novo problema no que diz respeito à influência do dolo do vendedor. Com relação a tal questão, o autor afirma que em razão do dolo, a obrigação de ressarcimento constitui um “caso incerto”, gerando uma obrigação de ressarcimento autônoma, que não considera a previsibilidade, e o ressarcimento é absolutamente integral. Em consequência, quem atua com dolo fica obrigado a todo o dano que o credor tenha sofrido, inclusive o impensado ou imprevisto⁴².

No entendimento de Dumoulin, aqueles danos que são produto da culpa do credor são danos imprevisíveis. Os três exemplos que ele dá para ilustrar o funcionamento da previsibilidade se referem a danos atribuíveis à culpa do prejudicado. O primeiro caso trata da venda de jarros fabricados para a conservação de cervejas ou cidras que o comprador usa para a conservação de vinho. Os jarros, que não estão aptos a tal fim se rompem. O autor qualifica culposa a atitude do comprador e passa logo a determinar a sua responsabilidade. Sustenta que se o vendedor entregou jarros aptos para o fim combinado, somente o comprador incorreu em culpa, e a este deve imputar-se todo o dano. Nesta parte de sua obra Dumoulin corrobora a sua teoria sobre previsibilidade, sustentando que o vendedor não assumiu o risco de conservação do vinho e, por isso, não deve responder.

Se os jarros vendidos não fossem aptos sequer para conservar a cerveja ou a cidra, mas tivessem se rompido quando continham vinho, Dumoulin considera que esta foi a perda sofrida pelo comprador, já que agiu com culpa ao introduzir vinho nos jarros fabricados para cerveja. Aplicando a regra da compensação de culpa, o comprador não teria direito algum ao ressarcimento, pois a sua culpa (imprudência) compensa a do vendedor. Em outras palavras, pelo fato de o comprador incorrer em culpa, o vendedor não deve ver nem piorada e nem melhorada sua condição. Assim, em ambos os casos responderá apenas até o perigo expresso ou tacitamente previsto ao tempo do contrato, ou seja, o valor da cerveja ou da cidra que o comprador teria posto nos jarros.

tenido en cuenta por la previsión contractual). Según Demoulin la limitación del doble se justifica pues há de reputarse que el deudor no ha querido obligarse a más (n. 60). Aparece aqui ya formulado el criterio de la previsibilidad como regla común para los casos certi et incerti del texto del Codex [...] (Dumoulin, n. 60). Distinguirá entre daños próximos y daños remotos, excluyendo la indemnización de estos (Dumoulin, n. 12). Se funda en el texto del Digesto (D. 19.1.21.3).” (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, p. 144).

⁴² NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, p. 147.

No segundo exemplo dado por Dumoulin, uma pessoa tem duas casas de diferentes tamanhos e compra vigas para reconstruir a menor, mas depois mudando de ideia, decide usá-las para a casa maior. Se as vigas apresentam vícios, de modo que não teriam suportado nem o peso da casa pequena para a qual foram compradas, o autor não libera o vendedor da responsabilidade, mas a limita ao dano que teria sofrido a casa pequena, pois apenas este dano poderia ser previsto, já que se o comprador o tivesse advertido quanto ao destino que daria às vigas, este teria sido mais diligente⁴³.

O terceiro exemplo dado por Dumoulin se refere à compra de vigas para reparar uma casa, as quais se mostram inaptas para tal fim, pois enquanto a reparação é feita, a casa cai por causa das vigas, estragando os móveis que o proprietário havia deixado no seu interior. Para o autor, nesse caso a culpa do vendedor é condição *sine qua non* de todo o dano, mas entende que ele deve responder apenas pelo valor do edifício e não pelos móveis que estavam no seu interior, pois (i) apesar de se tratar de uma consequência imediata, não é uma decorrência necessária da destruição da casa; (ii) o vendedor não tinha previsto o perigo, senão aquele referido ao dano ao edifício; (iii) o comprador deve imputar a si mesmo a perda dos móveis que, podendo e devendo ser retirados da casa, foram expostos a um perigo que podia ter sido evitado; (iv) o vendedor é responsável apenas pelo edifício e aos elementos a ele inerentes e não por objetos que poderiam ter sido retirados da casa.

Para o autor, os móveis destruídos não devem ser ressarcidos porque ao não retirá-los da casa durante os trabalhos, o comprador agiu com culpa que gerou um dano não atribuível ao vendedor. O dano não é ressarcível porque era um dano evitável, e não necessário. O caso, no entanto, seria diferente se a casa caísse depois de terminados os trabalhos, pois nessa hipótese o vendedor deveria responder não apenas pelo valor do edifício, mas também pelos móveis que estivessem no seu interior⁴⁴.

A obra de Dumoulin também contém as bases das regras sobre a causalidade como critério de seleção do dano ressarcível. O autor sustenta que quando se trata de um caso incerto, a causa próxima do interesse (ressarcimento) não é a coisa em si mesma, mas o risco que se tem assumido expressa ou tacitamente. Retomando o exemplo das vigas viciadas, Dumoulin afirma que o risco assumido pelo vendedor não é pelas vigas em si, mas pelo efeito que estas ocasionam em toda a casa do comprador.

⁴³ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 143.

⁴⁴ POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., 2001, pp. 143-144.

Para o autor, o ato do credor não pode agravar a obrigação do devedor. Para tanto, analisa o caso do inquilino de uma casa incendiada culposamente, que não responde pelos danos causados ao proprietário do imóvel derivados de um contrato de compra e venda celebrado depois do contrato de aluguel. O autor afirma, no entanto, que essa regra não seria aplicada se o inquilino tivesse atuado com dolo, pois nesse caso responderia por todo o prejuízo. Em síntese, o autor defende que se deve ressarcir apenas o dano ocorrido imediatamente após e não aquele posterior que provenha de um novo ato (*novo casu*), mesmo considerando que o dano não teria ocorrido sem o incêndio. O autor, contudo, não explica o que seria esse “*novo casu*”⁴⁵.

Lilian San Martín Neira ressalta que embora os ensinamentos de Dumoulin remontem ao Direito romano, diante das semelhanças entre os exemplos trazidos e a casuística, a interpretação que ele dá ao problema dos danos evitáveis marca uma diferença que consiste, principalmente, na relação que há entre o dever de evitar o dano e a causalidade. No Direito romano a questão dos danos evitáveis se relacionava com a causalidade, sendo que para os seus juristas, os danos que o prejudicado poderia evitar se consideravam causados por ele e não pelo agente. Já Dumoulin esclarece que o dano consistente na destruição dos móveis não constitui uma consequência remota e, por isso, não é essa a razão de sua exclusão, mas sim o fato de se tratar de uma consequência não necessária. Ao considerar, porém, que a doutrina aceitou pacificamente que com a expressão “consequência remota” se faz referência àqueles danos que carecem de nexos causal com o ato lesivo, dever-se-ia entender que “não remota” é uma consequência que tem nexos causal com o ato lesivo, por conseguinte, as consequências não necessárias seriam causalmente ligadas ao ato lesivo, mas não ressarcíveis⁴⁶.

Na obra de Dumoulin a culpa do prejudicado se entrelaça com a previsibilidade do dano. Os três casos em que emerge claramente a culpa do prejudicado como justificativa para a limitação do ressarcimento estão inseridos na previsibilidade. Com eles, o autor quis demonstrar que o contratante descumpridor não responde por aqueles danos que não foram considerados no momento da contratação. Como consequência desse mesmo princípio, exclui do ressarcimento devido pelo inquilino que incendiou culposamente a casa, o dano sofrido pelo proprietário, com base num contrato de compra e venda celebrado entre este e um terceiro após a homologação do contrato de aluguel, colocando no mesmo nível o fato

⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 149.

⁴⁶ NEIRA, Lilian C. San Martín. *Op. cit.*, 2012, pp. 151-152.

culposo e o sem culpa, pois ambos dão lugar à imprevisibilidade do dano por parte do devedor.

Diferentemente de Dumoulin, Jean Domat (1625-1696), que colocou em prática as ideias jusnaturalistas de racionalização e sistematização do Direito em sua obra *“Les lois civiles dans leur ordre naturel”* (cuja primeira edição remonta a 1689), não fala de previsibilidade em termos gerais, mas utiliza o termo e revela em seus textos que a previsibilidade do dano era um limite ao ressarcimento⁴⁷.

Domat sustenta que o devedor que não cumpre a sua obrigação fica incumbido de ressarcir os danos previsíveis, os quais podem ser determinados pela natureza da obrigação ou pelo risco expressamente assumido no contrato. Para estabelecer este critério faz uso da distinção entre obrigações monetárias e todas as demais espécies de obrigações, afirmando que enquanto o devedor de uma soma de dinheiro está impossibilitado de prever o dano que seu descumprimento ocasionará no patrimônio do credor, porque o dinheiro não tem um uso particular, o devedor de qualquer outra espécie de obrigação, a partir da sua natureza, está em condições de prever o dano e a este está obrigado⁴⁸.

Em conclusão, para Domat, a possibilidade de prever o dano depende da função econômica que o objeto da obrigação está destinado a desempenhar. Assim, uma vez que a função do dinheiro é múltipla, presume-se que o devedor prevê apenas os interesses legais. Por outro lado, os demais devedores podem saber a qual dano estão obrigados se descumprirem o acordo, e a quanto podem ascender os danos que ocasionarem com o seu descumprimento.

Em Domat, no entanto, se encontra o problema da causalidade com todos os seus elementos. Para ele não há lugar para o ressarcimento das consequências demasiado distantes ou que tenham outra causa. E as consequências ressarcíveis deveriam também derivar necessariamente do descumprimento, devendo o devedor responder sempre que o credor tiver se comportado diligentemente. O dano evitável não é excluído do

⁴⁷ “El canon de la previsibilidad aparece ya explícito en las Leyes civiles de Jean Domat, al tratar de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar oportunamente la cosa vendida. Explica que “el provecho o pérdida para la computación de los daños y perjuicios debe limitarse a los que nacen del mismo retardo, y son una consecuencia tan natural y ordinaria, de modo que podían ya preverse”; en cambio, anota que los perjuicios “nunca deben hacerse extensivos a las consecuencias más lejanas e imprevistas, que son más bien un efecto extraordinario del orden divino que del retardo del vendedor.” (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, p. 145).

⁴⁸ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, pp. 157-158.

ressarcimento por se tratar de uma consequência distante do descumprimento, mas sim por não ser necessário⁴⁹.

1.5 O RESSARCIMENTO DO DANO NA OBRA DE POTHIER

A influência de Robert Joseph Pothier (1699-1772) nas normas sobre o *quantum* devido é conhecida, pois desde a promulgação do Código Civil francês se instalou a convicção de que, em relação a esta matéria, tal legislação não seria mais do que uma repetição literal dos ensinamentos do autor. Mas nem sempre se analisa com profundidade a obra desse autor e poucas vezes são advertidas as profundas diferenças que existem entre o Código Civil francês e o Tratado das Obrigações, de Pothier.

Da mesma forma como os juristas que redigiram o Código Civil francês foram influenciados pela obra de Pothier, este também foi influenciado por seus antecessores, especialmente Dumoulin, cuja doutrina adotou quase em sua integralidade⁵⁰. Mas Lilian San Martín Neira, que fez uma análise profunda de sua obra, mostra que Pothier foi além⁵¹.

A obra de referência de Pothier é o “*Tratado das Obrigações*” (“*Traité des obligations*”), que se apoia diretamente no Digesto, afirmando que quem descumpre as suas obrigações deve ressarcir o dano causado, tanto o emergente como o lucro cessante⁵². Para Pothier, contudo, é necessário “que não se submeta o devedor, indistintamente, a indenizar o credor por todas as perdas que o não cumprimento de sua obrigação lhe tenha ocasionado e, menos ainda, por todos os ganhos que o credor poderia obter, caso o devedor tivesse cumprido sua obrigação.” Em síntese, a premissa que leva Pothier a elaborar todas

⁴⁹ Id., *ibid.*, pp. 158-166.

⁵⁰ Nesse sentido, Talciani ressalta que o tratado de Dumoulin foi constantemente citado na obra de Pothier, o que deixa manifesta a sua influência, mas coloca que a originalidade de Pothier “*fue haber reducido las múltiples reglas del antiguo comentarista francés a una sola: sólo se responde de los daños que se han previsto o podido prever, y todos los casos son reducidos a este principio fundamental.*” (TALCIANI, Hernán Corral. *Op. cit.*, 2010, p. 207).

⁵¹ NEIRA, Lilian C. San Martín. *Op. cit.*, 2012, pp. 166-179.

⁵² “Chama-se perdas e danos, a perda ou prejuízo que alguém tem, ou ganho que alguém deixa de realizar; esta é a definição dada pela Lei 13 (L. Rat. REM hab.): *Quantium mea intefruit: id est quantum mihi est, quantumque lucrari potui.* Quando, pois, diz-se que o devedor está obrigado ao pagamento por perdas e danos ao credor, como resultado do não cumprimento da obrigação, isso quer dizer que deve indenizar ao credor pela perda que lhe causou, e pelo benefício do qual a inexecução da obrigação o privou.” (POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, 2001, p. 139).

as distinções que formula é restringir a obrigação de ressarcimento do devedor, se baseando na equidade natural⁵³.

Afirma-se, normalmente, que a disciplina do dano previsível em Pothier é a mesma apresentada por Dumoulin, chegando-se a asseverar que Pothier não teria agregado nada de original à teoria do dano previsível. Há, no entanto, uma diferença básica entre os dois autores: Dumoulin utiliza a teoria da previsibilidade como justificação para a existência do limite do *duplum* contido na Constituição de Justiniano, assim como para dar aos juízes um parâmetro para exercerem sua competente moderação. Pothier, por sua vez, tendo descartado de antemão a obrigatoriedade de tal limite, não necessitava da previsibilidade. Pothier recupera a distinção entre dano intrínseco (ressarcível) e dano extrínseco, que Dumoulin havia abandonado, e recorre à teoria da previsibilidade para sustentar o ressarcimento do dano extrínseco, em si mesmo não ressarcível⁵⁴.

Segundo os escritos de Dumoulin, Pothier afirma que

[quando] não se pode recriminar o devedor por nenhum dolo, e seja apenas por uma simples falta que deixou de cumprir sua obrigação, seja porque se comprometera temerariamente a algo que não poderia cumprir, ou porque depois, por sua falta, ficou sem condições de cumprir seu compromisso, nesse caso o devedor está obrigado somente a perdas e danos que poderia ter previsto quando do contrato, e que o credor poderia vir a sofrer pela inexecução da obrigação, pois o devedor é reputado como não se tendo submetido a outras.

E acrescenta que normalmente

reputa-se que as partes previram somente perdas e danos que resultariam ao credor pelo não cumprimento da obrigação, e em relação à coisa que é objeto dessa obrigação, e não aquelas que a inexecução da obrigação causaria a seus outros bens. É por isso que, nesse caso, o devedor não é considerado responsável por estas últimas, mas apenas por aquelas sofridas em relação à coisa de que era objeto a obrigação: *damni et interesse, propter ipsam rem non aditem*⁵⁵.

Como exemplo, Pothier supõe que vendeu um cavalo a alguém se obrigando a fazer a entrega dentro de certo prazo que não conseguiu cumprir. Pondera que se nesse meio

⁵³ “[...] é preciso distinguir diferentes casos e diferentes espécies de perdas e danos; também é necessário, segundo os diferentes casos que possam apresentar-se, utilizar de certa moderação na determinação e avaliação daqueles que são devidos.” (Id., *ibid.*, p. 139).

⁵⁴ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, p. 168.

⁵⁵ POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., 2001, pp. 139-140.

tempo o preço dos cavalos subir, aquilo que o comprador pagar a mais por não ter adquirido o seu cavalo será um prejuízo pelo qual lhe deve indenização, pois é um prejuízo que se relaciona à coisa que foi objeto do contrato e que ele poderia prever que o comprador sofreria. Pothier explica, contudo, que se este comprador fosse alguém agraciado com muitos proventos e que por culpa dele não lhe ter entregado o cavalo não pôde chegar a tempo ao lugar em que recebe seus abundantes benefícios, nesse caso ele não seria responsável por tal perda, por mais que o descumprimento de sua obrigação a tivesse causado, pois este é um prejuízo estranho àquilo que era objeto de sua obrigação “*e que não foi previsto quando se celebrou o contrato*”, a cuja reparação não se pode dizer que tivesse se submetido ao contratar⁵⁶.

Pothier ressalta, no entanto, que “algumas vezes o devedor é responsável por perdas e danos ao credor, mesmo que extrínsecos, a saber: quando aparentemente foram previstos pelo contrato e o devedor responsabilizou-se por eles de uma maneira tácita ou expressa, em caso de não cumprimento de sua obrigação”. E aqui Pothier volta ao exemplo da venda do cavalo a uma pessoa agraciada com muitos proventos, mas com uma cláusula expressa no contrato pela qual se obrigava a entregar o cavalo para que chegasse a tempo ao lugar onde recebe seus abundantes benefícios. Explica que nesse caso, se por sua culpa não cumprir a obrigação, mesmo que sem dolo, e o comprador não conseguir encontrar facilmente outro cavalo nem uma carruagem, estará obrigado ao pagamento dos danos extrínsecos resultantes da perda que ele sofrer em seus benefícios, pois “pela cláusula do contrato, o risco do prejuízo estava previsto e expresso”, considerando-se, portanto, que ele se encarregou desse risco⁵⁷.

De igual modo, Pothier afirma que se uma casa for alugada a alguém que é comerciante, para que a converta em um armazém ou pousada, e ele for prejudicado no desfrute desta casa por culpa do seu proprietário, este lhe deve indenização por perdas e danos que não se limitarão somente aos custos da mudança, mas que poderão resultar do aumento do preço dos aluguéis. Fará parte deles, também, a perda que ele vier a sofrer em suas relações comerciais, caso não encontre outra casa no quarteirão, visto que lhe tendo alugado a sua casa para que dela fizesse um armazém ou pousada, “estes danos são daqueles cujo risco foi previsto” e aos quais é reputado por submetido⁵⁸.

⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 140.

⁵⁷ Id., *ibid.*, p. 141.

⁵⁸ Id., *ibid.*, p. 142.

Retomando os exemplos dados por Dumoulin, Pothier sustenta que a previsibilidade pode ser proveniente da assunção expressa do risco, da profissão ou do ofício do devedor. Nessa linha, o autor dá o exemplo de uma pessoa que lhe vendeu certo lote de madeiras das quais se serviu para escorar a sua casa que se arruinou por causa da má qualidade da madeira. Explica que se o vendedor não for alguém entendido no assunto, cujo efeito ignorava, as perdas e danos consistirão somente em uma redução sobre o preço que lhe pagou ao comprar por bom o que era defeituoso, e não se estenderão à perda que sofreu pela ruína de sua casa, pois o vendedor lhe atendeu de boa-fé e a obrigação que ele tinha em conhecer a qualidade da madeira não era maior que a dele, não se reputando que o vendedor se responsabilizou por esse risco⁵⁹.

Complementa, contudo, que se aquele que lhe vendeu as madeiras for um profissional do ramo, como um carpinteiro, e que tenha vendido as escoras para sustentar sua casa, estará obrigado ao pagamento das perdas e danos que resultem da ruína da casa, “e não lhe será admitida a desculpa de que acreditava serem boas e suficientes, porque, ainda que dissesse a verdade, esta ignorância de sua parte não poderá ser perdoada em uma pessoa que exerça publicamente uma profissão, qualificada e uma arte.” Para Pothier, ao lhe vender tais escoras para aquela finalidade e em sua qualidade de carpinteiro, declarou-se incurso nas responsabilidades consequentes para o caso das madeiras serem inadequadas, sendo responsável pelo risco que a casa correria⁶⁰.

Pothier conclui, entretanto, que o vendedor “*só deve ser responsabilizado do risco pelo qual se tenha encarregado, e por nada mais*”, razão pela qual afirma que se o carpinteiro lhe vender suas madeiras para sustentar uma certa casa e ele se servir delas para escorar outra de porte maior, não estará obrigado ao pagamento das perdas e danos resultantes da ruína da casa maior, além da quantia ou valor da casa pequena, já que tendo vendido as escoras somente para sustentar a casa pequena, entende-se que pretendeu se responsabilizar pelos riscos das perdas e danos que ele viesse a sofrer pelo valor desta, não devendo-se se estender a responsabilidade para além disso⁶¹.

Quanto às perdas e danos a que está obrigado um devedor por culpa de não ter cumprido a sua obrigação, Pothier observa que “para o caso em que não possa ser recriminado por nenhum dolo e quando as perdas e danos são consideráveis, não devem ser

⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 142.

⁶⁰ Id., *ibid.*, pp. 142-143.

⁶¹ Id., *ibid.*, p. 143.

taxados e pagos de maneira muito rigorosa, mas com uma certa moderação.” Ele pondera que é sobre este princípio que Justiniano ordena que as perdas e danos que se referem somente à coisa que foi objeto da obrigação “não podem ser taxados além do dobro do valor dessa coisa, já compreendendo o seu valor”⁶².

De acordo com Pothier, ao se obrigar o devedor ao pagamento por perdas e danos que resultariam da inexecução de sua obrigação, este

reputa-se como não tendo entendido nem desejado obrigar-se a mais do que pela quantia que racionalmente, em perdas e danos, pudesse prever como avaliação máxima, e a nada mais do que isso; está dito, portanto, que quando essas perdas subam a um valor excessivo, ao qual o devedor jamais pudesse imaginar que chegassem, devem reduzir-se e moderar-se a uma quantia em que racionalmente se pode pensar que poderiam chegar como máximo, porque ao devedor deverá reputar-se como não tendo se obrigado a mais⁶³.

Pothier ressalta que a lei de Justiniano, na parte que limita a moderação das perdas e danos excessivos precisamente ao dobro do valor da coisa “é nisso uma lei arbitrária”. Ele afirma, porém, que o princípio baseado na razão e na equidade natural em que está fundado (que não permite que um devedor a quem não se possa censurar por dolo seja condenado ao pagamento das perdas e danos que resultem da inexecução de sua obrigação além da quantia que ele pudesse imaginar como máxima) deve ser seguido, moderando-se as perdas e danos conforme esse princípio, “quando se encontrarem excessivos, deixando esta moderação ao arbítrio do juiz”⁶⁴.

Pothier também ressalta que a redução das perdas e danos ao dobro do preço da coisa que foi objeto da obrigação primitiva só tem aplicação quanto àqueles que são devidos apenas em relação à coisa, e que não pode ser admitida em relação às perdas e danos que o credor tenha sofrido *extrinsecus* a seus outros bens “*quando o devedor a eles se submeteu de uma forma tácita ou expressa*”, porque não sendo devidas em relação à coisa que foi o objeto da obrigação primitiva, não podem ser reguladas pelo valor dessa coisa, pois podem atingir muito mais do seu valor. Manifesta, entretanto, que ainda em relação a esses danos extrínsecos, “deve-se usar de moderação quando se encontrem excessivos, e não se deve condenar o devedor a um valor acima do valor máximo que, nesse caso, racionalmente ele pudesse imaginar que atingissem.”

⁶² Id., *ibid.*, pp. 144-145.

⁶³ Id., *ibid.*, pp. 145-146.

⁶⁴ Id., *ibid.*, p. 146.

O autor dá como exemplo a venda de tonéis ruins por um torneleiro que causa a perda dos vinhos neles depositados. Explica que se colocasse nos tonéis um vinho importado ou um licor de preço caríssimo, que se perdesse por defeito nos tonéis, o torneleiro não deveria ser obrigado a lhe indenizar integralmente por esta perda, mas só até a ocorrência do preço do melhor vinho do país, pois ao lhe vender os tonéis não entendeu se encarregar por outro risco, por não prever que ele colocaria neles um vinho ou um licor tão caro⁶⁵.

Para Pothier, com tamanha clareza e exatidão para aquela época, a previsão tácita do dano emana das circunstâncias concretas do negócio celebrado⁶⁶. Mais do que uma previsão tácita, constitui uma presunção de previsão, deduzida do conhecimento (real ou presumido) que o contratante inadimplente tem do destino que o outro contratante dará ao objeto do contrato. Uma vez estabelecido que os danos ressarcíveis são apenas os previstos (ou previsíveis) expressa ou tacitamente, ao tempo da celebração do contrato, o autor ressalva que essa limitação se aplica apenas em caso de descumprimento culposo, não doloso, caso em que o devedor responderá indistintamente por todos os danos⁶⁷.

Estabelecido que o limite da previsibilidade somente tem lugar quando se trata de devedor que descumpre a obrigação com culpa, Pothier passa a analisar os danos a que o devedor doloso deve responder, utilizando o famoso exemplo da vaca doente. Pelo exemplo de Pothier, o agricultor compra uma vaca com uma doença contagiosa que morre e contagia todo o seu rebanho. Com a falta dos animais o agricultor não pode cultivar a terra e diante da falta do cultivo não pode fazer frente a suas obrigações e acaba perdendo seus bens. De todos esses danos, Pothier sustenta que o vendedor deve responder pela perda da vaca e dos demais animais, mas não pelos outros danos que foram uma perda distante e não necessária, que podem ter outras causas.

Para Pothier, essa é a regra geral a ser seguida: “somente não se deve incluir nas perdas e danos, pelas quais um devedor é responsável por motivo de dolo, aqueles danos que são uma consequência distante, e que não são uma consequência necessária, pois eles podem ter outras causas.” O autor explica que no exemplo da vaca doente, o comerciante

⁶⁵ Id., *ibid.*, pp. 146-147.

⁶⁶ Sobre esse ponto, vale conferir: “*La justification de la prise en compte de la prévisibilité du dommage pour la réparation est - selon Pothier - liée à la promesse (propter ipsam rem) qui fonde l'engagement de la partie au contrat, promesse qui définit (directement) les obligations de son auteur dans le cadre du contrat. Cette promesse constitue, d'une part, la base du contrat lorsqu'elle est acceptée; d'autre part, elle définit directement les contours de l'obligation qu'elle fonde.*” (PICHONNAZ, Pascal. Op. cit., 2017).

⁶⁷ Id., *ibid.*, pp. 147-148.

não será responsável pelos danos sofridos pelo sequestro dos bens do agricultor, visto que este resultado é só uma consequência distante de seu dolo e não uma relação necessária, porque mesmo que a perda do gado causada pelo dolo tenha influenciado no desequilíbrio dos bens do agricultor, esse desequilíbrio pode ter outras causas. Ele afirma que isso está de acordo com a doutrina de Dumoulin⁶⁸.

Pothier ainda pontua que as perdas e danos que resultem do dolo do devedor diferem das perdas e danos ordinários e que a moderação que é observada quanto a estes não se observa em relação a perdas e danos resultantes de dolo do devedor. Ele destaca que a razão da diferença é evidente, pois a moderação que se pratica em relação às perdas e danos ordinários está fundada no princípio de que “não se pode reputar um devedor como tendo desejado obrigar-se por perdas e danos a uma quantia maior do que aquela por ele imaginável como sendo o valor máximo que as perdas e danos poderiam atingir, e às quais seria submetido em caso de inexecução de sua obrigação”, não podendo esse princípio ter aplicação às perdas e danos que resultem do dolo, porquanto quem o comete se obriga indistintamente à reparação do dano que o dolo causar⁶⁹.

Vale destacar que no momento de abordar o *quantum* do ressarcimento Pothier não faz uma divisão como se costuma fazer atualmente entre causalidade e previsibilidade. O autor aborda o argumento sob outra perspectiva: a divisão entre o devedor culposo e o doloso, respondendo este último, inclusive, pelos danos imprevisíveis, sempre que sejam uma consequência imediata (não distante) e necessária do descumprimento.

Conclui-se pela análise da obra de Pothier que o autor identifica três critérios para a seleção do dano ressarcível: previsibilidade, imediatez e necessidade. A previsibilidade, em resumo, se refere ao risco expresso ou tacitamente assumido pelo devedor ao tempo do contrato, de modo que uma variação de circunstâncias depois desta data não deve ser considerada no momento do cálculo do dano, a menos que o devedor descumpra com dolo. A imediatez, por sua vez, se opõe às consequências distantes ou remotas, que provenham de um *novo casus*, entendendo como tal não apenas aquele superveniente ao descumprimento, mas todo evento autônomo, independentemente do descumprimento, seja anterior, concomitante ou posterior, que coloque o credor em posição de anormalidade. E,

⁶⁸ Id., *ibid.*, pp. 148-149.

⁶⁹ Id., *ibid.*, pp. 149-150.

finalmente, as consequências não necessárias são aquelas que o credor poderia evitar mediante um comportamento diligente⁷⁰.

1.6 O CÓDIGO CIVIL FRANCÊS E A OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO

O Código Civil francês estabeleceu uma disciplina diferenciada para atender os casos em que a obrigação de ressarcir emanava do descumprimento de uma obrigação previamente contraída (arts. 1149-1153) ou quando se tratava de um ato lesivo (art. 1382), estabelecendo uma cláusula geral que ordena a reparação de todo o dano causado com dolo. Desde o início dos trabalhos os seus redatores examinaram de maneira separada o ressarcimento contratual e extracontratual, sendo que os limites estabelecidos nos arts. 1149 a 1151 foram direcionados exclusivamente ao dano contratual, enquanto que para o extracontratual não se estabeleceu nenhum tipo de limitação⁷¹.

A disciplina do dano contratual constante do Código Civil francês está inspirada na obra de Pothier⁷², mas como bem ponderado por Lilian San Martín Neira, se devem

⁷⁰ Nesse sentido, conferir: NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, pp. 178-179.

⁷¹ Sobre o tema, conferir: “*Ainsi, au lieu d’être tenu de la totalité du préjudice, le débiteur dont la faute n’est pas intentionnelle n’est tenu que du seul dommage prévisible. Tandis que la faute contractuelle intentionnelle oblige son auteur a une réparation intégrale, la faute contractuelle non intentionnelle ne contraint qu’a la réparation du dommage prévisible. Une situation de faveur est faite par la loi “a l’auteur de la faute contractuelle non intentionnelle. On se rappelle qu’au contraire en matière délictuelle la faute, même non intentionnelle, oblige a la réparation intégrale. Ici le juge, pour fixer l’étendue de la réparation, doit rechercher si la faute commise par le contractant est ou non dolosive. [...] Tout en matière contractuelle, repose, en effet, sur la prévision. Chacune des parties ne s’engage envers l’autre qu’en prévision des avantages que lui procurera le contrat. Elle prévoit leur inexécution et les conséquences qui en résulteront a sa charge. Il ne faut donc pas qu’au cas ou elle ne peut exécuter et ou elle commet alors une faute contractuelle, elle soit tenue des conséquences de cette faute qui étaient imprévisibles au moment du contrat. Elle ne pouvait, lorsqu’elle s’est engagée, prévoir qu’elle serait tenue jusque-la; elle n’a pas consenti à plus; elle ne doit pas plus. “D’origine contractuelle, as responsabilité ne saurait être mise en oeuvre que dans la limite des prévisions du contrat”. On comprend alors que la règle ne s’applique pas en matière délictuelle. Si l’engagement contractuel dépend de la seule volonté des parties, qui em limite ainsi l’étendue aux obligations prévisibles, Le débiteur délictuel est lié malgré lui; as volonté ne saurait suffire “a limiter son obligations”.* (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. Tome III. 5e. éd. Paris: Montchrestien, 1958, pp. 509-510)

⁷² Sobre o Código Civil francês, conferir: “*Los criterios de Pothier cristalizaron en dos normas del Código Civil francés recogidas en sus artículos 1150 y 1151 [...]. El art. 1150 dispone que el deudor no será obligado más que por los daños y perjuicios que han sido previstos o que há podido prever en el tiempo del contrato, siempre que la inexecución no sea dolosa. El precepto siguiente, el art. 1151, se ocupa justamente del deudor doloso, disponiendo que los perjuicios indemnizables, (sean los referidos a la perdida experimentada por el acreedor o la privación de una ganancia), no son otros que aquellos que sean una consecuencia “inmediata y directa de la inexecución de la obligación”. De esta manera, los limites a la indemnización son dos y su aplicación depende del grado de reprochabilidad del deudor. Si actuó con dolo, se indemnizan todos los daños cuya causa directa e inmediata sea el incumplimiento. Si actuó sin dolo, solo se indemnizan los daños directos que hayan sido previstos o que se hayan podido prever. El primer limite es de causalidad, el segundo es de previsibilidad “al tiempo del contrato”. Discutieron los codificadores si debía seguirse a Pothier entregando al juez una facultad discrecional para moderar la indemnización. Finalmente, se convino en que ello no era conveniente.” (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, p. 147).*

colocar em evidência duas coisas que nem sempre são levadas em consideração. Em primeiro lugar, para Pothier não devem ser ressarcidos os danos que sejam uma perda distante e não necessária, ou que possam ter outras causas, no entanto, os codificadores se ativeram à primeira parte, escrevendo, em termos positivos: consequências mais distantes # imediatas; consequências indiretas # diretas.

Como bem pontuado, afirmar que a limitação do ressarcimento está ligada às “consequências imediatas e diretas”, ação supostamente tomada por Pothier, é atribuir ao autor algo que ele não disse, porque ele partia da base de que havia certas circunstâncias que, não obstante mais distantes ou provenientes de outro ato em concomitância com o descumprimento (indiretas), deviam ser igualmente ressarcidas, sempre e quando tivessem um grau de conexão tal que deviam ser consideradas consequências (não apenas distantes) do descumprimento, e também necessárias.

Em segundo lugar, para expor o significado da expressão “consequências imediatas e diretas”, os redatores do Código Civil francês usavam as mesmas fórmulas que Pothier empregava para falar daquilo que considera previsto pelas partes: “aquelas perdas que digam relação com a coisa mesma, e não aquelas outras que sofre o credor em seus outros negócios ou em seus outros bens.” Para os redatores do Código Civil francês as consequências imediatas e diretas são aquelas que os medievais chamavam de interesses intrínsecos, pois era precisamente a estes que Pothier fazia referência com suas palavras. Pothier, no entanto, jamais entendeu limitar o ressarcimento dessa forma, tendo o seu pensamento sido tergiversado.

Em síntese, ao estabelecer no art. 1151 que no caso de dolo o ressarcimento se limitará às consequências imediatas e diretas, os redatores do Código Civil francês truncaram a doutrina de Pothier e criaram uma fórmula em que apenas os danos derivados

Ainda sobre a regra prevista no Código Civil francês, conferir: “*Cette règle de la limitation de la réparation au montant du dommage prévisible dans le cas de faute contractuelle no dolosive n’est pas une innovation des rédacteurs du Code civil. Ceux-ci l’ont trouvée dans l’ancien droit où elle s’était lentement dégagée. Elle a eu pour point de départ une constitution de Justinien limitant l’indemnité au double de de valeur de la chose ou de la quantité sur laquelle porte le contrat, dans tous les contrats “qui habent certam quantitatem vel naturam”, c’est-à-dire dans la plupart des contrats. Les commentateurs de cette constitution exclurent la limitation dans le cas de dol du débiteur. Les glossateurs ajoutèrent une limitation aux dommages subis par la chose même, objet du contrat. Pour l’expliquer, Dumoulin indiqua que le débiteur n’est pas tenu du dommage qu’il n’a pu prévoir. On vit alors l’explication pendre la valeur d’une règle et remplacer toute autre limitation. Domat, plus Pothier, purent affirmer, d’une part, que le débiteur contractual n’est tenu que du dommage prévisible, mais qu’il est tenu de tout le dommage prévisible sans aucune autre limitation, et, d’autre part, que le dol du débiteur exclut la limitation au dommage prévisible*”. (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. Op. cit., 1958, p. 510).

imediate e exclusivamente do descumprimento devem ser ressarcidos, o que torna a inteligência do texto complicada⁷³.

Cabe destacar que o Código Civil francês foi recentemente alterado pela *Ordonnance* 2016-131, aprovada em 10 de fevereiro de 2016, que encaminhou uma ampla reforma nas matérias do Direito dos Contratos, do regime geral e da prova das obrigações. A *Ordonnance* 2016-131 promoveu alterações naquele que desde o século XIX foi o código mais influente na Europa e na América Latina. Grande parte da reforma se deve à atualização da relevante criação jurisprudencial relativa às obrigações e contratos.

A *Ordonnance* 2016-131 entrou em vigor em 01 de outubro de 2016 e entre as diversas alterações no Direito dos Contratos, fez uma ampla revisão na disciplina da inexecução dos contratos (arts. 1219 a 1231-7). De acordo com o art. 9º, a reforma só se aplica aos contratos celebrados a partir de 01 de outubro de 2016, com exceção de três dispositivos (art. 1123, 1158 e 1183).

A regra da previsibilidade do dano foi mantida, com pequenas alterações na redação do dispositivo, que o deixaram mais claro. Enquanto o art. 1150 do Código Civil previa que “[le] débiteur n’est tenu des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est point exécutée”, o art. 1231-3 estabelece que “[le] débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou que pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l’inexécution est due faute lourde ou dolosive.” A inovação é que o art. 1231-3 consagrou o entendimento jurisprudencial sobre o tema, igualando a falta grave ao dolo⁷⁴.

⁷³ NEIRA, Lilian C. San Martín. Op. cit., 2012, pp. 182-184.

⁷⁴ Sobre o tema, conferir: “Le débiteur est en principe tenu de la perte subie et du gain manqué par le créancier du fait de l’inexécution (art. 1231-2). Le contenu de l’ancien article 1149 est ici intégralement repris. Seuls les dommages prévisibles au jour de la conclusion du contrat doivent être indemnisés, sauf faute lourde ou dolosive (art. 1231-3). La règle classique de l’ancien article 1150 est conservée. Le contrat étant un instrument de prévision, le débiteur ne s’engage pas, sauf clause contraire, à prendre en charge en cas d’inexécution les dommages qu’il ne peut prévoir au jour où il s’engage. L’ordonnance modifie légèrement la formule de l’ancien article 1150 en consacrant la jurisprudence qui soumet la faute lourde au même régime que la faute dolosive. On dit que la faute lourde est équipollente au dol. La faute dolosive consiste en une inexécution intentionnelle du contrat. La faute lourde est une faute d’imprudence délibérée tellement grave qu’elle fait en quelque sorte présumer l’intention du débiteur de ne pas exécuter le contrat, même si cette intention n’est pas caractérisée stricto sensu (sinon il s’agirait d’une faute dolosive). Il est regrettable que l’ordonnance ne précise pas le mode d’appréciation de la faute lourde. La jurisprudence était très confuse sur ce point en matière de clauses limitatives de réparation (rappelons que la faute lourde neutralise l’efficacité des clauses limitatives de réparation), oscillant entre conception subjective et conception objective de la faute lourde. Selon la conception subjective, il y a faute lourde lorsque le comportement du débiteur (le sujet) est particulièrement grave et dénote son inaptitude à exécuter ses engagements. Selon la conception objective, il y a faute lourde lorsque l’obligation inexécutée était une obligation essentielle, c’est donc l’importance de l’obligation violée qui importe (l’objet) et non le comportement du débiteur (le sujet). La Cour de cassation, après une période d’hésitation, a clairement

A manutenção da regra da previsibilidade pela *Ordonnance* 2016-131, que promoveu diversas alterações e modernizou o direito francês, indica que ela continua sendo uma regra eficiente de limitação de danos, como se verá mais adiante.

No relatório apresentado ao Presidente da República relativo à *Ordonnance* 2016-131, destacou-se a inclusão da falta grave no art. 1231-3, ao lado do dolo, como exceção à aplicação da regra da previsibilidade. Destacou-se, ainda, que o referido artigo traz uma das especificidades mais importantes da responsabilidade contratual, qual seja, de que o contrato é essencialmente um instrumento de previsibilidade, razão pela qual faz sentido a limitação da reparação do dano previsto ou previsível no momento da conclusão do contrato, exceto nos casos de dolo ou culpa grave. Ponderou-se que mesmo nessas hipóteses, o art. 1231-4 indica que apenas as consequências diretas e imediatas da inexecução podem ser indenizadas⁷⁵.

tranché en faveur de la conception subjective en matière de clauses limitatives de réparation.” (FRANÇOIS, Clément. Présentation des articles 1231 à 1231-7 de la nouvelle sous-section 5. **La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat.** Disponível em: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contracts/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect5-responsabilite-contractuelle/>. Acesso em: 02 jan. 2017).

⁷⁵ “L’articles 1231-3 et 1231-4 sont conformes aux articles 1150 et 1151, mais consacrent en outre la jurisprudence assimilant la faute lourde au dol, la gravité de l’imprudence délibérée dans ce cas confinant à l’intention. L’article 1231-3 rappelle l’une des spécificités les plus importantes de la responsabilité contractuelle: Le contrat étant avant tout un instrument de prévisibilité, il est logique d’en limiter la réparation aux dommages que ont été prévus ou qui étaient prévisibles lors de la conclusion du contrat, sauf dol ou faute lourde. Même dans cette hypothèse, l’article suivant indique que seules les suites immédiates et directes de l’inexécution peuvent être indemnisées.” (RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS: quelles innovations? **Revue des Contrats.** Lextenso. Avril 2016, p. 150).

2 A PREVISIBILIDADE DO DANO CONTRATUAL COMO CRITÉRIO LIMITADOR DE RESPONSABILIDADE

2.1 A PREVISIBILIDADE DO DANO E O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

O dano é pressuposto da responsabilidade civil contratual e se encontra no centro da obrigação de indenizar. A obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta, contudo, o risco de dano, pois sem a lesão concreta ao patrimônio econômico ou moral, o dever de indenizar não se impõe. Sem dano não haverá o dever de reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até mesmo dolosa. Nas palavras de Agostinho Alvim,

devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo⁷⁶.

Não há uma definição legal de dano, razão pela qual se percebe hoje uma grande proliferação de conceitos e o surgimento dos mais variados danos ressarcíveis⁷⁷. Agostinho Alvim conceituou o dano se concentrando sobre o bem ou interesse atingido, como “a diminuição ou subtração de um bem jurídico”, e disse que o termo “dano”, em sentido amplo, “vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico”⁷⁸.

Tendo em vista que muitas vezes a palavra “dano” vem empregada para aludir não à lesão a um interesse juridicamente protegido (primeiro momento), mas à consequência resultante dessa lesão (segundo momento), ou seja, o prejuízo, Antonio Junqueira de Azevedo propôs que se falasse sempre em dois danos: dano-evento e dano-prejuízo, explicando que ambos comportam subdivisões. O dano-evento pode ser qualificado como lesão à pessoa, ao patrimônio (lesão ao patrimônio *stricto sensu* ou à figura social da pessoa) e lesão a terceira pessoa (chamado de “dano por ricochete”). O dano-prejuízo, por

⁷⁶ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 197.

⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 92-93.

⁷⁸ “Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio.” (ALVIM, Agostinho. Op. cit., 1955, p. 187).

sua vez, pode ser subdividido em dano material ou patrimonial e dano moral ou extrapatrimonial⁷⁹.

Como ensina Judith Martins-Costa, quando

o dano atinge interesse extrapatrimonial (“dano extrapatrimonial”), o conteúdo da obrigação de indenizar é resultante de uma operação valorativa (“valoração”) feita pelo julgador, com base em determinados parâmetros subjetivos (concernentes à pessoa da vítima e objetivos (ou indicados na lei, ou filtrados por síntese judicial). Quando o dano atinge interesse patrimonial (“dano patrimonial”) o conteúdo da obrigação de indenizar é especificado nas perdas e danos⁸⁰.

O lesado deve ser indenizado na medida mais próxima possível do prejuízo sofrido, sendo esta medida indicada pelo princípio da reparação integral do dano, o qual estabelece que o prejuízo deve ser o limite da reparação, sintetizado pela doutrina francesa como *tout le dommage, mais rien que le dommage* (“todo o dano, mas nada mais do que o dano”)⁸¹.

O princípio da reparação integral do dano constitui uma diretriz do sistema da responsabilidade civil, mas o fato de ser um princípio não significa que ele não admita limitações. Apesar de ser visto por alguns como um verdadeiro dogma do direito relativo à reparação dos danos, ele não é um princípio absoluto.

A previsibilidade do dano contratual é um dos limites do princípio da reparação integral do dano. De forma correta, Ramón Dominguez Águila coloca a previsibilidade

⁷⁹ “É que, na língua portuguesa, à semelhança de outras línguas latinas, os vocábulos “lesão”, “dano” e, até mesmo, “prejuízo” vêm muitas vezes com dois significados; ora são usados para o ato que viola o bem juridicamente protegido, ora para significar o prejuízo resultante dessa violação. [...] O ideal seria sempre se referir a dano-evento (1º momento) e a dano-prejuízo (2º momento); o dano-evento pode ser ou na pessoa ou no patrimônio ou na figura social da pessoa ou, até mesmo, em terceiro, enquanto o dano-prejuízo, como consequência daquele, somente pode ser patrimonial ou não patrimonial (dano moral).” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33).

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, tomo II, p. 454.

⁸¹ Paulo de Tarso Vieira Sanseverino coloca que “[o] desenvolvimento do princípio da reparação integral ocorreu no direito francês, a partir da norma do art. 1.149 do Code Civil, que estabelece, genericamente, na responsabilidade contratual, que a indenização pelos prejuízos derivados do inadimplemento da obrigação nascida do contrato abrange os danos emergentes e os lucros cessantes.” E mais adiante ele ressalta que a doutrina fornece elementos que permitem identificar três funções para o princípio da reparação integral: “A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora).” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 49 e 58)

dentro dos limites legais clássicos, que entende ser aqueles “*que han sido fijados por la ley civil desde su origen y, aun, fundados en principios históricos que ella reproduce*”⁸².

2.2 O SENTIDO GERAL DA LIMITAÇÃO: PREVISIBILIDADE, CULPA E CAUSALIDADE

A regra geral consiste em responder por todos os prejuízos que tenham relação de causalidade com o descumprimento. Contudo, como se verá mais adiante, diversos ordenamentos jurídicos nacionais e os instrumentos internacionais de harmonização do Direito estabelecem uma limitação que favorece o devedor (em alguns casos apenas o devedor ao qual não se pode imputar dolo), colocando que este responderá apenas por aqueles prejuízos que tenham sido previstos, ou que poderiam ter sido previstos no momento da celebração do contrato, com algumas variações entre as legislações e de um instrumento para outro.

A previsibilidade funciona como um critério que restringe o dever de reparar, estando o devedor obrigado a indenizar o credor unicamente pelas perdas que possam ser qualificadas como previsíveis no momento da celebração do contrato⁸³.

Não se deve confundir a previsibilidade como medida de limitação dos danos ressarcíveis com a previsibilidade que se inclui no conceito de culpa, que indica a possibilidade de prever que a própria conduta causará um dano. A culpa tem o seu respectivo juízo de previsibilidade que se refere não a todos os danos consequenciais, mas unicamente ao evento danoso (atua com culpa aquele que, prevendo ou podendo prever que causará um dano, não modifica a sua conduta). Basta que o devedor tenha podido saber que com a sua atuação lesionaria os interesses do credor, sem que seja necessário que cada um dos danos causados tenha sido incluído nesse juízo de previsão ou previsibilidade.

⁸² Ao tratar dos limites do princípio da reparação integral do dano, Águila coloca que “[*el*] más claro de todos es el del art. 1558 del Código Civil que, en materia contractual, únicamente permite la reparación del perjuicio directo previsto si sólo hay culpa. Se trata de un principio clásico que nuestro Código tomó del Código francés, cuyo art. 1150 contiene la misma limitación. Los comentaristas atribuyen históricamente la regla a precedentes romanos y a los glosadores; pero más bien aparece en Charles Dumoulin y luego en Jean Domat y claramente en Robert J. Pothier, que inspira al Código francés y al nuestro por tanto.” (ÁGUILA, Ramón Domínguez. Los límites al principio de reparación integral. **Revista Chilena de Derecho Privado**, dez. 2010, n. 15, p. 18).

⁸³ Para fins de simplificação se falará de credores e devedores, sabendo que, em bom rigor, nos contratos bilaterais ambas as partes são reciprocamente credoras e devedoras, e que os credores e devedores o são não tanto em função do clausulado contratual, mas das obrigações emergentes do contrato.

Esse tema se mostra com mais complexidade na responsabilidade extracontratual, já que na responsabilidade contratual a culpa é presumida⁸⁴.

Também não se deve confundir a regra da previsibilidade com a exigência de causalidade. Como se verá adiante, na medida em que a causalidade adequada se estabelece sobre a base de probabilidade e, portanto, requer um juízo sobre a previsibilidade do dano, alguns autores confundem os dois elementos⁸⁵.

O nexos causal é um dos pressupostos da responsabilidade civil e além de estabelecer a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado⁸⁶, ele “tem também por função estabelecer medida para a obrigação de indenizar”⁸⁷. É o que Gisela Sampaio da Cruz, que se dedicou com afinco ao estudo do tema, chama de dupla função do nexos causal: “por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso; por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização”⁸⁸.

Judith Martins-Costa pondera que a simplicidade da ideia de que o dano só é indenizável quando é possível atribuí-lo ao inadimplemento, contrasta com as dificuldades

⁸⁴ Nesse sentido, conferir: “*Tampoco debe confundirse la previsibilidad como medida de limitación de los daños indemnizables con la previsibilidad que suele incluirse en el concepto de culpa o negligencia, en el que se basa normalmente la responsabilidad por infracción de los deberes contractuales. La culpa tiene su propio juicio de previsibilidad que se refiere no a todos los daños consecuenciales sino únicamente al evento dañoso, basta que el deudor haya podido saber que con su actuación lesionaria los intereses del acreedor, sin que sea necesario que cada uno de los daños causados haya sido incluido en esse juicio de previsión o previsibilidad. Esse tema se plantea con más complejidad en la responsabilidad extracontractual, ya que en la contractual por regla general del solo incumplimiento se presume la culpa [...]*” (TALCIANI, Hernán Corral. **Contratos y daños por incumplimiento**. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010, p. 178).

⁸⁵ Nesse sentido, conferir: “*El canon de la previsibilidad puede prestarse a confusión en relación con la exigencia de causalidade de la responsabilidad contractual. En efecto, la causalidade adecuada se establece sobre la base de probabilidades y por tanto requiere también un juicio sobre la previsibilidad del daño. No es extraño que algunos autores hayan confundido ambos elementos, señalando que en verdade la regla se justifica por establecer la forma en la que se mide la causalidade en la responsabilidad contractual.*” (Id., *ibid.*, pp. 176-177).

⁸⁶ Sobre o nexos, conferir: “Segundo uma fórmula simplificada tem-se que, pelo nexos causal, é estabelecido se uma determinada ação pode ser considerada causa de determinado resultado. Em outras palavras, trata-se de saber da existência de um vínculo entre duas realidades, de forma a que se reconheça que um dano é consequência de uma certa atividade ou omissão.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, 2009, p. 196). Conferir, ainda: “Para que, porém, se possa incluir o lucro cessante ou o dano emergente na prestação de perdas e danos, é necessário que se observem certos aspectos fundamentais. Antes de tudo, o nexos de causalidade; um homem tem a sua vida econômica em ação e, de repente, sofre uma lesão de direito; daí lhe advém prejuízos; mas pode ser que ele sofra outros prejuízos de causas diversas; portanto, se tem de verificar se aquele dano emerge daquela lesão ou de causas diversas, como verificar também se o lucro cessante advém da lesão do direito.” (DANTAS, Santiago. **Programa de Direito Civil II**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978, p. 46).

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

⁸⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

que o nexo causal oferece nas suas aplicações. Com total acerto destaca que a questão mais relevante em matéria de nexo causal diz respeito aos seus limites, “o que se pergunta é até onde vai a extensão da responsabilidade pelo dano a que o inadimplemento deu causa, isto é, se apanha também as consequências mais distantes ou se apenas as mais imediatas”⁸⁹.

Para que se possa responder até que ponto é possível atribuir a alguém o fato danoso e até que ponto o ordenamento limita os efeitos indenizatórios em uma cadeia causal, foram desenvolvidas algumas teorias sobre causalidade⁹⁰, dentre as quais se destaca a teoria da causalidade adequada, reconhecida por grande parte da doutrina como a que melhor explica o fenômeno causal⁹¹.

A teoria da causalidade adequada, criada por Ludwig von Bar e melhor desenvolvida pelo fisiólogo alemão Johannes von Kries por volta do ano de 1888, examina a adequação da causa em função da possibilidade e da probabilidade de determinado resultado vir a acontecer, levando em conta o que geralmente acontece de acordo com a experiência comum orientada pelo curso ordinário dos acontecimentos. Essa teoria procura identificar, na presença de mais de uma possível causa, qual delas, independentemente das demais, é potencialmente apta a produzir os efeitos danosos⁹².

Como bem explica Antunes Varela, o pensamento fundamental da teoria é que para impor a alguém a obrigação de reparar o dano, não basta que o fato praticado pelo agente tenha sido, no caso concreto, condição do dano; é necessário, também, que o fato seja, em

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 2009, p. 197.

⁹⁰ As teorias da causalidade procuram saber, dentre os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser selecionados como dele determinantes. Como explica Fernando Noronha, os “fatores determinantes serão causas, os demais serão meras condições. Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas efetivamente determinantes desse resultado.” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 613). Sobre as teorias, conferir: CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

⁹¹ COUTO E SILVA, Clóvis. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, pp. 186-187; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 65-69; NORONHA, Fernando. Op. cit., 2010, pp. 499 e 635-636; SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 195; GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 67-76; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10ª ed., revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2009, v. I, pp. 887-898; MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 2009, p. 501; ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile. La responsabilità civile*. Milão: Giuffrè, 1999, p. 321.

⁹² Uma causa é adequada para ser tida como produtora de um dano em função da probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, à luz da experiência comum. Deve-se contrastar o raciocínio *in concreto* com o raciocínio *in abstracto*, ou seja, é preciso que o fato tenha sido condição necessária em concreto do dano (*condição sine qua non*) e que seja uma causa em abstrato apta à sua produção. Há uma relação de necessidade entre o que é abstrato (juízo de probabilidade) com o que é concretamente apto à produção do dano (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 2009, pp. 202-203).

abstrato, uma causa adequada do dano. Entre os antecedentes históricos do dano, deve-se escolher aquele que, segundo o curso normal das coisas, pode ser considerado apto para ser produzido, “afastando aqueles que só por virtude de circunstâncias extraordinárias o possam ter determinado. Que o facto seja condição do dano será requisito necessário; mas não é requisito suficiente para que possa ser considerado como causa desse dano.” Tudo está em saber quando um fato, abstratamente considerado, pode ser apontado como causa de certo dano⁹³.

Ao utilizar essa teoria, o julgador deve realizar o que se chama, em doutrina, de “prognose póstuma” ou “prognose pretérita”, uma vez que o julgador se coloca numa posição retrospectiva para aferição da probabilidade. Uma vez que se trata de um juízo aferido de uma perspectiva *ex ante*, a “prognose póstuma” ou “pretérita” atua em abstrato, já que o que se pretende é saber se a ação ou omissão da parte seria capaz de produzir o resultado. Desse modo, quanto maior a probabilidade com que uma causa se apresente para dar lugar a um dano, tanto maior será a relação entre ela e o dano⁹⁴.

Isto se dá quando, conforme ressalta Agostinho Alvim, o fato do qual a responsabilidade deriva é, por sua natureza, favorável a produzir o dano, de modo que não só o autor do fato, mas qualquer terceiro, julgando segundo o curso ordinário das coisas e com pleno conhecimento dos acontecimentos, teria tido a possibilidade de prever o dano. Por outro lado, o nexo de causalidade não é adequado, inexistindo responsabilidade quando o dano se produz por força de um concurso de circunstâncias excepcionais e fora da experiência da vida⁹⁵.

Desse modo, surge um elemento adicional nessa qualificação, qual seja, o fato de o dano ser previsível em face da ação ou da omissão da parte⁹⁶. Deve o julgador, portanto, na “prognose póstuma” ou “pretérita”, determinar se no momento em que se deu a ação a

⁹³ Antunes Varela também explica que para alguns autores, partidários da formulação positiva da teoria, o fato será causa adequada do dano sempre que este constitua uma consequência natural ou típica daquela, ou seja, sempre que verificado o fato se possa prever o dano como uma consequência natural ou como um efeito provável dessa verificação. E que para outros autores, partidários da formulação negativa, mais ampla, o fato que atuou como condição do dano só deixará de ser considerado como uma causa adequada, se dada a sua natureza geral, se mostrar de todo indiferente para a verificação do dano, o tendo provocado apenas em virtude de circunstâncias excepcionais, anormais ou extraordinárias que intercedam no caso concreto. (VARELA, João de Matos Antunes. Op. cit., 2009, pp. 889-891).

⁹⁴ PINTO, José Emílio Nunes. O dano e a determinação de sua causação no contexto dos contratos de grandes obras de engenharia. **Conversas sobre arbitragem**. Instituto de Estudos Culturalistas. Canela, RS, 16 nov. 2013, pp. 30-44.

⁹⁵ ALVIM, Agostinho. Op. cit., 1955, pp. 369-370.

⁹⁶ No ensinamento de Galgano: “*un dato fatto è considerato, giuridicamente, come causa di un evento se questo sulla base di un giudizio di probabilità ex ante, poteva apparire come la conseguenza prevedibile ed evitabile di quel fatto.*” (GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. Pádua: Cedam, 1998, p. 199).

parte poderia prever que, dada a natureza do ato, a probabilidade de se produzir o dano era elevada.

Deve-se destacar, entretanto, que a “prognose póstuma” ou “pretérita” leva a um resultado abstrato, que não é suficiente, pois o julgador, confrontado com o resultado obtido, deverá analisá-lo em face das circunstâncias fáticas do caso, transmutando o que era abstrato em concreto e adequado à realidade fática⁹⁷. Sendo assim, com o exercício da “prognose póstuma” ou “pretérita” interessa verificar qual a probabilidade de cada uma das ações identificadas causar o dano. Tendo em vista que em cada caso pode haver uma pluralidade de causas, resta saber qual delas seria capaz de, ainda que em tese, causar o dano. Nesse sentido, retroage-se ao momento da ocorrência de cada evento para que se possa determinar se a relação causa-efeito estaria ou não inserida na ordem natural das coisas⁹⁸.

Diante da presença do elemento “previsibilidade” na teoria da causalidade adequada e tendo em vista que parte da doutrina vê a previsibilidade como um critério para trazer o ressarcimento dentro do limite de normalidade⁹⁹, alguns autores aproximam a teoria da causalidade adequada ao critério da previsibilidade do dano contratual, enquanto

⁹⁷ Como bem pondera Judith Martins-Costa, “o ponto central da Teoria não está em indagar, abstratamente, se tal ou qual fato teria acarretado tal efeito em ‘quaisquer condições’, mas naquelas condições: não devemos confundir a emissão do juízo *in abstracto* com uma mera equação de probabilidades desligada da realidade, uma vez que é tomada em conta a circunstancialidade que cerca o ato produtor do dano, isto é, a integração do fato em suas circunstâncias.” (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 2009, p. 2005).

⁹⁸ Aguiar Dias ensina que na presença de uma pluralidade de causas se deve buscar quem teve a melhor oportunidade para evitar o dano: “consideramos em culpa quem teve não a *last chance*, mas a melhor oportunidade, e não a utilizou. Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque, se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção [...]. Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade (como sustenta a teoria norte-americana – *the last clear chance*), o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em melhores condições de evitar o dano; de quem foi o ato que decisivamente influenciou para o dano. Isso, aliado à indagação de idoneidade da culpa, na produção do dano, dará critério seguro para a solução exata ao tormentoso problema da concorrência de culpas ou concorrência de atos produtores do dano”. (AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. II, p. 315).

⁹⁹ Citando C. M. Bianca, Emanuele Tuccari explica que “*Autorevole dottrina legge l’art. 1225 cod. civ. come un criterio per ricondurre il risarcimento entro limiti di normalità. In tale ottica, il danno prevedibile appare semplicemente come «un limite di normalità al contenuto della sanzione per l’inadempimento»: secondo quest’orientamento, in altri termini, la prevedibilità indica la «normale incidenza dell’inadempimento sulla sfera d’interesse del creditore» ed il danno prevedibile corrisponde, quindi, alle conseguenze «normali» di detto inadempimento. In questo modo, però, la prevedibilità del danno verrebbe a coincidere con il criterio della regolarità causale, che, per l’appunto, limita il risarcimento alle normali conseguenze dell’evento lesivo.*” (TUCCARI, Emanuele. La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale. **Rivista Mensile de Le Nueve Leggi Civili Commentate**, set. 2012, n. 9, p. 570).

outros defendem que a limitação dos danos indenizáveis, segundo o critério da previsibilidade, é diferente da adequação causal¹⁰⁰.

Paulo Mota Pinto é um dos juristas que afirmam que a referência aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido, ou à causalidade adequada entre a lesão e os danos, não equivale a qualquer exigência da previsibilidade dos danos ressarcíveis por parte do lesante. Ele entende que essa limitação dos danos indenizáveis de acordo com o critério da previsibilidade constitui-se em exigência distinta da adequação causal¹⁰¹. Emanuele Tuccari também entende que o critério da previsibilidade é distinto da adequação causal¹⁰².

Bento Soares e Moura Ramos, por outro lado, aproximam o critério da causalidade adequada com o critério da previsibilidade. Para eles, ao colocar a carga do devedor a obrigação de indenizar os danos que ele previu ou deveria ter previsto no momento da conclusão do contrato, como consequência possível do descumprimento, tendo em vista as circunstâncias que conhecia ou deveria conhecer, o art. 74 da CISG se funda na teoria da causalidade adequada¹⁰³.

Ao interpretar o art. 707 do Código Civil português, de 1867, que declarava que “[só] podem ser tomados em conta de perdas e danos, as perdas e danos que necessariamente resultem da falta de cumprimento do contrato”, Gomes da Silva também associa os conceitos de causalidade e de previsibilidade¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Nesse sentido, confira-se: “*La dottrina appare oggi divisa tra coloro I quali collocano il giudizio sulla prevedibilità nell’ambito di quello sulla causalità, e coloro I quali, invece, attribuiscono all’art. 1225 cod. Civ un ruolo autonomo ai fini della definizione dell’area del danno risarcibile*”. (Id., *ibid.*, pp. 565-566).

¹⁰¹ Conferir: “Trata-se, porém, de uma exigência distinta da “adequação causal”. Assim, desde logo, quanto ao critério que segue, que é o da previsibilidade para o concreto contraente dos prejuízos a ressarcir, e não o da elevação, de modo não negligenciável, da “possibilidade objectiva” do resultado (no limite, da não indiferença para este), numa apreciação tomando em conta as circunstâncias concretamente conhecidas e, também, aquelas que seriam reconhecíveis por ideal observador “experimentado”. Depois também quanto à exceção para os casos em que o não cumprimento é devido a dolo do lesante, prevista no direito italiano, francês e espanhol. E, sobretudo, é uma exigência que se refere a um momento diverso: o da conclusão do contrato (ou, possivelmente, da constituição da obrigação) e não o da produção do evento lesivo (designadamente, o não cumprimento).” (MOTA PINTO, Paulo. **Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, pp. 935-937).

¹⁰² Confira-se: “*Il criterio della prevedibilità rappresenta, come si vince da quanto detto, un limite ulteriore al principio dell’integrale riparazione del danno, distinto dal criterio della regolarità causale*.” (TUCCARI, Emanuele. *Op. cit.*, set. 2012, pp. 570-571).

¹⁰³ BENTO SOARES, Maria Ângela; MOURA RAMOS, Rui Manuel. **Contratos internacionais**. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 200-201.

¹⁰⁴ De acordo com o autor, na responsabilidade fundada na culpa, o dever de indenizar se dirige exclusivamente aos danos evitáveis e previsíveis: “como os danos que a lei manda reparar são os que, não bastante serem previsíveis e evitáveis, o agente causa, é preciso, para haver responsabilidade, que ele lhes tenha dado origem pela forma por que era previsível que esses danos se produzissem.” E na responsabilidade fundada no risco, o dever de indenizar se dirige exclusivamente aos danos produzidos por aquele processo em relação ao qual o legislador entendeu que a atividade desenvolvida envolvia o perigo de produzir o

Francisco Manuel Pereira Coelho, por sua vez, também ao interpretar o art. 707 do Código Civil português, de 1867, contrapôs os critérios da previsibilidade e da probabilidade. Para ele, o critério da previsibilidade obrigaria o intérprete a se pronunciar sobre uma conexão psicológica ou subjetiva entre o agente e o dano, enquanto que o critério da probabilidade, acolhido na doutrina da causalidade adequada, o obrigaria a se pronunciar sobre uma conexão exclusiva ou essencialmente objetiva entre o ato e o dano: “o prejuízo [dir-se-ia] causado pelo facto quando ele surgisse ou aparecesse como provável, segundo o curso normal das coisas ou a regra da vida”¹⁰⁵.

Ainda segundo o autor, o critério da previsibilidade do dano conflituaria com a função “apenas reparadora” da responsabilidade civil, enquanto que o critério da probabilidade conciliaria com ela: “Se o fim do dever de indemnizar é aproximar a ‘situação real’ da ‘situação hipotética’ do lesado – então os prejuízos reparáveis devem ser aqueles que o lesado provavelmente não sofreria se não fosse a lesão”¹⁰⁶.

O autor propôs ao final de seu estudo a alteração do Direito Civil então existente, com o fim de consagrar a teoria da causalidade adequada, dizendo:

[...] o legislador, pelo menos, que os prejuízos causados são aqueles ‘que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão’, nós cremos que esta fórmula – deixando nas mãos do julgador a necessária margem de livre apreciação – seria todavia uma luz a aclarar o caminho do intérprete¹⁰⁷.

O art. 563 do Código Civil português, de 1966, acolheu a proposta de Francisco Manoel Pereira Coelho ao determinar que “a obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.” De acordo com diversos doutrinadores portugueses, o uso do advérbio “provavelmente” deixou claro que o legislador quis consagrar a teoria da causalidade adequada, ou ao menos seu pensamento fundamental¹⁰⁸.

mesmo dano. (SILVA, Manuel Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indemnizar**. Lisboa, 1944, v. I, pp. 233-234).

¹⁰⁵ COELHO, Francisco Manuel Pereira. O nexa de causalidade na responsabilidade civil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Suplemento IX, 1951, pp. 65-242, p. 212.

¹⁰⁶ Id., *ibid.*, p. 238.

¹⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 242.

¹⁰⁸ VARELA, João de Matos Antunes. Op. cit., 2009, pp. 898-901; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 711; JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 403-413; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Estudo sobre o não cumprimento das obrigações**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 97.

Hans Stoll também constata diferenças entre os critérios da causalidade adequada e da previsibilidade. Para ele, a teoria da causalidade adequada, acolhida pelo Direito Civil alemão, amplia a responsabilidade do devedor, apenas afastando do dever de indenizar os danos cuja produção se encontra fora de toda a probabilidade (*outside the bonds of all probability*), enquanto que o critério da previsibilidade, acolhido pelo Direito Internacional, restringe essa obrigação¹⁰⁹.

Nuno Manuel Pinto Oliveira esclarece que não coincidem os critérios da causalidade adequada adotados pela Alemanha e Portugal. O autor explica que no Direito Civil português, “a probabilidade do dano é apreciada, atendendo às circunstâncias conhecidas pelo devedor ou cognoscíveis por um observador experimentado (*erfahrener Beobachter*)”, enquanto que no Direito Civil alemão, “a probabilidade do dano é apreciada atendendo às circunstâncias conhecidas pelo devedor ou cognoscíveis por um observador excelente (*optimaler Beobachter*).” No entendimento do autor, interpretando-se a teoria da causalidade adequada de acordo com o paradigma de um “observador quase onisciente” (*optimaler Beobachter*¹¹⁰), a diferença entre os resultados da aplicação dos dois critérios é evidente, no entanto, interpretando-a de acordo com o paradigma (segundo ele mais razoável) de um “observador experimentado” (*erfahrener Beobachter*), a diferença entre os resultados da aplicação dos dois critérios não é clara ou evidente¹¹¹.

Nuno Manuel Pinto Oliveira também cita os estudos de Tony Honoré e Guenther Treitel, publicados na Enciclopédia Internacional de Direito Comparado, os quais destacam a existência de três diferenças entre os dois critérios. Em primeiro lugar, o critério da causalidade adequada exige uma apreciação abstrata e objetiva da probabilidade do dano, enquanto que o critério da previsibilidade requer uma apreciação concreta e subjetiva. Em segundo lugar, o juízo acerca da previsibilidade do dano se reporta às circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis pelo devedor quando da conclusão do contrato, enquanto que o juízo acerca da probabilidade do dano exigido pela doutrina da causalidade adequada se reporta às circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis pelo devedor quando do fato ilícito ou quando do descumprimento. E, em terceiro lugar, o critério da causalidade adequada se

¹⁰⁹ STOLL, Hans. Comentário ao art. 74 da Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional de mercadorias. In: SCHLECHTRIEM, Peter (Org.). **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 567.

¹¹⁰ Coelho descreve esse *optimaler Beobachter* como “um homem muito perspicaz, [como] o mais perspicaz dos homens.” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 171).

¹¹¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Estudo sobre o não cumprimento das obrigações**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 99-100.

aplica independentemente da forma e do grau de culpa do devedor, enquanto que o critério da previsibilidade não se aplica independentemente da forma ou grau de culpa do devedor, uma vez que existindo dolo ou culpa grave o devedor deverá indenizar o credor de todos os danos decorrentes do descumprimento, sejam eles previsíveis ou não¹¹².

Ao comentar as três diferenças apontadas, Nuno Manuel Pinto Oliveira afirma, com total acerto, que o alcance da primeira diferença (apreciação abstrata e objetiva da adequação ou da probabilidade *versus* a apreciação concreta e subjetiva da previsibilidade do dano) é hoje extremamente reduzido. O autor destaca que os tribunais franceses, italianos e ingleses se pronunciam sobre a previsibilidade ou imprevisibilidade do dano, recorrendo ao critério abstrato e objetivo dos riscos “que um devedor normal, colocado nas mesmas circunstâncias, podia e devia tomar em consideração”. O autor conclui que se exigindo do juiz a apreciação abstrata e objetiva da previsibilidade, o contraste entre os critérios da causalidade adequada e da previsibilidade se cingirá a aspectos menos que residuais¹¹³.

Com relação ao alcance da terceira diferença entre os critérios da causalidade adequada e da previsibilidade (relevância ou irrelevância do dolo), o autor afirma ser necessária a distinção entre dois grupos de casos, ponderando que no caso de o devedor atuar com a consciência e/ou com a intenção de causar o dano, os dois critérios conduzem a resultados concordantes, enquanto que no caso de o devedor atuar apenas com a consciência e/ou com a intenção de infringir o dever contratual (sem a consciência e a intenção de causar o dano), os dois critérios conduzem a resultados discordantes: “o art. 1150 do Código Civil francês e o art. 1225 do Código Civil italiano responsabilizam-no por todos os danos – incluindo os danos imprevisíveis; o art. 563 do Código Civil português não o responsabiliza pelos danos improváveis”¹¹⁴.

Após a análise detida das opiniões e posicionamentos anteriormente apontados, parece correto afirmar que, em que pesem os argumentos em sentido contrário, a causalidade adequada não equivale a qualquer exigência da previsibilidade dos danos ressarcíveis por parte do devedor. Entende-se que a limitação dos danos indenizáveis de acordo com o critério da previsibilidade se trata de exigência distinta da adequação causal.

¹¹² Id., *ibid.*, pp. 101-102.

¹¹³ O autor ressalta que a Corte di Cassazione italiana, de 21 de maio de 1993 (n. 5778), atribuiu explicitamente ao art. 1225 a função de exigir “um juízo sobre a provável ocorrência futura [de um dano] a apreciar em conformidade com a imagem de um homem de normal diligência.” (Id., *ibid.*, pp. 102-103).

¹¹⁴ Id., *ibid.*, p. 103.

Acredita-se que a previsibilidade do dano como critério limitador da responsabilidade do devedor seja um princípio autônomo, aplicado na definição dos danos que são ou não indenizáveis, depois de já superada a questão da causalidade. O critério da previsibilidade do dano restringe (limita) a responsabilidade do devedor, sem prescindir do nexo de causalidade¹¹⁵. Entende-se, assim, que a previsibilidade é uma restrição adicional e não comparável à causalidade¹¹⁶.

A regra da previsibilidade visa a retirar da indenização todas as consequências imprevisíveis para o devedor no momento do surgimento da obrigação e, portanto, mesmo aquelas abstratamente ressarcíveis. Embora causados adequadamente pelo não cumprimento do contrato, no caso concreto os danos podem ser absolutamente imprevisíveis no momento da contratação, quando da determinação concreta dos riscos assumidos, razão pela qual não poderão ser ressarcidos. O critério da previsibilidade tem por função limitar o ressarcimento ao risco calculado no momento da celebração do contrato, considerando que os contratantes assumiram obrigações conscientes, avaliando preventivamente os riscos relacionados a uma possível falha da operação econômica¹¹⁷.

¹¹⁵ Sobre o tema, conferir: “*La causalità rappresenta uno scrimen prioritario; la prevedibilità è uno scrimen ulteriore [...]. Ovviamente le conseguenze, anche se prevedibili al tempo del contratto, ma che tuttavia non si sono verificate a seguito dell’inadempimento, o non siano conseguenze normali di quest’ultima, non sono risarcibili.*” (VALCAVI, Giovanni. **Sulla prevedibilità del danno da inadempimento colposa contrattuale**. Disponível em: <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/scritti/capitoli/diritto-civile3.pdf>. Acesso em: 04 out. 2016).

¹¹⁶ Nessa linha, vale trazer o posicionamento de Saidov sobre o tema: “*On the basis of this view of the concept of causation, the present author will emphasise three main reasons why, in theory, foreseeability cannot fully serve as a substitution for causation. The first reason is that these two methods should generally be used at different stages. As mentioned above, causation artificially establishes the range of events and determines the causal connection between the events. Once this has been done, foreseeability is applied to determine the limits to the consequences, to which liability would have extended had causation alone been applied. In other words, foreseeability limits liability to something less than the loss, which the breach is said to have caused. Therefore, the foreseeability rule should, generally, serve as a final ‘cut-off’ of liability.*” (DJAKHONGIR, Saidov. **Methods of limiting damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#ij>. Acesso em: 04 nov. 2016).

¹¹⁷ Nesse sentido, conferir: “*Tuttavia, è possibile configurare la prevedibilità del danno anche come un limite ulteriore e non sovrapponibile a quello della regolarità causale: con detta norma, in particolare, il legislatore avrebbe voluto escludere il risarcimento di tutte le conseguenze imprevedibili per il debitore al momento del sorgere dell’obbligazione e, dunque, anche quelle astrattamente risarcibili ex art. 1223 cod. civ. In tale ultima prospettiva, il criterio della prevedibilità avrebbe la funzione di limitare il risarcimento al «rischio calcolabile al momento del contratto o del quasi-contratto»: simile ragionamento presuppone che le parti assumano consapevolmente le reciproche obbligazioni, realizzando un’adeguata ponderazione preventiva dei rischi connessi ad un eventuale fallimento dell’operazione economica. Attraverso il vincolo obbligatorio, così, il debitore si sarebbe fatto carico di un rischio commisurato al valore della prestazione e delle possibili conseguenze pregiudizievoli; sicché, in quest’ottica, non sarebbe proporzionato addossargli conseguenze aggiuntive rispetto a quelle già considerate al tempo in cui è sorta l’obbligazione. Il fine sarebbe, dunque, quello di impedire il c.d. «aumento del rischio» tra il momento in cui è sorta l’obbligazione ed il momento dell’esecuzione; solo così, la prevedibilità, invece di appiattirsi sulla regolarità causale, rappresenterebbe un limite ulteriore all’area del danno risarcibile rispetto agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.;*

Cabe ressaltar, ainda, que a previsibilidade é uma exigência que se refere, sobretudo, a um momento diverso, qual seja, o da conclusão do contrato (e não o do descumprimento)¹¹⁸. Nesse sentido, como bem colocado por Hernán Corral Talciani,

*[de] todos los daños sobre los que se reconoce una causalidad, porque han sido previsibles en el momento en que el deudor infringió la obligación, sólo deberá indemnizar aquellos que eran previsibles cuando el contrato fue celebrado. Se trata por tanto de una norma especial sin la cual el deudor debiera responder de todos los perjuicios que son efectos del incumplimiento, al igual que en la responsabilidad extracontractual. Es, por tanto, una regla que impone una cierta excepción al principio de reparación integral del daño. A la inversa es posible que un daño que sea previsible al tempo del contrato no sea, sin embargo, una consecuencia causal del incumplimiento por la forma en la que se desencadenaron los sucesos que lo determinaron*¹¹⁹.

Ainda com relação à previsibilidade do dano e à teoria da causalidade adequada, cabe ressaltar que doutrinadores portugueses têm questionado a conveniência ou oportunidade de abandonar ou complementar o critério da causalidade adequada previsto no art. 563 do Código Civil português, com a recuperação do princípio da não reparação do dano contratual imprevisível.

Nessa linha, Manuel Carneiro da Frada propôs recuperar tal princípio, relacionando-o com um “entendimento funcional do plano indenizatório com respeito à relação de prestar instituída pelas partes”. O referido autor explica que os deveres primários de prestação concretizam o plano ou programa de relacionamento específico entre os sujeitos da relação obrigacional, enquanto que os deveres secundários se encontrariam (ou deveriam se encontrar) em consonância com esse plano ou programa. Ele pondera que se a responsabilidade decorre de um relacionamento obrigacional específico entre sujeitos “deve ficar aberta a possibilidade de ponderar valorativa e teleologicamente a

operando soltanto in ambito contrattuale, avrebbe la funzione di contenere l'esposizione al rischio del debitore al momento in cui è sorta l'obbligazione.” (TUCCARI, Emanuele. Op. cit., set. 2012, pp. 570-571).

¹¹⁸ Nesse sentido, conferir: “A questa premessa segue il rilievo che le conseguenze rilevanti sul piano della causalità non coincidono con quelle rilevanti sul piano della prevedibilità, perché diversi sono gli ambiti di riferimento. Il tempo cui ha riguardo la causalità è diverso da quello cui ha riguardo la prevedibilità. Infatti, il tempo di riferimento della prima è costituito da quello dell'inadempienza, mentre quello della prevedibilità è costituito dal ‘tempo della stipula contrattuale.’” (VALCAVI, Giovanni. Op. cit., 2016). Conferir, ainda: “El canon de la previsibilidad puede prestarse a confusión en relación con la exigência de causalidad de la responsabilidad contractual. [...] Tal postura surge de un error sobre el momento en el que se sitúa el juez para efectuar el juicio de previsibilidad. Para la causalidad de la responsabilidad ese momento es el del hecho ilícito que causa el daño, es decir, tratándose de responsabilidad contractual, el momento del incumplimiento. En cambio, la regla legal de la limitación establece claramente que el momento en que el debe valorarse la previsibilidad no es el de la violación del contrato, sino aquele en que el contrato se celebra.” (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, pp. 176-177).

¹¹⁹ Id., ibid., pp. 176-177.

sua natureza e circunstâncias de modo a fazer obedecer a medida da responsabilidade a uma distribuição equilibrada dos riscos desse relacionamento”¹²⁰.

Com precisão, Manuel Carneiro da Frada assevera que o critério da causalidade adequada constitui “um crivo demasiado largo”, e que o critério da previsibilidade o estreitaria, concedendo ao aplicador do Direito a oportunidade de determinar a extensão do dever de indenizar de acordo com “ponderações teleológico-valorativas”. O autor ressalta ainda que

haverá de compreender-se que, considerando demasiado largo o crivo da causalidade adequada, se reclame a previsibilidade dos danos derivados do incumprimento contratual para o devedor, assim como de reconhecer-se pelo menos uma ponta de verdade no pensamento que busca a fundamentação da respectiva ressarcibilidade numa tácita assunção de riscos pelo devedor¹²¹.

Nuno Manuel Pinto Oliveira manifesta que o recurso a “ponderações teleológico-valorativas”, apresentado por Manuel Carneiro da Frada para delimitar a extensão do dever de indenizar lhe afigura correto, mas que o regresso ao princípio da não reparação do dano contratual imprevisível lhe causa duas reservas. A primeira se relaciona à dificuldade de explicar e/ou de justificar a diferença entre as regras aplicáveis aos danos previsíveis e imprevisíveis; e a segunda com a dificuldade de realizar “ponderações teleológico-valorativas” no quadro do art. 7.4.4 dos Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais ou do art. 9:503 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos¹²².

O autor lembra que Hans Stoll se esforça para resolver o problema, concedendo ao art. 74 da Convenção de Viena uma função secundária ou subordinada relativamente à interpretação das cláusulas contratuais, pontuando que as intenções explícitas ou implícitas dos contraentes deveriam sempre prevalecer. Nuno Manuel Pinto Oliveira assevera que o

¹²⁰ FRADA, Manuel Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 321.

¹²¹ Id., *ibid.*, p. 320.

¹²² Nuno Manuel Pinto Oliveira destaca, em primeiro lugar, que “a concepção subjectivista do critério da previsibilidade colide com as regras de uma ‘argumentação aberta’”- explicando e/ou justificando diferenças entre as regras aplicáveis aos danos previsíveis e aos danos imprevisíveis através da ficção de um “acordo implícito” entre os sujeitos da relação obrigacional; “a concepção objectivista desse critério [atribuindo ao princípio da não reparação do dano contratual imprevisível o significado de princípio da não reparação do ‘dano (contratual) extrínseco’] colide com as regras legais: os danos intrínsecos são sempre ou quase sempre danos previsíveis; os ‘danos extrínsecos’ não são sempre danos imprevisíveis”. E, em segundo lugar, destaca que “o princípio da não reparação do dano contratual imprevisível carece de correcção ou de esclarecimento em dois casos: o primeiro é o de o plano ou programa de relacionamento específico entre os sujeitos da relação obrigacional resultante do contrato onerar o devedor com o risco de danos ou prejuízos imprevisíveis; o segundo é o de ele desonerar o devedor do risco de danos previsíveis.” (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Op. cit.*, 2009, pp. 104-105).

raciocínio de Stoll “evoca irresistivelmente a chamada doutrina do fim de proteção do dever jurídico infringido (*Schutzzwecklehre*)”¹²³, a qual será analisada a seguir.

2.3 A TEORIA DO FIM TUTELADO PELO CONTRATO

A teoria do fim tutelado pelo contrato ou pela norma legal infringida está bastante em voga na mais recente doutrina alemã de responsabilidade civil. Trata-se da teoria segundo a qual se deve fazer a distinção entre os danos indenizáveis e não indenizáveis, não em obediência ao pensamento da causalidade adequada, mas em função dos reais interesses tutelados pelo contrato, no caso da responsabilidade contratual¹²⁴, ou pelo fim da norma legal, no caso da responsabilidade extracontratual.

De acordo com a tese lançada por Ernst Rabel, e que tão larga audiência encontrou entre os civilistas alemães, o critério fundamental da seleção dos danos reparáveis repousaria não na ideia clássica da causalidade, mas no elemento positivo do fim da proteção (*Schutzzweck*) contratual ou legal. Nas palavras de Antunes Varela, “[tanto] os deveres legais como os deveres contratuais visam servir determinados interesses; e a ideia de Rabel é que só os danos causados a esses interesses protegidos têm de ser reparados pelo agente ou devedor”¹²⁵.

O autor explica a teoria com um exemplo de Hermann Lange, de um comerciante que pesa determinada carga de mercadoria em uma estação de trem. Como a balança estava avariada, ela acusou um peso muito inferior ao real, o que levou o dono da carga a vendê-la com enorme prejuízo no local do destino, tomando como base do preço o peso constante da guia de transporte. Pondera o autor que num exemplo dessa natureza, “dizem os partidários da teoria da *Schutzzweck*”, que a estação de trem não é responsável pelo prejuízo que o vendedor sofreu, uma vez que por força do contrato celebrado, a estação de trem se obriga, quando muito, a determinar o peso exato da mercadoria para fixação do

¹²³ Id., *ibid.*, pp. 105-106.

¹²⁴ Como bem destaca Cristiano Zanetti, “[o] contrato é um instrumento privilegiado da autonomia privada. Trata-se provavelmente da mais importante espécie de negócio jurídico. Por seu intermédio, as partes podem criar, modificar e extinguir relações jurídicas obrigacionais. A delimitação do conteúdo do negócio fica essencialmente a cargo dos contratantes. Para o direito privado, todos são livres para assumir os riscos julgados apropriados. Não podem depois, todavia, recusar as consequências de sua materialização. Liberdade e responsabilidade são faces de uma mesma moeda. Sem isso não há sociedade de direito privado. Sem isso, não há cidadãos.” (ZANETTI, Cristiano de Souza. O risco contratual. In: LOPES, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Sociedade de risco e direito privado**. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 455-456).

¹²⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Op. cit.*, 2009, p. 901.

frete devido, mas não para servir de base aos negócios de disposição da mercadoria que o comerciante venha posteriormente a efetuar¹²⁶.

Antunes Varela não contesta a utilidade que possui a determinação dos interesses concretamente visados no domínio da responsabilidade civil, seja pela norma legal infringida ou pelo contrato não cumprido ou defeituosamente executado, e não afasta “a possibilidade de recorrer a esse elemento como um auxiliar precioso na resolução das dúvidas suscitadas quanto à existência, em algumas espécies, quer da ilicitude, quer do nexo de causalidade”. Para ele, no entanto, parece desacertada a “pretensão de substituir o nexo de causalidade adequada pela simples identificação dos interesses tutelados pela norma ou pelo contrato para traçar com rigor o círculo dos danos indemnizáveis”¹²⁷, que passou a ser defendida por parte da doutrina portuguesa.

Menezes Cordeiro e Menezes Leitão, por sua vez, apresentam a doutrina do fim da proteção do dever jurídico infringido como um critério apropriado de resolução dos problemas da causalidade¹²⁸.

Já Sinde Monteiro, cuja posição parece a mais ponderada, busca conciliar as doutrinas da causalidade adequada e do fim de proteção, ao afirmar que “[como] nenhuma das teorias exclui a outra, mas antes procuram alcançar uma delimitação materialmente adequada do dano a partir de pontos de vista diferentes, parece razoável, em tese geral, a utilização, um ao lado do outro, de ambos os critérios”. O autor assevera que mesmo para quem, como ele, pense ter obtido êxito a tentativa de salvação da honra da teoria da causalidade adequada levada a cabo por Weitnauer, “a consideração da teoria do fim da norma parece oferecer uma via salutar para a resolução de questões que só forçosamente receberão solução convincente naquele outro enquadramento”¹²⁹.

¹²⁶ Id., *ibid.*, p. 902. Vale conferir descisões nacionais sobre reconhecimento de firma de assinatura falsa: TJ-PR, Apelação nº 866832-0. Data de publicação: 12/07/2012.

¹²⁷ Id., *ibid.*, p. 902.

¹²⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais**. Lisboa: Lex, 1997, pp. 532-548; MENEZES LEITÃO, Luís Teles de. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2003, v. I, p. 348.

¹²⁹ Para uma demonstração “didática” de como a teoria do fim da norma pode fornecer utilmente um ponto de vista adicional para a delimitação da responsabilidade, Jorge Ferreira Sinde Monteiro traz um exemplo, com referência à decisão BGH JZ (1969, p. 702): “após um acidente de trânsito, por ocasião de tratamento médico relacionado com aquele, foi descoberta uma arteriosclerose cerebral, que motivou ser o lesado aposentado por dois anos antes da data normal; este pretendia do lesante uma indenização correspondente à diferença entre a pensão de reforma e o seu ordenado normal. O Tribunal Federal entendeu que, apesar de entre a lesão corporal e este dano patrimonial se verificar um nexo de causalidade adequada, o mesmo não caía dentro do fim de proteção da norma.” (MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989, pp. 271-272).

Em texto sobre a limitação da responsabilidade por danos no Direito europeu dos contratos, Reinhard Zimmermann faz uma análise sobre a previsibilidade do dano como critério limitador da responsabilidade do devedor e faz a comparação entre alguns instrumentos internacionais que possuem tal regra. É interessante notar que em seu texto, o autor trata da doutrina do fim tutelado pelo contrato e conclui que “concentrar-se no conceito de previsibilidade pode não ser a melhor forma de compreender a natureza normativa da questão que é necessária a fim de limitar a responsabilidade do devedor.” E, ao chegar a tal conclusão, ele faz um paralelo muito interessante entre a previsibilidade do dano e a teoria do escopo de proteção do contrato¹³⁰.

Reinhard Zimmermann lembra que o verdadeiro motivo para não responsabilizar o devedor por todas as consequências de seu inadimplemento, casualmente relacionadas a ele nos termos do teste da condição *sine qua non*, foi sugerido por Dumoulin no século XVI, quando discutiu o caso de um carpinteiro que vendeu uma caixa para o transporte de frutas, utilizada pelo comprador para armazenar vinho. Entendeu-se, conforme mencionado no início deste estudo, que o vendedor não era responsável pelas perdas em razão de o comprador ter utilizado a caixa para guardar garrafas de vinho que posteriormente vazaram.

O autor explica que se trata de “atribuir o risco de responsabilidade”, e afirma que

[como] esse risco tem de ser atribuído, no entanto, não depende necessariamente do que uma das partes pode razoavelmente prever, mas sim sobre aquilo que as partes acordaram ou poderiam ter acordado no contrato. Trata-se de uma questão de interpretação do contrato e de determinar a natureza do interesse que a obrigação contratual violada foi projetada para proteger.

Reinhard Zimmermann pondera que o carpinteiro, no exemplo mencionado, “não pode ser levado a aceitar o risco de a caixa ser inadequada para ser utilizada como um barril de vinho, tendo em vista a finalidade para a qual a caixa tinha sido vendida.” Afirma, também, que é exatamente neste espírito que Ernst Rabel criou a teoria do escopo de proteção do contrato, depois desenvolvida por Ernst Von Caemmerer, geralmente considerada como parte ou parcela do nexo causal, e que hoje prevalece no direito alemão.

¹³⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. **Limitation of liability for damages in European Contract Law**. Disponível em: https://www.academia.edu/12680057/LIMITATION_OF_LIABILITY_FOR_DAMAGES_IN_EUROPEAN_CONTRACT_LAW_REINHARD_ZIMMERMANN. Acesso em: 07 jul. 2015.

O autor ressalta que o caso envolvendo o “menino do boliche”, que é ferido por uma bola quando está trabalhando até tarde da noite (fora do horário de trabalho devidamente regulamentado), ilustra bem a situação: “o regulamento que proíbe empregar jovens no boliche no período da noite é para protegê-los contra fazer muito esforço e não contra os perigos de ser atingido por uma bola de boliche”¹³¹.

Ideias semelhantes, segundo Reinhard Zimmermann, têm florescido hoje na Inglaterra, como por exemplo, no caso *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc, The Achilleas*, que indicou: “*a party may not be liable for foreseeable losses because they are not the type or kind for which he can be treated as having assumed responsibility.*” O autor percebe que a afirmação foi confirmada e ampliada no caso *Supershield Ltd. v. Siemens Building FE Ltd*, o qual estabeleceu que *Hadley v. Baxendale* (a ser analisado mais adiante) podia ficar isento de toda culpa, pois “*if, on the proper analysis of the contract against its commercial background, the loss was within the scope of the [contractual] duty*”¹³².

A doutrina do fim tutelado pelo contrato conduz o aplicador do Direito a contrapor os interesses protegidos e os interesses não protegidos pelo contrato, recorrendo à integração ou à interpretação complementadora. Assim, os danos decorrentes da lesão de interesses do credor protegidos pelo do contrato são indenizáveis, enquanto que os danos decorrentes da lesão de interesses do credor não protegidos pelo contrato não o são¹³³.

Vale mencionar que o art. 162, nº 4, do Projeto Preliminar do Código Europeu dos Contratos (que será estudado mais adiante), exprime a doutrina do fim de proteção tutelado pelo contrato, restringindo a responsabilidade do devedor aos danos que devem razoavelmente reconduzir-se à esfera de risco assumida implicitamente quando da conclusão do contrato. O referido artigo estabelece que

[a] menos que o devedor tenha agido com dolo ou culpa, o ressarcimento devido pelo mesmo limita-se aos danos que razoavelmente considera-se – com base no texto do contrato, nas circunstâncias, na boa-fé e nos usos – que como pessoa normalmente informada tenha implicitamente assumido o dever de responder”¹³⁴.

¹³¹ ZIMMERMANN, Reinhard. **Limitation of liability for damages in European Contract Law**. Disponível em: https://www.academia.edu/12680057/LIMITATION_OF_LIABILITY_FOR_DAMAGES_IN_EUROPEAN_CONTRACT_LAW_REINHARD_ZIMMERMANN. Acesso em: 07 jul. 2015.

¹³² Id., *ibid.*

¹³³ Nesse sentod, conferir: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Op. cit., 2009, pp. 106-107.

¹³⁴ GANDOLFI, Giuseppe (Org.). **Código europeu dos contratos**. Projeto preliminar. Curitiba: Juruá, 2008, p. 78.

Diante da vasta tradição de textos fundamentados no critério da previsibilidade, chega ser admirável que o Projeto Preliminar do Código Europeu dos Contratos tenha adotado a doutrina do fim protegido pelo contrato. O uso de uma fórmula semelhante à do referido artigo nos demais instrumento de harmonização do direito dos contratos poderia melhorar a qualidade e a clareza de tais instrumentos.

De toda forma, apesar de a CISG e os Princípios Unidroit não terem adotado expressamente no seu texto a doutrina do fim protegido pelo contrato, como se verá mais adiante, a função de alocação de risco, constantemente atribuída à regra da previsibilidade no âmbito desses dois instrumentos, indica que a referida regra está de toda forma relacionada à natureza e finalidade do contrato, e que a parte infratora só poderá ser responsabilizada na medida em que a sua responsabilidade esteja dentro do âmbito de proteção do contrato.

2.4 OS FUNDAMENTOS DO CRITÉRIO DA PREVISIBILIDADE DO DANO

A regra da previsibilidade do dano contratual ressarcível tem fundamento contratual e econômico, como descreve o texto a seguir.

2.4.1 O fundamento contratual

A limitação da reparação aos danos contratuais previsíveis tem como um dos seus fundamentos a vontade dos contratantes¹³⁵. Se os contratos obrigam porque são desejados

¹³⁵ Sobre o assunto, vale conferir: “*La limitation de la réparation au seul dommage contractuel prévisible résulte de la volonté des contractants. Comme l’a très clairement énoncé Demolombe, ‘la vraie cause de l’obligation subsidiaire des dommages-intérêts réside dans un clause tacite de la convention elle-même, par laquelle le débiteur consent à indemniser le créancier pour le cas où l’obligation principale ne serait pas exécutée; Or, une convention ne peut se former que par le consentement des parties; et le consentement des parties ne peut s’appliquer qu’aux choses qu’elles ont prévues ou du moins qu’elles ont pu prévoir; D’où il résulte très logiquement notre règle que le débiteur n’est alors tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir, lors du contrat, puisque ce n’est que dans cette mesure qu’il a consenti à s’y obliger’. C’est donc respecter la volonté des parties au contrat que de subordonner la réparation au caractère prévisible du dommage. En contractant, les parties prévoient, ou devraient prévoir, les conséquences de l’inexécution du contrat. Elles ne peuvent être ténues des suites imprévisibles puisqu’elles ne sont pas entrées dans le champ contractuel. Même inexécutée, l’obligation demeure marquée par la rencontre initiale des volontés. Une telle conception du fondement de la règle de la prévisibilité a d’ailleurs déjà été adoptée par les arbitres du commerce international. Ainsi, dans une sentence C.C.I n. 2404 en 1975, un tribunal arbitral a constaté ‘que pour l’appréciation du dommage, spécialement quant au gain manqué, le tribunal arbitral se trouve dans l’obligation de faire une évaluation en considération du cours ordinaire des choses et de ce que était prévisible (Journal du droit international, op. cit., p. 918)’. Puis, les arbitres ont relevé ‘que la doctrine est d’avis que le respect de la volonté contractuelle et le désir de multiplier les transactions militent en faveur d’une réparation limitée’. Fondée sur le respect de la volonté individuelle, la*”

pelas partes, é natural que no caso de descumprimento, só tenham lugar as indenizações que tenham sido desejadas, expressa ou implicitamente, pelos mesmos contratantes¹³⁶. Tal fundamento já se encontrava em Pothier ao aludir que não se pode impor ao devedor mais responsabilidades do que aquelas que ele tenha levado em conta no momento de contratar, pois não se pode supor que tenha pretendido se obrigar a mais¹³⁷.

O acordo entre as partes (autonomia privada) é o elemento-chave na formação do contrato. Uma vez que a existência e o conteúdo do contrato são medidos com base no consentimento, parece lógico que este também seja a medida dos riscos que se contemplam e se assumem no contrato. Uma das bases da limitação da responsabilidade aos danos contratuais previsíveis está na justiça contratual e no equilíbrio que o instrumento negocial tenta obter na distribuição de riscos entre as partes¹³⁸.

A justificativa mais aceita da regra da previsibilidade do dano contratual se baseia na função de atribuir o risco de uma maneira justa e razoável. Seu objetivo é tornar possível às partes calcular o risco e as suas possíveis responsabilidades, pois se no

limitation de la réparation au dommage prévisible apparaît comme une conséquence du principe de l'autonomie de la volonté; l'engagement contractuel est le fait de la seule volonté des contractants jusque dans les conséquences de son inexécution'; (Marie-Ève Roujou de Boubée, Essai sur la notion de réparation, Paris 1974, p. 301 et 302)'. Même si le tribunal arbitral se prononçait au regard du droit français, les termes employés montrent que les arbitres ont essentiellement motivé leur décision de limiter la réparation au seul dommage prévisible par le souci de respecter la volonté des parties. En filigrane, apparaît toutefois une justification plus économique, tirée de la préoccupation d'assurer l'essor des transactions commerciales." (ORTSCHEIDT, Jérôme. **La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international**. Paris: Dalloz, 2001, p. 53).

¹³⁶ Nesse sentido, conferir: "*La explicación más recurrida de la limitación recurre al principio de la autonomía de la voluntad sobre el cual se elaboró la teoría general del contrato en los tiempos de la codificación. Si los contratos obligan porque son queridos por las partes, es lógico que, en caso de incumplimiento, sólo den lugar a indemnizaciones que hayan sido queridas expresa o implícitamente por los mismos contratantes.*" (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, p. 180). Na mesma linha: "*La reclamación de previsibilidad en los daños contractuales arranca, por último, de la autonomía de la voluntad.*" (ZAMORANO, Marcelo Barrientos. Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron prever al tempo del contrato. **Revista Chilena de Derecho**, 2007, v. 34, n. 1, p. 20).

¹³⁷ Nesse sentido, conferir: "*El fundamento que ofrece Pothier para esta delimitación de los daños contractuales parece residir en la voluntad de las partes. Al explicar la ley del Código de Justiniano nos dice que: 'El principio sobre que se funda esta decisión, es el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y la voluntad de las partes. Ahora bien, el deudor, al obligarse al pago de daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de su obligación, se reputa como no habiéndose entendido ni querer obligar más que hasta la suma a la cual el há podido racionalmente prever que podían montar a lo más los dichos daños y perjuicios, y no más allá'; a lo que agraga: 'dicho se está, pues, que cuando esos daños y perjuicios suben a una suma excesiva, a la cual el deudor jamás há podido pensar que pudieran subir, deben reducirse y moderarse a la suma a la que se puede racionamente que podrían subir como máximo; pues há de reputarse el deudor como no habiéndose obligado a más.'*" (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, p. 207).

¹³⁸ Nesse sentido, conferir: "*Se aduce igualmente en apoyo de la rela de la limitación su mejor adaptación a la justicia contractual y al equilibrio que intenta obtener el instrumento negocial en la distribución de los riesgos entre las partes. La justificación reside, en consecuencia, en la naturaleza misma del contrato y de la obligación contractual. En el fondo, la previsibilidad es el elemento que conecta el daño con el contrato y hace posible hablar de responsabilidad contractual.*" (Id., ibid., p. 181).

momento da celebração do contrato a parte previu ou deveria ter previsto uma determinada perda, ela poderia ter agido em conformidade com a exclusão ou redução da sua responsabilidade potencial, seja mediante a aquisição de seguro, com o aumento do benefício a ser obtido a partir do contrato ou, até mesmo, se recusando a celebrar o contrato¹³⁹.

Destaque-se que a função de alocação do risco tem sido vista como uma indicação de que o teste de previsibilidade está relacionado à própria natureza e finalidade do contrato, e que a parte infratora pode ser responsabilizada apenas na medida em que a sua responsabilidade esteja dentro do âmbito de proteção do contrato¹⁴⁰.

Normalmente, as partes adotam condutas econômicas conscientes e assumem os riscos inerentes. Ao contratar, as partes tomam decisões moldadas em seus interesses, ficando subjacente a racionalidade econômica do negócio e seus riscos¹⁴¹. E, ao celebrarem o negócio, as partes preveem ou deveriam prever as consequências da inexecução do contrato, razão pela qual não podem ser responsabilizadas por danos imprevisíveis, que não estão dentro do escopo de proteção do contrato.

As partes atuam no sentido de que faça parte do âmbito de proteção do contrato tudo aquilo que puderam prever no ato da celebração do negócio jurídico, e a isso se estende a sua responsabilidade. Nesse sentido, previram certos ganhos e perdas, de acordo com os quais assumiram os riscos da obrigação. O que sai dessa previsão não faz parte do

¹³⁹ Nessa linha, conferir: SAIDOV, Djakhongir. Foreseeability of Damages. **In the Law of Damages in International Sales: the CISG and other International Instruments**. Hart Publishing, 2008. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov5.html>. Acesso em: 03 jul. 2015; e ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2015.

¹⁴⁰ Nesse sentido, conferir: “*This risk allocation function has been viewed as an indication that the foreseeability test is related to the very nature and purpose of the contract and that the breaching party can be held liable only to the extent that its liability is within the scope of the contract.*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

¹⁴¹ Como bem coloca Ramón Domínguez Águila, é a natureza da relação contratual que justifica a regra. Ele aponta que como afirmado por Isabelle Souleau, “*si el daño imprevisible queda como no reparable, es primero porque no ha entrado en el campo de la voluntad contractual*”. O autor conclui que “*si se producen daños imprevistos, es porque las más de las veces ha sido el propio acreedor el que no puso al deudor en condiciones de apreciar los riesgos. Por último, hay un equilibrio entre las prestaciones de las partes como símbolo de la justicia contractual o, al menos, entre sus intereses, y agravar la responsabilidad del deudor con daños imprevisibles implica romper ese equilibrio. Se ha sostenido también que la regla tiene razón de ser por consideraciones económicas, ya que se favorecen las transacciones repartiendo razonablemente los riesgos.*” O autor ainda traz a lição de Luis Díez-Picazo, que bem resume a razão da regra: “*La previsión o la previsibilidad exige una información o conocimiento por ambas partes de los riesgos que el contrato entraña, pero exige también, de manera expresa o implícita, un cierto sistema de distribución de tales riesgos, de manera que la contemplación de éstos o la contemplación de la finalidad de la prestación, como causa concreta, en la esfera del acreedor, constituye causa concreta del contrato o motivo determinante de él.*” (ÁGUILA, Ramón Domínguez. Los límites al principio de reparación integral. **Revista Chilena de Derecho Privado**, dez. 2010, n. 15, p. 21).

âmbito de proteção do contrato, não sendo possível fazer o devedor responder pelos prejuízos que ele não poderia prever no tempo do contrato, pois se conhecesse tais prejuízos, não teria se obrigado a eles¹⁴².

2.4.2 O fundamento econômico

A regra que limita a reparação aos danos contratuais previsíveis também tem fundamento econômico, uma vez que por meio dela se busca favorecer a assunção de compromissos contratuais e incentivar a prestação de informações por parte dos credores (como se buscará demonstrar mais adiante, quando da análise econômica da referida regra), sem incrementar excessivamente as indenizações.

A inexistência da regra poderia resultar em efeitos negativos, especialmente em disputas comerciais internacionais, pois permitir a compensação dos danos contratuais imprevistos aumentaria o custo da responsabilidade, constituindo um freio à atividade econômica. Por outro lado, a minimização do custo de reparação pode formentar as transações comerciais¹⁴³.

A limitação da responsabilidade aos danos contratuais previsíveis libera o devedor de um peso excessivo do risco das obrigações que assume, facilitando a celebração de contratos cujos custos seriam notadamente incrementados caso o devedor tivesse que

¹⁴² Nesse sentido, conferir: “[las] partes hacen entrar en el ámbito de lo contractual todo aquello que han podido prever al tiempo de la celebración del negocio jurídico. A ello se extiende entonces su responsabilidad. Se ha tenido en previsión ciertas ganancias y correlativamente ciertas pérdidas, de acuerdo con las cuales han tomado los riesgos de la obligación. Lo que salga de esa previsión no forma parte del estricto ámbito de lo contractual. No es, pues, posible hacer responder al deudor de los perjuicios que las partes no pudieron prever al tiempo del contrato, porque de haberlos conocido, seguramente no se habría obligado” (ÁGUILA, Ramón Dominguez. Op. cit., dez. 2010, p. 19).

¹⁴³ Nesse sentido, conferir: “La règle limitant la réparation au dommage contractuel prévisible peut se comprendre au travers d’une analyse économique si l’on considère les effets négatifs que résulteraient de sa non-application dans les litiges commerciaux internationaux. Autoriser l’indemnisation de dommages contractuels imprévisibles entraînerait en effet un accroissement du coût de la responsabilité, ce qui constituerait un frein à l’activité économique. La croyance par les acteurs du commerce international de ce que la mise en jeu de leur responsabilité pourrait les amener à supporter le poids de dommages-intérêts qu’ils n’ont pu prévoir et donc assurer, et qui pourraient atteindre des sommes relativement importantes, est en effet de nature à modérer l’initiative individuelle. De plus, si le risque particulier de responsabilité peut être transféré sur l’assurance, mais en partie seulement en raison de l’existence de plafonds conventionnels, l’existence d’une responsabilité trop étendue entraîne nécessairement un accroissement du coût de l’assurance. Ce renchérisse est sans aucun doute lui aussi de nature à décourager l’investissent. Enfin, de manière plus théorique, si d’un point de vue économique, l’on considère que le but de la responsabilité civile est justement de limiter au maximum le coût de la réparation pour favoriser les transactions commerciales, à la fois l’auteur mais aussi la victime du dommage doivent participer à la réalisation de cet objectif. La réparation des pertes entre le créancier et le débiteur par l’intervention d’une règle qui exclut l’indemnisations du dommage imprévisible répond bien de cet objectif.” (ORTSCHEIDT, Jérôme. Op. cit., 2001, p. 54).

assumir e se assegurar contra eventuais riscos que não podia prever no momento da celebração do contrato. A regra da previsibilidade incentiva a atividade comercial porque não só permite que as próprias partes gerenciem riscos possíveis ao elaborarem e executarem contratos, como também reduz esses riscos, protegendo as partes de perdas incomuns e excessivas¹⁴⁴.

A limitação da responsabilidade aos danos contratuais previsíveis também incentiva e busca fomentar a prestação de informações por parte dos credores, já que cria um incentivo para que o credor revele fatos de seu conhecimento que fariam com que o custo da violação fosse mais alto do que o imaginado¹⁴⁵. Tendo conhecimento de tais fatos o devedor pode agir de maneira a reduzir a probabilidade de rescisão do contrato, seja recusando o acordo, elevando o preço ou excluindo/limitando a responsabilidade.

Como se verá mais adiante quando da análise econômica da regra da previsibilidade, se esta regra não existisse e o devedor tivesse que indenizar todos os danos imprevisíveis, não haveria nenhum incentivo para que o credor informasse ao devedor o quanto valoriza a prestação. Como o devedor não consegue diferenciar os credores que valorizam mais ou menos a prestação, ele deverá se preparar para responder a todos de forma unânime e, caso tenha que adotar as precauções máximas, deverá subir o preço uniformemente para todos, prejudicando os credores que poderiam ser beneficiados com um preço menor já que o seu interesse na prestação também é menor.

Por outro lado, existindo a regra da previsibilidade, o credor que por circunstâncias especiais estima mais a prestação do que a média, terá um incentivo para passar essa informação ao devedor e, assim, em caso de descumprimento, ser indenizado de acordo com os seus interesses. Desse modo, o devedor poderá elevar o preço desse contrato para fazer frente aos maiores custos de precauções a serem adotados. Ao mesmo tempo, o

¹⁴⁴ Nesse sentido, conferir: “*Finally, when approached from the perspective of the consequences and incentives to which it can give rise, the foreseeability rule has been justified on the grounds that it encourages commercial activity and promotes economic efficiency. The former is explained on the basis that the rule not only enables the parties themselves to manage possible risks, associated with making and performing contracts, but also reduces such risks by protecting the parties from unusual and excessive losses.*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

¹⁴⁵ Como bem coloca Antoni Vaquer Aloy, “[*el test de previsibilidad tiene carácter subjetivo, pues se trata de aquello que previó o debió prever el deudor. De ahí que la información de que dispone el deudor sea un criterio que puede ampliar o reducir la cuantía del daño indemnizable, lo que debe ser considerado por el acreedor, que tiene que ser consciente que a mayor información que proporcione al deudor más extensa puede resultar la responsabilidad de este, ya que la carga de la prueba pesa sobre él al ser quien reclama la indemnización.*” (ALOY, Antoni Vaquer. La Indemnización de daños contractuales en la propuesta de reglamento sobre un derecho común Europeo de la compraventa (CESL). **Revista de Derecho Civil** (Estudios), enero-marzo, 2015, v. II, n. 3, pp. 15-16).

devedor poderá supor que os credores que não prestaram informação especial se contentam com a indenização dos prejuízos ordinários e poderá lhes oferecer um preço menor.

A limitação da responsabilidade aos danos contratuais previsíveis permite que o devedor diferencie os tipos de contrato que pode oferecer por meio da suposição de que os credores que necessitam de um grau maior de proteção prestarão tal informação sob pena de serem tratados como credores ordinários em caso de descumprimento. O mesmo resultado poderia ser obtido se os credores ordinários fossem obrigados a informar a sua categoria ao devedor, entretanto, os custos de transação seriam maiores uma vez que os credores ordinários são mais numerosos¹⁴⁶.

2.5 OBJETO DA PREVISIBILIDADE: CAUSA DO DANO E/OU SUA QUANTIA?

Os primeiros autores que comentaram o Código Civil francês iniciaram uma clássica discussão sobre se o imprevisível deveria ser a causa do dano ou o fato que gera o dano (descumprimento), ou se o imprevisível deveria também se estender ao importe ou extensão do dano. A questão surgiu nos contratos com obrigações de custódia, nos quais o devedor ignorava o valor real dos objetos custodiados se, por exemplo, entre os bens dados em custódia houvesse um objeto valioso cuja presença fosse ignorada pelo depositário. Se os bens são roubados, a pergunta que surge é se a perda do objeto é previsível. Caso se considerasse que a regra apenas exclui a indenização do dano cuja causa é previsível, o depositário deveria restituir o valor do objeto valioso, já que a causa do descumprimento (furto) não é imprevisível. Por outro lado, caso se considerasse que o importe ou a extensão do dano também é objeto da imprevisibilidade, o depositário não deveria restituir o valor do objeto valioso, já que não podia prever que incorreria em uma responsabilidade de tamanho valor¹⁴⁷.

Como aponta Hernán Corral Talciani, os primeiros comentaristas (Demolombe, Baudry-Lacantinerie e Laurent) restringiam a eficácia limitativa da regra, centrando o conceito de imprevisibilidade na causa do dano, de modo que se a sua causa fosse considerada previsível o devedor deveria responder pela totalidade da indenização, mesmo que a quantia fosse imprevisível. Mas o autor nota que a doutrina francesa mudou o seu

¹⁴⁶ TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, pp. 184-185.

¹⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 189.

entendimento e consolidou a conclusão contrária. Para ele, não é admissível a exclusão dos casos em que a imprevisibilidade versa sobre o importe ou a extensão dos danos¹⁴⁸.

Na mesma linha, na Itália, Di Gravio afirmou que o relevante para a previsibilidade é que o devedor tenha podido reconhecer o interesse do credor no cumprimento da prestação, de maneira que se em uma obrigação de custódia o devedor não conhece e nem está em posição de conhecer o valor real da coisa, responderá apenas até o limite do valor que tenha podido prever¹⁴⁹.

Este parece ser de fato o entendimento correto, uma vez que o âmbito de riscos que se exige do devedor não deve apenas ser fixado em relação às causas do dano, mas também em relação à sua extensão¹⁵⁰. Não se exige, contudo, uma precisa e detalhada previsibilidade do dano, tampouco o montante exato da perda, mas é necessário que o devedor reconheça que a quebra do contrato produzirá a perda em seu tipo e extensão.

¹⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 190. Sobre o tema, conferir: “*Il faut se demander si l'article 1150 ne vise que l'imprévisibilité de la cause du dommage ou, au contraire, à la fois l'imprévisibilité de la cause et celle de la quotité. Plaçons-nous d'abord en face d'un dommage imprévisible dans sa cause: il n'était pas possible de supposer que la faute du débiteur aurait pour conséquence le dommage dont se plaint le créancier. Le débiteur n'en est certainement pas tenu. Envisageons maintenant le dommage prévisible dans sa cause, mais imprévisible dans sa quotité: il était bien possible de prévoir que la faute aurait pour conséquence, mais il n'était pas possible de supposer que ce dommage serait aussi important. Le débiteur en est-il tenu? Non, répond à juste titre la jurisprudence. L'article 1150 exclut tout dommage imprévisible, donc non seulement un dommage imprévisible dans sa cause, mais le dommage imprévisible dans sa quotité, c'est-à-dire la partie imprévisible du dommage prévisible: "Attendu, dit notamment la Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 27 juin 1928, que, d'après l'article 1150, qui ne fait aucune allusion à la prévision de la cause du dommage, le débiteur, hors le cas de dol, n'est tenu que des dommages-intérêts dont la quotité a pu être prévue par lui lors du contrat". Ainsi le terme d'imprévisible doit être entendu dans le sens le plus large. Le débiteur ne doit rien de ce qui était imprévisible dans sa cause et sa quotité. Il ne doit que la quotité prévisible du préjudice.*” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. Op. cit., 1958, pp. 514). Conferir, ainda: “*Pour déterminer le montant des dommages-intérêts, il faut ainsi déterminer si le débiteur pouvait prévoir le type de dommage et l'ampleur de ceux-ci. C'est bien la quotité du dommage (et non pas seulement sa nature) qui doit être prévisible. Il faut ainsi non seulement pouvoir imaginer la survenance d'un préjudice plus ou moins spécifique, mais encore l'ampleur du dommage. Cette idée est liée à la modération dont on veut faire preuve en matière de dommages-intérêts, à l'instar de Justinien et sa limite des dommages-intérêts au double de la valeur de la chose. De même, Pothier déclarait pour les dommages extra rem, que "l'on doit user de modération, lorsqu'ils se trouvent excessifs, et l'on ne doit pas condamner le débiteur au-delà de la somme à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient monter au plus haut.*” (PICHONNAZ, Pascal. **Prévisibilité du dommage et *damnum extra rem***. Disponível em: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2014000200020. Acesso em: 02 jan. 2017). Vale também conferir: SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008.

¹⁴⁹ DI GRAVIO, Valerio. **Prevedibilità del danno e inadempimento doloso**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 159 e 161.

¹⁵⁰ Nesse sentido, conferir: WILSON, Carlos Pizarro. **Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades**. Anales Derecho UC, 3, 2008, pp. 160-161.

2.6 MOMENTO DA PREVISIBILIDADE

O momento em que se deve estabelecer se um dano é ou não previsível é o da celebração do contrato e não durante a sua execução ou descumprimento. Assim, o devedor não aumenta a sua responsabilidade se o credor levar ao seu conhecimento, depois da celebração do contrato, novos dados que incrementem o risco a que se expõe. Apesar de criticável, esta posição normalmente é justa, já que apenas o risco assumido pela parte quando da celebração do contrato deve ter relevância jurídica, porque a época da celebração do contrato é a oportunidade que a parte tem de se proteger, aumentando, por exemplo, o preço, adquirindo seguro ou excluindo ou limitando a sua responsabilidade¹⁵¹.

As negociações conducentes à celebração do contrato podem durar um determinado período de tempo, mas o ponto relevante da previsibilidade é, naturalmente, quando o contrato entrou em vigor¹⁵². É irrelevante o fato de o devedor se tornar ciente ou se deveria ter se tornado ciente de riscos adicionais após esse preciso ponto no tempo, pois a parte inadimplente não será responsável por perdas que objetivamente não poderia prever no momento da celebração do contrato, mesmo que posteriormente se torne capaz de prevê-las.

¹⁵¹ Nesse sentido, conferir: “*Whether a particular loss was foreseeable is to be assessed as of the time of the conclusion of the contract. Although this position has been criticised, the rule is generally fair: only the risk assumed by the party at the conclusion of the contract should, as a rule, be of legal significance because the time of making the contract is the only time when the party has an opportunity to protect itself (for example, by raising the price, excluding or limiting liability, or by procuring insurance). If foreseeability were to be assessed at a time after the contract was concluded, the party would be denied an opportunity for self-protection. This argument can, of course, be criticised on the ground that in practice, foreseeability of consequences is unlikely to affect the terms of the transaction because '[i]t is normally impracticable to fix a separate rate for every contract'. This view has, however, been said to be speculative and although the argument that the party can protect itself either at or before the making of the contract is just as speculative, the time of concluding the contract should remain as a standard time for determining foreseeability. Whatever the reality may be, the law should not deny the breaching party an opportunity for self-protection. It should also be noted that clarity as to the precise moment in time may be important because negotiations 'leading to the conclusion of the contract may ... last a certain period of time'. In this regard, the precise moment by reference to which the question of foreseeability is to be resolved is that when the contract comes into existence.*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

¹⁵² Nesse sentido, conferir: “*The relevant time for the foreseeability of the consequences of the breach of contract is the time of the conclusion of the contract. The negotiations leading to the conclusion of the contract may however last a certain period of time. The relevant time from the point of view of foreseeability is of course the time when the contract came into being. It follows that no subsequent foreseeability will have legal effects under Article 74. The party in breach will thus not be liable for losses he objectively could not foresee at the time of the conclusion of the contract even if he later (e.g., at the moment of the breach of contract) becomes able to foresee them.*” (KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA-BONELL. **Commentary on the International Sales Law**. Giuffrè: Milan, 1987, pp. 538-548. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb74.html>. Acesso em: 03 nov. 2016).

Vale ponderar, no entanto, que se posteriormente à celebração do contrato as partes acordem alterar os termos do contrato, pode-se considerar que houve uma nova assunção de riscos, ao menos com relação às obrigações renegociadas. Se as partes decidem, por exemplo, renegociar a data da entrega após a celebração do contrato e o comprador levar ao conhecimento do vendedor que o atraso na entrega fará com que ele pague uma sanção elevada para um terceiro, parece adequado sustentar que se este risco se materializar, essa perda era previsível em referência ao momento em que a obrigação de entrega foi renegociada.

2.7 A (NÃO) LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO DEVEDOR DOLOSO

Como se verá adiante, a limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis é a regra geral vigente na maioria dos sistemas jurídicos mais importantes do mundo ocidental, sendo a Alemanha uma das grandes exceções. A estes efeitos o parentesco entre os sistemas jurídicos de Direito codificado e os de *Common Law* é muito próximo, mas a sua semelhança não é total, uma vez que há uma restrição no âmbito de aplicação da regra que aparece em diversos sistemas jurídicos de Direito Codificado e que, por outro lado, não aparece no sistema anglo-americano.

Em diversos países de Direito codificado a limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis beneficia apenas o devedor não doloso, sendo que o devedor que descumpre com dolo deverá indenizar integralmente o credor, sem qualquer redução ou exclusão do dano em razão da imprevisibilidade. Esse tratamento diferenciado, contudo, é desconhecido no sistema de *Common Law* e, como se verá mais adiante, não foi adotado pela Convenção de Viena e pelos Princípios Unidroit.

A doutrina mais moderna define o dolo como a intenção de fazer o injusto, tendo a intenção principal de lesar ou simplesmente aspirar um benefício próprio e aceitar o dano como inevitável. Nessa linha, nos sistemas jurídicos que excepcionam a aplicação da regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis prevalece o entendimento majoritário de que os descumprimentos contratuais aos quais se deixaria de aplicar a regra geral de limitação são os descumprimentos conscientes e voluntários, não se exigindo uma intenção especial de lesar, nem malícia, fraude ou má-fé qualificada¹⁵³. Na análise

¹⁵³ Nesse sentido, conferir: “El 2º párrafo del artículo 1.107 excepciona para el caso de dolo la regla de limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles. Los incumplimientos contractuales a los

econômica de Fernando Gomez Pomar, contudo, ele chega à conclusão de que a exceção à limitação só é razoável no caso do dolo constituir malícia ou fraude e não simples descumprimento voluntário e consciente¹⁵⁴.

É compreensível que a racionalidade econômica possa orientar essa fragmentação arbitrária do conceito unitário de dolo como causa de inexecução das obrigações, mas não parece ser esse o fundamento da norma. O entendimento majoritário se mostra o mais correto, bastando que se tenha o conhecimento e a vontade de descumprir a prestação devida, sem a necessidade de uma especial malícia ou um ânimo de lesar o credor para que o devedor perca a possibilidade de se valer da limitação aos danos previstos ou previsíveis¹⁵⁵.

Cabe ponderar que na França esse entendimento é praticamente consensual, pois se entende que o devedor atua com dolo desde que não cumpra conscientemente os deveres contratuais. Alain Sériaux é bastante claro nesse sentido ao afirmar que “[todo] o devedor que não cumpre com conhecimento de causa, ainda que não tenha intenção de prejudicar a contraparte, atua com dolo”¹⁵⁶.

Na Itália, no entanto, é controverso o conceito de dolo relevante para efeitos do art. 1.225 do Código Civil, existindo três teses sobre o tema: a primeira afirma que o dolo exige cumulativamente a consciência e a intenção de não cumprir e a consciência e/ou a intenção de causar danos ou prejuízos; a segunda defende que o dolo exige exclusivamente a consciência e/ou a intenção de não cumprir; e a terceira considera que o dolo reside nos artifícios, nas falsas declarações e em toda a atividade enganatória perpetrada pelo devedor ao tempo da constituição da obrigação, sendo capaz de influir sobre a relação obrigacional. As decisões mais recentes da *Corte di Cassazione* têm se inclinado para a segunda tese,

que se dejaría de aplicar la regla general de limitación son, en opinión abrumadoramente mayoritaria, los incumplimientos conscientes y voluntarios. No se exige una intención especial de dañar, ni malicia, fraude, o mala fe cualificada.” (POMAR, Fernando Gómez. **Previsión de daños, incumplimiento e indemnización.** Madrid: Civitas, 2002, p. 197).

¹⁵⁴ “[...] invalidar las cláusula de liquidación anticipada del daño contractual por el mero hecho de que el incumplimiento sea voluntario (aunque no fraudulento, oportunista o malicioso), supone renunciar a las ventajas para el bienestar de las partes derivadas de tales previsiones contractuales sin una correlativa contrapartida em términos de eficiencia.” (Id., *ibid.*, p. 232).

¹⁵⁵ Nesse sentido, confira-se: “Es posible que la racionalidad económica pueda aconsejar esa restricción normativa, pero ella no parece fundada en el texto de nuestra norma y fragmenta arbitrariamente un concepto que debiera ser unitario al menos como causa de inexecución de las obligaciones. Basta entonces que se tenga el conocimiento y la voluntad de omitir la prestación debida, sin que sea necesario una especial malicia o ánimo de dañar al acreedor.” (TALCIANI, Hernán Corral. *Op. cit.*, 2010, p. 199).

¹⁵⁶ SÉRIAUX, Alain. **Droit des obligations.** 2. ed. Paris: PUF, 1998, pp. 259. No mesmo sentido: VINEY, Geneviève. La responsabilité: effets. In: GHESTIN, Jacques (Org.). **Traité de droit civil.** Paris: LGDJ, 1998, p. 434.

concedendo ao credor a indenização integral dos danos quando o devedor tenha a consciência e a intenção de infringir o dever contratual, existindo ou não a consciência ou a intenção de prejudicar o credor e de lhe causar danos¹⁵⁷.

A exclusão do devedor doloso tem algumas explicações, sendo que a mais recorrente é a que atribui à exceção uma função sancionadora da norma, já que o dolo é repudiado por lei e deve ser sancionado. Outra explicação seria eliminar o incentivo para descumprir que teria o devedor que compara o benefício que teria se descumprisse concordando em pagar os prejuízos previstos no tempo do contrato¹⁵⁸.

Mais do que uma sanção ao devedor doloso, percebe-se a limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis como uma vantagem ao devedor que não atua com dolo. Evita-se, ainda, que o devedor descumpra o contrato de forma deliberada ao calcular que o custo de não cumprir que resultasse limitado aos danos previstos ou previsíveis quando da celebração do contrato, é menor do que o custo do cumprimento¹⁵⁹.

2.8 A ADOÇÃO DA REGRA DA PREVISIBILIDADE DO DANO COMO CRITÉRIO LIMITADOR DO RESSARCIMENTO DO DANO CONTRATUAL NOS SISTEMAS DOMÉSTICOS

A limitação dos danos indenizáveis segundo o critério da sua previsibilidade no momento da celebração do contrato se encontra presente, na responsabilidade civil, em diversas ordens jurídicas ocidentais para as quais irradiou por influência francesa. Como se viu anteriormente, o critério da previsibilidade tem sua origem ligada ao Direito romano e foi positivado pela primeira vez no Código Civil francês de 1804¹⁶⁰, que estabelecia, em

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Op. cit., 2009, p. 93.

¹⁵⁸ Nesse sentido, conferir: “*La exclusión del deudor doloso tiene varias explicaciones. La más recurrida es la que atribuye una función sancionatori a la norma: el dolo es repudiado por la ley e por ello debe ser sancionado. Se tartaría por tanto de una pena privada. Outra explicación dice relación con eliminar el incentivo a incumplir en que se encontraría el deudor que compara el beneficio que Le reportaría omitir la prestación debida allanándose a pagar los perjuicios previstos al tiempo del contrato.*” (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, pp. 200-201).

¹⁵⁹ Id., ibid., p. 201.

¹⁶⁰ “*A vague attempt to limit the compensation of damages in contract law to foreseeable damages was made in Roman law, but these attempts were nullified by a constitution enacted in 531 A.D. by Justinian according to which damages were limited ad duplum. However, one can consider this constitution as the "starting point" of the "foreseeability" limit which can be found in many legal systems based on French law. Indeed, in 1546 Dumoulin concluded that the rationale of the constitution of Justinian was based on the fact that generally the debtor could foresee only such damage, i.e., the duplum. On the basis of this reasoning, Dumoulin established the general rule that compensable damage resulting from a breach of contract had to be limited to foreseeable damage. And it is this conclusion to which Pothier referred when he stated that "le debiteur nest tenu que des dommages et interets qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le creancier pourrait*

seu art. 1.150, que “[o] devedor só é responsável pelos danos que foram previstos ou que podiam ser previstos por ocasião do contrato, desde que não tenha sido pelo seu dolo que a obrigação não foi executada”¹⁶¹.

Como supracitado, o Código Civil francês de 1804 foi recentemente alterado pela *Ordonnance* 2016-131, aprovada em 10 de fevereiro de 2016, que entrou em vigor em 01 de outubro de 2016. A regra da previsibilidade do dano foi mantida com pequenas alterações na redação do dispositivo, que passou a ter nova numeração (art. 1.231-3). O novo dispositivo estabelece que “[o] devedor só responde pelos danos previstos ou previsíveis no momento da conclusão do contrato, exceto quando a inexecução tenha sido por falta grave ou dolo.” A inovação a ser destacada, repita-se, é que o art. 1231-3 consagrou o entendimento jurisprudencial sobre o tema, igualando a falta grave ao dolo.

No direito italiano, o art. 1.225 do Código Civil de 1942 segue a orientação francesa de limitar o ressarcimento aos danos que podiam ser previstos no momento do surgimento da obrigação, a não ser em caso de dolo: “se o incumprimento ou a mora não decorrem de dolo do devedor, a reparação é limitada ao dano que podia prever-se, no momento em que se constituiu a obrigação”¹⁶². Em caso de dolo se aplica a regra geral do art. 1.223, que dispõe que a reparação compreende os danos que sejam uma consequência imediata e direta do descumprimento ou atraso. A diferença da regulação francesa é que a norma da previsibilidade abrange não apenas as obrigações contratuais¹⁶³.

O Código Civil espanhol, em seu art. 1.107, seguiu a mesma linha do Código francês, mas com uma redação que trouxe alguns problemas aos intérpretes:

souffrir de l'inexécution de l'obligation; car le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceux-ci.” This rule was subsequently adopted by the Code Napoleon which, by serving as model to a number of other legal systems, served as a “vehicle” for the transplantation of the rule of foreseeability into numerous legal systems, such as those in Belgium, Italy, Luxembourg, Portugal and even, for a short period of time, Switzerland.” (FERRARI, Franco. Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law. *Louisiana Law Review*, 1993, v. 53, n. 4. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari9.html>. Acesso em: 27 ago. 2016).

¹⁶¹ “Le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est point exécutée.”

¹⁶² “Se l’inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l’obbligazione”. Ao comentar referido artigo Giovanna Visintini indica como função originária do art. 1225 do Código Civil Italiano “limitar a reparação aos danos conexos com a destinação econômica do bem objeto do contrato”, responsabilizando-se o devedor somente “pelos riscos previsíveis em caso de inexecução do contrato, e não pelos [riscos] inerentes às repercussões que o incumprimento pode ter em relação ao patrimônio do [credor] e, em geral, à sua esfera econômica”. (VISINTINI, Giovanna. L’inadempimento delle obbligazioni: risarcimento del danno. In: RESCIGNO, Pietro (dir.). *Trattato di diritto privato* (obbligazioni e contratti). Torino: UTET, 1984, v. IX, p. 211).

¹⁶³ Nesse sentido: “La diferencia con la regulación francesa es que la norma de la previsibilidad abarca no sólo las obligaciones contractuales.” (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, p. 148).

os danos e prejuízos pelos quais responde o devedor de boa fé são os previstos ou que pudessem prever-se ao tempo em que se constituiu a obrigação e que sejam consequência necessária da falta de cumprimento. Em caso de dolo, o devedor responderá por todos os prejuízos que conhecidamente derivem da falta de cumprimento da obrigação¹⁶⁴.

Apesar das diferenças de redação, a doutrina espanhola se inclina a interpretar a norma no mesmo sentido que a francesa¹⁶⁵.

Destaca-se que tanto no Direito francês, como no italiano e espanhol, em caso de dolo o devedor responderá por todos os prejuízos, aplicando-se a limitação do dano pelo critério da previsibilidade apenas nos casos em que o devedor atuou com culpa¹⁶⁶.

No Direito latinoamericano diversos sistemas jurídicos também adotaram a regra da previsibilidade. O Código Civil chileno, por exemplo, estabelece em seu art. 1.558 que se não se pode imputar dolo ao devedor, este somente é responsável pelos danos previstos ou que podiam ser previstos ao tempo do contrato. Caso, porém, haja dolo, o devedor é responsável por todos os danos que sejam consequência imediata ou direta do atraso ou do inadimplemento. De acordo com este mesmo artigo, as partes podem acordar a modificação dessas regras¹⁶⁷. Na mesma linha estão o Código Civil colombiano¹⁶⁸, o Código Civil equatoriano¹⁶⁹ e o Código Civil de El Salvador¹⁷⁰.

¹⁶⁴ No original: “*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.*” (Id., *ibid.*, p. 148).

¹⁶⁵ Nesse sentido, confira-se: “*El Código Civil español seguirá las huellas del francés pero con una redacción, influida por García Goyena, que ha dado múltiples problemas a los intérpretes. [...] A pesar de las diferencias de redacción la doctrina española se inclina por interpretar la norma en el mismo sentido que la francesa.*” (Id., *ibid.*, p. 148).

¹⁶⁶ Vale notar que o direito português não adotou a regra (sobre o tema, conferir: MOTA PINTO, Paulo. **Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, pp. 937-938), assim como não a adotou o Direito alemão. Nuno Manuel Pinto Oliveira lembra que nos trabalhos preparatórios do Código Civil alemão, se decidiu por afastar o princípio da não reparação do dano contratual imprevisível. O anteprojeto do referido código determinava que o dever de indenizar não abrangesse os danos ou prejuízos “cuja produção estivesse fora do alcance do provável ou que, tendo em conta as circunstâncias que o devedor conhecia ou devia conhecer, pudesse considerar-se fora desse alcance”, mas tal determinação foi eliminada (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Op. cit., 2009, p. 85).

¹⁶⁷ Art. 1558. “*Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.*” Ao comentar referido artigo, Hernán Talciani pondera o seguinte: “*El paralelismo con las normas napoleónicas es manifiesto. Sólo pueden señalarse como diferencias, además del aspecto formal de reunir en una sola norma las dos francesas, la explicitación de la primacía de la autonomía privada y el cambio en la referencia al origen de los perjuicios, sustituyendo la expresión napoleónica “de la inexecución de la convención”, por la más detallada “de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.” A ello hay que agregar un cambio que no há llamado la atención de nuestros autores. El codificador chileno prefirió la*

No Código Civil da Bolívia, tal como previsto no seu art. 345, se o devedor não cumpre a obrigação, ou a cumpre tardiamente, sem dolo, a indenização compreenderá apenas o dano previsto ou previsível¹⁷¹.

No Peru, a regra sobre o ressarcimento do dano contratual está prevista no art. 1.321 do Código Civil, que estabelece que está sujeito à indenização aquele que não executa suas obrigações por dolo, culpa inexcusável ou culpa leve, e que o ressarcimento compreende tanto o dano emergente como o lucro cessante, enquanto sejam uma consequência imediata e direta da inexecução. O mesmo dispositivo estabelece que se a inexecução ou o cumprimento parcial, tardio ou defeituoso da obrigação decorrem de culpa leve, o ressarcimento se limitará ao dano que podia ser previsto ao tempo em que a obrigação foi contraída¹⁷².

No Brasil, é importante ponderar que a limitação aos danos previsíveis, apenas com relação aos lucros cessantes, constava do parágrafo único do art. 1.059 do Código de 1916: “[o] devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.”¹⁷³

proposición “o” para conectar los términos “inmediata” y “directa” reemplazando la proposición “y” que utiliza el Código Civil francés. El Code reza “consecuencia inmediata y [et] directa”, mientras que el nuestro señala “consecuencia inmediata o directa”. De este modo, en el Derecho civil chileno la relación causal tiene dos momentos de análisis: como atribución de un daño al incumplimiento contractual, y segundo como limitación de dichos daños en beneficio del deudor no doloso.” (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, p. 151).

¹⁶⁸ Art. 1616: “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron prev”erse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.” (Id., ibid.).

¹⁶⁹ Art. 1574: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.” (Id., ibid.).

¹⁷⁰ Art. 1429: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.” (Id., ibid.).

¹⁷¹ Art. 1345: “El resarcimiento sólo comprende el daño previsto o que ha podido preverse, si el incumplimiento o retraso no se debe a dolo del deudor.” (Id., ibid.).

¹⁷² Art. 1321: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.” (Id., ibid.).

¹⁷³ Sobre a questão, conferir: “Quanto às perdas, *dammum emergens*, o agente responde pelas consequências de seu ato, ainda que não as tenha previsto, ou não as pudesse prever. O art. 1.059, parágrafo único, do

Ao comentar o citado artigo, Clóvis Bevilacqua manifestou que a tradição brasileira sempre buscou limitar o dever de indenizar o inadimplente culposo. Segundo ele,

[os] lucros computados para a indenização, por não cumprimento da obrigação, segundo determina o parágrafo único do artigo analisado, são os que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação. Pela tradição do nosso direito e pela melhor doutrina, fazia-se uma distinção. Se o não cumprimento da obrigação fora determinado por dolo, nos lucros cessantes se compreendiam os não previstos na ocasião do contrato, uma vez que fossem direta e imediatamente decorrentes da inexecução, Se não se pudesse imputar dolo ao devedor, então, os lucros cessantes seriam, somente, os previstos ou previsíveis no momento de se contrair o vínculo obrigacional. O código manteve essa doutrina¹⁷⁴.

De acordo com Agostinho Alvim, contudo, ao não fazer referência ao dolo, o art. 1.059 do Código Civil de 1916 teria abandonado a distinção:

tendo o Código suprimido a referência ao dolo, deixou de levar em consideração a distinção entre ele e a culpa, para efeito de atribuição de responsabilidade nesta matéria, tendo, pois, abandonado a orientação dos Projetos, que concordava com os direitos francês e italiano. Todavia, Bevilacqua ensina que subsiste a distinção entre dolo e culpa, para o efeito da aplicação do parágrafo único do art. 1.059 (obs. nº 2 ao referido artigo). Omite ele os fundamentos da sua opinião, limitando-se a dizer que o Código manteve a tradição do nosso direito, segundo a qual o devedor em dolo responde pelos danos previstos e imprevistos, e o culpado, só pelos previstos. Mas não nos parece que esteja com a razão. [...] Portanto, para a interpretação do parágrafo único do art. 1.059 vamos suprimir, desde logo, qualquer distinção entre dolo e culpa, voltando nossa atenção para outros pontos¹⁷⁵.

Parece correta a interpretação com relação ao dolo e a culpa que era dada por Agostinho Alvim ao referido dispositivo do Código Civil de 1916, que também destacou que, diferentemente dos outros ordenamentos citados, o Código Civil brasileiro de 1916 só levava em conta a mora em matéria de exceção de imprevisibilidade, e não o inadimplemento absoluto, e excluía o dano emergente, aplicando a limitação apenas aos lucros cessantes. Nesse sentido Alvim afirmou que o ordenamento permitia a exceção de previsibilidade “no caso menos grave de mora, combinado com o fato de não se tratar de

Código Civil, só se refere ao *lucrum cessans* (verbis “lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação”). (MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, pp. 211-212)

¹⁷⁴ BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1958, p. 176.

¹⁷⁵ ALVIM, Agostinho. Op. cit., 1955, p. 222.

dano emergente e, sim, de lucro frustrado, como está dito no parágrafo único do art. 1.059”¹⁷⁶.

A limitação da indenização, em caso de mora, aos lucros cessantes que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação que exista no Código Civil de 1916 não foi, contudo, reproduzida no Código Civil de 2002. Ao comentar a alteração com a extirpação da regra, doutrinadores ressaltam o atendimento do princípio da reparação integral com a reparação mais completa possível¹⁷⁷.

Em que pese a limitação da responsabilidade pela previsibilidade do dano não estar mais inserida no Código Civil brasileiro, a Convenção de Viena de 1980 sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que será estudada detidamente mais adiante, foi ratificada pelo Brasil e passou a vigorar no país em 01 de abril de 2014. Como se verá, a CISG adotou a regra da previsibilidade do dano contratual como critério limitador de responsabilidade, razão pela qual a compreensão e aplicação correta da referida regra no Brasil se mostra extremamente relevante.

Uma vez que a CISG foi internalizada no país, ela se aplica aos contratos de compra e venda de mercadorias, cujas partes tenham estabelecimento em países diferentes, independentemente da nacionalidade, caso elas não optem expressamente pela sua não aplicação, no exercício da faculdade que lhe atribui o art. 6º da Convenção. Constitui, pois, o direito brasileiro aplicável a todas as operações desta natureza regidas pela legislação brasileira, sendo de extrema importância que os operadores conheçam a fundo suas disposições¹⁷⁸. A ratificação da CISG pelo Brasil representa importante iniciativa para o desenvolvimento do país e de suas relações internacionais, em um ambiente econômico cada vez mais globalizado.

As ideias de Pothier curiosamente também emigraram para os países do sistema de *Common Law*, onde o princípio da não reparação do dano contratual imprevisível também se encontra consagrado¹⁷⁹. No direito dos contratos do *Common Law* os danos indenizáveis estão limitados pela regra denominada *unforeseeability* ou *contemplation rule*.

¹⁷⁶ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1955, pp. 223-225.

¹⁷⁷ Conferir: MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 2009, p. 495; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I, p. 728.

¹⁷⁸ WALD, Arnoldo; COSTA, José Augusto Fontoura; VIEIRA, Maíra de Melo. O impacto da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Direito Brasileiro: visão geral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2013, n. 37, p. 23.

¹⁷⁹ Como aponta Talciani: “*Insospechadamente la doctrina de Pothier emigro hacia Inglaterra y Estados Unidos da América, siendo uno de los pocos casos en los que el Derecho continental há determinado el*

No sistema inglês a regra se encontra consagrada no acórdão *Hadley v. Baxendale* (1854), que se constitui num dos casos mais influentes e conhecidos do sistema jurídico anglo-americano¹⁸⁰. Em síntese, Joseph e Jonah Hadley eram proprietários de um moinho situado em Gloucester, quando em 11 de maio de 1853 se rompeu uma peça. Para que pudessem ter uma nova peça fabricada precisavam enviar a peça rompida para Greenwich, onde estava localizada a empresa que poderia fabricá-la. Em 14 de maio de 1853 a peça rompida foi entregue à empresa de transportes Pickford & Co para que fosse enviada de Gloucester a Greenwich. O empregado da transportadora informou que o transporte duraria um dia e que a peça chegaria em Greenwich em 15 de maio de 1853. A entrega, no entanto, atrasou cinco dias, razão pela qual os proprietários receberam a nova peça vários dias após o previsto. Durante esse tempo o moinho estava paralisado e sem poder produzir. Os proprietários demandaram a empresa Pickford & Co e seu diretor, Joseph Baxendale, solicitando uma indenização diante da falta de produção do moinho (*lost profits*).

Ao julgar o caso, a Corte de Exchequer decidiu que na medida em que os autores não haviam informado os réus sobre a urgência da entrega em tempo, bem como a razão do transporte, estes não poderiam ser responsabilizados pelos danos decorrentes do atraso, adotando o critério da previsibilidade:

Quando duas partes celebram um contrato que uma delas descumpriu, os danos que a outra parte deve receber devem ser aqueles que justa e razoavelmente podem ser considerados, isto é, conforme o curso usual das coisas, pelo descumprimento do contrato, ou aqueles que foram contemplados por ambas as partes como o provável resultado do descumprimento, no momento em que elas celebraram o contrato¹⁸¹.

forjamiento de un precedente que ha devenido en medular del sistema contractual de los países de sistema de Common Law. [...] El influjo de Pothier fue potenciado cuando su Tratado de las obligaciones fue objeto de traducciones al inglés en Estados Unidos en 1802 y en Inglaterra en 1806, como “A Treatise on Obligations” y como “A Treatise on the Law of Obligations or Contracts”, respectivamente. Estas traducciones fueron muy cotizadas, al parecer porque coincidió con una época en que los jueces y abogados del Common Law estaban aspirando a una mayor racionalización de su sistema a través de grandes principios generales.” (TALCIANI, Hernán Corral. Op. cit., 2010, pp. 212-213); Carmen Domínguez Hidalgo también assinala que “la zona de influencia de las ideas de Pothier no se restringirá a los derechos que, por razones históricas, se identifican con el pensamiento jurídico galo, sino que, curiosamente, abarcará incluso a los comprendidos en la denominación genérica del Common Law. Es una curiosidad, porque la conformación de esta última familia determina que la mayor parte de sus instituciones jurídicas no tenga un equivalente idéntico o al menos similar en los derechos codificados. La exigencia de previsibilidad en los daños contractuales resarcibles es, por ello, una de las escasas oportunidades en las que las familias jurídicas confluyen en una misma solución, con algún matiz que en algo les distingue [...].” (HIDALGO, Carmen Domínguez. **El daño moral**. Santiago: Editorial de Chile, 2000, p. 302).

¹⁸⁰ Alguns autores afirmam erroneamente que a regra da previsibilidade emana do caso paradigma *Hadley v. Baxendale*, que foi estabelecido em meio às codificações anglo-americanas acerca da compra e venda. A origem da regra, contudo, está em Pothier e no Código Civil Francês.

¹⁸¹ “Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be

O paragnático caso *Hadley v. Baxendale* suscitou imediata aprovação tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos. Cabe ressaltar, contudo, que enquanto o caso *Hadley v. Baxendale* consagra o critério da previsibilidade do dano para os dois contratantes (para o credor e para o devedor), os países de tradição romanística adotam o critério da previsibilidade do dano apenas para o devedor. Além disso, enquanto o Código Civil francês, o Código Civil italiano e o Código Civil espanhol, dentre outros, afastam a aplicação do critério da previsibilidade nos casos de dolo ou da culpa grave do devedor, o caso *Hadley v. Baxendale* não age desta forma.

Vale mencionar, por fim, que o *Restatement (Second) of Contracts*¹⁸², que procura informar juízes e advogados sobre os princípios gerais do Direito dos Contratos e é um dos tratados jurídicos mais reconhecidos citados em toda a jurisprudência americana, também prevê a previsibilidade do dano como um critério limitador da responsabilidade.

O § 347 do *Restatement (Second) of Contracts* trata da medida das perdas e danos em geral. De acordo com tal parágrafo, sujeito às limitações previstas nos §§ 350-353, a parte prejudicada tem direito às perdas e danos baseadas no seu interesse de expectativa, medidas pela: (a) perda no valor da prestação da outra parte causada por sua falta ou deficiência; mais (b) qualquer perda, incluindo perdas incidentais ou consequenciais causadas pelo inadimplemento; menos (c) qualquer custo ou outra perda que tenham sido evitados por não ter que prestar. Segundo o disposto no § 351 não serão reparados os danos que não podiam ser previstos no momento da celebração do contrato como resultado provável do inadimplemento, sendo que os danos são previsíveis se decorrem: (a) do curso natural das coisas; ou (b) se são resultado de circunstâncias especiais que o devedor sabia ou deveria saber¹⁸³.

considered either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it.” (HADLEY & ANOR v BAXENDALE & ORS [1854] EWHC Exch J70 (23.02.1854). Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1854/J70.html>. Acesso em: 25 jun. 2015).

¹⁸² Os *Restatements* são compilações do direito desenvolvido por precedentes jurisprudenciais, elaboradas pelo American Law Institute, que foi formado em 1923 por advogados, juízes e acadêmicos, com o fim de consolidar o direito jurisprudencial em um corpo de regras facilmente acessíveis. O primeiro *Restatement* sobre contratos foi finalizado em 1932 e foi substituído pelo segundo em 1981. O *Restatement (Second) of Contracts* contém parágrafos com comandos normativos, comentários explicando o conteúdo da norma referida em cada parágrafo, ilustrações de casos hipotéticos e observações do relator. O tratamento dado pelo *Restatement (Second) of Contracts* sobre a previsibilidade do dano estabelece de forma razoavelmente confiável qual é o direito norte-americano nessa matéria.

¹⁸³ § 351. *Unforeseeability and Related Limitations on Damages. (1) Damages are not recoverable for loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made; (2) Loss may be foreseeable as a probable result of a breach because it follows from the breach (a) in the ordinary course of events, or (b) as a result of special circumstances, beyond the ordinary course*

2.9 A ADOÇÃO DA REGRA DA PREVISIBILIDADE DO DANO COMO CRITÉRIO LIMITADOR DO RESSARCIMENTO DO DANO CONTRATUAL NOS INSTRUMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO

A previsibilidade do dano tem sido amplamente utilizada como um método para limitar a responsabilidade do devedor e é a sua popularidade entre os sistemas domésticos, bem como a sua adequação percebida às necessidades de comércio internacional que encorajaram redatores a introduzir o referido critério nos instrumentos internacionais de uniformização do Direito¹⁸⁴.

2.9.1 A previsibilidade do dano nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL)

A previsibilidade do dano como critério limitador do dano indenizável aparece nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL). Tais princípios foram criados pela Comissão do Direito Contratual Europeu (*Commission on European Contract Law*), geralmente denominada Comissão Lando (*Lando Commission*), que iniciou o seu trabalho em 1982 por iniciativa do professor dinamarquês Ole Lando. A primeira parte desses princípios foi publicada em 1995 e revisada e republicada em 1999, juntamente com a segunda parte, enquanto a terceira parte foi publicada em 2003.

Os PECLs são uma consolidação do Direito Europeu dos Contratos, sem caráter vinculante, como destacado nos seus próprios fundamentos: “[...] sua força decorre de sua livre aceitação pelas partes em reconhecimento da qualidade do trabalho em estabelecer o que há de comum entre o direito contratual dos Estados membros da União Europeia”¹⁸⁵. Os PECLs buscam um direito contratual europeu harmonizado e podem servir de inspiração para legisladores, juízes, árbitros e partes contratantes.

of events, that the party in breach had reason to know; (3) A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation.

¹⁸⁴ Nesse sentido, confira-se: “*The 'Foreseeability' Test has been widely used as a method of limiting damages and it is its popularity amongst domestic systems as well as its perceived suitability to the needs of international commerce which encouraged drafters to introduce the test into the international instruments.*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008). Conferir ainda: “*In view of the fact that the foreseeability test is entrenched not only in the English common law but also in the Code civil, as well as in other legal systems of the Romanistic legal family, it was bound to be attractive for the draftsmen of the instruments aimed at the harmonisation of contract law on a supranational level.*” (ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2015).

¹⁸⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no Direito Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

Os objetivos dos PECLs e dos Princípios Unidroit são basicamente os mesmos, mas a aplicação daqueles não se encontra tão difundida como destes, tendo em vista o seu caráter mais recente e menor âmbito de aplicação. Isso ocorre porque enquanto os Princípios Unidroit são universais, os PECLs se limitam aos Estados-Membros da União Europeia. Cabe notar, ainda, que enquanto os Princípios Unidroit estabelecem o direito comum dos contratos internacionais, os PECLs consolidam o direito aplicável aos contratos em geral, inclusive aqueles de caráter eminentemente nacional. De acordo com o art. 1.101 (3) (a), os PECLs podem ser aplicados quando as partes concordarem que o contrato será governado por princípios gerais do direito, *lex mercatoria* ou similares.

O art. 9.503 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos estabelece que a parte inadimplente é responsável apenas pelo dano que previu ou poderia razoavelmente ter previsto no momento da celebração do contrato, como resultado provável do descumprimento, a menos que este tenha sido intencional ou negligente¹⁸⁶.

Da mesma forma como a CISG e os Princípios Unidroit, que serão estudados mais adiante, os PECLs preveem o uso de um padrão subjetivo e outro objetivo de previsibilidade. E, assim como os Princípios Unidroit, os PECLs parecem ter uma visão um pouco mais restritiva sobre a previsibilidade do que a CISG, afirmando que o dano causado pela violação do contrato deve ter sido o resultado “provável” da violação¹⁸⁷.

Importante destacar que enquanto o art. 9.503 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PECL) admite exceções, estabelecendo que o devedor está obrigado a reparar todos os danos, inclusive os imprevisíveis, quando tenha atuado com dolo ou negligência grosseira, o art. 7.4.4 dos Princípios Unidroit e o art. 74 da CISG, que serão analisados posteriormente, não admitem exceções à regra da não reparação do dano contratual imprevisível¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Art. 9.503 dos PECL: “*The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.*”

¹⁸⁷ Nesse sentido, confira-se: “*Like the CISG and the Unidroit Principles, the PECL provide for the use of both subjective and objective tests of foreseeability. The PECL, like the Unidroit Principles, also appear to take a slightly more restrictive view on foreseeability than the CISG stating that the harm caused by the breach of contract must have been the “likely” result of the breach.*” (GOTANDA, John. **Damages in Lieu of Performance Because of Breach of Contract**. Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory. Working paper no. 2006-8 July 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917424. Acesso em: 08 nov. 2016).

¹⁸⁸ Reinhard Zimmermann analisa o art. 9.503 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e o compara com outros instrumentos: “*Both CESL and PECL differ from English law insofar as they focus on the non-performing party rather than on what both parties should have foreseen. The PECL differ from both the CESL and the English contemplation doctrine in that they require the consequences of the non-performance,*

2.9.2 A previsibilidade do dano no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)

A Comissão Europeia decidiu elaborar um “Quadro Comum de Referência” (DCFR) do Direito Europeu dos Contratos, destinado a definir conceitos, a enunciar princípios fundamentais e a propor “regras-modelo”, “inspiradas no acervo comunitário ou nas melhores soluções encontradas no ordenamento jurídico dos Estados-Membros”¹⁸⁹.

O documento foi preparado pelo Grupo de Estudos sobre o Código Civil Europeu e pelo Grupo de Pesquisa sobre o Direito Privado da Comissão Europeia e se insere num plano de ação sobre um Direito Europeu dos Contratos mais coerente. O Quadro Comum de Referência (DCFR) é um documento acadêmico, conforme esclarecido na sua introdução, e consiste em um passo para a adoção do *Common Frame of Reference*, que servirá de base para as futuras iniciativas de harmonização ou uniformização do Direito Europeu dos Contratos, entre outros fins¹⁹⁰.

Em seu art. 3.703, o Quadro Comum de Referência estabelece que

[o] devedor de uma obrigação que decorre de um contrato ou outro ato jurídico é responsável apenas pelas perdas que previu, ou poderia razoavelmente se esperar ter previsto, no momento em que a obrigação foi contraída, como resultado provável da não execução, a menos que o descumprimento tenha sido intencional, imprudente ou negligente¹⁹¹.

O referido dispositivo aclara a fórmula da previsibilidade elegida nos PECLs por meio da frase “poderia razoavelmente ter previsto”, ampliando-a para “poderia razoavelmente se esperar ter previsto”, encapsulando de forma mais precisa o que o art. 9.503 dos PECLs pretende indicar¹⁹².

that must have been foreseeable, to have been “likely” rather than merely “possible”. Finally, the PECL differ from the CISG and effectively revert to the approach adopted in English law when they confine liability to loss that the non-performing party “could reasonably have foreseen” rather than “ought to have foreseen”. The latter formulation implies a duty, on the part of the non-performing party, to foresee the loss that is likely to arise, which is an odd idea. The Comments to Article 9.503 PECL are silent on all these issues. They also do not say why Article 9:503, unlike Article 74 CISG, does not specifically state that the issue of foreseeability must be assessed “in the light of the facts and matters of which [the non-performing party] then knew or ought to have known”. The draftsmen of the PECL probably took this to be too clumsy and, at the same time, self-evident.” (ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2015).

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Op. cit., 2009, p. 86.

¹⁹⁰ VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NOLKE, Hans. **Principles, definitions and models rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Interim Outline Edition. Munique: Sellier, 2008.

¹⁹¹ Art. 3.703 do Draft Common Frame of Reference: “*The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent.*”

¹⁹² ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2015.

2.9.3 A previsibilidade do dano no *Common European Sales Law (CESL)*

A proposta do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito Europeu comum de compra e venda, publicada em 11 de outubro de 2011, também traz a previsibilidade do dano como critério limitador do dano indenizável¹⁹³. De acordo com a exposição de motivos, o objetivo da referida proposta é

melhorar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, promovendo a expansão do comércio transfronteiriço para as empresas, bem como facilitando as compras transfronteiriças por parte dos consumidores. Este objectivo pode ser alcançado mediante a disponibilização de um conjunto autónomo e uniforme de normas de direito contratual contemplando disposições de defesa do consumidor – o direito europeu comum da compra e venda – que pode ser encarado como um segundo regime de direito dos contratos dentro do direito nacional de cada Estado-Membro.

Segundo consta ainda da exposição de motivos, a proposta prevê a criação de um Direito Europeu comum de compra e venda, que harmoniza os direitos dos contratos nacionais dos Estados-Membros,

não implicando alterações ao direito dos contratos nacional preexistente, mas criando dentro do direito nacional de cada Estado-Membro um segundo regime jurídico para os contratos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, idêntico em toda a União Europeia e que vigora paralelamente às normas preexistentes em matéria de direito dos contratos a nível nacional. O direito europeu comum da compra e venda será aplicável numa base voluntária aos contratos transfronteiriços, mediante o acordo expresse das partes.

Como aponta Antoni Vaquer Aloy, o CESL

*culmina un proceso de decantación de las normas europeas sobre la indemnización de daños y perjuicios, erigiéndose como la síntese del soft law que lo ha precedido, en lo que constituye un núcleo que probablemente va a mantenerse estable porque, en realidad, responde a principios que ya se han ido consolidando en la mayoría de ordenamientos nacionales. Pese a algunas críticas que deberán formularse, puede tomarse al CESL como el modelo europeo de la regulación de este remedio [...]”*¹⁹⁴.

¹⁹³ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN>. Acesso em: 01 set. 2016.

¹⁹⁴ ALOY, Antoni Vaquer. Op. cit., 2015, pp. 1-2.

O *Common European Sales Law* (CESL) estabelece, em seu art. 161, que “[o] devedor é responsável unicamente pelos prejuízos que previu ou devia ter previsto no momento em que o contrato foi celebrado, como resultado do descumprimento”¹⁹⁵.

Reinhard Zimmermann afirma que dentre todas as versões da regra da previsibilidade esta é a mais concisa. Ele coloca que o critério de racionalidade é seguramente inerente à determinação do que se pode esperar que uma pessoa tenha previsto,

*and if what matters is what a non-performing party foresaw or could (reasonably) be expected to have foreseen, it is quite sufficient to say that that party “foresaw or could be expected to have foreseen loss resulting from the non-performance” (rather than “possibly” resulting from, or “likely to result” from, the non-performance)*¹⁹⁶.

Cabe destacar que não se critica a decisão de não se incluir no art. 161 da CESL a exceção por dolo ou negligência grave inserida nos arts. 9.503 do PECL e III.-3.703 do DCFR. Isto porque, se a responsabilidade da parte inadimplente depende da alocação de risco (explícita ou implícita), parece que esta alocação não é afetada se o descumprimento é ou não intencional, inexistindo relação necessária entre a culpa da parte inadimplente e a questão da previsibilidade¹⁹⁷.

Pensando-se no caso do alfaiate que não consegue entregar, no prazo acordado, as roupas encomendadas por um cliente que vai viajar, e que por conta desse atraso é obrigado a pegar um trem mais tarde e é vítima de um acidente, a verdade é que mesmo que o alfaiate tenha entregue as roupas deliberadamente com atraso, porque quer causar embaraços ao comprador de quem não gosta, ainda assim não é razoável responsabilizá-lo por todos os danos que o comprador sofrer ao ter que pegar um trem mais tarde. O descumprimento e o dano somente se relacionam um com o outro de forma acidental e o acordo para entrega das roupas em determinado momento não tem por fim proteger o comprador dos danos resultados do acidente de trem¹⁹⁸.

¹⁹⁵ *Article 161 Foreseeability of loss: The debtor is liable only for loss which the debtor foresaw or could be expected to have foreseen at the time when the contract was concluded as a result of the non-performance.* Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN>. Acesso em: 01 set. 2016. Sobre o referido artigo, conferir: PICHONNAZ, Pascal. Op. cit., 2017.

¹⁹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2015.

¹⁹⁷ Id., ibid.

¹⁹⁸ Id., ibid.

Vale notar, ainda, que diferentemente do PECL e do DCFR supra-analisados, o CESL não limita as perdas indenizáveis às “prováveis” e tampouco mede a contemplação dessas perdas em termos de razoabilidade.

2.9.4 O projeto do Código Europeu dos Contratos

O projeto preliminar do Código Europeu dos Contratos, apresentado pela Academia dos Jusprivatistas Europeus com a intenção expressa de contribuir para a unificação efetiva do Direito dos Contratos da União Europeia, e coordenado por Guiseppe Gandolfi, adotou uma fórmula diferente.

O art. 162, nº 4, do referido projeto, como visto anteriormente, exprime a doutrina do fim de proteção do contrato, restringindo a responsabilidade do devedor, excetuados os casos em que tenha atuado com dolo ou culpa, aos danos que devam razoavelmente ser reconduzidos à esfera de risco assumido implicitamente quando da conclusão do contrato. De acordo com o citado artigo,

[a] menos que o devedor tenha agido com dolo ou culpa, o ressarcimento devido pelo mesmo limita-se aos danos que razoavelmente considera-se – com base no texto do contrato, nas circunstâncias, na boa-fé e nos usos – que como pessoa normalmente informada tenha implicitamente assumido o dever de responder¹⁹⁹.

Nas palavras de Nuno Manuel Pinto Oliveira, excetuados os casos em que o devedor tenha atuado com dolo ou culpa grave,

o direito à indemnização encontrar-se-ia limitado ao dano por que devesse razoavelmente considerar-se que o devedor tinha assumido de forma implícita a obrigação de responder no momento da conclusão do contrato, tendo em conta designadamente o teor liberal do contrato, a boa-fé, as circunstâncias do caso e os usos do comércio jurídico²⁰⁰.

Como mencionado anteriormente, tendo em vista a larga tradição de textos fundamentados no critério da previsibilidade, é surpreendente que o art. 162, nº 4, do

¹⁹⁹ GANDOLFI, Giuseppe (Org.). **Código europeu dos contratos**. Projeto preliminar. Curitiba: Juruá, 2008, p. 78.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Op. cit., 2009, p. 84.

Projeto Preliminar do Código Europeu dos Contratos tenha decidido substituir ou mesclar tal critério da previsibilidade com a doutrina do fim protegido pelo contrato²⁰¹.

Vale notar que apesar de o art. 162, nº 4, do Projeto Preliminar do Código Europeu dos Contratos ter adotado uma fórmula distinta, exprimindo a doutrina do fim de proteção do contrato, Sinde Monteiro considera o referido dispositivo, o art. 7.4.4 dos Princípios Unidroit (que será estudado mais adiante) e o art. 9.503 dos PECL, como disposições equivalentes destinadas a consagrar o princípio da não reparação dos danos imprevisíveis²⁰².

Cabe destacar, contudo, que enquanto o nº 4 do art. 162 do anteprojeto de Código Europeu dos Contratos exige que o aplicador do Direito aprecie, de forma direta, os danos pelos quais o devedor assumiu implicitamente a responsabilidade, o art. 7.4.4 dos Princípios Unidroit e o art. 9.503 dos PECLs só o exigem de forma indireta. O uso de uma fórmula semelhante à do nº 4 do art. 162 do anteprojeto do Código Europeu dos Contratos nos demais instrumento poderia melhorar a qualidade e a clareza dos instrumentos legais na área do direito dos contratos²⁰³.

De todo modo, por tudo que se viu até aqui, pode-se concluir que a inclusão da regra previsibilidade do dano nessas iniciativas de consolidação e harmonização do Direito, deixa assente a aceitação geral desse critério de limitação de ressarcimento de danos nos países europeus e indica, com certa segurança, a conveniência de sua adoção também no Direito do Comércio Internacional.

²⁰¹ Reinhard Zimmermann pondera que “[this] would not entail any chance on the level of practical results but would constitute a more felicitous doctrinal formulation of the test applied in practice”. (ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2015)

²⁰² MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade civil: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes e às actuais discussões de reforma na Europa. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, 2º semestre de 2002, n. 23, pp. 162-163.

²⁰³ Nesse sentido, Nuno Manuel Pinto Oliveira destaca que enquanto o nº 4 do art. 162 do anteprojeto de Código Europeu dos Contratos exige, de uma forma direta, que o aplicador do Direito aprecie os danos porque o devedor assumiu implicitamente a responsabilidade por meio de “ponderações teleológico-valorativas”, o art. 7.4.4 dos Princípios Unidroit e o art. 9.503 dos PECLs só o exigem de forma indireta, “acolhendo um critério cujos resultados têm de ser controlados ou corrigidos através da interpretação e/ou integração do contrato”. Para o autor, o uso de uma fórmula análoga à do nº 4 do art. 162 do anteprojeto do Código Europeu dos Contratos no *Draft Common Frame of Reference* se coadunaria “com o ‘papel principal’ que lhe foi assinalado pela Comissão Europeia: a saber: o de melhorar a qualidade e a coerência [...] dos instrumentos legais na área do direito dos contratos” (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Op. cit., 2009, p. 107)

3 A PREVISIBILIDADE DO DANO CONTRATUAL COMO CRITÉRIO LIMITADOR DE RESPONSABILIDADE NO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

3.1 A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

A harmonização do Direito do Comércio Internacional é propícia para o desenvolvimento da economia mundial, já que facilita os negócios e as transações internacionais²⁰⁴. Há vários métodos de harmonização: (i) por meio de leis uniformes direta ou indiretamente aplicáveis, que se elaboram mediante convenções internacionais; (ii) por meio de termos contratuais padronizados em virtude de costumes internacionais; e (iii) mediante a elaboração de princípios legais internacionais, que são as principais fontes de solução de conflitos e de lacunas legais e contratuais de caráter internacional.

Como bem ponderado por José Carlos de Magalhães, a estratégia de aprovação de leis uniformes nada tem a ver com o processo de globalização da economia e da mundialização do Direito, que a antecede e faz parte do ideário de compatibilizar e uniformizar normas legais para facilitar os negócios internacionais. Ela tem o propósito de evitar a disparidade de normas, propiciando maior segurança no comércio internacional. Como destaca o autor, não obstante estratégia antiga, ela constitui ingrediente que contribui com o processo de mundialização do Direito, com a propagação de normas uniformes para o maior número de países, mas não evita problemas derivados de interpretações conflitantes e não uniformes da norma legal²⁰⁵.

O êxito dos métodos de harmonização está na uniformidade da interpretação e também das decisões proferidas pelos tribunais estatais ou arbitrais, sendo que o risco de divergência das decisões pode ser solucionado, ou ao menos amenizado, com o estudo transnacional dos problemas.

A regra da previsibilidade do dano tem sido amplamente utilizada como um método para limitar a responsabilidade do devedor e é a sua popularidade entre os sistemas

²⁰⁴ Nesse sentido: “O atual período que atravessa a economia, caracterizado por esta globalização, provoca um extraordinário desenvolvimento do comércio internacional, exigindo a criação de instrumentos mais aptos e eficazes de regulação das trocas e dos conflitos que delas possam surgir.” (FRADERA, Vera Maria Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: MENEZES, Wagner (Org.). **O direito internacional e o direito brasileiro**: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí, RS: Ed. da Unijuí, 2004, p. 810).

²⁰⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. **O mundo como empresa global**. Aspectos relevantes da ordem internacional. São Paulo: Grua, 2016, p. 180.

domésticos, bem como a sua adequação às necessidades de comércio internacional, que encorajaram redatores a introduzir o referido critério nos instrumentos internacionais de harmonização do Direito²⁰⁶. Dada a compatibilidade entre a disciplina nos países do *Common Law* e de tradição romanística, não surpreende que a previsibilidade do dano como critério limitador da responsabilidade do devedor se faça presente no âmbito do comércio internacional²⁰⁷.

Dentre desse contexto, serão analisados a seguir, dois dos principais instrumentos de harmonização normativa do comércio internacional: os princípios Unidroit e, mais profundamente, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que hoje é referência normativa para os contratos internacionais firmados entre signatários, os quais representam dois terços do comércio mundial, crescentemente reconhecida como o regime supletivo de contratação internacional, cada vez mais importante na medida em que vai se aprofundando o processo de globalização²⁰⁸.

3.2 A CISG E SEU ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Em 1926 foi criado o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Internacional Privado (Unidroit) com o intuito de harmonizar o Direito Internacional

²⁰⁶ “The ‘Foreseeability’ Test has been widely used as a method of limiting damages and it is its popularity amongst domestic systems as well as its perceived suitability to the needs of international commerce which encouraged drafters to introduce the test into the international instruments.” (SAIDOV, Djakhongir. *Foreseeability of Damages. In the Law of Damages in International Sales: the CISG and other International Instruments*. Hart Publishing, 2008. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov5.html>. Acesso em: 03 jul. 2015).

²⁰⁷ Segundo Jérôme Ortcheidt, “[le] consensus des systèmes juridiques, éclairé par des travaux que expriment des normes largement reçus en matière contractuelle, et la reconnaissance par les États, au travers de conventions internationales, du bien-fondé de la règle limitant la réparation du dommage contractuel prévisible dans les relations commerciales internationales, expliquent certainement que la jurisprudence arbitrale internationale ait considéré qu’elle constituait une règle transnationale.” (ORTSCHEIDT, Jérôme. **La réparation du dommage dans l’arbitrage commercial international**. Paris: Dalloz, 2001, pp. 50-51).

²⁰⁸ “A sociedade internacional contemporânea tem passado por uma série de transformações nos últimos anos, resultando de um complexo de fatos históricos, políticos, tecnológicos, econômicos e científicos, que transpassam fronteiras e aproximam as distâncias, desenvolvendo, por isso, um sentimento global de cosmopolitanismo entre os povos, e que se convencionou chamar de globalização. Todos esses acontecimentos coincidentes manifestam de forma clara e precisa uma ruptura histórica da sociedade internacional com ela mesma e a faz buscar novos paradigmas de pensamento para essa realidade em formação, que atinge indistintamente todos os setores da vida humana em todas as estruturas sociais, econômicas, culturais e, principalmente, jurídicas.” (MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** – Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 961).

Privado, inaugurado em 1928. Neste ambiente, Ernst Rabel propôs a edição de uma norma uniformizadora para os contratos de compras e venda internacional, que seria estudada por uma comissão especial. Ao longo da primeira metade da década de 30, esse grupo elaborou vários estudos sobre o tema, e publicou o primeiro ensaio em 1935²⁰⁹.

Os trabalhos foram interrompidos pela Segunda Guerra Mundial e, alguns anos depois, em 1956 e 1963, surgiram duas versões revisadas daquele primeiro ensaio, que resultaram nas Convenções de Haia de 1964 (Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias – ULIS, e a Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias – ULF). Tais convenções, contudo, foram ratificadas por apenas nove Estados²¹⁰, sendo muito criticadas, especialmente por refletirem as tradições jurídicas da Europa Ocidental, que contribuiu mais ativamente para a sua preparação.

Em que pese o pequeno número de ratificações, o que fez com que se considerasse que as Convenções de Haia não foram bem-sucedidas em relação à expectativa de que iriam produzir a unificação mundial do Direito da Compra e Venda Internacional, a ULIS e a ULF tiveram importância na prática dos tribunais alemães, italianos e do Benelux. Tais Convenções foram utilizadas como exemplo e modelo por legisladores e reformadores no desenvolvimento de seus direitos nacionais sobre a compra e venda de mercadorias. Elas foram desde o início

a base para a “nova” Lei Uniforme de Compra e Venda preparada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (Uncitral) e influenciaram não apenas as estruturas básicas e os conceitos chave da Convenção das Nações Unidas para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) que veio a ser concluída em 1980, mas também muitas de suas soluções específicas²¹¹.

Em 1968, diante da pouca adesão às referidas convenções de Haia, a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (Uncitral) deu início a um novo projeto de uniformização, tendo constituído, um ano depois, um grupo de trabalho com o fim de elaborar novos tratados e aditar as convenções existentes. Em 1977, esse grupo

²⁰⁹ Sobre o tema, conferir: SCHWENZER, Ingerborg; HACHEM, Pascal. **The CISG – A story of worldwide success**. Disponível em: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/9587/20110913164502_4e6f6c6e5b_746.pdf. Acesso em: 25 jun. 2015.

²¹⁰ Sobre o tema, confira-se: BONELL, M. Joachim. **The Unidroit Principles and CISG**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell.html>. Acesso em: 25 jun. 2015.

²¹¹ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de Ingeborg Schwenzer, Eduardo Grebler, Vera Fardera e Cesar A. Guimarães Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 136.

apresentou uma minuta de convenção sobre os deveres das partes em um Contrato de Compra e Venda Internacional e, um ano depois, o mesmo grupo apresentou uma segunda minuta, tratando das questões acerca da formação desses contratos. Optou-se por unir os dois projetos, que resultou no texto-base da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (também denominada ao longo deste estudo de “Convenção de Viena” ou “CISG”), que foi aprovada em conferência diplomática realizada em 11 de abril de 1980²¹².

A Convenção se divide em quatro partes. A Parte I trata do campo de aplicação da Convenção e das disposições gerais; a Parte II contém as regras sobre a formação dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias; a Parte III trata dos direitos e deveres contratuais básicos do comprador e do vendedor; e a Parte IV contém as disposições finais da Convenção.

A Convenção de Viena de 1980 é um dos mais bem-sucedidos instrumentos de legislação comercial uniforme em todo o mundo e se constitui num relevante instrumento facilitador do Comércio Internacional²¹³. É uma conquista do Comércio Internacional e promove maior segurança jurídica e previsibilidade quanto ao direito aplicável²¹⁴. Ela foi criada com o fim de trazer as bases uniformes para a venda internacional de mercadorias, visando amenizar as diferenças existentes entre os países de *Common Law* e de Direito codificado e entre os países mais e menos desenvolvidos²¹⁵. Apesar dos interesses conflitantes, as regras da CISG contêm soluções oriundas de diversos sistemas jurídicos, escolhidas e desenvolvidas pelos seus redatores, sopesando-se os diferentes direitos

²¹² Vide Nota Explicativa da Secretaria da Uncitral sobre a Convenção das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/ExplNoteCISGTradAmadeusOrleans-Final.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.

²¹³ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., 2016, p. 180.

²¹⁴ Como afirma Vera Fradera: “A diversidade de conceitos relativamente ao fenómeno contrato e o incremento da globalização, em razão do desenvolvimento das trocas comerciais, exigiram a uniformização do contrato de venda internacional de mercadorias, expressa na CISG, obra de um grupo de comparatistas e internacionalistas, criadores deste instrumento valioso e, sobretudo, muito original.” (FRADERA, Vera. A contribuição da CISG (Convenção de Viena Sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional) para a atualização e flexibilização da noção de contrato no direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, jul.-set./2012, v. 34, pp. 43-52).

²¹⁵ Sobre a questão, conferir: “Em relação à utilização da metodologia do Direito Comparado para alicerçar minha tese, evoco aqui a importante contribuição do Prof. E. Rabel, célebre em razão de seus estudos sobre a venda, os quais serviram de base para a elaboração da CISG. Esse renomado internacionalista privatista utilizou-se da metodologia do direito comparado em suas obras, revelando-se adepto do chamado método funcional, consistente em comparar as diferentes soluções trazidas pelos sistemas estudados, visando obter resultados em função do problema (*Problem orientiert*). Segundo Rabel, isso conduz à atribuição de grande relevância à finalidade das regras jurídicas (papel desempenhado e seus objetivos).” (Id., *ibid.*, pp. 43-52).

nacionais, as quais fornecem aos juristas envolvidos no Direito da Compra e Venda um conjunto uniforme de linguagem e conceitos²¹⁶.

A Convenção de Viena se aplica aos Contratos de Compra e Venda de Mercadorias celebrados entre as partes que tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes (a) quando estes Estados sejam Estados contratantes; ou (b) quando as regras de Direito Internacional Privado conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante (art. 1º). A Convenção conta com 85 ratificações²¹⁷, sendo que apenas em 04 de março de 2013 o Brasil depositou o instrumento de adesão à Convenção junto à Organização das Nações Unidas, tendo entrado em vigor no país em 01 de abril de 2014.

3.3 AS REGRAS REFERENTES À INTERPRETAÇÃO DA CISG

As regras referentes à interpretação da Convenção de Viena se encontram nos seus arts. 7º e 8º, e são de extrema importância, uma vez que, em certa medida, depende delas a boa aplicação e o sucesso da Convenção²¹⁸.

3.3.1 O art. 7º da CISG

O art. 7º (1) da Convenção de Viena estabelece que na sua interpretação “ter-se-ão em conta o seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação, bem como de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional”²¹⁹. O referido dispositivo não descreve métodos interpretativos propriamente ditos, mas apresenta “uma diretiva clara – levar em conta o caráter internacional da Convenção – e

²¹⁶ Como afirma Avery Katz, a CISG representa uma solução de compromisso entre os institutos previstos em vários sistemas jurídicos e foi o resultado da busca de quais normas são as melhores ou mais justas como matéria de política geral ou como compromisso internacional. (KATZ, Avery. Remedies for breach of contracts under CISG. **International Review of Law and Economics**. Meppel, 2006, v. 25, pp. 378-379).

²¹⁷ Dados em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html. Acesso em: 22 nov. 2016.

²¹⁸ Nesse sentido: “*To promote uniformity of interpretation, Article 7 of the Convention itself undertakes the formidable task of guiding judges. This article is arguably the single most important provision in ensuring the future success of the Convention.*” (KONERU, Phanesh. **The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: an Approach Based on General Principles**. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html>. Acesso em: 15 abr. 2016).

²¹⁹ “A fórmula ‘ter-se-ão em conta’ é mais do que uma mera recomendação de usar os princípios interpretativos estabelecidos pelo art. 7º (1). Deve ser entendida como um comando explícito dirigido a juízes e tribunais arbitrais que aplicam a Convenção.” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., 2014, p. 250).

uma finalidade – a uniformização de sua aplicação e o respeito da boa-fé no comércio internacional”²²⁰.

Ao comentar o art. 7º (1) da CISG, Gyula Eörsi pondera ser possível argumentar que ele é vago e aberto a resultados surpreendentes. Afirma, porém, que “o grande mérito do parágrafo reside no fato de que ele proclama uma política legislativa contemporânea e em harmonia com as exigências do comércio mundial, que postula que não se deve admitir recurso ao direito nacional para fins de interpretação”²²¹.

A referência ao caráter internacional da Convenção indica que o cunho de suas regras deve ser levado em consideração quando da aplicação de qualquer método de interpretação (interpretação autônoma). Assim, o significado dos termos usados na CISG deve ser determinado independentemente de qualquer concepção prévia de direito interno e as soluções desenvolvidas devem ser aceitáveis em diferentes sistemas jurídicos²²².

Para que a CISG consiga atingir a sua finalidade de ser aplicada de maneira uniforme, é necessário que se leve em conta a jurisprudência já estabelecida e a doutrina especializada de jurisdições estrangeiras que aplicaram a Convenção. Os principais destinatários da exigência de se promover uma aplicação uniforme são juízes e árbitros, que devem considerar as decisões dos tribunais nacionais e as sentenças de tribunais arbitrais, com o objetivo de desenvolver uma interpretação comum da CISG. Por essa razão, a Secretaria da Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional estabeleceu um sistema de informações chamado *Case Law On Uncitral Texts* (CLOUT)²²³, a fim de possibilitar a troca de decisões relativas às Convenções da

²²⁰ KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena**. Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 114.

²²¹ Original em inglês: “*It could be argued that the provisions of Article 7(1) are but pious wishes: the paragraph is necessarily vague and therefore open to surprising results. Nevertheless, a considerable merit of the paragraph lies in the fact that it proclaims an up-to-date legal policy in harmony with the exigencies of world trade which postulates that "no recourse to national law should be admitted in interpretation."* (EÖRSI, Gyula. **General provisions**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi1.html>. Acesso em: 15 abr. 2016).

²²² “*The reference to the international character of the CISG indicates that the character of its rules must be borne in mind when applying any method of interpretation. It embodies the principle of autonomous interpretation, ie the meaning of the terms used by the Convention must be determined independently from any domestic preconception. The solutions developed must be acceptable in different legal systems with different legal traditions. The CISG arose out of negotiations between many States which — whether expressly or implicitly — pursued various ideas and aspirations, formulated their proposals on the basis of different legal systems and mostly in a language foreign to them, and made compromises — not as a rule evident from the documents — in order to achieve what they regarded as the minimum required by their particular interests.*” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 123).

²²³ Disponível em: <http://www.uncitral.org/clout/index.jsp>.

Uncitral, e outras instituições renomadas organizaram repertórios de jurisprudências a fim de facilitar a interpretação da Convenção²²⁴.

A criação de um direito uniforme facilita o tráfico jurídico e impulsiona o comércio internacional, entretanto, para que a uniformização das regras do Comércio Internacional tenha êxito é necessário que a interpretação dessas regras também seja uniforme. É por isso que os redatores da Convenção de Viena estabeleceram em seu art. 7º que para interpretá-la se deve “promover a uniformidade da sua aplicação”. O intérprete tem, pois, “um papel fundamental neste esforço uniformizador”²²⁵.

Questiona-se, contudo, até que ponto é possível ao intérprete se desvencilhar dos conceitos do direito doméstico na leitura e aplicação da Convenção, e se ele seria capaz de colocar de lado suas concepções para ter uma convenção internacional livre de ideias anteriormente recebidas, já que muitas vezes o intérprete possui a tendência de viciar a aplicação do texto convencional, deixando-se influenciar de forma indevida pelo direito do foro, comprometendo, assim, a internacionalidade estrita de interpretação²²⁶.

O fato é que a Convenção deve ser considerada um sistema completo e autosuficiente, devendo sua interpretação ser realizada de modo autônomo, sem interferência do direito interno do foro²²⁷. Em decorrência do art. 7º (1), os conceitos devem ser definidos segundo o sentido e o espírito da Convenção, e não segundo o modo de compreensão forjado pelo direito nacional do intérprete²²⁸.

Além da necessidade de se promover a uniformidade da aplicação da CISG, o art. 7º (1) da Convenção também dispõe sobre a necessidade de se assegurar o respeito à boa-fé

²²⁴ Vale conferir: CISG-online.ch, disponível em: <http://www.cisg-online.ch/>; o site do Instituto de Direito Comercial Internacional da Escola de Direito de Pace, disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/>; o Unilex, disponível em: <http://www.unilex.info/>; site da Faculdade de Direito da Universidade de Basel (Suíça), disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/>; site organizado pelo prof. Claude WITZ (CISG – France), disponível em: <http://www.cisg-france.org>.

²²⁵ KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2015, p. 118.

²²⁶ Nesse sentido, Leandro Tripodi manifesta que “cada intérprete tenderá, naturalmente, a ler e absorver cada termo, cada expressão, em correspondência com o significado – dentro de um leque de significados possíveis – que mais esteja em harmonia com o seu referente linguístico-jurídico.” (TRIPODI, Leandro. **Interpretação da CISG**: contexto, lex forismo, uniformidade e o intuito do legislador convencional. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/ltripodi1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016). Na mesma linha, Fernando Kuyven e Francisco Augusto Pignatta destacam que “a tentação maior do intérprete ao analisar o texto convencional é a de fazê-lo tendo somente em mente seu direito nacional.” (KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2015, p. 118)

²²⁷ KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2015, p. 118.

²²⁸ Peter Schlechtriem e Claude Witz entendem, contudo, está autorizado o recurso ao direito nacional que tenha visivelmente influenciado o legislador convencional a instituir certo conceito para fins de sua melhor compreensão, no caso, por exemplo, do critério de previsibilidade do dano presente no art. 74 da Convenção. (SCHLECHTRIEM, Peter; WITZ, Claude. **Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises**. Paris: Dalloz, 2008). Discorda-se, no entanto, de tal entendimento.

no Comércio Internacional²²⁹. A primeira dúvida que surge é se a obrigação de respeitar a boa-fé no Comércio Internacional se aplica apenas à interpretação da CISG ou também à relação contratual entre as partes. Os redatores da Convenção debateram longamente sobre essa questão e chegaram à conclusão de que não seria possível consagrar o princípio da boa-fé como uma norma geral de comportamento das partes diante do risco de que houvesse interpretações diferentes desse princípio, segundo o entendimento de cada juiz nacional²³⁰.

Outra dúvida é com relação à determinação da medida da boa-fé. Com relação a isso, Ingeborg Schwenzer e Pascal Hachem ponderam que não há nenhuma fonte independente e autônoma que dê origem a princípios expressos da boa-fé no Comércio Internacional “além daquelas consubstanciadas nas Convenções e usos e costumes reconhecidos como aplicáveis nos termos do art. 9º.” Os autores ressaltam que os padrões não podem ser extraídos de sistemas jurídicos nacionais, mas sim ser refletidos nas Convenções ou em projetos de Convenção, em práticas observadas em determinados setores, nos princípios internacionais de direito contratual, em modelos padrão de contratos e de termos comerciais amplamente utilizados, entre outros²³¹.

²²⁹ Francisco Augusto Pignatta pondera que da análise dos trabalhos preparatórios se percebe o quanto a inclusão do respeito da boa-fé no comércio internacional foi controvertida. Ele manifesta que “[para] se chegar à redação do art. 7º, no que concerne a boa-fé, foi preciso alcançar um compromisso entre as delegações dos países participantes da conferência de Viena. As divergências provinham, sobretudo, dos delegados oriundos dos sistemas jurídicos da *Common Law* e os da *Civil Law*. O sistema jurídico da *Common Law* não conhece este princípio da mesma forma como é consagrado em vários sistemas jurídicos da *Civil Law*, razão pela qual as posições não convergiam a um denominador comum. Esta divergência não se verificou somente durante os trabalhos preparatórios; após a entrada em vigor da CISG, a doutrina continuou a divergir. Sem dúvida a previsão do princípio da boa-fé é o ponto mais controvertido de toda a Convenção. Que este princípio foi consagrado pela Convenção, ninguém discute. As divergências referem-se ao seu alcance. Pelo fato deste princípio ser fruto de um compromisso, é que se dificulta encontrar um denominador comum entre as opiniões. Neste sentido, é sintomática a afirmação do prof. Farnsworth: ‘*a perversion of the compromise to let a general principle of good faith in by the back door*’.” (PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena de 1980 (Art. 7º)**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art7.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2016).

²³⁰ Francisco Augusto Pignatta ressalta que “[o] receio dos redatores da Convenção foi que, no momento de aplicar o princípio da boa-fé, o juiz iria procurar em seu próprio ordenamento jurídico qual deveria ser a noção de boa-fé a considerar devido ao fato da inexistência de um conceito universal de boa-fé. Esta diversidade poderia produzir resultados diferentes na interpretação da Convenção de Viena. É o problema da interpretação de um princípio geral segundo as “lentes” de cada sistema jurídico nacional”. (Id., *ibid.*). E Ingeborg Schwenzer e Pascal Hachem destacam que a observância da boa-fé no Comércio Internacional, conforme estabelecido no art. 7º (1), “diz respeito à interpretação da Convenção e não pode ser aplicada diretamente sobre os contratos individuais.” Entendem os autores, no entanto, que “pode influenciar a leitura de comunicações individuais nos termos do art. 8º”, e que também “influencia indiretamente a relação contratual entre as partes, já que pode ser usada para concretizar os direitos e obrigações estabelecidos pelas disposições da CISG”. (SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. In: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de Ingeborg Schwenzer, Eduardo Grebler, Vera Fradera e Cesar A. Guimarães Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 256-257)

²³¹ Id., *ibid.*, p. 257.

O art. 7º (2) da CISG, por sua vez, estabelece que as questões relativas às matérias reguladas pela Convenção “e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional privado”. A leitura de tal dispositivo revela que no caso de lacuna da Convenção, inexistindo norma explícita nos limites de seu terreno de aplicação material, o intérprete deverá se valer, primeiramente, dos princípios gerais em que a Convenção se baseia e, caso não sejam suficientes para sanar a lacuna, do direito nacional subsidiariamente aplicável.

Para aferição dos princípios gerais que inspiram a Convenção, deve-se fazer a sua leitura, atendo-se não apenas ao seu texto principal, mas, também, ao seu preâmbulo, às Notas Explicativas do Secretariado da Uncitral e também aos documentos oficiais que dão conta da aprovação da Convenção e da sua história legislativa, amplamente documentada. A disposição do art. 7º (2) também tem sido interpretada de forma a compreender certas regras e princípios consagrados como, por exemplo, os Princípios do Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais²³².

Deve-se apelar ao direito nacional subsidiariamente aplicável, a ser determinado de acordo com as regras de Direito Internacional privado, apenas como último recurso. A redação do art. 7º (2) é clara ao prever que o Direito Interno é aplicável apenas caso se frustrar o preenchimento de lacunas pelo uso de princípio gerais em que a Convenção é baseada²³³. O recurso ao Direito Interno é, portanto, subsidiário, e não deve ser utilizado como uma alternativa fácil à difícil tarefa de identificar os princípios gerais da CISG²³⁴.

O limite entre a interpretação extensiva e o preenchimento de lacunas é incerto, mas é importante que fique claro desde logo que lidar com termos gerais utilizados pela Convenção, tais como “prazo razoável” no art. 39 (1), ou “prejuízo substancial” no art. 25,

²³² TRIPODI, Leandro. Op. cit., 2016.

²³³ “The first step is to fill the gap by means of uniform rules. This step requires first ‘questions concerning matters governed by this Convention’. These gaps are usually referred to as ‘internal gaps’. Secondly ‘general principles on which [the Convention] is based’ have to be discerned to fill these gaps. Only if this procedure fails is recourse to be had to domestic rules determined by the conflict rules of the forum. Such gaps are usually referred to as ‘external gaps’. The first step and its success decide, of course, whether the second step is necessary.” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., 2010, p. 134).

²³⁴ Nesse sentido, ao analisar o recurso ao direito interno, Francisco Augusto Pignatta pondera que “esta solução é subsidiária, isto é, somente será aplicada caso a Convenção não resolva de forma satisfatória a matéria em questão. Por esta razão, não pode o juiz, por mero capricho ou facilidade, aplicar diretamente as regras de conflito de leis sem indagar se a questão entra ou não no domínio de aplicação da CISG. Esta última ressalva é importante na medida em que, diante de determinada situação, o juiz terá tendência em aplicar diretamente as regras de conflito de leis, pois, em última análise, estará aplicando sua lei nacional. É a solução mais fácil, porém em desacordo com o proposto pela Convenção.” (PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2016).

ou a perda que a parte inadimplente “tinha ou devesse ter previsto” no art. 74, não é uma questão de preenchimento de lacuna, mas sim de interpretação²³⁵.

3.3.2 O art. 8º da CISG

O art. 8º da CISG, de extrema importância para a correta e perfeita aplicação da regra da previsibilidade prevista no art. 74 da Convenção, regula a interpretação de declarações feitas e outras condutas das partes de um Contrato de Compra e Venda submetido à CISG. De acordo com o referido dispositivo, as declarações e os outros comportamentos de uma parte devem ser interpretados segundo a sua intenção, quando a outra parte conhecia ou não podia ignorar tal intenção, ou segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável. Para se aferir a intenção de uma parte ou o que teria compreendido uma pessoa razoável, é necessário levar em consideração as negociações havidas entre as partes, as práticas estabelecidas entre elas, os usos e costumes e todo o seu comportamento ulterior²³⁶.

O art. 8º não foge do dilema padrão das regras de interpretação em um sistema contratual baseado na autonomia privada, em que a relação contratual é legitimada pela intenção do obrigado, que deve comunicar a sua intenção para se conectar com a outra parte. As partes devem estar preparadas para qualificar as suas respectivas intenções a fim de criar um acordo vinculante, enquanto que as regras de interpretação servem para superar as diferenças que, muitas vezes, surgem entre intenção e declaração²³⁷.

A primeira parte do dispositivo estabelece que “as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la”, restando clara a interdependência de fatores para interpretar a intenção dos comportamentos e das

²³⁵ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. In: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. Op. cit., 2014, pp. 263.

²³⁶ Assim estabelece o art. 8º da CISG: “(1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la; (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte; (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.”

²³⁷ SCHMIDT-KESSEL, Martin. In: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 279.

declarações de uma das partes. Requer, portanto, o esclarecimento da intenção das partes, na medida em que não tenha sido objetivamente expresso no conteúdo da declaração.

O conhecimento da intenção da outra parte é normalmente adquirido pela anterioridade das relações comerciais e pré-contratuais, ou pelo conhecimento público de tal intenção, razão pela qual para bem aplicar o item (1), no mais das vezes o julgador deverá se apoiar no item (3) do próprio artigo 8º. Para se definir se a parte conhecia ou não poderia ignorar a intenção da outra, deverão ser consideradas as particularidades do caso concreto²³⁸.

A segunda parte do dispositivo estabelece que se o item (1) do mesmo artigo não for aplicável, “as declarações e outros comportamentos de uma parte devem ser interpretados segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com qualificação idêntica à da contraparte e colocada na mesma situação.” Não se pretende, aqui, aferir a vontade de uma das partes em relação à sua intenção, mas segundo o sentido que teria dado uma pessoa razoável. O foco deixa de ser as partes e passa a ser uma “pessoa razoável”, tomando-se em consideração uma pessoa que tenha qualificação idêntica à outra parte e seja colocada em situação semelhante.

Apesar de ter sido colocado em uma posição secundária, a verdade é que o art. 8º (2) contém o principal conceito de interpretação da Convenção. O dispositivo representa um exame objetivo, que depende do entendimento de uma hipotética pessoa razoável. O padrão é o de um empresário razoável que atua no mesmo ramo de negócio²³⁹.

E, finalmente, a parte final do dispositivo estabelece que

[para] determinar a intenção de uma parte ou aquilo que teria compreendido uma pessoa razoável, devem ter-se em conta todas as circunstâncias pertinentes, nomeadamente as negociações que possa ter havido entre as partes, as práticas que se tenham estabelecido entre elas, os usos e todo e qualquer comportamento ulterior das partes.

Nessa parte (3) do art. 8º se apresentam várias circunstâncias que devem ser consideradas quando se determina a intenção das partes ou aquilo que teria compreendido uma pessoa razoável. Esse rol não é exaustivo e também foi adotado em outros projetos de unificação do Direito dos Contratos²⁴⁰, devendo ser levadas em consideração todas as

²³⁸ Cf. PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., art. 8º, 2016.

²³⁹ Cf. SCHMIDT-KESSEL, Martin. In: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. Op. cit., 2014, pp. 283-285.

²⁴⁰ Como, por exemplo, art. 5:102 do PECL e art. 4.3 do PICC.

circunstâncias relevantes, inclusive com relação à formação do contrato. O ponto de partida principal, contudo, deve ser o texto da declaração²⁴¹.

É importante mencionar que, ao se interpretar um contrato e suas declarações associadas, deve-se levar em consideração o propósito contratual. A Convenção exige a interpretação do contrato como um todo, sendo que os termos individuais devem ser entendidos como parte integrante do contrato e não considerados isoladamente. Deve-se, também, avaliar o contexto global do contrato, levando-se em consideração os interesses das partes²⁴².

3.4 O ART. 74 DA CISG

Os arts. 74 a 77 da Convenção de Viena tratam das perdas e danos. A responsabilidade por danos surge quando uma das partes (comprador ou vendedor) “não cumprir qualquer das obrigações que lhe couberem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção”, em linha com o disposto nos arts. 45 (1) e 61 (1) da Convenção. Em atendimento ao objeto deste estudo importa analisar o art. 74 da Convenção, que estabelece o seguinte:

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 a 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 contrato²⁴³.

O art. 74 regula o escopo do pedido do comprador ou do vendedor à compensação por descumprimento de obrigações contratuais. A disposição já constava do art. 82 da

²⁴¹ SCHMIDT-KESSEL, Martin. In SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. Op. cit., 2014, pp. 281.

²⁴² Id., ibid., p. 287.

²⁴³ Tradução em português feita por Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2015. Texto original: “*Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.*” Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2015.

ULIS, com conteúdo semelhante²⁴⁴. Ao estabelecer, na primeira parte do art. 74, que as perdas e danos “consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento”, a Convenção de Viena está deixando assente que as perdas e danos abrangerão os danos emergentes e também os lucros cessantes²⁴⁵.

Os danos emergentes correspondem aos prejuízos concretos que a parte lesada teve pelo fato de o devedor não ter cumprido com a sua obrigação²⁴⁶. Dessa forma, todos os gastos, por exemplo, com a conservação, transporte e substituição das mercadorias contam no cômputo dos danos emergentes, que devem ser estimados de forma concreta²⁴⁷. Os lucros cessantes, por sua vez, englobam os lucros que a parte lesada teria se o devedor tivesse cumprido com as suas obrigações e o contrato tivesse sido executado²⁴⁸. Ademais, os lucros cessantes envolvem qualquer aumento no patrimônio que foi obstado pelo descumprimento do contrato²⁴⁹.

²⁴⁴ Art. 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”. Sobre essa origem histórica, destaca-se que: “The provision dates back to Article 82 ULIS and its wording has essentially remained unchanged” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., 2010, p. 999).

²⁴⁵ Vale notar que a “natureza da inexecução não tem importância para a concessão de perdas e danos: ela pode ser total, parcial ou fruto da inexecução de uma obrigação do devedor, não importando se ela atinge uma obrigação principal ou acessória. A inexecução deve atentar contra uma previsão contratual ou um dispositivo da própria Convenção.” (KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2015, p. 730).

²⁴⁶ “Com relação ao dano emergente, ponderamos que ele diz respeito não somente a uma diminuição do ativo, como também a um aumento do passivo.” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 191).

²⁴⁷ “In some circumstances, a breach of contract may cause a claimant to incur additional costs in an attempt to avoid further loss. These expenses are referred to as incidental loss. For example, in the case of a breach by a seller, incidental damages may include the costs incurred in preserving or storing goods that have been delivered late, or goods that are defective and are to be returned to the seller.” (GOTANDA, John. **Damages in Lieu of Performance Because of Breach of Contract**. Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory. Working paper no. 2006-8 July 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917424. Acesso em: 08 nov. 2016).

²⁴⁸ “Direct loss is the loss in value to the claimant that results from the failure of the respondent to perform its contractual obligations. It is typically measured by the market value of the benefit of which the claimant has been deprived through the breach, or the costs of reasonable measures to bring about the situation that would have existed had the contract been properly performed.” (Id., *ibid.*, 2006).

²⁴⁹ A doutrina entende que a perda de uma chance poderá ser reparada pela aplicação do art. 74. Nesse sentido, conferir: “a perda de uma chance é geralmente reconhecida como um prejuízo passível de recuperação de acordo com o art. 74. É fora de dúvida que tais chances têm valor econômico.” (SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM; SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1121). Conferir ainda: “Próxima do conceito de lucros cessantes é a ideia da perda de uma chance (*perte d'une chance*). Ela é considerada a esperança de ganho pretendido, de ganho potencial que teria sido obtido caso o contrato fosse executado. Para ser reconhecida, a “chance” deveria existir, mas ter sido perdida com toda certeza. A diferença em relação aos lucros cessantes é que na “perda de chance” existe uma álea de decisão (caso o contrato fosse executado, o comprador poderia escolher entre revender a mercadoria no mercado interno ou

Como bem apontado por Fernando Kuyven e Francisco Augusto Pignatta,

[o] objetivo querido pelos redatores da Convenção foi o de, ao aplicar o art. 74, deixar o credor na mesma situação patrimonial daquela que seria a sua se a compra e venda tivesse sido executada de acordo com o contrato. Para determinar o prejuízo reparável, “é necessário operar uma comparação entre a situação patrimonial advinda da inexecução contratual e aquela na qual a vítima estaria sem tal inexecução”. Assim, a Convenção não situa o credor na posição em que estivesse caso não houvesse o contrato, mas o coloca na posição em que estivesse caso o contrato fosse cumprido²⁵⁰.

Além de deixar assente que as perdas e danos abrangerão os danos emergentes e também os lucros cessantes, a primeira parte do art. 74 faz referência à necessidade de se estabelecer o nexo de causalidade entre os danos e a violação do contrato²⁵¹. A exigência da causalidade é encontrada nas palavras “como consequência do descumprimento do contrato”, sendo que apenas o prejuízo causado pelo descumprimento do contrato poderá ser reparado²⁵².

O descumprimento deve ter sido condição prévia para a ocorrência do prejuízo (*conditio sine qua non*), sendo que esta *conditio sine qua non* resulta do princípio segundo o qual o devedor somente responderá por perdas e danos se o dano for a causa da inexecução de alguma de suas obrigações. Se, no entanto, restar provado que o dano

no mercado externo), o que não ocorre no caso dos lucros cessantes (caso o contrato fosse executado, a mercadoria já estava comprometida a “X”). A doutrina considera, e com razão, que a perda de chance poderá ser reparada pela aplicação do art. 74. A dificuldade está na prova.” (KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2015, pp. 735-736).

²⁵⁰ Id., *ibid.*, p. 733. No mesmo sentido, conferir: “*The goal of this provision [article 74 da CISG] is to place the aggrieved party in the same economic position it would have been in had the breach not occurred. In other words, it is designed to give the aggrieved party the benefit of the bargain or its expectation/performance interest.*” (GOTANDA, John. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**. Editado por Stefan Kroll, Loukas Mistelis e Pilar Perales Viscasillas. Munique: C.H. Beck. Hart.Nomos, 2011, p. 991).

²⁵¹ “*Since the current breach of contract serves as a basis for the prediction of a future fundamental breach, the danger of such a future fundamental breach must be deducible from the current breach of contract. Usually, a single, immaterial breach of contract with regard to the present instalment will not be a sufficient basis for such a prognosis.*” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., 2010, p. 990). No mesmo sentido: “*The CISG requires that a causal link exist between the breach of contract and the loss suffered.*” (GOTANDA, John. Op. cit., 2006).

²⁵² Nesse sentido, conferir: “*The liability for damages is further limited in both the CISG and the UNIDROIT Principles by the causality requirement. In the CISG, this requirement is found in the words “as a consequence of” and in the Unidroit Principles in the words “as a result of”. Stoll argues that there is only a need for factual causation (conditio sine qua non) inquiry as the foreseeability rule is employed in the place of the legal causation requirement. The Unidroit Principles shed no further light on this issue as the Comments to Article 7.4.2 simply refer to causation without further elaboration.*” (EISELEN, Sieg. **Remarks on the manner in which the Unidroit Principles of International Commercial Contracts May be used to interpret or supplement article 74 of the CISG**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html#se15>. Acesso em: 21 jul. 2016).

ocorreria de qualquer modo independentemente de seu inadimplemento, faltará o nexo de causalidade²⁵³.

3.5 A PREVISIBILIDADE DO DANO NA CISG

Apesar de, em tese, ter adotado o princípio da reparação integral do dano, a CISG procura manter o equilíbrio econômico entre as partes no momento da reparação de um prejuízo, fazendo com que o lesado seja indenizado na medida mais próxima possível do prejuízo sofrido, sem que, contudo, enriqueça indevidamente com a reparação. Nesse sentido, a CISG limita o princípio da reparação integral, impondo ao devedor a adoção de medidas razoáveis para mitigar as perdas resultantes do inadimplemento (art. 77 da CISG) e pela regra da previsibilidade do dano (art. 74 da CISG) que será analisada a seguir²⁵⁴. A CISG, no seu art. 74, não contempla, portanto, uma ideia absoluta de reparação integral de danos²⁵⁵.

Na segunda parte do art. 74, a CISG limita os danos indenizáveis segundo o critério da sua previsibilidade (*foreseeability*), pelo qual a indenização não poderá exceder a perda que a parte inadimplente tinha, ou deveria 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”²⁵⁶.

²⁵³ Nesse sentido, conferir: KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2015, p. 732.

²⁵⁴ Nesse sentido, conferir: “A CISG tem um enfoque econômico da reparação. Isso significa que ela procura um equilíbrio econômico entre as partes no momento da reparação de um prejuízo. De um lado, não se pode permitir que uma das partes se enriqueça com a reparação; de outro, é necessário atentar para que o montante reparado seja o mais razoável possível. Por essa razão, a Convenção prevê que sejam levadas em consideração as previsões dos danos realizados pelo devedor e, também, as ações do credor posteriores à inexecução da obrigação. Essas são as situações limitativas ao princípio da reparação integral, isto é, a previsibilidade dos danos e o dever de minimizar os prejuízos.” (KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2015, p. 737).

²⁵⁵ Nessa linha, conferir: “não está ali inserida [no artigo 74 da CISG] uma ideia absoluta de reparação integral de danos, pois mitigada pelo critério da previsibilidade. A falta de previsibilidade deixa claro que, apesar haver direito à reparação de danos, esta pode ser limitada: a reparação será integral nos limites da previsibilidade dos danos causados, medida ao tempo da conclusão do negócio e seguindo a ideia de que as partes devem calcular os riscos de suas obrigações contratualmente assumidas.” (STEINER, Renata Carlos. **Resolução do Contrato e Reparação de Danos na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/concurso/RenataSteiner.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016).

²⁵⁶ “It is not sufficient that the party in breach could at the time of the delivery of the defective goods or at the time of performance of the non-delivered goods foresee the damage to be caused by the breach of contract. The party in breach rather should have been able to foresee the damage at the time of the conclusion of the contract. He should at the time of the conclusion of the contract be in a position to calculate his risk.” (ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. **International Sales Law**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art74>. Acesso em: 03 jul. 2015).

3.5.1 Origem da regra da previsibilidade

Antes de se analisar a regra da previsibilidade prevista no art. 74 da CISG, vale ponderar que a sua origem gera certa controvérsia. Não parece correto afirmar que a referida regra é fruto da doutrina da previsibilidade estabelecida no famoso caso *Hadley v. Baxendale* ou que ela possa ser equiparada à teoria da causalidade adequada. Como mencionado anteriormente, compartilha-se do entendimento exarado por Franco Ferrari, no sentido de que a origem da regra está em Pothier e no Código Civil Francês²⁵⁷.

Independentemente da origem da regra, porém, a previsibilidade do dano exigida pelo art. 74 da CISG deve ser interpretada de forma autônoma e não à luz de qualquer lei interna, de acordo com a metodologia de interpretação prevista no art. 7º (2) da própria CISG²⁵⁸. Até porque a regra da previsibilidade do dano prevista no art. 74 da CISG difere em alguns pontos essenciais, tanto da *contemplation rule*, como da regra prevista no Código Civil francês.

²⁵⁷ Conferir: “In regard to this rule, several German legal writers, such as Herber and Czerwenka and Reinhart have stated that the rule of foreseeability comes from the common law rule laid down in *Hadley v. Baxendale*. [...] The erroneous statement made by German scholars that it is the *Hadley* rule upon which CISG article 74 is based presupposes that the *Hadley* rule itself is an innovative rule, an invention of the Court of Exchequer. And indeed, it has been argued that the rule at issue can be analyzed as a judicial invention in an age of industrial invention, i.e., as an invention linked to a society characterized by the industrial revolution. However, as it results from the text of the decision rendered by the Court of Exchequer, this view is not tenable: the *Hadley* rule does not constitute a judicial invention in an age of industrial invention. It constitutes rather the transplantation of a foreign rule, made necessary by the age of industrial invention. This is the conclusion one must draw from reading the text of *Hadley v. Baxendale*. It is apparent that the judges of *Hadley* were aware of the aforementioned American case law, based on the French “foreseeability” limit, and that they were aware of the French rule since they stated that “the sensible rule appears to be that which has been laid down in France, and which is declared in their code -- Civil 1149, 1150, 1151.” (FERRARI, Franco. Comparative ruminations on the foreseeability of damages in contract law. *Louisiana Law Review*, 1993, v. 53, n. 4. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari9.html>. Acesso em: 27 ago. 2016).

²⁵⁸ Nesse sentido, conferir: “the foreseeability requirement in Art. 74 CISG, like most other concepts and expressions used in the CISG, is to be interpreted autonomously and not in light of any given domestic law [...]” (FERRARI, Franco. Foreseeability under Article 74 CISG. In: SAIDOV; CUNNINGHAM (Eds). **Contract damages: domestic and international perspectives**, 2008, pp. 316). Conferir, ainda: *Of course the fact that the foreseeability requirement of Article 74 has roots and analogues in domestic law does not mean the Convention's rule is the same as or even equivalent to any particular domestic foreseeability rule. 25 The assumption that the Convention and particular domestic law are the same conflicts with the international perspective mandated by the methodology of interpretation specified in Article 7(2), and tends to undermine the fundamental purpose of the Convention –to create uniform international sales rules. A U.S. decision that blithely equated the rule of *Hadley v. Baxendale* with the foreseeability requirement in Article 7 4 has been strongly and justifiably criticized.” (HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. Fourth edition. Holanda: Kluwer Law International, 2009, p. 577).*

3.5.2 Os padrões objetivo e subjetivo da regra da previsibilidade

A regra da previsibilidade prevista no art. 74 da CISG emprega um padrão objetivo e outro subjetivo, ao estabelecer que a indenização não pode exceder a perda que a parte inadimplente tinha, ou deveria ter previsto no momento da conclusão do contrato. Para tanto, leva em conta os fatos dos quais tinha ou deveria ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato. A parte pode ser responsabilizada não apenas pelos danos que previu (padrão subjetivo), mas também por aqueles que deveria ter previsto (padrão objetivo)²⁵⁹.

Nessa linha, a regra da previsibilidade se divide em duas situações: (i) aquelas em que o devedor previu o dano; e (ii) aquela em que o devedor deveria ter previsto o dano. A primeira situação é menos aplicável, já que é difícil que a parte lesada consiga demonstrar que a parte inadimplente tinha previsto o dano. Nos casos, contudo, em que a parte lesada alertou a parte inadimplente sobre os riscos do descumprimento contratual, se considera que esta previu o dano²⁶⁰. Uma pessoa só pode prever certo resultado se tiver conhecimento de fatos e questões relevantes que lhe permitam prever esse resultado²⁶¹.

²⁵⁹ Vale conferir: “*Los daños no pueden exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato. Se trata como se deduce fácilmente de dos estándares distintos. Uno se centra en el punto de visto subjetivo de la parte incumplidora (lo que hubiera previsto), mientras que el otro, muy probablemente el que predominará en caso disputa, se fija en lo que debiera haber previsto (estándar objetivo). Precisamente como este límite de la previsibilidad opera en el sentido de limitar la cantidad de dinero en concepto de indemnización de los daños y perjuicios, es muy probable que las partes ostenten puntos de vista contradictorios acerca de que se habrán de entender por pérdida previsible. La Convención ayuda a determinar ambos estándares al indicar que se habrán de tomar en consideración los hechos que la parte incumplidora tuvo o debió haber tenido conocimiento en el momento de la celebración del contrato, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.*” (VISCASILLA, Maria del Pilar Perales. **El contrato de compraventa internacional de mercancías** (Convención de Viena de 1980). Disponível em: <http://cisg3.la.pace.edu/cisg/biblio/perales1-74.html>. Acesso em: 27 jun. 2015). Ainda sobre o tema: “*The CISG employs both an objective and subjective test by stating that “damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.” The latter (the objective test) asks whether a reasonable party in the same situation could expect the loss from its non-performance.*” (GOTANDA, John. Op. cit., 2006).

²⁶⁰ Nesse sentido, Ingeborg Schwenzer ressalta que a regra da previsibilidade é suplementada por um elemento subjetivo, já que pode ser estendida pelo promissário, “chamando a atenção do promitente para as especiais e objetivamente imprevisíveis circunstâncias”. (SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM; SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1126). Fernando Kuyven e Francisco Augusto Pignatta notam que se o comprador indicar que uma mercadoria terá um uso específico, “o vendedor deverá levar em consideração essa informação também em relação às consequências de uma contravenção”. (KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2015, pp. 737-738).

²⁶¹ Nesse sentido, conferir: “*There are a number of factors that need to be taken into account when applying the foreseeability test. The first important factor in assessing the breaching party's foreseeability is this party's knowledge. So far as the subjective standard of foreseeability is concerned, a person can only foresee a certain result if it has knowledge of relevant facts and matters enabling it to foresee that result.*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

A segunda situação, por sua vez, é mais comum, já que é mais fácil a demonstração de que a parte inadimplente deveria ter previsto o dano. Para tanto, a parte lesada poderá utilizar o critério de interpretação previsto no art. 8º (2) da Convenção, analisado acima, bastando que a parte lesada prove que uma pessoa razoável, nas mesmas condições, poderia ter previsto o dano²⁶².

A previsibilidade geralmente acaba sendo determinada utilizando-se esse padrão objetivo, sendo que a questão decisiva é se uma pessoa razoável, se colocando no lugar da parte e consciente das circunstâncias no momento da celebração do contrato, poderia ter previsto o dano²⁶³. Elementos normativos, tais como a alocação de riscos de acordo com o contrato, a finalidade do contrato, bem como o seu escopo de proteção, devem ser levados em consideração²⁶⁴. A previsibilidade também deverá ser apreciada em função do que o devedor conhecia da situação do credor, do que ele esperava da execução da obrigação violada e das consequências que deveriam normalmente resultar da inexecução²⁶⁵.

Não pode ser imputada previsibilidade a uma pessoa sem se considerar que conhecimento esta pessoa tinha ou deveria ter tido. O conhecimento (real e imputado) é parte integrante do teste de previsibilidade, tal como expressamente reconhecido na CISG, que se refere à previsibilidade à luz dos fatos e circunstâncias que a parte tinha ou deveria ter conhecimento no momento da conclusão do contrato. À medida que a previsibilidade pode ser subjetiva e objetiva, o conhecimento também pode ser de dois tipos: real e presumido²⁶⁶.

²⁶² Nesse sentido, conferir: HUBER, Peter; MULLIS, Alasair. **The CISG – A new textbook for students and practitioners**. Munique: Sellier European Law Publishers, 2007, pp. 272-273.

²⁶³ Saidov, no entanto, tem um posicionamento diferente sobre a questão: “Questiona-se se é o próprio infrator ou uma pessoa razoável nas mesmas circunstâncias que “deveria ter previsto” ou “poderia razoavelmente ter previsto” a perda. Esta questão pode ser relevante onde algumas características da parte infratora sejam diferentes daquelas atribuíveis a uma “pessoa razoável”. Enquanto, em alguns sistemas legais, sublinha-se que é previsibilidade por um homem razoável e não de uma parte em violação que é relevante, a redação do art. 74 da CISG sugere que é o próprio infrator que deveria ter previsto a perda – “a perda que a parte em violação [...] deveria ter previsto. O mesmo pode ser dito sobre a posição dos UPICC e do PECL que referem que este é a parte em violação que “poderia ter razoavelmente previsto” a perda. A palavra “razoável” neste contexto refere-se à previsibilidade razoável da parte em violação e não de uma “pessoa razoável” (tradução livre). (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

²⁶⁴ SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1126.

²⁶⁵ HEUZÉ, Vincent. **La vente internationale de marchandises**. Ed. LGDJ, 2000, p. 404.

²⁶⁶ Nesse sentido, conferir: “When it comes to the objective standard of foreseeability, no foreseeability can be imputed into a person without considering what knowledge that person had or ought to have had (or could reasonably have had). Knowledge (both actual and imputed) is thus an integral part of the foreseeability test and this is expressly recognised in the CISG, which refers to foreseeability ‘in light of the facts and matters of which [the party] [...] knew or ought to have known’. Because foreseeability can be both subjective and objective, knowledge can also be of two types: actual and presumed.” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

O conhecimento real dos fatos relevantes é particularmente importante quando a perda em questão é de um tipo incomum ou de uma extensão extraordinariamente elevada, porque se não há nada de excepcional sobre o seu tipo ou grau, conhecimento relevante e previsibilidade serão, em qualquer caso, imputados. Se uma das partes sabe que uma violação é susceptível de gerar perdas incomuns, ela precisa notificar a outra parte sobre a probabilidade da ocorrência de tais perdas antes ou no momento da conclusão do contrato, caso contrário essa perda será considerada imprevisível²⁶⁷.

3.5.3 O propósito de distribuição de risco

A regra da previsibilidade equilibra a responsabilidade objetiva das partes e permite que elas estimem os riscos financeiros decorrentes da relação contratual, assegurando-se contra possíveis responsabilizações. A regra de previsibilidade tem como efeito adicional, e economicamente benéfico, estimular a troca de informações entre as partes ao compeli-las a revelar a outra parte, quando na conclusão do contrato, quaisquer riscos incomuns²⁶⁸. Esse efeito será estudado detidamente no próximo capítulo.

A regra da previsibilidade limita a responsabilidade da parte inadimplente e a extensão dos danos aos riscos que poderiam ter sido previstos no momento da conclusão do contrato, levando-se em conta as circunstâncias e a finalidade do contrato²⁶⁹. Ao exigir a previsibilidade, a CISG deixa claro que não são interesses subjetivos que estão em jogo, mas “expectativas legítimas que possam ser extraídas do contexto do contrato ou da contratação”²⁷⁰.

O propósito da regra da previsibilidade do dano é limitar o risco de responsabilidade àquilo que a parte devedora levou em consideração no momento da conclusão do contrato, que lhe permitiu aceitar o risco, contratar seguro ou até mesmo se

²⁶⁷ Nesse sentido, conferir: “*Actual knowledge of relevant facts is particularly important where the loss in question is of an unusual kind or of an unusually high extent because if there is nothing extraordinary about its type or extent, relevant knowledge and foreseeability will, in any event, be imputed. Therefore, if a party knows that a breach by the other party is likely to give rise to unusual losses it needs to notify the other party of the likelihood of such losses occurring before or at the time of the conclusion of the contract. Consider the case where the buyer knows that delay in delivery will cause it to process the goods in a country other than that originally intended and that such a change in location will cause the buyer extra expense. Clearly, if there is no particular reason why the seller would be expected to know of this consequence, this loss would not be foreseeable to the seller unless it is duly informed before or at the conclusion of the contract.*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

²⁶⁸ SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1108.

²⁶⁹ Id., ibid., p. 1125.

²⁷⁰ STEINER, Renata Carlos. Op. cit., 2016.

abster de contratar²⁷¹. A ideia central da regra da previsibilidade é que no momento da celebração do contrato as partes sejam capazes de calcular o risco e responsabilidade assumida no negócio. Conforme será demonstrado mais adiante, a regra encoraja a parte credora a revelar qualquer questão revelante, sendo consistente com os objetivos de cooperação e comunicação, bem como com o propósito de não penalizar a parte inadimplente que não conhecia as circunstâncias especiais e, por isso, não poderia adotar especial precaução²⁷².

A justificativa mais aceita da regra da previsibilidade do dano contratual se baseia na função de atribuir o risco de uma maneira justa e razoável, tornando possível às partes calcular o risco e suas possíveis responsabilidades²⁷³. Se no momento da celebração do contrato a parte previu ou poderia ter previsto uma determinada perda, deveria ter reduzido ou até excluído a sua responsabilidade, ou então adquirido um seguro, aumentado o benefício a ser obtido a partir do contrato ou, até mesmo, se recusado a celebrar o contrato.

Essa função de alocação de risco permite concluir que a regra da previsibilidade do dano contratual está relacionada à própria natureza e à finalidade do contrato, podendo a parte infratora ser responsabilizada apenas na medida em que a sua responsabilidade esteja dentro do âmbito de proteção do contrato²⁷⁴.

²⁷¹ Nesse sentido, conferir: “*The purpose of this doctrine is to ‘limit the risk of liability to the extent that the party in breach ought to have taken into account at the conclusion of the contract, thus enabling that party to consider taking the risk, taking out insurance or abstaining from concluding the contract.’*” (GOTANDA, John. Op. cit., 2011, p. 1002).

²⁷² Nesse sentido, conferir: “*The underlying idea is that the parties, at the conclusion of the contract, should be able to calculate the risks and potential liability they assume by their agreement. This rule encourages the injured party to disclose any special circumstances and is therefore consistent with the cooperation and communication goals. It is also consistent with the purpose of not penalizing a breaching party who did not know of special circumstances and could not take special precautions.*” (CHENGWEI, Liu. **Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, Unidroit Principles & PECL**. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.html#14-2>. Acesso em: 25 jun. 2015).

²⁷³ Nesse sentido, conferir: “*This limitation of liability enables both parties to estimate the financial risks arising from the contractual relationship and thus to insure themselves against possible liability*” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., 2010, p. 1001).

²⁷⁴ Nessa linha, conferir: SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008; ZIMMERMANN, Reinhard. **Limitation of liability for damages in European Contract Law**. Disponível em: https://www.academia.edu/12680057/LIMITATION_OF_LIABILITY_FOR DAMAGES IN EUROPEAN CONTRACT LAW REINHARD ZIMMERMANN. Acesso em: 07 jul. 2015.

3.5.4 As diferenças da regra da previsibilidade do dano inserida na CISG e a *contemplation rule* anglo-americana

Há diferenças significativas em pontos essenciais entre regra da previsibilidade inserida na CISG e a *contemplation rule* anglo-americana²⁷⁵, razão pela qual “casos no direito doméstico de Estados anglo-americanos não podem ser utilizados para a interpretação do art. 74, segunda frase”²⁷⁶.

Em contraste com os sistemas de *Common Law*, que exigem que a perda seja contemplada por ambas as partes²⁷⁷, a CISG evidencia que é a previsibilidade da parte inadimplente que tem significado legal. Diferentemente do direito anglo-americano no qual a consideração a ambas as partes é decisiva, a regra da previsibilidade de acordo com a segunda parte do art. 74 deve ser determinada levando em consideração apenas a perspectiva da parte que descumpriu o contrato²⁷⁸.

Embora esta diferença seja de pouco significado prático, a abordagem dos instrumentos internacionais (como a CISG, os Princípios Unidroit e os PECL) parece preferível ao sistema de *Common Law*. Isto porque a abordagem dos instrumentos internacionais é mais consistente com a “alocação de riscos”, lógica subjacente à regra de previsibilidade que se refere à assunção de risco por parte do infrator, tendo em vista que a questão da previsibilidade do dano só é relevante no caso do conhecimento da parte

²⁷⁵ Sobre tais diferenças, conferir: “*The ‘foreseeability’ limit ‘is known as the rule in Hadley v. Baxendale and is sometimes spoken of as having originated in that case, though it is in reality an embodiment of civil law principles, and is substantially a paraphrasing of a rule on the subject as it had been stated at an earlier date in the Code Napoleon, by Pothier.’ There are, however, further reasons which necessarily lead to the thesis that CISG article 74 is not based on common law: the Hadley rule, or contemplation rule, does not correspond at all to the rule laid down in CISG article 74. In fact, while CISG article 74 refers to the foreseeability of damages, the Hadley rule speaks of ‘contemplated’ damages. But by choosing the expression ‘foreseeable’, the 1980 Vienna Sales Convention, not unlike the French-based legal systems, intended to widen the scope of recovery, i.e., to limit the application of Hadley. Furthermore, while CISG article 74 requires that the damage caused must constitute ‘a possible consequence’, the Hadley rule presupposes the damage as being ‘a probable result.’ There is other divergence between the two rules, and again one can state that the CISG ostensibly widens the area of liability imposed upon the breaching party.*” (FERRARI, Franco. Op. cit., 1993).

²⁷⁶ SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM; SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1125.

²⁷⁷ “*In general, common law jurisdictions limit the recovery of damages to losses which were within the contemplation of the parties when the contract was made or foreseeable as a probable result of the breach. This concept of foreseeability originates from the Court of Exchequer’s landmark decision in Hadley v. Baxendale.*” (GOTANDA, John. Op. cit., 2006).

²⁷⁸ Nesse sentido, conferir: SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM; SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1126. No mesmo sentido, conferir: “*Under Art. 74, foreseeability is relevant only in regards to the party in breach. This differs from some common law formulations of the rule that would consider a loss foreseeable if, among other things, it “may reasonably be supposed to have been in contemplation of both parties, at the time they made the contract as a probable result of the breach of it.”* (GOTANDA, John. Op. cit., 2011, p. 1003).

inadimplente, já que o credor quase sempre conhece o seu próprio negócio e as circunstâncias da contratação²⁷⁹.

Cabe destacar que diferentemente dos sistemas legais anglo-americanos que exigem que a ocorrência do dano seja prevista como uma “consequência provável”, o art. 74 da CISG requer apenas que a parte faltosa previu ou devesse ter previsto os danos como uma “possível consequência” do descumprimento no momento da conclusão do contrato²⁸⁰. Não é exigida uma determinada quantidade de probabilidade pela redação do art. 74 da CISG, mas deve-se notar, no entanto, que “possíveis consequências”, em qualquer caso, incluem apenas aquelas que eram previsíveis sob as circunstâncias particulares do caso concreto²⁸¹.

3.5.5 O momento decisivo para determinação da previsibilidade

Como já se viu neste estudo, o momento decisivo para a determinação da previsibilidade das consequências da violação é o da conclusão do contrato²⁸². Embora esta posição possa ser criticada, a verdade é que ela é normalmente justa, já que apenas o risco assumido pela parte quando da celebração do contrato deve ter relevância jurídica, porque a época da celebração do contrato é a oportunidade que a parte tem de se proteger, aumentando, por exemplo, o preço, adquirindo seguro ou excluindo ou limitando a sua responsabilidade²⁸³. As negociações conducentes à celebração do contrato podem durar um

²⁷⁹ Nesse sentido, conferir: SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008.

²⁸⁰ No sentido, conferir: “It is also important to note that Art. 74 “gauges foreseeability in terms of possible consequences”. Thus, an aggrieved party need not show awareness that the loss was a probable result of the breach or a substantial probability, as in some common law jurisdictions, only that it was a possible result.” (GOTANDA, John. Op. cit., 2011, p. 1003).

²⁸¹ Nesse sentido, conferir: SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM; SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1126.

²⁸² Nesse sentido, conferir: “The relevant time with respect to determining whether the loss was foreseeable is the time that the contract was entered into. That is, “[t]he facts and matters must have existed at the time of the conclusion of the contract and/or must be foreseeable at the conclusion of the contract, like seasonal market fluctuations, difficulties in transport caused by bad weather [...].” (GOTANDA, John. Op. cit., 2006).

²⁸³ Nesse sentido, conferir: “Whether a particular loss was foreseeable is to be assessed as of the time of the conclusion of the contract. Although this position has been criticised, the rule is generally fair: only the risk assumed by the party at the conclusion of the contract should, as a rule, be of legal significance because the time of making the contract is the only time when the party has an opportunity to protect itself (for example, by raising the price, excluding or limiting liability, or by procuring insurance). If foreseeability were to be assessed at a time after the contract was concluded, the party would be denied an opportunity for selfprotection. This argument can, of course, be criticised on the ground that in practice, foreseeability of consequences is unlikely to affect the terms of the transaction because ‘[i]t is normally impracticable to fix a separate rate for every contract’. This view has, however, been said to be speculative and although the argument that the party can protect itself either at or before the making of the contract is just as speculative, the time of concluding the contract should remain as a standard time for determining

determinado período de tempo, mas o momento relevante do ponto de vista da previsibilidade é, naturalmente, aquele em que o contrato entrou em vigor²⁸⁴.

É irrelevante se o devedor tornou-se ciente ou deveria ter se tornado ciente de riscos adicionais, depois desse exato momento²⁸⁵. A parte inadimplente não será responsável por perdas que objetivamente não poderia prever no momento da celebração do contrato, mesmo que posteriormente se torne capaz de prevêê-las²⁸⁶.

Vale reiterar que se posteriormente à celebração do contrato, as partes acordem em alterar os seus termos, é porque ocorreu uma nova assunção de riscos, ao menos com relação às obrigações renegociadas. Se após a celebração do contrato as partes decidem, por exemplo, renegociar a data de entrega e naquele tempo o vendedor se torne consciente de que o atraso na entrega fará com que o comprador pague uma sanção elevada para um

foreseeability. Whatever the reality may be, the law should not deny the breaching party an opportunity for self-protection. It should also be noted that clarity as to the precise moment in time may be important because negotiations 'leading to the conclusion of the contract may ... last a certain period of time'. In this regard, the precise moment by reference to which the question of foreseeability is to be resolved is that when the contract comes into existence.” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2015).

²⁸⁴ Nesse sentido, conferir: *“The relevant time for the foreseeability of the consequences of the breach of contract is the time of the conclusion of the contract. The negotiations leading to the conclusion of the contract may however last a certain period of time. The relevant time from the point of view of foreseeability is of course the time when the contract came into being. It follows that no subsequent foreseeability will have legal effects under Article 74. The party in breach will thus not be liable for losses he objectively could not foresee at the time of the conclusion of the contract even if he later (e.g., at the moment of the breach of contract) becomes able to foresee them.”* (KNAPP, Victor. Op. cit., 1987, pp. 538-548).

²⁸⁵ Nesse sentido, conferir: SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM; SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1126. No mesmo sentido, conferir: *“The relevant time with respect to determining whether the loss was foreseeable is the time that the contract was entered into. That is, “[t]he facts and matters must have existed at the time of the conclusion of the contract and/or must be foreseeable at the conclusion of the contract...”* Events that occur subsequent to the making of the contract have no bearing on foreseeability of loss. Similarly, what was foreseeable at the time of the breach is irrelevant.” (GOTANDA, John. Op. cit., 2011, p. 1003).

²⁸⁶ Vale conferir as ponderações de Chengwei sobre a questão: *“What's the relevant time for evaluation of foreseeability? Adopting the same position as that set out in the Hadley rule or English law (where the relevant time for evaluation of foreseeability is generally the time of making the contract), Art. 74 CISG directly refers foreseeability to 'the time of the conclusion of the contract' for determining what is foreseeable. It follows: 'It is not sufficient that the party in breach could at the time of the delivery of the defective goods or at the time of performance of the non-delivered goods foresee the damage to be caused by the breach of contract. The party in breach rather should have been able to foresee the damage at the time of the conclusion of the contract. He should at the time of the conclusion of the contract be in a position to calculate his risk.' Generally, the 'at the time' language in Art. 74 seems to be 'problem-free', this rule is well settled and has proved remarkably resistant to change. The purpose here is to emphasize the important role played by the time precision in assessing foreseeability. The fact that negotiating leading to the conclusion of the contract may last a certain period of time makes it clear that precision in relation to the time becomes very important. It is therefore to be noted that, careful attention should be paid to the requirements of some legal systems governing the conclusion of contract. In any event, the moment of the conclusion of the contract is the decisive time in determination of the party's foreseeability. 'No possible foreseeability, which may take place after this moment, should have any legal consequences.' It is only within such limits of the particular period of time, i.e., the time of the conclusion of the contract, that other important elements of foreseeability will be examined.”* (CHENGWEI, Liu. **Remedies for non-performance: perspectives from CISG, Unidroit Principles & PECL.** Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.html#14-2>. Acesso em: 25 jun. 2015).

terceiro, parece adequado sustentar, se este risco se materializar, que essa perda era previsível no momento em que a obrigação de entrega foi renegociada²⁸⁷.

Cabe ponderar, ainda, que, na prática, a previsibilidade é quase sempre examinada *ex post facto*. Ou seja, só após a violação do contrato ou após o prejuízo que ocorreu em consequência da infração é que é examinado retrospectivamente se o prejuízo era previsível pela parte em questão no momento da celebração do contrato²⁸⁸.

3.5.6 Objeto da previsibilidade

Deve-se destacar a existência de certa polêmica acerca do objeto da previsibilidade do dano prevista no art. 74 da CISG. Discute-se se previsibilidade está relacionada apenas à natureza ou tipo de prejuízo, ou se está também relacionada à sua extensão²⁸⁹.

²⁸⁷ Sobre esse ponto, conferir: “*One such case is where subsequent to the conclusion of the contract, the parties have agreed to change the terms of the contract. It can be argued that, at this stage, a renewed assumption of risk has occurred (at least, insofar as the renegotiated obligations are concerned) for if the potential breaching party has become aware of risks which were not foreseeable at the time of concluding the contract, it now has an opportunity to protect itself. For example, if some time after the contract had been made the parties decided to renegotiate the delivery date and at that time the seller becomes aware that delay in delivery will cause the buyer to pay an unusually high penalty to a third party, it is appropriate, if this risk materialises, to hold that loss foreseeable by reference to the time when the delivery obligation was renegotiated so long as a reasonable opportunity was available to the seller to protect itself. The instruments' express reference to the 'time of the conclusion of the contract' will not necessarily preclude this result since the parties' agreement to change the terms of the contract can be interpreted as the parties' implied intention to derogate from the provision that foreseeability is to be assessed by reference to the time of the conclusion of the contract. This result may also be justified in some cases involving longterm contracts which often provide that terms such as price, quantity or delivery dates are to be agreed at future points in time and it can be argued that where such contracts are terminable at will, 'a new contract is formed at each and every point in any continuing and terminable relationship'. Thus if, by the time when the parties to a long-term contract are to negotiate a term which was left open for future negotiation, one party becomes aware of risks which it could not foresee at the time of concluding the contract, it may be appropriate to assess the party's foreseeability by reference to the point of such negotiation because it has an opportunity to protect itself at least by terminating the contract. The problem of the date of assessing foreseeability in long-term contracts is likely to arise rarely in practice because 'the parties' assumption of risk will usually be broadly defined for the very reason that the contract is a long-term contract and the parties can be assumed to understand that things will change throughout the life of the contract, and the price and insurance will accordingly be calculated generally and with an eye on the long term.*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

²⁸⁸ Nesse sentido, conferir: “*In practice foreseeability is almost always examined ex post facto. That is to say that normally it will be only after the breach of contract or, more exactly, after the loss which occurred as a consequence of the breach, that it is retrospectively examined whether the loss was foreseeable by the party in breach at the time of conclusion of the contract.*” (KNAPP, Victor. Op. cit., 1987, pp. 538-548).

²⁸⁹ Sobre o tema, vale conferir a análise bastante detalhada do tema feita por Saidov: SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008). O autor conclui até em seu estudo que a visão de que a regra da previsibilidade não se refere apenas ao tipo de dano, mas também à sua extensão, é suportada pela própria história legislativa da CISG: “*According to the Report of the First Committee on the 1977 Vienna Draft, a proposal was considered to clarify the wording of what is now art 74 CISG. The proposed version that damages could be claimed for '... loss of such a nature which the party in breach could not reasonably have foreseen' was rejected and this seems to evidence the drafters' intention not to restrict foreseeability only to the nature or type of the loss. Finally, the wording of art 74 also seems to suggest that the extent of loss is required for the purposes of foreseeability. The phrase that damages 'may not exceed' the foreseeable loss seems to refer to some concrete*

Como já se analisou anteriormente, parece correto afirmar, também com relação à CISG, que a regra da previsibilidade está relacionada à natureza ou ao tipo de prejuízo, assim como à sua extensão, não exigindo, contudo, que os detalhes específicos da perda ou o seu preciso montante sejam previsíveis.

Nessa linha, Ingeborg Schwenzer afirma que “a questão decisiva é se a possibilidade de ocorrência do dano, assim como a sua natureza, era previsível pelo promitente, no momento da conclusão do contrato, supondo que o contrato foi descumprido nesse sentido.” A autora esclarece que embora não seja necessário que a parte inadimplente tenha previsto o montante preciso da perda, “a extensão geral deve ter sido previsível. Se a extensão da perda é significativamente superior ao previsível, o risco que se materializa difere do risco previsível”²⁹⁰.

Da mesma forma, John O. Honnold afirma que o tipo e a magnitude do dano sofrido pela parte credora devem ser previsíveis para os propósitos do art. 74. Ele traz como exemplo a desconformidade ou o atraso na entrega de um pequeno item que interrompe a produção da fábrica do comprador. O autor pondera que o vendedor é evidentemente responsável pela quebra do contrato, mas ele não sabia e não poderia saber no momento da conclusão do contrato que o defeito ou o atraso na entrega causaria um dano daquela magnitude, interrompendo a produção da fábrica do credor²⁹¹.

Partindo da premissa de que a regra da previsibilidade tem como uma das principais funções alocar o risco de maneira justa e razoável, é interessante ponderar, ainda, que quando empresários assumem um risco eles contemplam não só a sua natureza, mas também os limites aproximados de um passivo financeiro que podem vir a incorrer. Nesse

limit. If only the type of loss were intended to be foreseeable, the wording would have to mean that the recoverable loss is that 'not exceeding the type of loss' and this would, surely, be odd. Although the latter two arguments are only relevant to the CISG, the first two arguments in themselves seem sufficient to justify the interpretation of the UPICC and the PECL in the same manner.”

²⁹⁰ SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM; SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1127. Sobre esse ponto, vale conferir: “*The question is: what is to be foreseen by the party in breach. Following the wording of Article 74 it seems that it is the amount of the loss suffered by the other party as a consequence of the breach of contract. This conclusion seems to flow from the provision that damages for breach of contract consist of a sum equal to the loss, that however this sum may not exceed the loss foreseeable by the party in breach. This conclusion is nevertheless ambiguous and may be understood either as a postulate of foreseeability by the party in breach of a sum certain of money equal to the possible loss suffered by the other party or simply as foreseeability of the extent of the possible loss. It seems that the latter interpretation corresponds more clearly to the ratio legis. Therefore, Article 74 should be interpreted so that the foreseeability as understood in it means the foreseeability by the party in breach of: (a) the possibility of loss caused to the other party by the breach of contract; and (b) the probable extent of the loss under (a).*” (KNAPP, Victor. Op. cit., 1987, pp. 538-548).

²⁹¹ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 4. ed. Holanda: Kluwer Law International, 2009, p. 576.

sentido, a visão de que é necessária a previsibilidade da extensão da perda corresponde à maneira como os empresários pensam, ou a parte no contrato, especificamente²⁹².

3.5.7 O que considerar para se buscar a perda que a parte inadimplente tinha ou deveria ter previsto

Para que se possa buscar a perda que a parte inadimplente tinha ou deveria ter previsto no momento da conclusão do contrato, como consequência possível do seu descumprimento, devem-se considerar fatos dos quais ela tinha conhecimento ou poderia ter tido conhecimento (previsibilidade presumida). A parte inadimplente será considerada capaz de prever as consequências da violação, mesmo que não conhecesse os fatos e as questões que lhe permitissem fazê-lo, mas se objetivamente estivesse em condições de conhecê-los²⁹³.

Destarte, deverão ser analisadas as condições em que o negócio foi firmado, o propósito da contratação e as informações que a parte lesada tinha disponibilizado para a parte inadimplente quando da celebração do contrato. Para verificar os fatos conhecidos pela parte inadimplente será analisada a linguagem empregada entre as partes nas suas conversas, as trocas de correspondências, as atitudes e os comportamentos, as

²⁹² Nesse sentido, conferir: “*It is submitted that the instruments should be interpreted as requiring foreseeability of the extent of the loss. First, the 'risk allocation' rationale gives rise to the following question: when businesspersons assume a risk, what do they assume the risk for--the type or the extent of the loss? There is little doubt that it is the financial considerations which underlie business planning and commercial activity and where businesspersons contemplate losses, they contemplate not only their nature but also the approximate limits of financial liability that they may entail. Therefore, if only the type of loss were to be foreseeable, a businessperson's ultimate consideration would be disregarded and there would always be a danger that foreseeability would lead to imposing liability to the extent which exceeds the boundaries of the assumed risk. Thus, the view that foreseeability of the extent of the loss is required corresponds both to the way in which business people think and to the 'risk allocation' rationale underlying the foreseeability rule. Second, restricting foreseeability only to the type of loss is likely to give rise to uncertainty in the international legal environment by making it difficult for the parties to develop reasonable expectations regarding likely financial limits of liability in a situation where they breach their contracts. It can even be argued that this uncertainty could encourage businesspersons to exclude the applicability of the international instruments and this would certainly contravene the instruments' unification and harmonisation aspirations.*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

²⁹³ Nesse sentido: “*The foreseeability by the party in breach of the possible loss suffered by the other party as a consequence of the breach is to be considered «in the light of the facts and matters of which [the party in breach]... knew or ought to have known». Thus foreseeability, as understood in Article 74, depends on the knowledge of facts and matters which enable the party concerned to foresee the results of the breach. It is, however, a presumed knowledge, and the party in breach will be considered as having been able to foresee the consequences of the breach even if he did not know the facts and matters enabling him to do so but objectively was in a position to know them.*” (KNAPP, Victor. Op. cit., 1987, pp. 538-548). No mesmo sentido: “*In order to determine the foreseeability, it will be sufficient to prove either that the party actually foresaw the loss, or was objectively in a position to foresee it. Therefore, it is not necessary to prove that the party in breach actually foresaw the loss.*” (CHENGWEI, Liu. Op. cit., 2015).

circunstâncias que envolvem o caso, as negociações havidas entre as partes, as práticas estabelecidas entre elas, os usos, etc.

Nessa linha há um interessante precedente em que o Tribunal Arbitral entendeu que a parte inadimplente deveria ressarcir a parte lesada pelos danos que lhe foram causados, uma vez que a questão que causou o prejuízo havia sido debatida longamente entre as partes por meio de correspondências²⁹⁴.

Deve-se considerar, ainda, se a parte inadimplente deveria ter previsto o dano, levando-se em conta a sua experiência no mercado²⁹⁵. Em geral, presume-se que uma pessoa de negócios sabe dos fatos e assuntos que lhe permitam prever as consequências da violação se tal conhecimento pode ser esperado, considerando a sua experiência comercial. Quando os comerciantes estão envolvidos é provável, por exemplo, que o infrator saiba que os preços dos produtos irão flutuar, especialmente em mercados voláteis, e que a parte lesada vai sofrer perdas como resultado²⁹⁶.

A CISG não se limita à previsibilidade de fato, mas também estabelece a previsibilidade presumida, segundo a qual a parte inadimplente terá o conhecimento que os comerciantes em geral têm. A parte que descumpriu o contrato deverá ser considerada

²⁹⁴ “According to Art. 74 CISG, first sentence, the damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss effectively suffered by the other party as a consequence of the breach of contract, including loss of profit. The latter can be determined here on the basis of the price difference with the actual sale. The tribunal does not consider in its evaluation the further discount by the seller or transport and related costs, which would have been incurred if performance under the contract had taken place. National law, including the tribunal’s power to evaluate [damages], laid down in Sect. 287 ZPO, applies to the determination of the damages. “Further, the arbitral tribunal assumes in its discretion (Sect. 287 ZPO) that these damages do not exceed the loss which the party in breach, the seller, foresaw or at least ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, according to Art. 74 CISG, second sentence, since the parties agreed on price provisions and extensively corresponded on the supply problem. This concrete determination of the damages prevails over an abstract calculation made on the basis of market prices according to Art. 76 CISG.” (GERMANY. **Schiedsgericht der Handelskammer** [Arbitral Tribunal] Hamburg, 21 March 1996. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>. Acesso em: 27 jun. 2015).

²⁹⁵ Nesse sentido, conferir: “The party in breach will be considered as knowing the facts and matters enabling to foresee the consequences of the breach of contract if such knowledge generally flows from the experience of a merchant or, in other words, if such knowledge can in the given case be expected of him having regard to his experience as a merchant.” (KNAPP, Victor. Op. cit., 1987, pp. 538-548).

²⁹⁶ Sobre a questão, conferir: “In general, a businessperson will be presumed to know of the facts and matters which will enable it to foresee the consequences of the breach if such knowledge can be expected of it taking into consideration its commercial experience. Where traders are involved, it will often be reasonable to expect the breaching party to know that prices for the goods, particularly those in volatile markets, will fluctuate and that the injured party will suffer losses as a result. In one case decided under the ULIS, the buyer’s refusal to perform put the seller in the position where it had to purchase the goods from the supplier but was unable to find any use for the goods until the time when the price dropped considerably. The court ruled that the seller’s loss was foreseeable: [The buyer] is a businessperson. Furthermore, the brass material that [the seller] purchased to perform its contract with the buyer is an article which depends on the market. Consequently, considerable fluctuations in price are to be expected. That includes a sudden drop in prices to the depths the seller uses to calculate its losses.” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

conhecedora dos fatos e questões que lhe permitiriam prever as consequências do descumprimento contratual, se tal conhecimento geralmente derivar da experiência de um comerciante, ou se se espera dela tal conhecimento, a partir de sua experiência no mercado²⁹⁷.

Certamente, também se considera o fato de a parte lesada ter alertado ou chamado a atenção da parte inadimplente sobre as possíveis consequências do inadimplemento antes ou no momento da celebração do contrato. Se o fez, as perdas serão tidas como previsíveis. Nessa linha, como bem coloca Liu Chengwei,

[se] uma das partes ao tempo da conclusão do contrato considerar que um descumprimento contratual pela outra parte causaria perdas excepcionalmente grandes ou perdas de natureza inesperada, ela pode informar isso à outra parte de forma que se tais danos de fato vieram a ser sofridos, poderão ser ressarcidos²⁹⁸.

Para concluir este ponto, pondera-se que, no geral, a parte lesada deverá provar que havia informado a parte inadimplente antes ou no momento da conclusão do contrato sobre a forma de utilização das mercadorias objeto do contrato, sob pena de ver o ressarcimento dos danos decorrentes do uso extraordinário da mercadoria ser limitado pelo critério da previsibilidade. Se, no entanto, as partes já possuem um relacionamento comercial anterior e conhecem as práticas, a forma de atuação e os usos de determinado mercado, não parece razoável se exigir que a parte lesada tenha informado à parte inadimplente sobre a destinação a ser dada às mercadorias.

²⁹⁷ Nesse sentido, conferir: CHENGWEI, Liu. Op. cit., 2015. O autor complementa que “*the circumstances of a concrete case should be taken into account as well. In this respect, to what extent the party in breach is capable of taking the circumstances into consideration may depend on his position, especially which has been affected greatly by advances today in technology. “Modern business practices (and equipment), accounting methods, and the extensive communication of information make more knowledge available to both parties. This increased knowledge may make potential amounts of loss easier to compute. A potential breacher today will have available a great deal more information about what can happen concerning the contract and hence 'ought to know' a great many more facts than a potential breacher in the nineteenth century.*”

²⁹⁸ “*The party in breach will also be considered as having known the facts and matters enabling him to foresee the possible consequences of the breach, and therefore, as having foreseen them, whenever the other party to the contract has drawn his attention to such possible consequences in due time. Should a party at the time of the conclusion of the contract consider that breach of contract by the other party would cause exceptionally heavy losses or losses of an unnatural nature, he may make this known to the other party with the result that if such damages are actually suffered they may be recovered.*” (Id., *ibid.*, 2015). Na mesma linha: “*The party in breach will also be considered as having known the facts and matters enabling him to foresee the possible consequences of the breach, and therefore, as having foreseen them, whenever the other party to the contract has drawn his attention to such possible consequences in due time. Should a party at the time of the conclusion of the contract consider that breach of contract by the other party would cause exceptionally heavy losses or losses of an unusual nature, he may make this known to the other party with the result that if such damages are actually suffered they may be recovered.*” (KNAPP, Victor. Op. cit., 1987, pp. 538-548).

3.5.8 A limitação de responsabilidade ao devedor doloso

Como se viu anteriormente, em diversos países de sistema de Direito codificado a limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis beneficia apenas o devedor que não agiu com dolo ou negligência grave. Nesses países, o devedor que descumprir com dolo deverá indenizar integralmente o credor, sem qualquer redução ou exclusão do dano em razão da imprevisibilidade.

Esse tratamento diferenciado, contudo, inexistente na Convenção de Viena, razão pela qual o devedor será somente responsável pelas perdas que previu ou poderia ter previsto no momento da celebração do contrato, mesmo que tenha agido com dolo ou negligência grave²⁹⁹. Diferentemente do art. 9.503 da PECL e do art. III – 3.703 do DCFR, a regra da previsibilidade prevista no art. 74 da CISG se aplica mesmo quando o devedor violou intencionalmente as suas obrigações contratuais³⁰⁰.

Parece acertada a opção da CISG de não excepcionar a limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis quando a parte tenha agido com dolo ou negligência grave. Isto porque, especialmente no Direito do Comércio Internacional, não parece razoável que a alocação de responsabilidade da parte inadimplente, que depende diretamente do risco explícita ou implicitamente assumido no contrato, seja afetada se o descumprimento for ou não intencional³⁰¹. Permitir a compensação dos danos imprevisíveis ou imprevisíveis quando o devedor agiu com dolo ou negligência grave aumentaria os custos da responsabilidade, o que constituiria um freio à atividade econômica.

3.5.9 Ônus da prova

Muito se discute sobre o ônus da prova nos casos em que se aplica o critério da previsibilidade. Alguns autores defendem ser do credor o ônus da prova de que o devedor

²⁹⁹ Nesse sentido, conferir: “*In some legal systems the limitation of damages to those «which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract» is not applicable if the non-performance of the contract was due to the fraud of the non-performing party. No such rule exists in this Convention. That means that even when the loss was due to a fraud of the party in breach the latter will be liable only for the consequences of a breach which he could have foreseen at the moment of conclusion of the contract.*” (KNAPP, Victor. Op. cit., 1987, pp. 538-548).

³⁰⁰ Nessa linha, conferir: SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHLECHTRIEM; SCHWENZER. Op. cit., 2014, p. 1125.

³⁰¹ Nessa linha, conferir: ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2015.

previu ou deveria ter previsto o dano³⁰², enquanto outros defendem que cabe ao devedor demonstrar que não previu ou não poderia ter previsto que o descumprimento do contrato produziria o dano³⁰³.

A Convenção de Viena é silente com relação ao ônus da prova da previsibilidade do dano. O tema é controvertido, mas o entendimento que prevalece na doutrina, e que de fato parece ser o mais acertado, é que a parte lesada carrega o ônus de provar a previsibilidade, bastando, contudo, que prove que a parte inadimplente estava objetivamente em posição de prever o dano³⁰⁴.

3.6 A PREVISIBILIDADE DO DANO NOS PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

A criação do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (Unidroit) foi proposta pelo governo italiano, em 1926, que se dispôs a custear a sua manutenção, como órgão auxiliar da Liga das Nações Unidas. A proposta foi aceita pela Liga, e o Unidroit foi criado oficialmente em 30 de maio de 1928, tendo sua sede em Roma. A Liga das Nações, contudo, teve vida curta com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, mas o Unidroit conseguiu se restabelecer em 1940 como uma organização internacional

³⁰² Nesse sentido, conferir: “*Views differ on which party bears the burden of proof for foreseeability. Some argue that it is the aggrieved party’s burden to prove that the breaching party saw or could have foreseen the loss. Others claim that the doctrine of foreseeability is akin to an affirmative defence that must be raised by the breaching party, who would “have to prove that the loss could not be foreseen by him”. It is more consistente with Art. 74 and the Convention as a whole to place the burden of proof for foreseeability on the aggrieved party.*” (GOTANDA, John. Op. cit., 2011, p. 1003).

³⁰³ Nesse sentido: “a lógica do art. 74 é a de que o devedor deve provar que o prejuízo ocasionado ao credor era imprevisível e não o credor provar que o devedor poderia razoavelmente prever as consequências de sua inexecução.” (KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Op. cit., 2015, p. 740). Na mesma linha: “*A party in breach can thus not be freed from his obligation to pay damages by proving that he did not foresee the damage. Knapp (BB, 541) mentions that the party claiming damages need not prove that the party in breach really foresaw the loss; rather it will be enough if he proves that the party in breach was objectively in a position to foresee it. We believe that the party who claims damages need not prove one nor the other. It will be sufficient for him to prove the breach of contract, the damage and the causality between them (note 6). It is up to the party in breach to object that the damage could not be foreseen. He would have to prove that the loss could not be foreseen by him.*” (ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. Op. cit., 2015).

³⁰⁴ Nesse sentido: “O ônus da prova referente à previsibilidade do prejuízo também é controverso. O ponto de vista correto é aquele que deixa ao promissário a prova pela previsibilidade do dano. Essa alocação, no entanto, não exclui um abrandamento do ônus da prova pelo estabelecimento de certos tipos de casos, em particular, casos de efetivo prejuízo pela inexecução.” (SCHWENZER, Ingeborg. SCHLECHTRIEM; SCHWENZER. Op. cit., 2014, pp. 1132). Na mesma linha: “*There seems to be an agreement, at least insofar as the CISG is concerned, that it is the injured party. Who bears the burden of proving foreseeability*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

multilateral. Atualmente, o Unidroit conta com 63 países-membros, dentre eles o Brasil, que contribuem financeiramente para o custeio das atividades do Instituto³⁰⁵.

O Unidroit foi fundado com o objetivo de buscar a unificação do Direito privado no mundo. A elaboração dos Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais teve seu marco inicial em 1971, quando o Conselho de Governo incluiu no programa de trabalho do Instituto o desenvolvimento de estudos para unificação da parte geral dos contratos, com vistas à posterior codificação do Direito Contratual de forma mais ampla. Os estudos, discussões, encontros e elaboração de minutas perduraram de 1971 a 1994, quando finalmente a primeira versão foi lançada, com sete capítulos. Com a evolução dos trabalhos, a segunda edição, ampliada, foi lançada em 2004 e a terceira (e atual) em 2010³⁰⁶.

Os Princípios Unidroit estabelecem regras gerais para contratos comerciais internacionais e traduzem a tendência global de harmonização do Direito do Comércio Internacional³⁰⁷. Os Princípios Unidroit aspiram prover as soluções mais adaptadas às exigências do Comércio Internacional e têm como missão guiar e orientar as partes, o legislador e também juízes e árbitros. Eles se destinam a atuar em conjunto com outras fontes do Direito, num contexto de pluralismo jurídico e “têm a vocação de um *ius commune* moderno, de caráter transnacional, relativo aos contratos do Comércio Internacional”³⁰⁸.

Como bem pontuado por Michael Joachim Bonell, “os Princípios Unidroit pretendem enunciar regras que são comuns à maioria dos sistemas jurídicos existentes e, ao mesmo tempo, fornecer soluções que parecem melhor adaptadas às exigências especiais do comércio internacional”³⁰⁹.

³⁰⁵ Informações disponíveis em: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>. Acesso em: 22 nov. 2016.

³⁰⁶ A versão dos Princípios Unidroit traduzida para o português está disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

³⁰⁷ “Os princípios Unidroit são entendidos como uma compilação do direito aplicável aos contratos internacionais ou à redução a escrito das normas consuetudinárias da *lex mercatoria*. [...] Sua força é doutrinária e deriva da autoridade do instituto, das pessoas envolvidas em sua elaboração e da aceitação, pela livre vontade das partes, em razão da percepção de ser uma acurada compilação do direito aplicável aos contratos internacionais.” (LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit., 2013, p. 86).

³⁰⁸ GAMA JR., Lauro. **Os princípios do Unidroit relativos aos Contratos do Comércio Internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

³⁰⁹ BONELL, Michael Joachim. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? **Tulane Law Review**. New Orleans, 1994-1995, v. 69, pp. 1121-1147, p. 1129.

Os Princípios Unidroit não têm caráter vinculativo (constituem recomendações) e somente devem ser aplicados se as partes acordarem que o seu contrato será regulado por eles. Podem, também, ser aplicados se as partes tiverem acordado que o seu contrato será regulado por princípios gerais de Direito, pela *lex mercatoria*, ou similares, e caso as partes não tenham escolhido nenhuma lei para regular o seu contrato. Podem, ainda, ser usados para interpretar ou suplementar instrumentos internacionais de Direito uniforme e para interpretar ou suplementar leis nacionais, bem como servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais.

Os Princípios Unidroit “refletem a tendência contemporânea de criação de um direito transnacional próprio das relações comerciais internacionais, cada vez mais desvinculadas de um ordenamento nacional em particular.” Seu principal objetivo é fornecer normas uniformes aos agentes do Comércio Internacional, versando sobre os vários aspectos da relação contratual, que podem servir aos contratantes em vários contextos, “permitindo-lhes superar, de modo geral, as desconfianças recíprocas que derivam do natural apego de cada parte ao seu respectivo direito nacional”. Os referidos Princípios gozam de autoridade suficiente para atrair o interesse de juízes e árbitros que, “levados a aplicar o direito ao contrato internacional, têm à sua disposição um corpo sistematizado de normas, de inegável reputação e fácil identificação no cenário internacional”³¹⁰.

O art. 7.4.4 dos Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais estabelece que “a parte inadimplente só responderá pelo dano que tiver previsto ou que poderia razoavelmente ter previsto, à época da conclusão do contrato, como provável resultado de seu inadimplemento”.

Tal como a CISG, os Princípios Unidroit contêm um padrão objetivo e outro subjetivo para a previsibilidade. Ao contrário da CISG, porém, que exige que o dano previsível seja uma consequência “possível” do não cumprimento do contrato, os Princípios Unidroit afirmam que tal dano deve ser um “provável” resultado da violação. Nesse passo, os Princípios Unidroit parecem ter uma visão um pouco mais restritiva sobre a previsibilidade do que a CISG³¹¹.

³¹⁰ GAMA JR., Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos Princípios do Unidroit 2004**. São Paulo: Renovar, 2006, pp. 3-4.

³¹¹ Nesse sentido, conferir: “*Like the CISG, the Unidroit Principles contain both subjective and objective tests for foreseeability. However, in contrast to the CISG which requires that the foreseeable harm be a ‘possible’ consequence of the non-performance of the contract, the Unidroit Principles state that such harm*

Existe ainda uma diferença entre os dois instrumentos na maneira como tratam o padrão objetivo, uma vez que enquanto a CISG usa as palavras “devesse ter previsto”, o que dá a impressão de que ela impõe requisito mais rigoroso, os Princípios Unidroit usam as palavras “poderia razoavelmente ter previsto”. Parece improvável, contudo, que essa pequena variação de palavras leve a Convenção a ser interpretada de forma mais restritiva do que os Princípios Unidroit³¹².

Na mesma linha do que se viu e destacou até aqui, nos comentários ao referido art. 7.4.4, o Unidroit manifesta que a limitação está relacionada com a natureza do contrato:

nem todos os benefícios dos quais a parte lesada é privada se inserem no âmbito do contrato e a parte inadimplente não deve ser sobrecarregada com a reparação do dano que não poderia prever na celebração do contrato e contra o risco de que não poderia ter tomado um seguro³¹³.

Ainda de acordo com tais comentários,

o conceito de previsibilidade deve ser esclarecido já que a solução contida nos Princípios não corresponde a determinados sistemas nacionais que permitam a compensação, mesmo para o dano que não se pode prever quando o descumprimento se deve a dolo ou negligência

must be a 'likely' result of the breach. Thus, the Unidroit Principles appear to take a slightly more restrictive view on foreseeability than the CISG.” (GOTANDA, John. Op. cit., 2006). Conferir ainda: “The test of foreseeability is worded differently in the two instruments. In article 74 CISG, the emphasis is on loss which was actually foreseen or which the party ought to have foreseen in the light of circumstances known to him or of which he should have known as a possible consequence of the breach. The test is therefore either subjective (where there is actual knowledge) or objective (where there is no subjective knowledge). This accords with the provisions of article 7.4.4 of the Unidroit Principles. In article 7.4.4 of the Unidroit Principles, however, emphasis is placed on the ‘foreseeability of harm being likely to result from its non-performance’. The CISG standard as formulated in Article 74 however is ‘foresaw or ought to have foreseen ... as a possible consequence of the breach of contract.’ This standard seems to be much wider than the standard contained in the Unidroit Principles.” (EISELEN, Sieg. Op. cit., 2016).

³¹² Nesse sentido, conferir: “There is, at first sight, a difference in the way the instruments formulate the objective standard. The CISG uses the words ‘ought to have been foreseen’ and they may seem to impose a stricter requirement than that implied by the words ‘could reasonably have foreseen’ used by the UPICC and the PECL. It is unlikely, however, that this insignificant variation in wording will lead to the Convention being interpreted more restrictively than the UPICC and PECL and this suggestion finds support in the comments on the two sets of Principles. The comments on the UPICC state that art 7.4.4 corresponds to art 74 CISG and the comments on the PECL expressly use the wording used in the CISG.” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

³¹³ “The limitation is related to the very nature of the contract: not all of benefits of which the aggrieved party is deprived fall within the scope of the contract and the non-performing party must not be saddled with compensation for harm which it could never have foreseen at the time of the conclusion of the contract and against the risk of which it could not have taken out insurance.” (UNIDROIT. **Principles of International Commercial Contracts 2010**. Published by the International Institute for the Unification of Private Law, Rome. Disponível em: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/406-chapter-7-non-performance-section-4-damages/1034-article-7-4-4-foreseeability-of-harm>. Acesso em: 21 jul. 2016).

grave. Uma vez que a presente norma não prevê essa exceção, deve ser feita uma interpretação restritiva do conceito de previsibilidade³¹⁴.

Da mesma forma como ocorre na CISG, parece acertada a opção dos Princípios Unidroit de não excepcionar a limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis quando a parte tenha agido com dolo ou negligência grave. Como já se falou, não parece razoável que a alocação de responsabilidade da parte inadimplente, que depende diretamente do risco assumido no contrato, seja afetada se o descumprimento for ou não intencional, especialmente no Direito do Comércio Internacional.

Diferente, contudo, do posicionamento adotado neste estudo, nos comentários ao art. 7.4.4, o Unidroit manifesta que a previsibilidade se refere à natureza ou tipo de dano, e não à sua extensão, a menos que a extensão seja tal grau que transforme o dano em um tipo diferente³¹⁵. Esta não parece ser a melhor interpretação, já que se entende que o âmbito de riscos que se exige do devedor deve ser fixado em relação à natureza ou tipo do dano e também à sua extensão.

Consta ainda dos referidos comentários, nesse ponto de maneira bastante acertada, que a previsibilidade é um conceito flexível que deixa ampla margem de apreciação ao juiz³¹⁶. E na mesma linha do que já se analisou no que diz respeito à CISG, manifesta-se afirmando que

o que é previsível deve ser determinado por referência ao momento da celebração do contrato e pela própria parte inadimplente (incluindo seus funcionários ou agentes), e o teste é o que uma pessoa normalmente diligente não podia ter razoavelmente previsto como consequência de incumprimento, no curso normal das coisas e as circunstâncias específicas do contrato, tais como as informações fornecidas pelas partes ou as suas transações anteriores³¹⁷.

³¹⁴ “The concept of foreseeability must be clarified since the solution contained in the Principles does not correspond to certain national systems which allow compensation even for harm which is unforeseeable when the non-performance is due to willful misconduct or gross negligence. Since the present rule does not provide for such an exception, a narrow interpretation of the concept of foreseeability is called for”. (Id., *ibid.*).

³¹⁵ “Foreseeability relates to the nature or type of the harm but not to its extent unless the extent is such as to transform the harm into one of a different kind”. (Id., *ibid.*).

³¹⁶ “In any event, foreseeability is a flexible concept which leaves a wide measure of discretion to the judge”. (Id., *ibid.*).

³¹⁷ “Foreseeability relates to the nature or type of the harm but not to its extent unless the extent is such, foreseeability is a flexible concept which leaves a wide measure of discretion to the judge. What is foreseeable is to be determined by reference to the time of the conclusion of the contract and to the non-performing party itself (including its servants or agents), and the test is what a normally diligent person could reasonably have foreseen as the consequence of non-performance in the ordinary course of things and the particular circumstances of the contract, such as the information supplied by the parties or their previous transactions”. (Id., *ibid.*).

São interessantes os exemplos apresentados nos citados comentários. O primeiro é de uma empresa de limpeza que encomenda uma máquina que é entregue com cinco meses de atraso. O fabricante, neste caso, é obrigado a indenizar a sociedade pelos lucros cessantes causados pelo atraso, uma vez que poderia ter previsto que a máquina foi projetada para uso imediato. Por outro lado, o dano não inclui a perda de um contrato valioso com o Governo, que poderia ter sido concluído se a máquina tivesse sido entregue a tempo, uma vez que esse tipo de dano não era previsível³¹⁸.

O segundo exemplo é de um banco que geralmente contrata os serviços de uma empresa de segurança para o transporte de sacos contendo moedas para suas filiais. Sem informar a empresa de segurança, o banco enviou uma remessa de sacos contendo novas moedas para colecionadores de valor muito maior que as remessas anteriores e esses sacos foram roubados em um assalto. Nesse caso, o banco só pode ser indenizado pelo valor correspondente às remessas normais, já que este foi o único tipo de dano que poderia ter sido previsto³¹⁹.

Segundo Jérôme Ortcheidt, os redatores dos Princípios Unidroit justificam a regra pela razão *“que tous les bénéfiques dont le créancier se trouve privé ne relèvent pas du domaine du contrat et il importe que le débiteur ne soit pas accablé par la réparation d’un préjudice qu’il n’avait pu imaginer lors de la conclusion du contrat et pour lequel il n’a pu s’assurer”*³²⁰.

Tal como ocorre na CISG, a exigência de que o prejuízo reparável seja previsível pelo devedor estabelecida no art. 7.4.4 dos Princípios Unidroit, baseia-se na previsibilidade do dano determinada à luz do momento da celebração do contrato e da pessoa do devedor, *“tendo como critério de referência a previsão razoável que uma pessoa normalmente diligente faria sobre as consequências de uma eventual execução”*³²¹.

³¹⁸ “1. A cleaning company orders a machine which is delivered five months late. The manufacture is obliged to compensate the company for lost profit caused by the delay as it could have foreseen that the machine was intended for immediate use. On the other hand the harm does not include the loss of a valuable Government contract that could have been concluded if the machine had been delivered on time since that kind of harm was not foreseeable”. (Id., *ibid.*).

³¹⁹ “2. A, a bank, usually employs the services of a security company for the conveyance of bags containing coins to its branches. Without informing the security company, A sends a consignment of bags containing new coins for collectors worth fifty times the value of previous consignments. The bags are stolen in a hold-up. A can only recover compensation corresponding to the value of the normal consignments as this was the only kind of harm that could have been foreseen and the value of the items lost was such as to transform the harm into one of another kind.” (Id., *ibid.*).

³²⁰ ORTSCHIEDT, Jérôme. Op. cit., 2001, p. 48).

³²¹ GAMA JR., Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos Princípios do Unidroit 2004**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 380.

Considerando que os Princípios Unidroit buscam enunciar as melhores soluções adaptadas às exigências do Comércio Internacional, a adoção da previsibilidade do dano como critério limitador do ressarcimento do dano representa a sua ampla aceitação no Direito Contratual Internacional.

4 A PREVISIBILIDADE DO DANO CONTRATUAL COMO CRITÉRIO LIMITADOR DA RESPONSABILIDADE SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

4.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Para o correto entendimento das conclusões que se pretende buscar neste estudo, devem ser compreendidos certos postulados nos quais a Análise Econômica do Direito se fundamenta³²². As principais premissas da Escola do Pensamento Econômico são: (i) os recursos da sociedade são escassos, de modo que os indivíduos precisam realizar escolhas que devem maximizar a utilidade dos recursos, as quais pressupõem um custo, chamado de “custo de oportunidade”³²³; (ii) para realizar tais escolhas os agentes ponderam os custos e benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que melhor atenda aos seus interesses pessoais – os indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar³²⁴; (iii) o equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente; (iv) a alteração da estrutura de incentivos (incentivos são preços implícitos) tem relação direta com o comportamento dos agentes; (v) as condutas e ações são realizadas em um ambiente chamado “mercado”, cujo objetivo maior é o equilíbrio entre os custos e benefícios das trocas realizadas; (vi) eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos³²⁵; (vii) a racionalidade dos agentes é limitada, de modo que os contratos celebrados por eles são incompletos³²⁶.

³²² Nas palavras de Richard Posner, a Análise Econômica do Direito compreende a “aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico.” (POSNER, Richard A. *The economic approach to law*. **Texas Law Review**, 1975, v. 53, n. 4).

³²³ A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *trade-offs* (“sacrifícios”). Para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa (mesmo que somente o tempo) – esse algo de que se abre mão é o chamado “custo de oportunidade”.

³²⁴ Sobre a eficiência, conferir: “A suposição de maximização racional leva ao chamado processo de decisão marginalista. Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade forem maiores ou iguais a seus custos. Ou seja: o indivíduo somente realizará a atividade marginal, qualquer que seja ela, se os benefícios marginais (estimados *ex ante*) forem maiores ou iguais aos custos marginais (estimados *ex ante*).” (SALAMA, Bruno M. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em: 20 out. 2016).

³²⁵ “A eficiência pode ser avaliada de forma isolada ao se analisar se determinado resultado (de um contrato, opção ou norma) é ou não eficiente. Nesse caso, trata-se de uma análise típica de custo/benefício, isto é, tem-se em conta se os benefícios globais resultantes superam os custos. A eficiência também pode ser analisada de forma comparativa, ou seja, analisa-se se um contrato, opção ou norma é mais ou menos eficiente com relação a outro, comparando-se o resultado dos benefícios menos os custos de cada alternativa. Em alguns casos, chama-se de eficiente o contrato, a opção ou a norma que maximiza a eficiência. Em outros termos, é eficiente aquele que resulta em maior diferença entre o benefício e os custos. [...] Em uma determinada operação contratual, faz-se referência a dois critérios para apuração de eficiência. A primeira, chamada de eficiência de Pareto ou eficiência de alocação, diz respeito à satisfação de preferências individuais ou a

A Economia fornece ao operador do Direito uma teoria comportamental, baseada na forma como as pessoas reagem aos incentivos, o que permite uma previsão razoavelmente segura de como as pessoas reagem às leis e ao sistema jurídico como um todo. Além dessa teoria científica do comportamento, a Economia também oferece um padrão útil para avaliar o Direito e as Políticas Públicas. As leis são instrumentos para atingir objetivos sociais relevantes e, para conhecer os efeitos das leis sobre esses objetivos, os juízes e os legisladores precisam ter um método de avaliação dos efeitos das leis sobre valores sociais importantes. A Economia prevê os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência, uma vez que é melhor atingir qualquer política a um custo menor do que a um custo mais alto, a fim de que não haja desperdício de dinheiro³²⁷.

Dito de outra forma, a Análise Econômica do Direito permite avaliar o impacto das normas sobre o comportamento, partindo do pressuposto de que sanções impostas juridicamente são, para os indivíduos, como preços, e que as pessoas reagem às sanções assim como respondem aos preços. Ao tomar sanções (negativas ou positivas) como preços, a Economia fornece mecanismos para avaliar os incentivos que as pessoas terão para agir de determinada forma, podendo-se comparar se o incentivo a certa conduta

utilidades. Nesse sentido, uma operação será Pareto-superior, ou seja, eficiente, se uma pessoa está mais satisfeita (segundo seus próprios critérios) e a outra não está menos satisfeita (também segundo seus próprios critérios). [...] No entanto, há várias objeções ao emprego do critério de Pareto. A primeira delas reside na dificuldade de medir utilidade. [...] Assim, é bastante limitada a aplicação do critério de Pareto à análise de adequação de normas à política desejada. Além disso, sua aplicação traz dificuldade ao vincular o conceito de eficiência à ética utilitarista. O critério de Pareto envolve, ainda, a inconveniência de desconsiderar o impacto da operação analisada em terceiros. Devido a tais deficiências no critério de Pareto, a análise econômica do direito utiliza mais comumente a eficiência de Kaldor-Hicks, também chamada de maximização de riqueza ou de melhora potencial de Pareto. Por esse critério, uma operação será considerada eficiente se os ganhos auferidos pelos vencedores superarem as perdas sofridas pelos perdedores (se houver). Para a avaliação da eficiência no critério de Kaldor-Hicks, não se utiliza o conceito de utilidade, mas sim o conceito de valor. Segundo Posner, “o valor econômico de alguma coisa é quanto uma pessoa está disposta a pagar ou por ela ou se, se já a tem, quanto de dinheiro exige para abrir mão dela. [...] Portanto, uma transação será eficiente, pelo critério de Kaldor-Hicks, se o montante que os ganhadores auferirem for suficiente para compensar, em princípio, os prejuízos dos perdedores (partes do contrato ou terceiros) e ainda sobra algum valor para os vencedores. Essa compensação, todavia, é apenas potencial, não precisando efetivamente ser realizada para que se caracterize uma operação eficiente. Essa análise oferece eficiência como a justificava econômica de por que os contratos são, em geral, reconhecidos e executados pela ordem jurídica. Parte do pressuposto de que as partes fazem escolhas racionais e agem de forma a maximizar seus interesses. Como as pessoas ingressam em contratos voluntariamente, pode-se inferir que terão um benefício em razão daquele contrato; em outros termos, atribuem mais valor à prestação que será recebida de outra parte do que aquela que irão prestar. [...] Portanto, de forma geral, operações voluntárias são eficientes e geram valor, pois o objeto do contrato [...] será alocado para aquela pessoa que o valoriza mais. O recurso econômico [...] estará alocado de forma a maximizar o seu valor, aumentando a riqueza disponível na sociedade.” (LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no Direito Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 95-98).

³²⁶ Essas principais premissas da Escola do Pensamento Econômico são apresentadas em detalhes por Bruno M. Salama: SALAMA, Bruno M. O que é direito e economia? In: TIMM, Luciano B. (Org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³²⁷ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 25-26.

condiz com o objetivo visado pelo legislador ao introduzir tal norma. A Análise Econômica do Direito também permite avaliar a eficiência de determinada norma para a obtenção do objetivo desejado, já que ao traçar uma política, esta permite identificar a forma de implementação que irá implicar no menor emprego de recursos econômicos para o mesmo resultado ou o emprego dos mesmos recursos para um resultado melhor³²⁸.

É normal que, nas empresas, ao invés de se falar em eficiência se fale em lucro. Quando uma transação comercial maximiza os lucros das partes envolvidas, nenhuma transação comercial alternativa poderia aumentar os lucros de uma parte sem diminuir o rendimento da outra. A análise da eficiência não se restringe às partes que negociam, mas alcança a todos os afetados pela transação (a chamada “eficiência social”)³²⁹. A eficiência social de uma transação comercial diz respeito a todos os afetados por ela, enquanto que um bom sistema jurídico mantém alinhados a lucratividade da empresa e o bem-estar do povo, de modo que as pessoas que buscam lucros também beneficiem o público³³⁰.

Os economistas são especialistas em dois valores relacionados à definição de políticas públicas: a eficiência e a distribuição. A resolução da maioria das disputas jurídicas tem valor monetário, representado pelo risco da disputa. Decidir um litígio jurídico quase sempre implica alocar risco às partes e a decisão a respeito de quanto do risco cada parte recebe cria um incentivo para o comportamento futuro, tanto das partes envolvidas na disputa, como de outras que estiverem em uma situação semelhante. A lei também cria incentivos para mudança de comportamento.

Mais do que atento aos efeitos que uma decisão judicial terá sobre as partes litigantes, o economista está preocupado com a forma como a aplicação da lei irá afetar a escolha das pessoas que podem estar em situação parecida. A análise do economista inicia antes do conflito, quando as partes ainda podem reorganizar suas atividades de maneira a minimizar seus custos. Por essa razão a lei é vista como um mecanismo de realocação das

³²⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit., 2013, pp. 93-94.

³²⁹ Sobre a eficiência social, conferir: “Mesmo ao analisar determinada operação contratual, que em princípio envolveria apenas as partes do contrato, a análise da eficiência é relevante. Inicialmente porque é possível avaliar a eficiência social da operação, analisando-se não apenas os custos envolvidos para as partes contratantes, mas também para terceiros e a sociedade como um todo. Assim, por meio do conhecimento do comportamento das partes diante dos incentivos dados pela ordem jurídica, pode-se alinhar os interesses de cada uma em maximizar o valor obtido naquela operação com o objetivo de atingir bem-estar social. Ao buscar o lucro, o contratante estará beneficiando a sociedade como um todo. Além disso, operações eficientes evitam o desperdício de recursos econômicos ou, em outros termos, tendem a maximizar a riqueza. Quanto maior a riqueza de cada operação, maior sua disponibilidade em toda a sociedade.” (Id., *ibid.*, pp. 95).

³³⁰ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., 2010, p. 26.

perdas, “concedendo incentivos para que se reduzam os prejuízos e se utilizem os recursos de modo mais eficiente”³³¹.

A Análise Econômica do Direito tem basicamente dois ângulos diferentes de estudo: positivo/descritivo e normativo. O positivo trabalha com a tentativa de descrever a realidade e se esforça em mostrar como as normas jurídicas evoluíram de modo a agregar eficiência à sociedade, diminuindo o custo das transações e estimulando as relações econômicas. O normativo, por sua vez, avalia a adequação de determinadas regras jurídicas a fins últimos³³². Dito de outra forma, a Análise Econômica positiva propõe uma análise descritiva/explicativa das consequências de um determinado arcabouço jurídico (“o que é”), enquanto que a normativa busca propostas e sugestões de aperfeiçoamento de determinado sistema normativo (“o que deve ser”)³³³. Adota-se neste estudo, para fins de argumentação, a escola positiva.

4.2 O SISTEMA JURÍDICO COMO INSTITUIÇÃO ECONÔMICA

A compreensão dos fatores que influenciam o desenvolvimento econômico e do papel das instituições na Economia faz com que os economistas reconheçam que as leis, o Poder Judiciário e o sistema jurídico como um todo exercem um papel primordial na organização da atividade econômica. Enquanto na visão dos juristas as instituições representam a ordenação sistemática de determinada disciplina, na teoria econômica as instituições organizam as regras do jogo (formais ou informais) numa sociedade e representam os limites estabelecidos pelo homem para disciplinar as interações humanas³³⁴.

A Análise Econômica do Direito adota como premissa que os agentes econômicos são seres racionais que reagem à estrutura de incentivos, representada pelas instituições (regras jurídicas e tribunais compõem as instituições). Os agentes econômicos reagem aos

³³¹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

³³² SALAMA, Bruno Meyerhof. In: POSNER, Eric. **Análise econômica do Direito Contratual**. Sucesso ou fracasso? São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 9-10.

³³³ Sobre as análises positiva e normativa, conferir: POSNER, Eric. **Análise econômica do Direito Contratual**. Sucesso ou fracasso? São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 18-19.

³³⁴ Segundo NORTH, Douglas C. **Custos de transação, instituições e desenvolvimento econômico**. Instituto Liberal (2002), as instituições compreendem tanto restrições informais (tabus, tradições e costumes), como regras formais (constituições, leis e direito de propriedade). Ao longo da história, as instituições foram projetadas pelos seres humanos para estabelecer a ordem e reduzir a incerteza durante as trocas (NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**. Winter 1991, v 5, n. 1, pp. 97-112).

incentivos fornecidos pelo ambiente em que vivem³³⁵, incentivos estes que também são fornecidos pelo ordenamento jurídico.

As instituições existem especialmente para reduzir a incerteza nas relações sociais³³⁶, mas elas podem ser ineficientes, com implicações negativas para os agentes econômicos. Ronald Coase afirma que as instituições apenas não seriam necessárias se não houvesse assimetria informacional e se os custos de transação fossem iguais a zero, mas como essa situação é inexistente no mundo real, as instituições possuem um papel crucial na alocação dos recursos³³⁷. Instituições legais eficientes (aqui entendidas como o sistema de normas formais e informais, o Poder Judiciário e, também, a arbitragem) exercem influência positiva na Economia e a prestação jurisdicional eficiente (estatal ou arbitral) é pressuposto para o desenvolvimento econômico sustentável.

Cabe aqui abrir um parêntese para ressaltar que com a crescente globalização do mundo moderno e com o desenvolvimento do Comércio Internacional, a arbitragem comercial internacional tem se mostrado um mecanismo eficiente na solução de controvérsias de dimensões globais, provocadas pelo constante intercâmbio entre territórios e pela maior circulação de bens e pessoas³³⁸.

O Poder Judiciário (assim como a arbitragem) é uma instituição destinada a conferir eficácia ao sistema legal e segurança às transações realizadas em mercado e, como tal, constitui fator importante no processo de redução de custos e na busca da eficiência

³³⁵ Os incentivos funcionam de forma análoga ao sistema de preços em determinado mercado, na medida em que indivíduos agirão, em certo contexto institucional, para maximizar seus próprios benefícios, realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus ganhos (SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coords). **Arbitragem no Brasil** – Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008).

³³⁶ SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia** – Análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005.

³³⁷ COASE, Ronald. The problem of social cost. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

³³⁸ “Foi a partir da internacionalização do capital e da economia, no entanto, que o mecanismo arbitral tomou força no cenário mundial e começou a ser sistematizado e gestado nos foros internacionais, como um instrumento a ser utilizado e viabilizado internamente pelos Estados para solução de controvérsias oriundas das transações e o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre sujeitos de diferentes países, pois “no âmbito internacional não existe um órgão jurisdicional para resolver os litígios entre os operadores privados do comércio internacional.” A propósito, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1976, proclamava a importância da utilização da arbitragem nos negócios comerciais internacionais, sugerindo que a “implementação de sistemas de arbitragem aceitáveis nos países de sistemas jurídicos, sociais e econômicos diferentes, contribuiria de maneira significativa ao desenvolvimento harmonioso das relações econômicas.” (MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2005, p. 89).

econômica³³⁹. O ambiente institucional tem o papel de reduzir incertezas, principalmente no que tange à influência do Judiciário nas relações econômicas. Se, porém, o ambiente institucional for ineficiente, ele trará implicações negativas para os agentes econômicos³⁴⁰.

4.3 O SISTEMA JURÍDICO E OS REFLEXOS NOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A compreensão do que são os chamados “custos de transação” é indispensável para o estudo da Análise Econômica do Direito. Os custos de transação³⁴¹, de acordo com a doutrina especializada, são os custos que possibilitam a realização de intercâmbios econômicos. Todos os custos que o indivíduo incorre em função dos relacionamentos que mantém com os demais integrantes do sistema produtivo podem ser chamados de “custos de transação”. Assim, compreendem todos os custos associados à procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico³⁴².

Os custos transacionais abarcam os três passos de uma transação comercial: (i) custo da busca para a realização do negócio, que envolve a obtenção de informações em relação ao mercado, à legislação e aos eventuais parceiros comerciais; (ii) custo da negociação, despendido durante a negociação do contrato (quanto mais rápido se chegar ao encontro de vontades e o contrato for formalizado, menores serão os custos com advogados, tempo das partes contratantes e demais custos envolvidos); e (iii) custos do cumprimento do que foi negociado, que é a parte mais significativa dos custos de transação, pois envolve os custos de resolução do litígio, os custos proporcionados pela

³³⁹ O ambiente institucional é formado por entidades que determinam as normas que serão seguidas e o sistema de controle. A forma pela qual está estruturado o ambiente institucional pode interferir diretamente nos custos de produção e transação.

³⁴⁰ Williamson afirma que o arranjo institucional tem como função principal a redução dos custos contratuais, de monitoramento do desempenho, de organização das atividades ou de adaptação às respostas eficientes dos agentes ao problema de transacionar (WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of governance**. Oxford/New York: Oxford University, 1996). O referido autor caracterizou duas correntes complementares dentro da Nova Economia Institucional: Ambiente Institucional e Instituições de Governança. As duas se complementam, pois o ambiente institucional, dependendo de como está formado, pode reduzir ou aumentar os custos de transação das organizações (WILLIAMSON, Oliver. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, n. 36, p.269-296, jun. 1991).

³⁴¹ O conceito de custos de transação foi introduzido por Ronald Coase, em 1937, com o famoso artigo *The nature of the firm*. Coase se referiu aos custos de transação como os “custos para a utilização dos mecanismos de preço.” (COASE, Ronald. **The nature of the firm**. The firm, the market and the Law. University of Chicago Press, 1990).

³⁴² Identifica-se uma necessidade de convivência constante entre os conceitos econômico e jurídico de empresa, sobretudo considerando-se a teoria consagrada por Williamson, Posner e Coase, que consideram a empresa (*firm*) como um “feixe de contratos”, um centro de tomada de decisões consubstanciadas em instrumentos contratuais elaborados a partir de uma análise dos custos da realização das transações no interior da estrutura empresarial ou no mercado (custos de transação).

demora, os custos no erro do julgamento e o custo da probabilidade de ineficácia do procedimento³⁴³.

Segundo Oliver Williamson, definem-se “custos de transação” aqueles *ex ante* de preparar, negociar e garantir um acordo, bem como os *ex post* dos ajustamentos e adaptações que resultam, quando a execução de um contrato é afetada por falhas, erros, omissões e alterações inesperadas. Em suma, são os custos de fazer funcionar o sistema econômico³⁴⁴.

Um exemplo clássico de custos de transação diz respeito àqueles relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual. Ao analisar a conveniência de celebrar um contrato³⁴⁵ o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos: (a) de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte; e (b) a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor será o interesse do indivíduo em entabular o negócio jurídico³⁴⁶. São considerados na projeção dos “custos de transação”, os possíveis conflitos decorrentes dos contratos, assim como a forma e o tempo para solucioná-los³⁴⁷.

³⁴³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 105.

³⁴⁴ WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of governance**. Oxford/New York: Oxford University, 1996.

³⁴⁵ Impende ressaltar o conceito econômico de contrato trazido por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn: “[...] Conforme afirmam Werin e Wijkander, a Teoria Econômica ignorou os contratos por muitos anos. Influenciados pelo trabalho de Ronald Coase, os economistas e cientistas das organizações passaram a ver as transações como reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos mecanismos lastreados nos contratos. A partir do trabalho de Coase, abriu-se o caminho para o tratamento mais realista do fenômeno que denominamos “firma”, vista como um feixe particular de contratos cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos. [...] A essência econômica do contrato é o de promessa. Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas. Vistas como um conjunto de contratos, as firmas representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam as promessas definidas em conjunto pelos agentes. Assim, são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado (regulação).” (SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs). Op. cit., 2005, pp. 102-103).

³⁴⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coords). Op. cit., 2008, p. 6.

³⁴⁷ Nesse sentido, conferir: “Cuidados e tempo despendido desde o início da procura pelo bem, passando pela decisão de realizar a operação ou transação, o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes e as garantias para tanto, entre as quais as relacionadas a eventual inadimplemento – o custo de demandar em juízo ou qualquer forma de solução de controvérsias – são custos de transação. Incertezas são custos de transação e, quanto maiores forem, mais expressivos serão os custos de transação imputados àquela operação.” (SZTAJN, Rachel. Comércio Internacional, Incompletude Contratual e Soft Law. **Arbitragem e Comércio Internacional**. Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 287).

A economia dos custos de transação assume a existência de pressupostos comportamentais, como a racionalidade limitada e a possibilidade de ação oportunista. A racionalidade limitada³⁴⁸ é uma característica natural do ser humano, já que não é possível ou é muito custoso obter todas as informações necessárias para pautar a tomada de decisão como, por exemplo, para elaborar contratos sem deixar espaço para uma ação oportunista da outra parte. O oportunismo³⁴⁹ resulta da ação dos indivíduos na busca do seu autointeresse, mas com uma conotação não cooperativa³⁵⁰.

Quando aumentam as possibilidades de ganhos, existe uma possibilidade real de comportamento oportunista pós-contratual. Alguns custos e benefícios surgem em decorrência da quebra contratual, considerada eficiente quando os benefícios decorrentes são maiores do que as perdas geradas. Os contratantes avaliarão se os ganhos serão maiores do que os custos das sanções, econômicas e jurídicas³⁵¹.

A geração de riquezas depende das trocas que muitas vezes se instrumentalizam por meio da celebração de contratos. Ao analisar o desenho de um contrato ou a própria conveniência de sua celebração, as partes contratantes levarão em conta a eficácia dos remédios oferecidos pelo sistema jurídico para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas.

As regras jurídicas e os tribunais (estatais e arbitrais) assumem papel muito importante nessa análise. As normas jurídicas estabelecidas ou colocadas de algum modo, aqui inseridas as leis e a jurisprudência, podem reduzir ou aumentar os custos de transação, uma vez que permitem às partes entabular negócios, contando com regras predispostas, sem necessidade de negociação prévia. Se as partes tivessem que negociar cada aspecto de sua relação, o negócio poderia se tornar inviável devido ao alto custo do processo de

³⁴⁸ Considera-se que o agente econômico busca um comportamento otimizador e racional, mas que não consegue satisfazer esse desejo diante da sua limitação na capacidade cognitiva de receber, armazenar, recuperar e processar informações.

³⁴⁹ Williamson define oportunismo como a busca do autointeresse com avidez (*self-interest seeking with guile*) (WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and Hierarchies**. New York: The Free Press, 1975, pp. 26-37). O autor explica, também, que o oportunismo deve ser distinguido da simples busca do autointeresse, de acordo com a qual os indivíduos jogam um jogo com regras fixas que costumam ser seguidas. Oportunismo envolve um esforço calculado de induzir a erro e confundir a outra parte, por meio de divulgação incompleta e distorcida de informação (WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985, p. 47).

³⁵⁰ Um indivíduo pode ter uma informação privilegiada sobre a realidade de outro agente e, com base nisso, agir oportunisticamente, aproveitando a situação para fazer lucro.

³⁵¹ KLEIN, Benjamin. Contracts and incentives: the Role of Contracts Terms in Assuring Performance. In: WERIN, L.; WIJKANDER, R. **Contract economics**. Oxford: Blackwell, 1992.

barganha³⁵². Nesse passo, a ordem jurídica tem um papel fundamental junto ao mercado e ao desenvolvimento econômico.

No que diz respeito especificamente às relações econômicas internacionais, objeto central deste estudo, vale ponderar que ainda há certo desacerto entre elas e as instituições jurídicas construídas dentro dos Estados nacionais, uma vez que um direito nacional não consegue reduzir os custos de transação diante da diferença entre as regras postas em diferentes Estados. A celebração de contratos de compra e venda entre partes com sedes em diferentes países implica risco legal e custos de transação, uma vez que as partes contratantes precisam analisar diferenças importantes nas leis nacionais e nos respectivos negócios. Além disso, a negociação sobre a lei aplicável pode não ajudar, uma vez que o conflito de leis, no mais das vezes, limita essa possibilidade. Quanto maior a incerteza com relação à lei aplicável e suas particularidades, maior o risco e os custos.

Nesse sentido, é essencial a harmonização das regras de direito material entre os países, pelo menos nas transações econômicas internacionais. E a melhor maneira de se evitar o conflito de leis nacionais é fazer com que os Estados não tenham diferentes leis aplicáveis ao mesmo caso concreto, ou seja, é preciso harmonizar a legislação nesses Estados, mediante a instituição de Convenções³⁵³.

Nesse contexto, a CISG supraestudada, aprovada pelas principais potências econômicas mundiais, tais como Alemanha, França, Itália, EUA, China e pelos principais países latino-americanos, oferece um marco institucional seguro e previsível aos agentes econômicos internacionais. A CISG diminuiu o custo de descoberta das normas jurídicas oriundas do direito local, fornecendo um arcabouço institucional que tende a diminuir a barganha sobre as regras aplicáveis ao contrato. As diferenças verificadas nas leis domésticas impõem significativos custos de transação às partes, inclusive o custo de obtenção de informações acerca da lei do outro país contratante, consultoria jurídica na elaboração de contratos e os custos de litigar perante um diferente ordenamento jurídico. A CISG unifica aspectos dos contratos de compra e venda, incluindo questões relacionadas

³⁵² TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias (CISG) em perspectiva de uma Análise Econômica. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 2013, n. 37, p. 240.

³⁵³ Id., *ibid.*, pp. 240-241.

ao ressarcimento de danos, por meio de uma redação objetiva e destinada ao mercado, cuja abordagem unitária por si só já reduz os custos de transação³⁵⁴.

A adoção da CISG conduz naturalmente à redução do custo de transação na medida em que confere segurança e previsibilidade às regras aplicáveis. Não se pode negligenciar que o custo informacional e a assimetria de informações são algumas das variáveis mais custosas na negociação, com especial atenção àquela de cunho internacional. Embora a CISG não possa evitar que um contrato seja descumprido, o conhecimento uniforme dos efeitos da relação contratual e das consequências da sua quebra é um ponto de apoio importante para que os contratantes estimem custos transacionais, operacionais e também de eventual litígio³⁵⁵.

A CISG constitui um marco institucional como regra formal do jogo posta pelos Estados no âmbito global. O seu surgimento representa um movimento em benefício da aproximação jurídica dos povos, no sentido de identificar algo econômica e culturalmente desejável na integração entre países. Trata-se de um instrumento jurídico bem desenhado e que está à disposição de todos que interagem e exploram o Comércio Internacional, atuando na manutenção de um ambiente juridicamente seguro³⁵⁶.

Como estudado anteriormente, a CISG adotou a regra da previsibilidade do dano como critério limitador da responsabilidade do devedor. No presente estudo, a seguir, se analisa a eficiência econômica da adoção da referida regra, especialmente no Direito do Comércio Internacional. Posteriormente, verifica-se se tal regra tem sido aplicada de forma eficiente por juízes e árbitros, de modo a reduzir os custos de transação para os agentes, já que no surgimento de uma controvérsia quanto à execução ou cumprimento de um contrato, que por pressuposto é incompleto, são os juízes e árbitros que irão preencher as lacunas existentes. Se juízes e árbitros forem ineficientes ou falharem na aplicação da regra jurídica, pode-se aumentar o custo de transação para os agentes.

³⁵⁴ TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. Op. cit., abr./jun. 2013, n. 37, pp. 248-249. Nessa mesma linha, conferir: “Ademais, é razoável supor que a unificação do direito de compra e venda para contratos transnacionais também leva à redução dos custos de transação, que seriam de outro modo suportados ou esperados na negociação e solução de litígios em operações internacionais.” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de Ingeborg Schwenger, Eduardo Grebler, Vera Fradera e Cesar A. Guimarães Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 140).

³⁵⁵ NALIN, Paulo; STEINER Renata C. **Compra e Venda Internacional de Mercadorias: a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 56-57.

³⁵⁶ TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. Op. cit., abr./jun. 2013, n. 37, pp. 251-252.

4.4 O PROBLEMA DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES

O acesso à informação é uma das mais importantes formas de redução da insegurança dos agentes, mas as dificuldades decorrentes da obtenção de informação sobre as condições em que os agentes atuam acarretam a formação dos custos de transação. As informações não são disponibilizadas de forma igualitária entre todos os agentes de mercado e a falta de informação cria impedimentos para que o equilíbrio de mercado possa ser atingido.

A troca de informação é uma parte importante do fomento de compromisso e cooperação entre os contratantes. Antes de firmarem o contrato, os potenciais contratantes têm conhecimento privado sobre o que esperam conseguir com o relacionamento, os preços e outras condições com as quais estão dispostos a se comprometer, como a duração esperada do relacionamento e os aspectos da promessa, os quais são relevantes para cada um deles, bem como os que não são tão importantes. Além disso, é muito possível que um dos contratantes tenha informações sobre o acordo que o outro não possui, mas que valoriza bastante.

Se numa troca ou interação econômica uma parte conhece algo que a outra desconhece há assimetria de informação³⁵⁷. Tendo em vista que o acesso às informações acontece de forma diferente pelos agentes, diante da fonte, da qualidade e também da quantidade de informação, torna-se inevitável o surgimento de assimetrias informacionais, que trazem reflexos nas relações de mercado³⁵⁸. Quando há assimetria de informações podem emergir dois tipos de problemas: a seleção adversa e o risco moral.

Na seleção adversa o problema se manifesta na adesão ou não a uma determinada transação, já que uma parte conhece um dado da realidade que afeta o benefício esperado pela outra parte, e esta última o ignora. O exemplo clássico é o contrato de seguro, em que o segurado sabe muito mais que o segurador acerca dos fatores particulares que afetam o risco coberto pelo contrato de seguro, como o estado de saúde, hábitos, propensão ao sinistro, entre outros. Outro exemplo tradicional é o do mercado de carros usados, em que só o proprietário do veículo pode precisar, com firmeza, quais são os defeitos que aquele carro pode ter. O potencial comprador vê o mercado com desconfiança e, muitas vezes,

³⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., 2010, pp. 213.

³⁵⁸ YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, pp. 42-43.

desiste de fazer o negócio ou quer pagar um valor muito inferior ao de um carro novo, por desconhecer o potencial risco daquele negócio³⁵⁹.

O risco moral, por sua vez, se manifesta no comportamento pós-contratual da parte que possui informação privada e pode tirar proveito dela em prejuízo da contraparte. Isso significa que uma parte está em condições de afetar com a sua conduta o benefício ou utilidade da outra, enquanto que esta não pode observar, controlar ou submeter a contrato legalmente válido e eficaz as ações da primeira. Aqui o exemplo clássico também é o contrato de seguro, em que o segurado pode afetar com sua maior ou menor precaução, a ocorrência do sinistro coberto pelo contrato, mas a seguradora, que deve pagar a indenização, não pode observar até que ponto o segurado foi ou não cuidadoso.

Da mesma forma é fácil identificar o problema do risco moral em um contrato de plano de saúde por um preço fixo mensal. Sabendo que pagará pelo serviço independentemente de sua utilização, o cliente tende a utilizá-lo excessivamente, algumas vezes até de maneira desnecessária. Tal risco faz com que as empresas de planos de saúde cobrem um preço superestimado do consumidor para poder compensar o consumo excessivo e elevar os seus lucros, fazendo com que o desconhecimento do custo real daquele cliente leve ao aumento do preço do produto para todos os clientes.

As soluções desses problemas de assimetria de informação são proporcionadas por instrumentos legais e mecanismos contratuais que favoreçam, no primeiro caso, que a parte informada revele eficientemente à outra a informação privada de que dispõe e, no segundo caso, que o sujeito que atua alinhe seus objetivos com os da outra parte³⁶⁰. Uma das finalidades do Direito Contratual é incentivar a revelação eficiente de informações dentro da relação contratual³⁶¹.

³⁵⁹ O mecanismo de seleção adversa elimina do mercado os produtos de boa qualidade porque o vendedor não consegue convencer o comprador sobre a qualidade do produto. Da parte do vendedor, a transação só é interessante se o valor a ser recebido for maior ou igual ao valor do bem, dado em função de sua qualidade (informação privada do vendedor). O comprador, por sua vez, não podendo avaliar a qualidade do bem, não pode simplesmente comparar valor e qualidade, tendo como alternativa comparar o valor a ser pago com a qualidade esperada do bem. Se o bem for de alta qualidade, o vendedor exigirá um alto valor para a transação, enquanto que o comprador, ignorante quanto à qualidade do bem, aceita pagar um valor correspondente à qualidade esperada que, por definição, é inferior ao valor do bem de alta qualidade. Assim, somente os produtos de qualidade inferior seriam comercializados, sendo excluídos do mercado aqueles bens mais valorizados. É por isso que o problema é denominado de seleção adversa. (ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 121-123).

³⁶⁰ POMAR, Fernando Gómez. **Previsión de daños, incumplimiento e indemnización**. Madrid: Civitas, 2002, pp. 16-17.

³⁶¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., 2010, p. 213.

Em princípio, as regras preconcebidas da CISG acabam reduzindo a assimetria de informações entre as pessoas que estabelecem vínculos comerciais em diferentes países, de modo que, em tese, não precisam mais descobrir e barganhar sobre o Direito estrangeiro. Mais adiante analisar-se-á se especificamente a regra da previsibilidade do dano contratual estabelecida no art. 74 da Convenção serve de incentivo para a redução da assimetria de informações.

4.5 A ECONOMIA DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

Do ponto de vista econômico, para que se possa falar de contrato basta que dois indivíduos acordem a fixação ou a determinação das ações ou comportamentos que as partes levarão a cabo em algum momento futuro e, eventualmente, em função de certas condições ou contingências que possam ocorrer. Para a teoria econômica, um contrato completo é aquele em que a relação das ações futuras e das condições ou circunstâncias em que se apoiam os comportamentos de uma ou de ambas as partes é ilimitadamente exaustiva³⁶². Preveem-se e se incluem explicitamente no contrato todas as condutas e contingências que podem afetar a relação contratual, nada se podendo fazer, por hipótese, para melhorar o contrato, já que tudo está previsto de maneira completa e satisfatória para ambas as partes³⁶³.

Esse conceito de contrato completo é puramente ideal e sem referência na realidade social, mas é útil do ponto de vista teórico, já que todo o contrato que não reúna essas

³⁶² Sobre os contratos completos, conferir: “Um contrato perfeito é completo. Toda contingência é prevista; o risco associado a ela é alocado eficientemente entre as partes; todas as informações revelantes foram comunicadas; nada pode dar errado. Um contrato perfeito também é eficiente. Cada recurso é alocado à parte que mais o valorize; cada risco é alocado à parte que pode arcar com ele ao menor custo; e as condições do contrato esgotam as possibilidades de ganho mútuo mediante a cooperação entre as partes. Se as partes tiverem negociado um contrato perfeito, ele não tem lacunas, de modo que elas não necessitam do tribunal para fornecer condições supletivas. Se as partes tiverem negociado um contrato perfeito, ele não tem falhas, de modo que elas não necessitam do tribunal para regulamentar suas condições. Concluímos que as partes de um contrato perfeito não necessitam do Estado para fazer cumprir seu acordo em consonância com suas condições, nada mais se exige do Estado. [...] as partes irão elaborar um contrato perfeito quando os custos de transação forem iguais a zero. Quando os custos de transação são nulos, o contrato será completo, porque negociar as condições adicionais não custa nada. Quando os custos de transação são iguais a zero, o contrato será eficiente, porque cada direito é alocado à parte que mais o valorize e cada risco é alocado à parte que pode arcar com ele ao menor custo. Pressupondo-se um contrato perfeito, uma regulamentação estatal que descarte ou modifique suas condições criará ineficiências. Em geral, a regulamentação de condições contratuais negociadas por pessoas racionais a um custo transacional nulo causa ineficiência. Inversamente, os contratos serão imperfeitos quando as partes são irracionais ou os custos de transação são positivos.” (Id., *ibid.*, pp. 229-230).

³⁶³ Nas palavras de Eric Posner, “[um] contrato completo, teoricamente, descreveria todos os riscos possíveis, mais os custos de transação – incluindo o custo da negociação e de redação do contrato.” (POSNER, Eric. *Op. cit.*, 2010, pp. 17-18).

características será um contrato incompleto do ponto de vista econômico. Muitas são as razões para que sujeitos racionais deixem um contrato incompleto, dentre as quais se podem destacar: (i) os custos de transação (elevado custo de prever uma contingência ou, ao menos, custo superior ao benefício esperado de tal previsão por ser a contingência improvável, e elevada imprevisibilidade de algumas situações futuras)³⁶⁴; (ii) as diferenças de informação entre as partes (os problemas de risco moral ou de seleção adversa podem fazer com que se deixe fora do contrato uma contingência cuja inclusão poderia induzir comportamentos estratégicos da parte menos informada); e (iii) a impossibilidade de que juízes ou árbitros possam verificar *ex post* a ocorrência de uma circunstância prevista em um contrato.

Como bem ponderado por Eric Posner, as cláusulas contratuais

dependem do que as partes estão tentando concretizar, do conhecimento compartilhado sobre o setor relevante para o negócio, dos custos de transação, das características gerais de suas interações com informação assimétrica e poder de barganha desigual e do sistema legal em jogo³⁶⁵.

A noção de contrato incompleto do ponto de vista econômico não coincide com a utilizada pelos juristas, já que no âmbito do Direito a ideia de contrato incompleto remete à existência de lacunas na regulação contratual estabelecida pelas partes, as quais devem ser preenchidas pelo sistema jurídico e por juízes e árbitros, que recorrem aos meios de integração da vontade contratual³⁶⁶. Um contrato pode ser completo do ponto de vista

³⁶⁴ Nesse sentido, conferir: “*Contracts may be incomplete because the transaction costs of explicitly contracting for a given contingency are greater than the benefits. These transaction costs may include legal fees, negotiation costs, drafting and printing costs, the costs of researching the effects and probability of a contingency, and the costs to the parties and the courts of verifying whether a contingency occurred. Rational parties will weigh these costs against the benefits of contractually addressing a particular contingency. If either the magnitude or the probability of a contingency is sufficiently low, a contract may be insensitive to that contingency even if transaction costs are quite low.*” (AYRES, Ian; GERTNER, Robert. **Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules.** Yale L. J., 1989, v. 99, pp. 92-93).

³⁶⁵ POSNER, Eric. Op. cit., 2010, p. 18.

³⁶⁶ “A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase invariavelmente, à deliberação de contratar, e fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades. São visões que não se excluem nem desmentem: por exemplo, não é de modo algum irrelevante para a análise econômica que o carácter vinculativo do contrato resulte de uma intenção jurídica de respeito pela autonomia moral dos promitentes, ou de objetivos de prevenção do dano que a desvinculação poderia causar à confiança dos credores; simplesmente, as abordagens econômicas preferem incidir, seja na utilidade criada pelas trocas consumadas (admitindo assim que haja hipóteses de desvinculação eficiente), seja no carácter incentivador que *ex ante* revestirá a adstrição jurídica <forte> às obrigações contratuais, fazendo neste segundo caso ressaltar a utilidade imediatamente criada pela própria vinculação (o valor da <confiança>, que suplementará a utilidade

jurídico, por nele estarem especificadas as obrigações das partes (sem que se dê solução a qualquer situação imaginável que possa afetar a relação), e ser incompleto do ponto de vista econômico³⁶⁷.

A questão-chave em relação aos contratos economicamente incompletos é de como encontrar ou desenhar mecanismos que façam coincidir, ou ao menos aproximar, as ações no âmbito do contrato incompleto com as obtidas no âmbito de um contrato completo, a fim de maximizar o bem-estar conjunto das partes.

A Análise Econômica do Direito explora a forma como mecanismos distintos podem, diante de certas condições, imitar ou reproduzir os resultados aos quais conduziria o contrato completo. Os principais mecanismos examinados são o uso de opções contratuais, a renegociação do contrato, as cláusulas penais ou de liquidação antecipada do dano e as regras jurídicas sobre remédios contratuais previstos pelo sistema jurídico. No presente estudo a análise se restringe ao último desses mecanismos³⁶⁸.

Como a aplicação da regra da previsibilidade tem lugar a partir do inadimplemento contratual, deve-se analisar a explicação dada pela Economia para o descumprimento de um contrato. Ressalvadas as trocas à vista, um contrato serve para alocar risco entre as partes, sendo que cada uma delas reconhecerá os custos e os riscos da sua prestação e os precificará, exigindo, além da sua lucratividade, uma contraprestação suficiente para arcar com tais custos e riscos. Assim, o preço do contrato será fixado diante das expectativas das partes para o futuro. Essas expectativas, contudo, podem não se confirmar completamente na realidade, já que as partes, como se viu, não conseguem prever todas as contingências e estabelecer regras em seus contratos a fim de tratá-las. Com o passar do tempo as partes podem reavaliar as suas respectivas prestações³⁶⁹.

Antes do cumprimento do contrato, uma das partes pode verificar que a prestação lhe resultará em prejuízo. Tal fato, contudo, por si só não fará com que essa parte descumpra o contrato, pois se o fizer estará sujeita a sanções legais (indenização, execução específica, multa contratual) e também extralegais (impossibilidade de negociar novamente com a outra parte, perda de reputação no mercado, etc). Se mesmo com perdas a parte verificar que os prejuízos de descumprir são maiores, ela possivelmente decidirá entregar a

a gerar futuramente pela consumação das trocas que sejam objecto do acordo contractual.” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14).

³⁶⁷ POMAR, Fernando Gómez. Op. cit., 2002, pp. 28-30.

³⁶⁸ Id., *ibid.*, pp. 30-32.

³⁶⁹ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit., 2013, p. 100.

prestação devida. Se, no entanto, a melhor opção disponível for descumprir o contrato (quando os custos com o cumprimento superarem os custos com as consequências do inadimplemento, aí incluídos aqueles relativos às consequências legais e extralegais), a parte muito provavelmente optará por descumpri-lo.

O inadimplemento será eficiente se o custo de descumprimento para o devedor for maior que o benefício que o credor obtém do contrato, pois poderá descumpri-lo, reparar os danos sofridos pelo credor e, ainda assim, ficar melhor do que se o cumprisse. O inadimplemento é eficiente porque o devedor fica melhor e o credor não fica pior do que se o contrato fosse cumprido, atendendo ao critério de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks³⁷⁰.

Levando em conta que do ponto de vista econômico o descumprimento contratual pode ser eficiente, busca-se desenhar instrumentos jurídicos frente ao descumprimento que produzam resultados eficientes e socialmente desejáveis, de modo que o sistema jurídico não induza o desperdício de recursos escassos da sociedade³⁷¹.

4.6 A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DA REGRA DA PREVISIBILIDADE

Conforme se viu ao longo deste estudo, a regra da previsibilidade do dano tem grande aceitação em todas as partes do mundo e foi adotada por diversos instrumentos internacionais e em iniciativas de uniformização do Direito dos Contratos, bem como pela CISG, que tem importância destacada nesta tese. Diante de sua ampla adoção, faz-se a análise econômica da regra da previsibilidade do dano, a fim de avaliar se ela promove a eficiência econômica (torna o contrato mais eficiente) e se a sua previsão influencia o comportamento das partes.

Para tanto, analisar-se-á inicialmente o modelo econômico básico que explica o fundamento e os efeitos da regra da limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis. O referido modelo econômico foi elaborado por Ian Ayres e Robert Gertner³⁷² e por Lucian Arye Bebchuk e Steven Shavell³⁷³ e, posteriormente, foi ampliado por

³⁷⁰ Id., *ibid.*, pp. 100-101.

³⁷¹ Id., *ibid.*, pp. 32-38.

³⁷² AYRES, Ian; GERTNER, Robert. **Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules.** Yale L. J., 1989, v. 99, pp. 87-130; AYRES, Ian; GERTNER, Robert. **Strategic contractual inefficiency and optimal choice of legal rules.** Yale L. J., 1992, v. 101, pp. 729-773.

³⁷³ Em seu estudo, Bebchuk e Shavell analisaram sistematicamente os efeitos e o desejo social da regra da responsabilidade limitada em oposição à regra da responsabilidade plena. Eles estudaram um modelo

Fernando Gómez Pomar. A ideia central é de que a regra da limitação da responsabilidade aos danos contratuais previstos ou previsíveis incentiva a transmissão de informação contratualmente relevante, a qual não era conhecida por ambas as partes previamente ao contrato³⁷⁴.

estilizado com compradores e vendedores e explicaram que um vendedor pode reduzir a probabilidade do descumprimento tomando precauções, mas que isso envolve custos e esforços adicionais. Eles consideraram haver dois tipos de compradores: uma minoria que valoriza bastante a prestação e uma maioria que a valoriza pouco. Eles também esclareceram que o vendedor não tem como identificar o tipo de comprador, mas que este pode se autoidentificar. Tal identificação, contudo, envolve custos de transação, que eles chamaram de custos de comunicação. Os autores explicam que há dois tipos de decisão no modelo: a decisão dos compradores de comunicar a sua valoração da prestação e a decisão dos vendedores sobre o nível de precaução para reduzir a probabilidade de descumprimento. Eles identificaram as decisões que são socialmente ótimas para os vendedores e compradores fazerem e compararam essas decisões com aquelas que as partes fazem sob as regras da responsabilidade limitada e plena. A essência das conclusões dos autores é a seguinte: (i) se é socialmente desejável que os vendedores possuam informação que os permita distinguir entre os dois tipos de compradores, então os compradores que mais valorizam a prestação devem sozinho comunicar sua valoração; os compradores que não comunicarem serão reconhecidos pelos vendedores como aqueles que menos valorizam a prestação. Essa forma de transmitir informação minimiza os custos de transação. Os dois outros caminhos (todos os compradores revelarem seu tipo ou apenas os compradores que menos valorizam a prestação) são um desperdício, pois envolvem maiores custos de comunicação. Além disso, só é socialmente desejável que os vendedores obtenham informação, permitindo-os distinguir o tipo de comprador, se e apenas se o resultado dos benefícios sociais exceder os custos de comunicação incorridos; (ii) se transferir informação sobre o tipo de comprador é socialmente desejável, então a regra da limitação da responsabilidade resultará num comportamento social ótimo. Sob referida regra, os compradores que mais valorizam a prestação acharão benéfico se identificar para garantir proteção ampla contra o descumprimento, mesmo que tenham que pagar um preço maior. E informados sobre os compradores que mais valorizam a prestação, os vendedores poderão tomar medidas para incrementar a probabilidade de cumprimento do contrato; (iii) se transferir informação sobre o tipo de comprador é socialmente desejável, então a regra da responsabilidade plena irá produzir um comportamento diferente do socialmente ótimo. Sob a regra da responsabilidade plena, os compradores que mais valorizam a prestação não terão motivos para se identificar, fazendo com que os vendedores não tenham como determinar o tipo de comprador e, conseqüentemente, não adotarão precaução adicional. Alternativamente, a regra da responsabilidade plena pode fazer com que os compradores que menos valorizam a prestação se identifiquem para obter uma redução do preço, fazendo com que os vendedores consigam identificar os tipos de comprador, mas os custos de transferir a informação não serão minimizados; (iv) se transferir informação sobre o tipo de comprador não for desejável, porque os custos de comunicação são mais elevados do que os benefícios de se adotar precauções diferentes, então nenhuma das regras levará a um comportamento social ótimo. Os autores concluem ao final de seu trabalho que a regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis não terá muito significado em situações nas quais o contrato é muito elaborado, mas que terá relevada importância em um grande número de transações informais e rotineiras. (BEBCHUK, Lucian Arye; SHAVELL, Steven. *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: the Rule of Hadley v. Baxendale*. **J. of Law, Econ. & Org.**, 1991, v. 7, pp. 284-312).

³⁷⁴ Apesar da hipótese de que regra da limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis induz a revelação de informação relevante já ter sido aventada antes dos trabalhos dos referidos autores, foram eles os primeiros a analisar rigorosamente os efeitos das possíveis regras em jogo, com o auxílio de um modelo formal. Sobre essa questão, conferir: POMAR, Fernando Gómez. *Op. cit.*, 2002, pp. 53-54. Nesse livro, Pomar ampliou a análise feita por Ayres e Gertner e por Bebchuk e Shavell, que restringiram suas atenções às duas principais alternativas de regulamentação jurídica da matéria: a primeira versão da regra da limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis e a regra da responsabilidade plena do devedor por todos os danos sofridos, analisando outras alternativas de regulação da matéria: a regra de baremação dos danos contratuais e o que ele chamou de segunda versão da regra da limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis. Apesar de extremamente interessantes, não se analisará a regra da baremação e a segunda versão da regra da limitação da responsabilidade, uma vez que tal análise não é relevante para os fins do presente estudo.

No momento de contratar, quando um devedor se vê diante de potenciais credores com diferentes valorações da prestação e distintas sensibilidades ou vulnerabilidades frente ao descumprimento, sem poder identificar a magnitude da valoração de cada credor individual, não é possível adaptar os termos do contrato e o comportamento da prestação às características particulares do concreto credor. Essa situação pode ser remediada desde logo se o credor individual revela, com anterioridade ou no momento da contratação, qual é a sua valoração específica da prestação, permitindo, assim, um ajuste do contrato às suas verdadeiras circunstâncias.

O modelo econômico básico pretende mostrar a forma como a regra jurídica da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis e a regra da responsabilidade plena do devedor por todos os danos sofridos induzem a transmissão de informação relevante para o conteúdo e o cumprimento do contrato. Neste estudo a atenção está voltada notadamente à regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis.

4.6.1 Os pressupostos do modelo econômico da regra da previsibilidade

O modelo econômico básico se apoia em uma série de pressupostos que pretendem simplificar a multiplicidade de fatores presentes em uma situação contratual do mundo real.

O primeiro deles é que existem dois tipos de potenciais credores. De um lado aqueles que têm uma valoração alta da prestação, que sofrerão danos elevados na hipótese de descumprimento do contrato por parte do devedor, e que representam um percentual reduzido de possíveis credores (credores do tipo A). De outro lado estão aqueles que têm uma baixa valoração da prestação e, conseqüentemente, dos danos no caso de descumprimento, os quais representam um alto percentual de possíveis credores (credores do tipo B).

O segundo pressuposto é que cada credor individual conhece o tipo a que pertence antes da celebração do contrato, mas o devedor conhece unicamente a distribuição geral de tipos dentro dos potenciais credores. O tipo é, pois, informação privada ou reservada do credor, não observável pela outra parte da relação (devedor).

O terceiro pressuposto é que o devedor produz o bem ou o serviço objeto do contrato em um mercado competitivo, o que faz com que o preço que cobrará do credor,

seja este do tipo que valorize ou não a prestação (do tipo A ou do tipo B), seja coincidente com o custo marginal de servi-lo. Nesse custo marginal deve-se computar todos os fatores que incidem sobre o bem ou serviço, incluindo o custo das medidas de precaução dirigidas a lograr o cumprimento do contrato com a entrega efetiva da prestação ao credor³⁷⁵.

O quarto pressuposto é que adicionalmente ao custo de produzir o bem ou o serviço, o devedor tem à sua disposição dois procedimentos para aumentar a probabilidade de que o credor receba satisfatoriamente a prestação. O devedor pode se limitar a incorrer no custo estrito da prestação, bem como lhe acrescentar uma precaução adicional moderada ou, ainda, acrescentar uma elevada precaução adicional.

O quinto pressuposto é que a sequência de ações das partes inicia mediante o oferecimento pelo devedor de um menu de contratos (alternativas de contratos com cláusulas distintas quanto ao seu conteúdo) que dependerá da eventual transmissão de informações (ou ausência delas) por parte do credor individual. O credor, por sua vez, dependendo de seu tipo, da regra jurídica aplicável e do menu de contratos oferecido, decide se revela ou não o seu tipo e aceita uma ou outra das alternativas de conteúdo contratual apresentadas pelo devedor.

O sexto pressuposto é que tanto o credor como o devedor são neutros ao risco, ou seja, suas decisões se tomam sobre a base da utilidade esperada em cada uma das alternativas de atuação disponíveis, e não em atenção ao seu maior ou menor risco. Isso permite abstrair os efeitos da revelação de informações da distribuição de riscos de eventos indesejados como o descumprimento (e os danos e eventuais responsabilidades anexas). De todo modo, tal como apontado por Pomar, a introdução da aversão ao risco não altera de forma qualitativa as conclusões de interpretação e política jurídica que o modelo econômico básico permite fundamentar³⁷⁶.

³⁷⁵ De todo modo, Pomar analisa e ressalta em seu estudo que introduzir poder de mercado ou posição de monopólio no modelo básico das regras jurídicas gerais sobre o cálculo do montante da indenização tem influência sobre o equilíbrio contratual resultante, especialmente quando o poder de mercado está do lado do contratante não informado, porque o equilíbrio contratual de separação que prevalecerá será ineficiente como consequência de que o processo de separação forçado pela redução da indenização revista no contrato desenhado para os credores que valorizam menos a prestação conduz a um nível de precaução subótimo no contrato desses credores. Pondera, contudo, que a incidência do poder de mercado não altera de modo algum o atrativo respectivo das distintas alternativas de regulação da questão, sendo que a regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis ou a regra da responsabilidade plena são igualmente propensas a sofrer influência benéfica ou não do poder de mercado de alguma das partes no contrato. (Id., *ibid.*, pp. 166-180).

³⁷⁶ Id., *ibid.*, pp. 54-58.

4.6.2 O resultado eficiente

A diferença entre os danos que sofrem os credores que valorizam mais ou menos a prestação em caso de descumprimento determina uma clara divergência no comportamento mais adequado a ser adotado pelo devedor em cada um dos tipos. Assim, para os credores que mais valorizam a prestação, em termos de eficiência, se justifica que o devedor adote uma precaução de nível elevado, enquanto que para os credores que menos valorizam a prestação, em termos de eficiência, é aconselhável que o devedor não adote sequer uma precaução de nível intermediário.

Ao celebrar o contrato, contudo, o devedor não tem como identificar a respectiva classe de credores, a menos que os próprios credores identifiquem o seu tipo. Sem essa identificação, o devedor não consegue discernir o tipo a que pertence um credor concreto com quem pretende contratar. Com a falta de identificação dos credores, a atitude mais racional que o devedor pode adotar é considerar que os credores que tem diante de si no momento de contratar são uma representação aleatória do conjunto de potenciais contratantes, ou seja, que eles respondem a uma combinação ponderada de valoração elevada e reduzida, de acordo com a sua presença estatística no total.

Desse modo, a melhor reação do devedor é escolher um comportamento de prestação comum para todos os credores, que resulte no mais adequado para essa valoração estatisticamente intermediária. A melhor estratégia do devedor, diante do desconhecimento do verdadeiro tipo a que pertence o credor, é fazer uso do seu entendimento da distribuição de valorações no conjunto da população de potenciais credores e escolher o ótimo comportamento de prestação dado esse conhecimento. Assim, o devedor optará por acrescentar à realização estrita da prestação a precaução de caráter moderado.

É certo que o devedor, ao atuar dessa forma, colabora para que os resultados que derivam para o bem-estar conjunto das partes do contrato sejam inferiores aos alcançáveis com informação perfeita, ou seja, quando o devedor pode adaptar seu comportamento de prestação ao tipo específico de credor com o qual contrata. Diante, porém, da informação limitada que dispõe o devedor, que o leva a empregar o mesmo esforço de prestação frente a todo credor, este é o melhor resultado alcançável para o bem-estar conjunto de ambas os contratantes³⁷⁷.

³⁷⁷ Id., *ibid.*, pp. 58-61.

4.6.3 As principais normas contratuais aplicáveis

A partir deste momento passa-se a analisar o incentivo à revelação de informações sobre o tipo de credor individual que geram as regras de responsabilidade contratual ao determinarem a limitação ou não dos danos indenizáveis previstos ou previsíveis no momento da celebração do contrato. Duas regras aparecem como principais alternativas, sendo que uma é a regra da limitação da indenização aos danos previstos ou previsíveis como consequência do descumprimento (que é a que de fato interessa neste estudo) e a outra é a que impõe a ampla indenização do dano, independentemente dele ter sido previsto ou ser previsível³⁷⁸.

Para os credores que menos valorizam a prestação, na presença de uma regra de responsabilidade limitada, a estratégia mais racional é a do silêncio, isto é, não se identificam como credores que menos valorizam a prestação sempre que a revelação implique um custo de transação positivo, por menor que ele seja. Isto acontece porque sob a regra da responsabilidade limitada os credores que menos valorizam a prestação já recebem o comportamento da prestação que desejam, dadas as suas características, e pagam o preço correspondente. Eles recebem a prestação básica, sem precauções adicionais, e pagam por ela o preço equivalente ao seu custo marginal. É certo que em parte dos casos eles não recebem a prestação, mas são indenizados com sua valoração, de modo que fiquem indiferentes a uma ou outra eventualidade. Eles não podem melhorar a

³⁷⁸ No modelo econômico básico ampliado por Pomar, com relação à regra de responsabilidade limitada, o autor apresentou duas possíveis versões ou variantes aos efeitos do modelo simplificado da regra. A primeira versão, apresentada como a preferida da maioria dos analistas econômicos, entende que os credores de valoração alta veriam cerceada sua indenização, por efeito da regra, ao nível correspondente da maioria dos credores, que têm uma valoração reduzida da prestação. Essa versão da regra se sustenta em uma interpretação da noção de danos previsíveis como equiparáveis a danos habituais ou usuais, isto é, os que de ordinário experimenta a maioria dos contratantes entre toda a população de credores. A outra versão também plausível, identificada pelo autor como segunda versão da regra de limitação de responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis, identifica o nível previsível dos danos com o estatisticamente esperado, tendo em conta a heterogeneidade das valorações (e dos danos resultantes) correspondente aos diferentes tipos de credores. Nessa segunda versão, o máximo da indenização que podem obter os contratantes mais sensíveis ao descumprimento não vem dado pela valoração majoritária ou usual, mas pela média ponderada de todas as valorações presentes na população de credores. Pomar pondera que a segunda versão da regra de limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis se sustenta em uma interpretação menos natural e intuitiva que a primeira do que são “danos previsíveis”, mas não é uma interpretação irrazoável. O autor pondera que ao contrário da primeira versão da regra, a responsabilidade limitada não força que ambos os tipos de credores recebam a quantidade idêntica de indenização no caso de descumprimento, mas reduz a indenização dos credores que mais valorizam a prestação até o dano estatisticamente esperado que, por definição, está acima da valoração dos credores que menos valorizam a prestação. O autor ressalta que essa diferença, que pode parecer trivial, gera consequências importantes para o incentivo de revelação de informação para as duas classes de credores. Apesar de interessante, não se fará a análise dessa segunda versão da regra já que não importa aos objetivos do presente estudo. (Id., *ibid.*).

sua posição revelando o seu tipo, de modo que, por menor que seja o custo de se identificar, a racionalidade individual os leva a não fazê-lo.

Por conseguinte, sob a regra da responsabilidade limitada, como os credores que menos valorizam a prestação não se identificam, se os credores que mais a valorizam também não se identificarem, nada mais poderá fazer o devedor senão oferecer um contrato igual para todos os credores, sem precauções adicionais, a fim de reduzir o risco de descumprimento. Diante desse comportamento esperado do devedor e dos credores que menos valorizam a prestação, para decidir racionalmente sobre permanecer no anonimato ou revelar seu tipo, os credores que mais valorizam a prestação deverão comparar os ganhos de tais condutas. Se não revelarem o seu tipo, o contrato será comum a todos os credores, mas se o revelarem, o contrato se adaptará às suas circunstâncias, de forma que se incrementarão tanto as precauções adicionadas à prestação como o preço.

É certo que a utilidade esperada será maior se os credores que mais valorizam a prestação revelarem o seu tipo, mas não se pode afirmar com toda certeza se eles se identificarão, porque revelar a informação tem custos de transação. Os credores que mais valorizam a prestação farão a revelação se a diferença entre a utilidade que recebem do contrato acomodado às suas características e a utilidade que recebem do contrato comum sob a regra da responsabilidade limitada excede a quantia dos custos de transação provocados pela transmissão da informação. Se o total dos custos de transação não superar o incentivo de comunicar a informação sobre a valoração da prestação, haverá revelação do tipo e o ajuste do contrato e do comportamento de prestação do devedor às verdadeiras características do credor. Do contrário, os credores que mais valorizam a prestação optarão pelo silêncio e haverá um único tipo de contrato, com condições idênticas para todos os credores e, também, com idêntico comportamento de prestação.

O resultado final depende, pois, da intensidade dos custos de transação em relação à vantagem para o credor que mais valoriza a prestação de revelar o seu tipo ao invés de permanecer calado. Essa vantagem constitui o incentivo do credor de revelar a informação referente ao seu tipo, o qual resulta excessivo sob a regra da responsabilidade limitada quando comparado com o que resulta socialmente ótimo. O incentivo a revelar socialmente desejável vem dado pela soma dos ganhos de eficiência em relação com uma e outra classe de credores, procedentes de substituir um nível uniforme e intermediário de precaução para evitar o descumprimento por níveis diversificados para cada uma das classes de credores.

Esse nível uniforme e intermediário é o que o devedor tem que adotar se não pode identificar as características de cada credor, enquanto que os níveis diversificados são ótimos quando a identificação é possível. O ganho social de eficiência derivada da identificação do tipo de credor vem representado pela mudança de cautela de moderada para máxima em relação aos credores que mais valorizam a prestação, e de cautela intermediária para simples prestação básica para os credores que menos valorizam a prestação³⁷⁹.

A alternativa natural à regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis é a que prescinde de tal limitação e reflete de maneira “plena” o princípio da reparação integral do dano contratual. Essa regra de responsabilidade plena supõe que os credores não vão receber uma indenização idêntica no caso de descumprimento. Nesse regime de responsabilidade contratual, no caso de descumprimento, cada um dos tipos de credores recebe uma indenização distinta, em atenção ao diferente nível ou ao dano realmente experimentado, sendo que se nenhum dos credores comunicar seu tipo, os contratos de ambos serão indistinguíveis e o preço pago será idêntico. Nesse caso, todos pagarão o mesmo valor, mas uns receberão mais do que os outros, fazendo com que os credores que menos valorizam a prestação subsidiem de forma implícita os credores que mais valorizam a prestação.

Não é estranho, portanto, que os incentivos a revelar a informação sobre o tipo de credor que gera a regra da responsabilidade plena sejam opostos àqueles com relação à limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis. Os credores que mais valorizam a prestação carecem de motivos racionais para revelar seu próprio tipo, porque não têm nada a ganhar ao revelarem a sua especial sensibilidade ao descumprimento, já que serão plenamente ressarcidos se esse ocorrer. Se o devedor conhecesse os credores que mais valorizam a prestação, ajustaria as condições de cada um dos contratos ao verdadeiro tipo de credor, e eles perderiam o subsídio implícito a cargo dos credores majoritários (que menos valorizam a prestação).

Já os credores que menos valorizam a prestação têm aqui um duplo incentivo a comunicar suas características ao devedor. De um lado, se nenhum dos tipos se identificar, o devedor empregará um grau de precaução uniforme em relação a ambos (precaução adicional moderada), o que resulta excessivo aos credores que menos valorizam a

³⁷⁹ Id., *ibid.*, pp. 61-71.

prestação, os quais preferirão eliminar toda precaução adicional, limitando-se à prestação básica com a correspondente redução no preço. O preço uniforme pago por ambas as classes de credores e o subsídio implícito a favor dos credores que mais valorizam a prestação constituem um fator adicional de incentivo para aqueles que menos valorizam a prestação se identificarem e, com isso, já não cubram o subsídio que os outros recebem. A revelação do seu tipo por parte dos credores que menos valorizam a prestação não só os identifica como também identifica os credores que mais valorizam a prestação, de forma que o devedor fará contratos distintos e com preços diferenciados.

Deve-se analisar, contudo, a magnitude do incentivo que os credores que menos valorizam a prestação terão a revelar, em comparação com o que é socialmente ótimo ou desejável (diferença entre o benefício conjunto para ambas as partes com informação que permite separar os contratos e as precauções para cada tipo de contratante e o benefício conjunto na ausência dessa informação). O incentivo a revelar a informação sob a regra da responsabilidade plena do devedor é de intensidade superior a ótimo para a utilidade conjunta dos dois contratantes. Dito de outro modo, sempre que resulta desejável a revelação da informação desde o ponto de vista do bem-estar social, a regra da responsabilidade plena induz esse efeito de comunicação, mas também o faz em algumas circunstâncias em que tal revelação é indesejável porque os benefícios em termos de utilidade para as partes resultam inferiores aos custos de transação que geram. Isto é, o incentivo a revelar informação por parte dos credores que menos valorizam a prestação resulta excessivo sob a vigência de um sistema de responsabilidade ilimitada.

A razão desse excesso deriva da presença do subsídio implícito dos credores que menos valorizam a prestação em favor daqueles que mais o valorizam. O subsídio é irrelevante para o bem-estar conjunto dos contratantes, já que é pura transferência de um grupo de credores em benefício de outro grupo, sem importância em termos de eficiência. Na perspectiva privada dos credores que menos valorizam a prestação, no entanto, trata-se de um custo que desejariam eliminar, e o conseguem precisamente revelando o seu tipo ao devedor. A vontade de descarregar esse subsídio indesejado é o que explica o caráter excessivo do incentivo a revelar informação por parte dos contratantes que menos valorizam a prestação.

A diferença de utilidade para o contratante que menos valoriza a prestação é clara e positiva a favor do contrato diferenciado, o que requer revelação de informação de sua parte. Como é bem alta a probabilidade de que o contratante seja do tipo que menos

valoriza a prestação, o incentivo a se identificar para esse grupo sob a regra de responsabilidade plena excede o incentivo socialmente adequado³⁸⁰.

4.6.4 O significado econômico da regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis

O modelo econômico básico da regra da previsibilidade apresentado por Ayres e Gertner e por Bebchuk e Shavell, e ampliado por Pomar, é movido pela diferença de informação entre potenciais credores e o devedor. É a assimetria de informação a razão da abordagem da questão que trata de afrontar a regra da responsabilidade plena e a de responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis³⁸¹.

A opção ou distinção entre as regras fica sem sentido em um âmbito contratual sem diferenças de informação entre os potenciais contratantes e o devedor. Quando a informação é completa, a regra que se estabelece em matéria de montante indenizatório dos danos contratuais é irrelevante para contratantes que atuam de modo racional. As partes têm o interesse comum de acordar o conteúdo contratual diferenciado e ajustado às características específicas de cada credor, e não há, por hipótese, diferenças na informação disponível para cada um dos contratantes que tornem impossível esse eficiente equilíbrio de separação³⁸².

Enquanto o caráter incompleto da informação é o motor do modelo explicativo do grupo de regras do Direito dos Contratos, os custos de transação são o seu ponto de contraste imprescindível. Mesmo havendo assimetria de informação entre as partes contratantes, se o custo de revelar a informação privada (o tipo a que pertence o credor) é zero, reproduz-se o resultado obtido sob a suposição de informação completa, ou seja, que a regra jurídica dispositiva não afeta o resultado alcançado, tampouco a sua eficiência.

Como se viu, as distintas regras sobre o montante da indenização por descumprimento contratual geram, sempre e em todo caso, algum incentivo positivo para revelar a informação sobre o próprio tipo, ao menos em um dos grupos de potenciais credores. No caso da regra da responsabilidade limitada, o incentivo é para o credor do tipo

³⁸⁰ Id., *ibid.*, pp. 71-77.

³⁸¹ Como já referido anteriormente, na obra de Fernando Gómez Pomar, o autor também analisa e afronta as referidas regras ao que ele chama de regra de baremação dos danos contratuais e a denominada segunda versão da regra da responsabilidade limitada. Apesar de interessantes, não se fará a análise das referidas regras, já que não importam aos objetivos do presente estudo.

³⁸² Id., *ibid.*, pp. 104-106.

que mais valoriza a prestação. A regra da responsabilidade plena ou ilimitada, por outro lado, incentiva o credor que menos valoriza a prestação a revelar informação sobre seu tipo, a fim de escapar do subsídio implícito a favor dos credores que mais valorizam a prestação.

Todas as regras despertam algum impulso ou incentivo a revelar o tipo, por menor que seja, em algum dos grupos de potenciais credores. Se o custo de revelar a informação relativa ao tipo é zero, ou seja, se se pode fazer a identificação do próprio tipo sem custo algum, e dado que sob qualquer das regras em jogo uma das classes de credores tem um motivo (recebe um benefício, melhora sua situação de bem-estar se o faz) para revelar seu tipo, a identificação sempre será feita e, com ela, a diferenciação dos termos contratuais para cada um dos grupos de contratantes. Qualquer que seja a regra escolhida pelo sistema jurídico, um tipo de credor se identificará de maneira direta, já que fazê-lo não tem custo, e o equilíbrio contratual que se alcançará será em todos os casos um equilíbrio de separação (contratos não uniformes, com precaução e indenização diferenciadas para cada tipo de credor), que é eficiente.

Para que a opção entre as distintas alternativas de regulação dispositiva pelo sistema jurídico seja de fato relevante, não basta a assimetria de informação, mas é preciso que os custos de transação sejam apreciáveis. Se eles forem inexistentes ou insignificantes, o esforço para se buscar a norma mais adequada será inútil, porque para qualquer regra adotada o equilíbrio contratual será o mesmo.

Do exposto até aqui se pode concluir que o verdadeiro significado econômico da regra de limitação da indenização por descumprimento contratual em função dos danos previstos ou previsíveis é induzir a transmissão de informação relevante, assimetricamente distribuída entre as partes contratantes, de forma a incorrer nos menores custos de transação possíveis³⁸³.

4.6.5 As vantagens de eficiência da regra de limitação de responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis

Um contrato não uniforme, com precauções e indenizações diferenciadas para cada tipo de credor é, a princípio, um resultado mais eficiente, pois permite adaptar o comportamento contratual e as consequências do descumprimento à verdadeira valoração

³⁸³ Id., *ibid.*, pp. 106-108.

da prestação pelo seu destinatário. A regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis permite obter o resultado desejado com os menores custos de transação, dado que os credores que mais valorizam a prestação constituem a minoria da população de potenciais contratantes, sendo menos custoso que estes incorram no custo de transação de identificar o seu tipo ante o devedor. O volume total dos custos de transação investidos no alcance da eficiente diversificação contratual se minimiza com esta forma de revelação de tipo, tornando maior o bem-estar conjunto das partes contratantes.

Em termos de eficiência, a regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis é mais vantajosa do que a regra da plena responsabilidade do devedor por todos os danos resultantes do descumprimento. Isto porque, enquanto ambas as regras induzem um dos tipos de credores a revelar ao devedor a informação sobre o seu tipo, permitindo assim uma eficiente adaptação dos termos do contrato à verdadeira natureza do contratante, a regra da limitação da responsabilidade obtém esse resultado com menores custos de transação totais ao gerar o incentivo ao tipo minoritário de credores, sendo por isso preferível. A regra da responsabilidade plena também cria incentivos para os potenciais credores revelarem informação contratualmente relevante, mas o faz a custos de transação globais maiores ao gerar o incentivo para o grupo maioritário de credores (aqueles que menos valorizam a prestação).

Em que pese haver quem defenda que não há evidências empíricas de que os credores que mais valorizam a prestação são a minoria³⁸⁴, essa pressuposição é até

³⁸⁴ Eric Posner entende que assumir que os credores que mais valorizam a prestação são a minoria e que os que menos a valorizam são a maioria não tem fundamento empírico suficiente. Não havendo evidências empíricas defende ser melhor supor que a distribuição de tipos de credores na população segue uma distribuição uniforme ou normal, não sendo, nesse caso, nenhuma regra superior: “Considere a regra de Hadley, a qual informa que a vítima do descumprimento obtém compensação pela média do prejuízo, ao invés do valor real, da perda, a menos que tenha revelado sua valoração ao outro promitente antes do negócio (*ex ante*). Assim, aquele que envia mercadoria não pode recuperar totalmente o valor indenizatório do transportador que transporta o bem e que descumpriu o contrato de transporte se o contratante não revelar o valor especificamente alto dos bens enviados. A regra de Hadley dá ao emissor um incentivo a revelar sua valoração antes de fechar o contrato, para que o transportador tome precauções ótimas, dado o valor do bem transportado. Mas ocorre que o argumento pode dar-se ao contrário. Imagine-se uma regra de responsabilização extensiva que dá a vítima do descumprimento indenização real (e total, portanto). A defesa de Hadley assume implicitamente que sob a regra da responsabilização extensiva o contratante do transporte de algo de alto valor não teria um incentivo para revelar sua valoração: se ele será totalmente compensado, ele não tem razão para revelar sua alta-avaliação, que permitiria justamente o transportador cobrar um preço mais alto pelo serviço. Mas a regra da responsabilização extensiva dá ao contratante de transporte de bens de baixo valor o incentivo para revelar sua valoração. Se ele não o faz, ele será cobrado *ex ante* pelo preço médio, mas ele preferirá ser cobrado por um preço menor, mesmo que isso signifique que o transportador tome menos cuidado. Se os contratantes de bens de pequeno valor revelam suas avaliações *ex ante*, então o transportador pode inferir que qualquer contratante de transporte que não revele sua valoração *ex ante* deve possuir um bem de elevado valor. Tanto a regra de Hadley quanto seu oposto dão às partes incentivos para revelar suas informações privadas. Autores que seguiram este argumento destacaram que uma regra pode ser

intuitiva. Difícil acreditar que os credores que mais valorizam a prestação e que são suscetíveis de sofrer perdas incomuns ou excessivas sejam a maioria entre os potenciais credores. Além disso, como bem ponderado por Fernando Gómez Pomar, uma regra de limitação de responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis não é conciliável com uma distribuição normal dos tipos de credores e, menos ainda, com uma distribuição que suponha que os credores que mais valorizam a prestação constituem a maioria dos possíveis contratantes³⁸⁵.

A regra, por definição, deve servir para excluir a parte superior da distribuição de danos derivados do descumprimento, tendo como base que esses danos são menos previsíveis, ou seja, menos prováveis do que aqueles que virão a ser indenizados. Nada disso, contudo, é possível se os danos mais elevados são os mais prováveis e, por isso, mais previsíveis que os danos reduzidos, ou se ambos são igualmente prováveis. Para que a regra da previsibilidade não se converta em uma norma absurda e contraditória com sua própria formulação, é imprescindível que o corte na distribuição dos danos exclua os danos menos prováveis e não os demais³⁸⁶.

Além disso, a diferença positiva em termos de custos de transação entre a regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis e da responsabilidade plena ainda é maior. Isto porque quando a revelação direta de tipo parte dos credores que mais valorizam a prestação, como ocorre sob a regra da responsabilidade limitada, não há nenhum custo de transação adicional na regra, já que o contrato com os credores que valorizam menos a prestação continua sendo o mesmo acordo uniforme que se daria na ausência de qualquer revelação de informação. Basta ao devedor um menu de dois contratos, sendo um para os credores que não se identificam (que são aqueles que menos valorizam a prestação), que inclui preço, precaução e indenização reduzidos, e outro para

melhor que a outra, dependendo da distribuição das valorações entre as partes, do custo de revelar informações, do relativo poder de barganha da parte com informações privadas e da parte desinformada, e fatores relacionados. Se existem mais contratantes de transporte de bens de valores baixos do que de altos valores, a regra da responsabilização extensiva requer mais negociação e, dessa forma, mais custos de transação, e podendo assim tornar-se subótima. Mas as variáveis relevantes são muito complexas e difíceis de determinar. Não chegamos ao direito contratual formulado pelas cortes as incorporando, nem temos dados empíricos suficientes para distinguir qual regra é baseada em suposições que são mais próximas da realidade.” (POSNER, Eric. **Análise econômica do Direito Contratual**. Sucesso ou fracasso? Tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 23-25 e 46).

³⁸⁵ POMAR, Fernando Gómez. **Previsión de daños, incumplimiento e indemnización**. Madrid: Civitas, 2002, pp. 119-120.

³⁸⁶ Id., *ibid.*, pp. 119-120.

os credores que identificam o seu tipo (que são aqueles que mais valorizam a prestação), com preço, precaução e indenização elevados.

Com a regra da responsabilidade plena do devedor, a identificação realizada pelos credores que menos valorizam a prestação não é suficiente por si só para ajustar os termos do contrato à verdadeira natureza dos dois tipos de credores. A revelação direta de seu tipo pelos contratantes que menos valorizam a prestação e a consequente mudança do conteúdo do contrato em relação a eles, não permite ao devedor manter uniforme o contrato diante dos credores que não se identificaram de maneira direta, tendo que adaptá-lo às características dos contratantes que mais valorizam a prestação, identificados por exclusão. O contrato uniforme não corresponde a nenhum dos grupos de credores, apenas ao credor estatisticamente esperável e ao custo do contrato associado a ele, dada a regra da responsabilidade plena, sendo assim o devedor terá que adaptar todos os contratos e não apenas de um dos grupos. Essa adaptação adicional obviamente incrementa os custos de transação.

Além disso, a única forma que o devedor dispõe para realizar essa dupla adaptação sob a regra da indenização plena, sem a necessidade de que ambos os grupos de credores assumam custos de transação, é oferecer um menu de contratos que inclua um dispositivo uniforme com preço e precaução intermediários, caso nenhum credor revelar o seu tipo; um contrato com preço, precaução e indenização reduzidos para os que se identifiquem como contratantes que menos valorizam a prestação; um contrato com preço, precaução e indenização elevados, para os credores que permaneçam em silêncio (catalogados como os que mais valorizam a prestação).

Como o oferecimento desse menu de contratos é economicamente inviável, para adaptar os termos do contrato aos credores que mais valorizam a prestação o devedor necessitaria do seu concurso, com os respectivos custos de transação. Assim, para conseguir o eficiente equilíbrio de separação, a regra da responsabilidade plena requereria custos de transação de todos os potenciais credores³⁸⁷.

4.6.6 A vantagem da regra de responsabilidade contratual plena

A vantagem da regra da responsabilidade limitada sobre a regra da responsabilidade plena diante da indução da revelação de informação contratualmente relevante com

³⁸⁷ Id., *ibid.*, pp. 117-126.

menores custos de transação não se manifesta em toda a circunstância. Em algumas situações, precisamente aquelas em que a vantagem da regra da responsabilidade limitada desaparece, a regra da responsabilidade contratual plena resulta na mais atrativa das alternativas em jogo.

O incentivo a revelar o tipo suscitado por ambas as regras pode ser de magnitude insuficiente para compensar os custos de transação que exigem arrostar a identificação frente ao devedor do próprio tipo como contratante. Se, por exemplo, os custos de transação são muito elevados, apesar do incentivo que geram ambas as regras a identificar e, assim, obter um contrato diferenciado, nenhum dos dois tipos de contratante comunicará o seu tipo ao devedor ao ser o incentivo (diferença de utilidade entre o contrato diferenciado e o uniforme) insuficiente para compensar os altos custos de transação da revelação. Assim, todos os contratantes permanecerão calados e se conformarão com o contrato uniforme.

À medida que o equilíbrio contratual resultante se constitui em agrupação (com contratos uniformes), a regra de responsabilidade plena é preferível à regra de responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis, pois induz a um nível de precaução contratual superior e mais adequado. A regra da responsabilidade plena incentiva o devedor a adotar um nível de comportamento de prestação correspondente ao nível estatisticamente esperável, pois este é o único nível de danos que o devedor pode antecipar e conhecer quando nenhum dos tipos de credor se identifica. O nível de precaução contratual intermediária é o nível ótimo dado um equilíbrio de agrupação, pois é a melhor reação do devedor para o bem-estar conjunto de ambas as partes contratantes.

A regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis, por sua vez, leva o devedor a considerar que todos os credores valorizam menos a prestação, pois a indenização em caso de descumprimento é a mesma, independentemente do tipo de credor. A indenização, neste caso, estaria limitada às consequências danosas que experimenta o tipo majoritário de contratantes, razão pela qual o devedor escolhe, de forma racional, o grau de comportamento de prestação que se ajusta a essa classe prevalente, adotando um nível de cuidado na prestação demasiadamente reduzido (subótimo).

Desse modo, a desvantagem relativa da regra da responsabilidade plena diante da regra da responsabilidade limitada na hora de induzir comunicação de informação relevante para o contrato se desvanece naquelas circunstâncias em que o equilíbrio de separação dos contratos não resulta plausível. Surge, então, uma vantagem relativa da

responsabilidade plena por induzir um nível de comportamento de prestação adequado ao verdadeiro dano esperado resultante do descumprimento contratual³⁸⁸.

4.6.7 As consequências da análise econômica para a compreensão das regras jurídicas em jogo

A Análise Econômica do Direito oferece um significado funcional preciso das regras dispositivas do Direito dos Contratos, por meio do uso de modelos explícitos de comportamento racional e com o entendimento positivo dos efeitos da aplicação da regra legal em questão sobre os destinatários. A análise econômica de uma determinada regra jurídica também permite orientar a sua interpretação e aplicação a fim de que os resultados práticos e as consequências das regras nas condutas dos indivíduos no mundo real sejam comparáveis e avaliáveis com relação aos objetivos sociais da intervenção jurídica e ao bem-estar da sociedade.

Como se viu, no modelo econômico básico das regras gerais que determinam o montante indenizatório que receberá o credor no caso de descumprimento do contrato, a regra que limita a indenização aos danos previstos ou previsíveis no momento da celebração do contrato tem como atrativo, em termos de eficiência, o incentivo que suscita nos credores minoritários (que mais valorizam a prestação), minimizando os custos de transação de ajuste eficiente dos termos do contrato às verdadeiras características dos contratantes.

A vantagem primordial da regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis é o efeito de incentivo à transmissão de informação do credor ao devedor, permitindo a este último adaptar o seu comportamento de prestação às verdadeiras características dos distintos tipos de credores com os quais contrata. O ganho de eficiência derivada desse ajuste às especificidades dos contratantes é incontestável. A responsabilidade limitada, ademais, procura este efeito reduzindo os custos de transação associados à revelação de informação, já que coloca o incentivo precisamente onde é menos custoso em termos globais: no grupo minoritário que valoriza a prestação acima da valoração majoritária no conjunto da população de credores³⁸⁹.

³⁸⁸ Id., *ibid.*, pp. 127-130.

³⁸⁹ Nesse sentido, conferir: “Pense num mundo com muitos promissários com baixa confiança e alguns pouco promissários com alta confiança. Sem a regra de Hadley, cada promissário com baixa confiança irá querer revelar esse fato ao promitente e depois negociar um preço mais baixo para o contrato. O promitente pode inferir que qualquer promissário que não negocie um preço menor deve ser um promissário de alta confiança.

Nas circunstâncias em que o custo de transação per capita, associado à revelação do tipo ao devedor, for tipicamente baixo, é muito provável que o valor social da informação que permite adaptar o contrato às características do credor resulte superior a este custo de transação. A regra de responsabilidade limitada pode, então, manifestar o seu efeito primordial de induzir uma revelação de informação (que aqui é eficiente com quase toda segurança) ao menor custo possível. O atrativo da regra da responsabilidade limitada em circunstâncias de baixos custos de transação aumenta se a distribuição de tipos e se as valorações são tais que o que há é uma pequena minoria de credores com uma valoração da prestação extraordinariamente elevada em relação a que prevalece entre a maioria dos contratantes³⁹⁰.

Quando, no entanto, os custos de transação forem suficientemente elevados para excluir a revelação de informações e um equilíbrio contratual de separação, a regra de responsabilidade limitada perde atrativo, uma vez que na execução da prestação induz níveis de precaução inferiores aos desejáveis frente ao conjunto da população de credores³⁹¹. Nesses casos em que o equilíbrio contratual resultante é de agrupação de todos os credores em torno dos mesmos termos contratuais e o mesmo esforço de prestação, a regra da responsabilidade contratual plena é preferível porque é capaz de induzir um comportamento contratual mais adequado, já que gera incentivos no devedor para desenvolver um comportamento de prestação adequado à avaliação esperada da prestação pela totalidade dos contratantes³⁹².

Com a regra de Hadley, este mecanismo de mercado faz com que o promitente fique sabendo de todos os fatos referentes ao prejuízo para o promissário em decorrência da inexecução da promessa. A diferença é que a regra de Hadley faz com que os promissários com alta confiança façam a revelação, ao passo que o mecanismo de mercado faz com que os promissários com baixa confiança o façam. É mais barato para os poucos revelarem suas circunstâncias especiais do que para os muitos revelarem suas circunstâncias ordinárias. Em comparação com os mecanismos de mercado, a regra Hadley reduz os custos transacionais de revelação dos fatos referentes aos danos que o promissário espera do descumprimento da promessa.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., 2010, pp. 276-277).

³⁹⁰ E parece que os juízes e árbitros encarregados da aplicação da norma estão em condições de identificar com margem razoável de exatidão os cenários de reduzidos custos de transação, porque a intuição aponta a considerar que a existência de uma interação voluntária entre as partes, que é o que dá lugar ao contrato, inclina por si a pensar, em princípio, em custos de transação reduzidos. Parece lógico pensar que, ausentes circunstâncias particulares, a relação contratual se associa a âmbitos de custos de transação não muito elevados, razão pela qual faz sentido que a regra geral no âmbito contratual seja a de responsabilidade limitada, exceto razões especiais que possam induzir a pensar em altos custos de transação suscitados pela comunicação de informação contratual (POMAR, Fernando Gómez. Op. cit., 2002, pp. 269-270).

³⁹¹ Custos de transação mais elevados são mais frequentes em casos com valorações mais elevadas da prestação ou especiais sensibilidades ao descumprimento ligadas à informação privada de natureza confidencial ou pessoal (Id., *ibid.*).

³⁹² Fernando Gómez Pomar analisou os efeitos das referidas conclusões se alterado o pressuposto de que os danos que sofre cada grupo de credores têm caráter certo (credores que mais valorizam a prestação perdiam 1000 e credores que menos valorizam a prestação perdiam 200). Ele explicou que esse pressuposto foi complicado por alguns com a introdução do caráter estocástico dos danos contratuais, que implica que,

O modelo econômico básico ora apresentado encerra uma teoria rigorosa que comporta implicações coerentes na interpretação e funcionamento das distintas regras jurídicas. Com margem de confiança, indica as respectivas vantagens das regras e os âmbitos de aplicação nos quais se manifestam seus efeitos positivos, proporcionando uma base teórica firme para afrontar as dúvidas interpretativas que suscitam as formulações específicas das regras em jogo.

4.6.8 A eficiência da regra da previsibilidade do dano fora do modelo básico

A partir do modelo econômico básico supracitado, resta evidente a eficiência econômica da regra da responsabilidade limitada. De todo modo, mesmo fora desse modelo simplificado, parece claro e inegável que a regra da limitação da responsabilidade aos danos contratuais previstos ou previsíveis oferece um incentivo vigoroso para que o promissário revele informação ao promitente quando eles fazem o contrato. Se o promissário não informa o promitente a respeito de um prejuízo extraordinário decorrente do descumprimento da promessa, será penalizado com o não ressarcimento dos prejuízos imprevistos ou imprevisíveis³⁹³.

Como bem colocado por Fernando Araújo, a regra da previsibilidade é eficiente por excelência, porque para se evadir da limitação da responsabilidade, “o credor terá o incentivo de tornar bem explícito e transparente para o devedor o que é essencial que suceda ou deixe de suceder, o que é importante alcançar e preservar, para que fique satisfeito o fundamental do seu interesse como credor.” Nesse contexto, o credor terá que ponderar o risco de diminuição da cobertura do seu interesse, confrontando-o com os ganhos que lhe advirão da assimetria informativa (a sua vantagem estratégica) e da

ocorrido o descumprimento, o dano que resultará para cada um dos grupos de credores é uma distribuição de probabilidade com distintos níveis de danos, sendo o valor esperado da distribuição correspondente aos credores que mais valorizam a prestação superior ao da distribuição correspondente aos credores que menos valorizam a prestação. Após a sua análise, o autor conclui que a introdução por si mesma do caráter estocástico dos danos contratuais não aporta argumentos adicionais em prol da eficiência da regra da responsabilidade contratual plena e que o juízo em favor ou contra a utilização preferente de uma ou de outra alternativa não se vê afetado por esta complicação nos pressupostos (Id., *ibid.*, pp. 181-191).

³⁹³ A eficiência da regra da previsibilidade é destacada por Randy Barnett. Ao analisar as razões pelas quais a parte inadimplente não é responsável pelos danos que não previu ou não poderia ter previsto, o autor afirma o seguinte: “*One answer to this question involves efficiency. In the absence of notice, denying recovery for unusual losses creates an incentive for the party with knowledge of its special circumstances to notify the other party who would otherwise be unaware of them. Only if the other party has this information can it increase its efforts to ensure performance; and (having been informed) only if it is held liable for damages for these unusual circumstances would it have the incentive to take make the extra effort.*” (BARNETT, Randy. **Contracts**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. 41).

manutenção do contrato num certo nível de inacabamento (a sua poupança em custos de transação). É uma regra, portanto, que impõe ao credor uma ponderação custo-benefício³⁹⁴.

A adoção da regra da previsibilidade incentiva o tráfico de informações e corrige distorções, neutralizando o comodismo do credor, já que não prestar as devidas informações passa a ser a pior conduta³⁹⁵. A regra da previsibilidade estimula a troca de informações por parte do credor e é ele a pessoa mais bem posicionada para prever os danos decorrentes do inadimplemento de um contrato, já que tem informações sobre as consequências que ele próprio sofrerá a partir desse momento.

Na ausência da regra da previsibilidade o credor não teria nenhum incentivo em transmitir informações sobre os possíveis danos decorrentes de eventual descumprimento do contrato. Ele não teria, tampouco, nenhum interesse em revelar fatos do seu conhecimento que tornariam os custos do inadimplemento maiores do que o devedor poderia esperar. Ao saber desses fatos o devedor pode fazer uma alocação racional dos recursos a fim de reduzir a probabilidade de descumprimento, e terá um incentivo a mais para cumprir o contrato, pois os custos do inadimplemento serão maiores, já que ao ter as informações pode prever os danos e ser responsabilizado por eles.

Ainda na mesma situação de falta da regra da previsibilidade, se o credor considerasse que o devedor pode arcar com os prejuízos e confiasse que o julgador iria determinar o ressarcimento integral dos danos, ele pode preferir ficar inerte a ter que prestar um maior número de informações e revelar todos os fatos que tornariam os custos do inadimplemento maiores. O credor pode preferir não tratar de algumas contingências, diante dos custos para se prever as possíveis soluções, negociar a respeito e incluí-las no contrato. Ele pode agir de forma descuidada com relação às informações a serem prestadas ao devedor, porque como seria ressarcido inclusive pelos danos que o devedor não previu ou pudesse prever, não teria qualquer incentivo para agir de forma diligente.

³⁹⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 962.

³⁹⁵ Vale conferir: “*Le simple fait par le créancier de garder le silence, au lieu d’avertir le débiteur, lors de la conclusion du contrat, des conséquences dommageables possibles de l’inexécution, suffit bien souvent à rendre imprévisibles ses conséquences et à exonérer le débiteur. Un débiteur prudent et avisé ne prévoit de lui-même que les conséquences normales de l’inexécution. Il n’est pas en mesure de deviner les conséquences extraordinaires. La prévision de celles-ci ne lui est possible que si le créancier l’en a averti. Ainsi, en gardant le silence sur les conséquences extraordinaires de l’inexécution, le créancier, par son silence, les dissimule au débiteur; par son fait, il les rend imprévisibles. Sans doute ce silence n’est-il pas fautif lorsque la loi ni le contrat n’obligent le créancier à la déclaration des risques courus par le débiteur. Mais, on l’a dit, des que l’imprévisibilité du dommage tient au fait ou non, du créancier, le débiteur est libéré.*” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. Tome III. 5e. éd. Paris: Montchrestien, 1958, p. 517).

A adoção da regra da previsibilidade induz o credor a adotar a conduta economicamente mais eficiente no momento da celebração do contrato, já que com ela o credor passa a ter interesse em cooperar e transmitir informações. Ao diminuir a assimetria de informações entre credor e devedor reduzem-se os custos de transação, uma vez que os contratantes se veem incentivados a estabelecer uma negociação sobre possíveis riscos associados à elaboração e execução do contrato, reduzindo-os e protegendo-os de perdas incomuns ou excessivas, bem como promovendo eficiência econômica e incentivando a atividade comercial. A regra da previsibilidade permite que o devedor faça uma alocação racional dos recursos para reduzir a probabilidade de descumprimento, recusando-se a contratar, aumentando o preço, contratando um seguro ou eventualmente limitando ou excluindo responsabilidade³⁹⁶.

Discorda-se do entendimento de que a regra da previsibilidade é um produto do seu tempo, sendo inadequada no atual estágio de uma economia diversificada e complexa. Não convence o argumento de que em situações de transações em massa (como na venda *commodities* e no transporte por navios, onde as transações são frequentemente celebradas de forma rápida e informal e com pouca oportunidade para extensas negociações) o vendedor não pode plausivelmente participar de uma identificação individualizada das consequências da violação e de elaboração posterior de uma transação. Isso porque nenhuma regra geral projetada para acomodar uma variedade de circunstâncias é idealmente adequada para todos os casos e setores comerciais. Além disso, a maior parte dessas transações em massa é rotineira e a minoria delas resulta em perdas incomuns ou excessivas, que exigem maior negociação dos termos dos contratos³⁹⁷.

³⁹⁶ Nesse sentido, conferir: “*Finally, when approached from the perspective of the consequences and incentives to which it can give rise, the foreseeability rule has been justified on the grounds that it encourages commercial activity and promotes economic efficiency. The former is explained on the basis that the rule not only enables the parties themselves to manage possible risks, associated with making and performing contracts, but also reduces such risks by protecting the parties from unusual and excessive losses. Its ability to promote economic efficiency can be summarised thus: It saves transaction costs in that it represents the usual agreement that most parties would make if they negotiated on the question. It saves the plaintiff the cost of explaining the obvious consequences of breach, of which the defendant knows just as much. It creates an incentive upon the plaintiff to reveal facts peculiarly within the plaintiff’s knowledge that will cause the cost of breach to be greater than the defendant would have expected. The defendant, knowing of these peculiar facts, can act accordingly by making a rational allocation of resources to reduce the probability of breach, by refusing to contract, by raising the price, or by excluding liability.*” (SAIDOV, Djakhongir. *Foreseeability of damages. In the law of damages in international sales: the CISG and other International Instruments*. Hart Publishing, 2008. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov5.html>. Acesso em: 03 jul. 2015).

³⁹⁷ Sobre esse ponto, conferir: “*On a number of occasions, it has been questioned whether the foreseeability rule is an appropriate method of limiting damages. It has been argued, for example, that the foreseeability rule is a ‘product’ of its time and is ill suited to the present age of a ‘diverse and complex’ economy. It has been suggested that in ‘masstransaction situations a seller cannot plausibly engage in an individualised*

Também não convence o argumento de que a regra é inerentemente imprecisa, porque envolve um grau substancial de discricção judicial, dando origem a incertezas. Esse problema é enfrentado por qualquer sistema jurídico, que deve optar entre padrões mais amplos e flexíveis, por um lado, ou por regras específicas e mais precisas, de outro. As disposições sobre o ressarcimento de danos exigem naturalmente uma abordagem equilibrada que depende de regras mais flexíveis para acomodar uma variedade de configurações de fato e com conteúdo discernível. A regra de previsibilidade parece se encaixar nessa descrição, pois é clara sobre as suas considerações e propósitos subjacentes, e embora possa ser baseada em padrões flexíveis, não cria necessariamente um grau inaceitável de incerteza³⁹⁸.

A regra da limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis permite reconhecer que existe uma fronteira para lá da qual não se considera justa a assunção dos riscos pelo devedor, se esta erradia para todos os lados, mesmo os incognoscíveis, da sequencia causal a que dá origem o descumprimento contratual. Ao recusar a cobertura indenizatória a danos normalmente imprevisíveis e a interesses normalmente incognoscíveis, a regra da previsibilidade deixa transparecer que os devedores não são, em princípio, responsáveis por danos excepcionais (salvo notificação da contraparte), mas são responsáveis, também em princípio, pelos danos previsíveis (novamente salvo notificação à contraparte). Tudo gira, portanto, em torno da notificação à contraparte, por meio da qual

"contemplation" of the consequences of breach and a subsequent tailoring of a transaction'. More specifically, the period of pre-contractual negotiation, presupposed by the foreseeability rule, 'is far removed from the world of shipping and commodity sales, where transactions are often concluded between substitutes, brokers and ship's agents ... on an expedited and informal basis'. In such conditions, there is little opportunity for extensive negotiations apart from agreeing on the most essential terms. The incentive for disclosing information is also not well suited to the interests of some commercial circles such as Middlemen because possessing information regarding price differentials is '[a]n essential element of middleman entrepreneurship': clearly, if middlemen's counterparts possess relevant information they may prefer to bypass the middlemen and to contract directly with the ultimate buyer or supplier, as the case may be. What can be said in response is that perhaps no general rule designed to accommodate a variety of circumstances can be expected to be ideally suited to all commercial sectors. If businesspersons in a particular trade find that the rule is wholly unsuitable to their needs, they can always avail themselves of the right to derogate from the unwanted rule." (Id., *ibid.*, 2008).

³⁹⁸ Sobre esse ponto, conferir: *"The rule has also been criticised on the ground that it is inherently imprecise, involving a substantial degree of judicial discretion and giving rise to uncertainty. This point touches upon a perennial dilemma, faced by any legal system, between relying on broad and flexible standards on the one hand, and specific but precise rules on the other. The law of damages, it seems, requires a balanced approach which would rely upon rules which would be sufficiently flexible to accommodate a variety of factual settings and, at the same time, would still have a discernible content. The foreseeability rule would appear to fit this description. It is certainly not true that it 'utterly lacks the descriptive content that allows it to be the principled basis for decision' for it is clear about its underlying considerations and purposes; and while it may be based on flexible and broad standards, this will not necessarily create an unacceptable degree of uncertainty. In fact, recent empirical research suggests that broad principles do not necessarily lead to less predictable results than those reached by applying more detailed rules, and are more likely to achieve just and efficient outcomes"*. (Id., *ibid.*, 2008).

se visa a partilha e o nivelamento da informação, diante do incentivo da ausência de cobertura dos riscos na ausência dessa notificação³⁹⁹.

Diante de uma regra de responsabilidade plena, não limitada aos danos previstos ou previsíveis, os potenciais credores não são incentivados a colaborar com o cumprimento, incluindo nessa colaboração a revelação dos valores em jogo e dos riscos da transação. Isso impede que o devedor assuma o grau adequado de precaução. Diante da regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis, por sua vez, o credor já sabe que a falta de informação redundará em subindenização, razão pela qual se vê incentivado a partilhar informações que precisamente permitirão ao devedor assumir o grau de precaução adequado ao risco concreto do caso.

Cabe destacar, ainda, que a regra que limita a reparação aos danos contratuais previstos ou previsíveis também favorece a assunção de compromissos contratuais, pois não incrementa excessivamente as indenizações. Como já referido anteriormente, a inexistência da regra resultaria em efeitos negativos, especialmente em disputas comerciais internacionais, pois permitir a compensação dos danos contratuais imprevistos aumentaria o custo da responsabilidade, o que constituiria um freio à atividade econômica. A minimização do custo da reparação, por sua vez, pode formentar as transações comerciais. A limitação da responsabilidade aos danos contratuais previstos ou previsíveis libera o devedor de um peso excessivo do risco das obrigações que assume, facilitando assim a celebração de contratos cujos custos se incrementariam notadamente se o devedor tivesse que assumir e se assegurar contra riscos que não podia prever no momento da celebração do contrato.

Diante de todo o exposto, a eficiência da regra da previsibilidade, pelo menos num certo sentido, não suscita dúvidas, já que desempenha impecavelmente as funções que dela se espera, aumentando a informação e a precaução, reduzindo os riscos e aumentando a eficiência alocativa. Há circunstâncias, todavia, em que a regra da previsibilidade deixa de ser inteiramente eficiente, especialmente quando deixa de evitar situações de descumprimento eficiente. Se, por exemplo, o devedor ganhar mais por descumprir e conseguir calcular rigorosamente os danos para o credor, se lhe for exigido cobrir apenas os danos médios considerados previsíveis, ele poderá ser incentivado a descumprir o contrato, mesmo quando os danos para o credor forem superiores aos seus ganhos com o descumprimento, procedimentos que a regra da responsabilidade plena evitaria. Essa é a

³⁹⁹ ARAÚJO, Fernando. Op. cit., 2007, pp. 962-963.

consequência do fato de a regra da previsibilidade concentrar as ponderações relevantes no momento do que é discernível ou previsível quando da celebração do contrato, tornando a regra insensível à superveniência de situações que, *ex post*, justificam o cálculo do descumprimento eficiente⁴⁰⁰.

De toda forma, tal inconveniente não parece suficiente para eliminar a eficiência da regra da previsibilidade e também não parece justificar a necessidade de substituição da regra por outra que se revele mais compatível com as modernas condições de mercado⁴⁰¹. Entende-se, pois, que a regra da previsibilidade permanece cumprindo o seu objetivo de incentivar a troca de informações, responsabilizando o devedor pelo cumprimento de circunstâncias normais e previsíveis, cujo valor para as partes pode ser espelhado no preço acordado ou pela sinalização trocada entre elas, exonerando-o em casos anormais e imprevisíveis⁴⁰².

Por tudo o que se viu, parece certo que a regra da previsibilidade, amplamente adotada por muitos sistemas legais nacionais e pelos instrumentos internacionais de harmonização do Direito, é método eficiente de limitação de danos e atende, pelo menos até certo ponto, as exigências modernas do Comércio Internacional⁴⁰³.

4.7 O POSICIONAMENTO DE JUÍZES E ÁRBITROS SOBRE A PREVISIBILIDADE DO DANO NO ÂMBITO DA CISG SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme se viu ao longo do presente estudo, a regra da previsibilidade do dano tem grande aceitação em todo o mundo, sendo adotada em diversos instrumentos internacionais e em iniciativas de uniformização do Direito. A regra também foi adotada pela Convenção de Viena, que é o instrumento central deste estudo, que hoje é referência normativa para os contratos internacionais entre signatários que representam dois terços do

⁴⁰⁰ Id., *ibid.*, 2007, pp. 967-968.

⁴⁰¹ EISENBERG, Melvin Aron. The principle of Hadley v. Baxendale. **California Law Review**, v. 80. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1779&context=californialawreview>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁴⁰² ARAÚJO, Fernando. Op. cit., 2007, pp. 968.

⁴⁰³ Nessa linha, conferir: “*To end this discussion on a positive note, it needs to be noted that the foreseeability rule, which has existed for centuries, is still widely used by many domestic legal systems and by the international commercial law instruments. Such a wide acceptance of the foreseeability rule surely evidences, at least to some extent, that the rule is still an effective method of limiting damages which corresponds, by and large, to the modern demands of the commercial world.*” (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

comércio mundial, crescentemente reconhecida como o regime supletivo de contratação internacional.

Diante de sua ampla adoção, o presente estudo fez a análise econômica da regra da previsibilidade do dano, e conseguiu verificar que ela de fato promove eficiência econômica (torna o contrato mais eficiente) e que a sua previsão influencia o comportamento das partes, incentivando a revelação de informações relevantes por parte do credor e permitindo que o devedor assuma o grau de precaução adequado ao risco concreto do caso.

Na medida, contudo, em que a “previsibilidade” do dano é um conceito jurídico indeterminado, dar a ele contornos mais concretos e objetivos é um grande desafio da doutrina e também da jurisprudência. Juízes e árbitros deverão interpretar e aplicar a regra jurídica da previsibilidade do dano baseando-se em noções pessoais, razão pela qual a jurisprudência tem um papel uniformizador importante, pois ajuda a formar esses contornos mais sólidos e objetivos.

O uso de conceito indeterminado como a previsibilidade do dano pode ser visto como uma fraqueza da CISG, uma vez que dá lugar a temores de incerteza jurídica e de decisões divergentes. O campo de interpretação que conceitos dessa natureza dão ao Judiciário, no entanto, é frequentemente uma exigência da própria natureza da questão⁴⁰⁴.

Nesse contexto, para que a regra da previsibilidade do dano proporcione segurança jurídica aos negócios comerciais, diminuindo os custos de transação dos contratos internacionais, ela deverá ser interpretada e aplicada de forma harmônica pela doutrina, assim como pela jurisprudência. Vale ressaltar que o objetivo de prover regras uniformes para a compra e venda internacional de mercadorias não é satisfeito apenas com a introdução da CISG, uma vez que a unidade obtida no nível verbal precisa ser constantemente mantida e promovida também na aplicação e interpretação da Convenção e no preenchimento das suas lacunas, levando em conta o seu caráter internacional e as diretrizes do seu art. 7º⁴⁰⁵.

Os tribunais (estatais e arbitrais) influenciam o ambiente de negócios, pois as suas decisões produzem efeitos que repercutem nas ações dos agentes privados. As decisões dos tribunais estatais e arbitrais sobre a previsibilidade do dano geram impactos nas estratégias

⁴⁰⁴ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., 2014, p. 138.

⁴⁰⁵ Id., *ibid.*, pp. 140-141.

das organizações, uma vez que o ambiente institucional é capaz de afetar os custos de transação das organizações. Se as regras do jogo não estiverem claras para os agentes, o ambiente institucional gerará incerteza, aumentando os custos de transação nas negociações.

Como bem adverte Ronald Coase, os tribunais influenciam diretamente a atividade econômica, de modo que seria desejável que eles entendessem as consequências econômicas das suas decisões e, na medida do possível, sem a criação de muita incerteza acerca da própria solução emanada da lei, levassem em consideração tais consequências quando fossem tomar as suas decisões⁴⁰⁶.

A regra da previsibilidade do dano prevista na Convenção de Viena confere ampla margem de discricionariedade aos juízes e árbitros⁴⁰⁷, e deve ser aplicada e interpretada com o fim de remover as barreiras legais e promover o Comércio Internacional. E a forma de se fazer isso é interpretando-a de acordo com os seus próprios termos e princípios gerais, já que uma Convenção é tão boa quanto a sua implementação e interpretação⁴⁰⁸. A CISG é um instrumento que visa o desenvolvimento do comércio internacional e deve ser interpretada de forma a fornecer soluções aceitáveis nos diferentes sistemas jurídicos, econômicos e sociais⁴⁰⁹.

A aplicação da regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG tem a peculiaridade de envolver diferentes sistemas jurídicos, já que os contratos de compra e venda são celebrados entre partes com sedes em diferentes países e os conflitos surgidos acabam sendo resolvidos nos mais diversos sistemas jurídicos. Apesar de a adoção da

⁴⁰⁶ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, 1960, v. 3, p. 19.

⁴⁰⁷ Nessa linha, conferir: “*In any event, foreseeability is a flexible concept which leaves a wide measure of discretion to the judge.*” (CHENGWEI, Liu. **Remedies for non-performance: perspectives from CISG, Unidroit Principles & PECL.** Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.html#14-2>. Acesso em: 25 jun. 2015).

⁴⁰⁸ Nesse sentido, conferir: “*The text of CISG was written by legal practitioners who sought to weave an integrated legal system on international sales transactions from the threads of a multitude of legal systems with rich histories and varying philosophies underpinning contract law and economic theory.*’ However, a treaty is only as good as its implementation and interpretation. Since a goal of the Convention is the unification of the law pertaining to international sales, predictability and certainty of interpretation is desirable. Unfortunately, there is no single judicial body charged with applying the Convention. Rather, domestic fora, whether they be national courts or arbitration panels, will interpret the provisions.” (DARKEY, Joanne M. A U.S. Court’s Interpretation of damage provisions under the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a preliminary step towards an international jurisprudence of Cig or a missed opportunity? **Journal of Law and Commerce**, 1995-1996, v. 15, p. 140).

⁴⁰⁹ A Convenção deve ser vista como um edifício, que é construído com os compromissos firmados entre os diferentes tijolos, os quais nem sempre se encaixam, mas que precisam ser distribuídos a partir da interpretação de cada um deles, a fim de formar uma construção completa e uniforme, que forneça soluções aceitáveis nos diferentes sistemas jurídicos, econômicos e sociais (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Op. cit., 2014, p. 150).

CISG harmonizar as regras do Direito material entre os países, oferecendo um marco institucional mais seguro e previsível aos agentes econômicos internacionais e reduzir, com isso, os custos de transação, tem-se a insegurança de algumas vezes ter que litigar em um ordenamento jurídico desconhecido⁴¹⁰.

Diante desse cenário, passa-se a analisar as decisões judiciais e arbitrais que aplicaram e interpretaram a regra da previsibilidade do dano no âmbito da CISG para, posteriormente, avaliar, mediante a Análise Econômica do Direito, a forma como o posicionamento de juízes e árbitros afeta os custos de transação dos negócios comerciais internacionais. Cabe esclarecer que a análise se restringe às decisões proferidas no âmbito da CISG, uma vez que o foco central deste estudo está na regra da previsibilidade do dano no Direito do Comércio Internacional.

4.7.1 Análise das decisões judiciais e arbitrais que aplicaram e interpretaram a regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG

Como já visto anteriormente, para que a CISG consiga atingir a sua finalidade de aplicação uniforme, é necessário que leve em conta a jurisprudência já estabelecida. Os principais destinatários da exigência de se promover uma aplicação uniforme são juízes e árbitros que devem levar em conta as decisões dos tribunais nacionais e as sentenças de tribunais arbitrais, com o objetivo de desenvolver uma interpretação comum da CISG. Não é por outra razão que renomadas instituições organizaram repertórios de jurisprudências a fim de facilitar a interpretação da Convenção⁴¹¹.

Nessa linha, desde 1988, a Uncitral estabeleceu um sistema de jurisprudência para auxiliar juízes, árbitros, advogados e partes de transações comerciais, tornando disponíveis as decisões de tribunais estatais e arbitrais, interpretando textos de Convenções e Leis Modelo, a fim de promover a sua interpretação e aplicação uniforme. Diante do grande

⁴¹⁰ Nesse cenário, a escolha pela arbitragem é recomendável, pois permite a redução dos “custos de transação” em virtude, principalmente, da agilidade com que é concluída e especialmente diante da especialização e da imparcialidade dos árbitros. A maior eficiência da arbitragem na solução de disputas cria, inclusive, incentivos para o adimplemento das obrigações contratuais pelas partes (SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Op. cit., 2008).

⁴¹¹ A Secretaria da Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional estabeleceu um sistema de informações chamado CLOUT (*Case Law On Uncitral Texts* - Disponível em: <http://www.uncitral.org/clout/index.jsp>), como fim de possibilitar a troca de decisões relativas às Convenções da Uncitral, e outras instituições renomadas. Vale conferir CISG-online.ch, disponível em: <http://www.cisg-online.ch/>; o site do Instituto de Direito Comercial Internacional da Escola de Direito de Pace, disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/>; o Unilex, disponível em: <http://www.unilex.info/>; site da Faculdade de Direito da Universidade de Basel (Suíça), disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org>; site organizado pelo Prof. Claude WITZ (CISG – France), disponível em: <http://www.cisg-france.org>.

número de casos relacionados com a CISG, a Comissão solicitou, em 2001, uma ferramenta especificamente projetada para apresentar informações sobre a Convenção de forma clara, concisa e de maneira objetiva. Esse pedido deu origem ao Digesto, publicado pela primeira vez em 2004, que reflete a evolução da jurisprudência sobre a Convenção, com o objetivo de uma interpretação uniforme⁴¹².

De acordo com a última versão do Digesto, publicada em 2012, decisões concluíram que a parte inadimplente não podia prever as seguintes perdas: aluguel de máquinas pelo subcomprador do comprador⁴¹³; processamento de mercadorias num país diferente na sequência da entrega tardia⁴¹⁴; pagamento excepcionalmente grande para o fornecedor do frete⁴¹⁵; honorários advocatícios com a disputa do fornecedor do frete⁴¹⁶; custo de recomposição de uma máquina de moedura que excedeu o preço do fio a ser moído⁴¹⁷; lucros perdidos quando o vendedor não conhece os termos do contrato com o subcomprador⁴¹⁸; custo de inspecionar as mercadorias no país importador ao invés de no país exportador⁴¹⁹; custos de preparação incorridos pelo comprador⁴²⁰; e perda de reputação e de clientela⁴²¹.

⁴¹² A última versão do Digesto foi publicada em 2012 e está disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>.

⁴¹³ China International Economic and Trade Arbitration Commission, People's Republic of China, 20 June 1991, *Zhongguo Guoji Jingji Maoyi Zhongcai Caijueshu Xuanbian* (1989-1995) (Beijing 1997), n. 75 [429-438] (*rental of machinery by buyer's sub-buyer not foreseeable by breaching seller*).

⁴¹⁴ Clout case n. 294 [Oberlandesgericht Bamberg, Germany, 13 January 1999] (*breaching party could not foresee that late delivery would require processing in Germany rather than Turkey*).

⁴¹⁵ Stockholm Chamber of Commerce, Sweden, 1998, Unilex (*aggrieved buyer's payments to freight forwarder exceptionally large and therefore reduced by 50 per cent*).

⁴¹⁶ Stockholm Chamber of Commerce, Sweden, 1998, Unilex (*aggrieved buyer's attorney's fees for dispute with freight forwarder*).

⁴¹⁷ Clout case n. 235 [Bundesgerichtshof, Germany, 25 June 1997] (*expense of resurfacing grinding machine not foreseeable because not reasonable in relation to price of wire to be ground*).

⁴¹⁸ Clout case n. 476 [Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 6 June 2000 (Arbitral award n. 406/1998)] (*buyer's damages for lost profit reduced to 10 per cent of price because breaching seller did not know terms of sub-sale*).

⁴¹⁹ Clout case n. 474 [Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 24 January 2000 (Arbitral award n. 54/1999)] (*seller could not foresee inspection abroad which was alleged to lead to a loss of reputation of the goods sold*).

⁴²⁰ Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 30 October 2006 (Trolleybus case), English translation available on the Internet at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061030sb.html> (*penalties for delay awarded*).

⁴²¹ "Decisions have found that the breaching party could not have foreseen the following losses: rental of machinery by buyer's sub-buyer; processing goods in a different country following late delivery; an exceptionally large payment to freight forwarder; attorney's fees in dispute with freight forwarder; the cost of resurfacing a grinding machine where that cost exceeded price of wire to be ground; lost profits where breaching seller did not know terms of contract with sub-buyer; the cost of inspecting the goods in the importing country rather than exporting country; necessary preparation costs incurred by the buyer. One court held that loss of reputation and loss of clientele is not generally foreseeable." (UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016).

Por outro lado, ainda de acordo com a última versão publicada do Digesto, em 2012, diversas decisões entenderam que os prejuízos alegados eram previsíveis⁴²². Uma das decisões afirma que o vendedor de bens a um comprador de varejo deve prever que o comprador revenderia a mercadoria⁴²³, enquanto um tribunal arbitral entendeu que um vendedor inadimplente poderia ter previsto as perdas do comprador porque as partes haviam se correspondido extensamente sobre problemas com fornecimento⁴²⁴. Outra decisão concluiu que um comprador que não pagou antecipadamente o preço, como previsto no contrato, poderia prever que um vendedor de bens fungíveis perderia a sua margem de lucro⁴²⁵.

Ainda de acordo com o Digesto, outro tribunal atribuiu 10% do preço como danos a um vendedor que tinha fabricado os bens diante de uma ordem especial do comprador, observando que um comprador poderia esperar tal margem de lucro do vendedor⁴²⁶. Foi reconhecido, também, que um comprador poderia prever que a falta de estabelecimento de uma carta de crédito, tal como exigido pelo contrato de venda, impediria o vendedor de utilizar um navio fretado, destinado ao transporte das mercadorias, sendo recuperável a perda do vendedor incorrida com o subfretamento do navio⁴²⁷. Um tribunal arbitral

⁴²² “On the other hand, several decisions have explicitly found that claimed damages were foreseeable. One decision states that the seller of goods to a retail buyer should foresee that the buyer would resell the good, while an arbitration tribunal found that a breaching seller could have foreseen the buyer’s losses because the parties had corresponded extensively on supply problems. Another decision concluded that a breaching buyer who failed to pay the price in advance, as required by the contract, could foresee that an aggrieved seller of fungible goods would lose its typical profit margin. A majority of another court awarded 10 per cent of the price as damages to a seller who had manufactured the goods to the special order of the buyer; the majority noted that a breaching buyer could expect such a seller’s profit margin. It has also been held that a buyer could foresee that its failure to establish a letter of credit as required by the sales contract would leave the seller with a chartered vessel, intended to transport the goods, that it could not use; the loss the seller incurred in sub-chartering that vessel was thus recoverable under article 74. An arbitral tribunal held that it was foreseeable that a buyer would finance its purchases and would have to pay interest on such financing”. (Id., *ibid.*).

⁴²³ Clout case n. 168 [Oberlandesgericht Köln, Germany, 21 March 1996] (*the seller of goods to a retail buyer should foresee that the buyer will resell the good*). See also Clout case n. 47 [Landgericht Aachen, Germany, 14 May 1993] (*buyer who failed to take delivery of electronic ear devices could foresee the seller’s delivery losses*).

⁴²⁴ Clout case n. 166 [Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, Germany, 21 March, 21 June 1996] (*tribunal assumed, in its discretion as provided by domestic law, that the amount of loss caused could be foreseen*).

⁴²⁵ Clout case n. 427 [Oberster Gerichtshof, Austria, 28 April 2000] (*breaching buyer can foresee that aggrieved seller of fungible goods would lose its typical profit margin*).

⁴²⁶ Clout case n. 217 [Handelsgericht des Kantons Aargau, Switzerland, 26 September 1997] (*dissent argues that seller had not sufficiently proven the amount of its damages*).

⁴²⁷ Clout case n. 631 [Supreme Court of Queensland, Australia, 17 November 2000].

considerou, ainda, que era previsível que um comprador iria financiar as suas compras e que teria que pagar juros sobre esse financiamento⁴²⁸.

Como o mesmo objetivo de verificar a forma como os tribunais estatais e arbitrais têm aplicado e interpretado a regra da previsibilidade do dano no âmbito da CISG, fez-se nesse estudo o levantamento de todas as decisões publicadas pelo Instituto de Direito Comercial Internacional da Escola de Direito de Pace sobre o art. 74 da Convenção⁴²⁹. Das 912 decisões levantadas, selecionaram-se aquelas que faziam referência à previsibilidade do dano, utilizando como filtro as palavras “*foreseeability*”, “*foresaw*”, “*foreseeable*” e “*foreseen*”. Excluíram-se aquelas que traziam apenas a transcrição pura e simples do art. 74, restando, desse modo, 189 decisões analisadas.

Após a referida análise, mais 30 decisões foram excluídas, algumas pelo fato de apenas citarem o art. 74, sem discussão efetiva quanto à regra da previsibilidade, enquanto outras porque estavam disponíveis apenas em idiomas como alemão, holandês, etc, e outras, ainda, por apenas fazerem menção irrelevante das palavras utilizadas como filtro. Restaram, então, 159 decisões, identificadas na planilha anexada ao final deste estudo (Anexo).

Da análise das referidas decisões foram considerados previsíveis danos como: valores gastos com a contratação de agência de cobrança⁴³⁰; danos com armazenagem de

⁴²⁸ Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 1 October 2007 (Timber case), English translation available on the Internet at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071001sb.html>.

⁴²⁹ Disponível em: http://www.cisg.law.pace.edu/cgi-bin/isearch?DATABASE=cases2&SEARCH_TYPE=ADVANCED&ISEARCH_TERM=articles/74&ELEMENT_SET=TITLE&MAXHITS=500.

⁴³⁰ Alemanha, 10 de junho de 1980, primeira instância de Essen, Alemanha [Precedente ULIS] [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/800610g1.html>], onde se destaca: “*The [seller] is also entitled to compensation for collection expenses based on Article 82. According to this provision the [seller]'s loss resulting from the breach of contract is to be compensated. The principle of full compensation is applicable. This includes indirect losses. Expenses accrued in collecting an outstanding debt constitute such indirect damages, insofar as delay in payment was the reason for collection. This is the case in the present dispute. However, the extent of the collection expenses requires further examination. Such expenses are limited to damages that the party in breach ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract. The [buyer] could have foreseen at the time of the conclusion of the contract that non-payment would prompt the [seller] to seek collection of outstanding debts. Commissioning a Dutch collection agency suggested itself. In the present dispute, it did not constitute a failure to mitigate damages on the part of the [seller] to employ a collection agency at its place of business. Consequently, the Court only needs to ascertain the amount of the collection costs*”; Alemanha, 3 de junho de 1983, primeira instância de Konstanz [Precedente ULIS] [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/830603g1.html>], onde se destaca: “*Aside from the claim for interest, the Court also awarded the [seller] damages under Art. 82 ULIS for costs incurred by employing a collection agency. The court held that these expenses belonged to the costs to be compensated in cases of delayed payment “which the [buyer] ought to have foreseen as a possible consequence of the breach at the time of the conclusion of the contract [...].”*”

produto não aceito⁴³¹; lucros cessantes⁴³²; custos legais/judiciais⁴³³; danos perante terceiros⁴³⁴; valores gastos com terceiros para remediar os prejuízos⁴³⁵; e danos previstos no contrato⁴³⁶.

⁴³¹ Procedimento Arbitral CCI nº 7585 de 1992 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html>]. Ao adotar o critério de *usualidade*, o Tribunal Arbitral entendeu que os danos reclamados seriam indenizáveis, porquanto geralmente previsíveis em casos de inadimplemento contratual – destaque-se: “*The arbitral tribunal found that the damages claimed by the seller, namely, on the one hand damages for preservation of the undelivered machinery and costs and expenses (legal costs, arbitration), and on the other hand, damages for loss of profit, should be considered as foreseeable according to article 74 CISG, as such damages were usual in situations of avoidance of a contract for breach of one party.*”

⁴³² Procedimento Arbitral CCI nº 7585 de 1992, [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html>]; China, 20 de dezembro de 1993, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931220c1.html>] - pleito de indenização parcialmente acolhido; China, 25 de setembro de 1994, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941025c1.html>], onde se destaca: “[*According to Article 74 of CISG, [Seller] shall pay a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by [Buyer] as a consequence of the breach. [Buyer] is a trading company, so [Seller] ought to foresee that [Buyer] would suffer loss of anticipatory profits and indemnification to its client as a consequence of the breach.*”]; China, 28 de abril de 1995, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950428c1.html>]; Procedimento Arbitral CCI nº 8786, de janeiro de 1997 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html>], juntamente com o conhecimento do negócio da parte inocente, tem-se considerado o conhecimento da natureza dos produtos. Entendeu-se, nesse caso, que o vendedor em violação deveria saber que o comprador era um atacadista de roupas e que os produtos eram de natureza sazonal. Por essa razão, o vendedor era obrigado a saber e prever que a entrega em atraso significaria que os produtos somente poderiam ser vendidos por um preço reduzido, uma vez que estariam sendo vendidos fora de sua época e, portanto, os lucros seriam perdidos; Procedimento Arbitral CCI nº 8611, de 23 janeiro de 1997 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html>]; China, 4 de abril de 1997 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970404c1.html>]; China, 10 de julho de 1997, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970710c1.html>]; Suíça, 3 de dezembro 2002, Tribunal Comercial de St. Gallen [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>]. O tribunal afirmou que, via de regra, lucros cessantes são resultados previsíveis do não cumprimento das obrigações contratuais, sendo que a definição prévia da extensão e do valor dos danos não seriam condições necessárias para classificá-los como previsíveis, bastando a capacidade de prever a “possibilidade geral” da ocorrência dos danos devido a quebra do contrato.

⁴³³ Procedimento Arbitral CCI nº 7.585, de 1992, [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html>]; Alemanha, 13 de março de 1997, primeira instância de Berlim [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970313g1.html>]. A autora holandesa processou o réu alemão por pleitear o reembolso das despesas incorridas na cobrança da dívida e contratou, para tanto, os serviços de uma agência de cobrança. Apesar de a decisão ter considerado que os custos de cobrança se tratavam de danos previsíveis e possivelmente indenizáveis, entendeu-se que a autora poderia ter iniciado uma demanda judicial, incorrendo em custos menores, sem necessariamente ter que contratar a referida agência, razão pela qual tais custos foram considerados não indenizáveis. Os honorários advocatícios, por sua vez, foram considerados gastos previsíveis e indenizáveis; Suíça, 12 de março de 2004, o Tribunal de Willisau [<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040312s1.html>] afirmou que: “*the costs for legal counsel can constitute damages to be compensated, if the breach of contract gives reasonable cause for this prosecution of an action*”; China, 22 de agosto de 2005, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050822c1.html>], em que o custo incorrido pela parte lesada em ação judicial ajuizada por terceiro foi tido como indenizável; Alemanha, 29 de maio de 2012, primeira instância, Colônia [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120529g1.html>], assim destacou: “*Furthermore prosecution costs can be compensated as far as they are reasonable.*” Vale notar que há dúvidas com relação especificamente aos honorários de advogado dispendidos pela parte credora diante do inadimplemento contratual, ou seja, se estes deveriam ou não ser incluídos no montante das perdas e danos. Os argumentos contrários à inclusão dos honorários no cômputo das perdas e danos é que eles não seriam previsíveis. Na tentativa de se sanar tais dúvidas, o Parecer nº 6, do Conselho Consultivo da CISG, considera que os honorários de advogado não deverão fazer parte das perdas e danos, nem mesmo os gastos com o processo, pois seriam contrários ao princípio da equidade expresso pelos arts 45 e 61 da CISG e, sobretudo, pelo fato de as perdas e danos somente poderem ter como origem a inexecução de uma obrigação. A mesma Opinião 6, contudo, considera que o art. 74 não se opõe a que um tribunal conceda uma parte dos honorários quando há previsão contratual ou a lei nacional aplicável autoriza (KUYVEN, Fernando; PIGNATTA,

Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena.** Compra e venda internacional de mercadorias. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 741-742).

⁴³⁴ China, 25 de setembro de 1994, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941025c1.html>]; China, 28 de novembro de 2001, Superior Tribunal Popular da Província de Jiangsu [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011128c1.html>]. A Corte superior reformou o julgamento de primeira instância para ampliar o rol de danos previsíveis, com base nas circunstâncias negociais do contrato. Afirmou-se que cortes inferiores erraram na aplicação da Convenção, ao deixar o dano do comprador com terceiros fora do escopo da indenização devida; Holanda, 1 de março de 2006, Corte distrital de Arnhem [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060719n1.html>]. O Tribunal entendeu que os danos reclamados, especialmente em relação a terceiros, eram previsíveis, uma vez que o vendedor deveria prever que o comprador iria revender o produto e, caso houvesse quebra do contrato, estaria inapto a cumprir suas obrigações contratuais avençadas com terceiros: “[*Seller*] knew or ought to have known (as discussed above) that [*Buyer*] resold the steel it ordered to third parties. [*Seller*] could thus foresee at the time of contract conclusion that a non-delivery by [*Seller*] would lead to the result that [*Buyer*] would be unable to fulfil its obligations towards its customers and that the business relationship between [*Buyer*] and its customers could be disturbed. Reliability regarding abiding by obligations is simply the essence of trade relations.” República da Coreia, 23 de fevereiro de 2009, Suprema Corte de Seul [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090223k3.html>].

⁴³⁵ Rússia, 16 de março de 1995, Procedimento arbitral 155/1994 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>]; Alemanha, 23 de junho de 1995, primeira instância, Munique [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950623g1.html>], em que se destaca: “*The [buyer]’s claim for damages is based on Art. 74 CISG and encompasses all of the loss suffered by the [buyer] as a consequence of the [seller]’s breach. This includes the expenses of DM 6,270.90 for the substitute performance, with which the [buyer] declared the set-off, and which are undisputed regarding the amount. The [seller] could have foreseen that expenses to remedy the non-conformity might result from the breach of contract. [Seller] could have also foreseen the extent of those expenses (Art. 74 CISG)*”; Procedimento Arbitral CCI nº 8611, de 23 janeiro de 1997 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html>]; Alemanha, 8 de janeiro de 1997, o Tribunal de apelação de Colônia [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html>] destaca que o vendedor holandês havia entregado máquinas para curtumes ao comprador alemão. A fim de ajustar as peças do equipamento, que apresentaram defeitos, o vendedor recolheu os produtos com a promessa de devolvê-los dentro de um período de tempo acordado. Como o vendedor não retornou as máquinas dentro desse período, o comprador contratou um terceiro para o tratamento de seus produtos de couro. Diante disso, o vendedor ajuizou a ação requerendo indenização pelas perdas e danos sofridos. O comprador também reclamou danos. O Tribunal entendeu que os danos reclamados pelo comprador eram previsíveis pelo vendedor, pois era evidente que o comprador teria que contratar com terceiros caso o vendedor não retornasse os produtos.

⁴³⁶ Espanha, 24 de abril de 2009, o Tribunal de Apelação de Alicante [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090424s4.html>] destaca que, em contraste com o famoso caso Zapata, a decisão entendeu que os custos gastos pelo lesado com empresa especializada e escritório de advocacia contratados para assessorá-lo no caso podiam ser indenizáveis, eis que havia expressa previsão contratual no pacto das partes: “*The lower court had found that the German seller was not entitled to claim the costs of extrajudicial claims made by a specialized company and a law firm on the basis that such expenses may not include damages that might not be foreseeable by the respondent, as they consist of voluntary business actions. However, the Alicante Provincial High Court found that such costs could indeed be claimed because the Spanish buyer was aware of these collection efforts and of their amount, and because the terms and conditions of the contract between the parties established that, in the event of delay on the part of the buyer, the seller would be entitled to demand, in addition to interest of 12 per cent for late payment, expenses incurred due to payment notices, extrajudicial costs and costs incurred by resorting to the Austrian Creditors’ Protection Association or by engaging a lawyer; that is, costs which would have been properly required in each case to ensure collection. The Court considered this claim to be included in article 74 CISG*”; Rússia, 17 de junho de 2004, o Procedimento arbitral 186/2003 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040617r1.html>] destaca: “*As for the amount of the Claimant’s claim for recovery of the loss, the Tribunal states that their purpose is the compensation of the damages caused by the nonperformance of the payment obligations by the Respondent. Violating its obligations, the Respondent could not have been unable to foresee the possible consequences of the violations during the conclusion of the contract and, especially, during the execution of the contract. The Respondent knew for sure that since by virtue of the barter nature of the contract the performance of the payment obligation is to be carried out by means of the counter deliveries of the goods to the addresses of the Claimant’s customers (which is confirmed by clause 2.21 of the contract), the violation of the payment obligation will inevitably result in nonperformance of Claimant’s obligations towards its customers and as a consequence it will result in the impossibility of the Claimant to receive the expected revenue. Thus,*

Por vezes o critério de *business person* foi utilizado para determinar a previsibilidade dos danos no caso concreto⁴³⁷. Percebeu-se em diversas decisões, que parceiros comerciais experientes têm a capacidade de prever que causarão danos caso descumpram o contrato⁴³⁸. Tais decisões aplicaram o padrão dito “objetivo da regra da previsibilidade”⁴³⁹, mencionando-se até *an ideally typical obligor*⁴⁴⁰.

Claimant's claim for recovery of the loss complies with the provisions of art. 74 CISG with regard to the ability of the Respondent foresee the possible consequences of its breach of the contract.”

⁴³⁷ Espanha, 10 de março de 2009, Tribunal de Apelação de Madrid [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090310s4.html>], revela que o caso envolveu um contrato para a venda de 20.880 garrafas de vinho. Durante a distribuição do vinho, o comprador alemão começou a receber reclamações de clientes e diversas garrafas foram devolvidas devido à qualidade defeituosa do produto. O vendedor não contestou as deficiências do produto e admitiu que eles tinham sido esterilizados com ácido sórbico. O comprador encomendou uma análise especializada sobre o vinho, que detectou que as amostras continham ácido benzoico, proibido no processamento de vinho. Reformando a decisão de primeira instância, o Tribunal entendeu que o vendedor estava ciente da adição de ácido benzóico no vinho fornecido, e sabia, como um atacadista do setor, que era inapropriado adicioná-lo, sendo previsível, portanto, que seria impossível vendê-lo para terceiros e que o comprador, conseqüentemente, sofreria perdas. O comprador não tinha a qualidade de consumidor final, mas de comerciante, pretendendo, assim, revender o vinho a terceiros e obter lucro: “*Disagreeing with the reasoning of the lower court's ruling, the appeals court considered that the economic loss suffered in this regard was indeed foreseeable at the time of the conclusion of the contract. Simply because the seller was aware of the addition of benzoic acid to the wine supplied, and knew as a wholesaler in the sector that it was inappropriate to add that substance to wine, it was therefore foreseeable that it would be impossible to sell it to third parties and that the buyer would consequently suffer a certain loss. The buyer did not have the status of end consumer but of merchant, according to which status the buyer aimed to resell what it had acquired to third parties, consequently making a profit from the markup applied to the resale price. The defective quality of the wine intended by the buyer for resale to third parties was the foreseeable cause of a loss of profit*”.

⁴³⁸ Alemanha, 23 de março de 1978, a decisão da Corte de apelação de Hamm [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/780323g1.html>] entendeu que o comprador sabia das conseqüências do descumprimento do contrato, e não poderia, por isso, repassar esse risco ao vendedor, eis que o assumiu quando da celebração da contratação. A corte, ao analisar as circunstâncias do contrato, ressaltou que o vendedor era um “homem de negócios” e, por essa razão, não podia se esquivar do dever de prever as conseqüências do inadimplemento contratual, devendo indenizar, inclusive, as perdas incorridas pelo vendedor em relação a terceiros, como exemplo o fornecedor contratado para providenciar as peças necessárias para a fabricação da mercadoria que seria vendida; China, 18 de dezembro de 1996, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961218c1.html>]. Segundo o Tribunal, era previsível para o comprador, uma empresa que atua no comércio internacional, que o vendedor, comerciante profissional, tomaria empréstimo bancário para comprar os bens a serem revendidos ao comprador, sendo este dano, portanto, indenizável: “*It was foreseeable to the [Buyer] as a company engaged in international trade in light of the fact that the [Seller] was extended credit by the bank to purchase the goods as a professional trade company*”; Finlândia, 26 de outubro de 2000, Tribunal de apelações de Helsinki, [<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001026f5.html>]. Uma empresa suíça comprou carpetes de plástico de uma empresa finlandesa para revender no mercado suíço. A questão discutida diz respeito à existência ou não de direito de exclusividade de venda e, em caso positivo, se houve violação dessa disposição, para então se determinar a previsibilidade e conseqüente indenização dos danos reclamados. Mesmo sem expressa previsão de exclusividade, o vendedor foi condenado ao pagamento de danos – lucros cessantes, danos à reputação do comprador, dentre outras despesas gerais com venda e marketing. A decisão de primeira instância, confirmada em segunda, utilizou-se do critério de “parceiro comercial experiente” para entender os danos como previsíveis: “*The Courts concluded that as an experienced business partner, the Seller should have anticipated the Buyer's losses in this case*”; Rússia, 23 de dezembro de 2004, Procedimento arbitral 97/2004 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041223r1.html>]; Sérvia, 23 de janeiro de 2008, o Tribunal Arbitral estrangeiro vinculado à Câmara de Comércio Sérvia [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080123sb.html>] destacou: “*The provisions regarding foreseeability of harm (Article 7.4.4) provide that the non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from his non-performance. [Seller], who professionally does business, certainly falls in to the category of people who could have at the conclusion of*

the contract foreseen and expected the consequences for the contracting party due to non-delivery of goods whose origin is not in conformity with the contract"; Sérvia, 15 de junho de 2010, Tribunal Arbitral estrangeiro vinculado à Câmara de Comércio Sérvia [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100615sb.html>].

⁴³⁹ Estados Unidos, 6 de dezembro de 1995, o Tribunal Federal de Apelação (2º Circuito) [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>], ao analisar a previsibilidade dos danos, a decisão afirmou que era objetivamente previsível que Delchi iria aceitar ordens de compra baseada no número de compressores que havia ordenado e que esperava ter prontos para a temporada: *"it was objectively foreseeable that Delchi would take orders for Ariele sales based on the number of compressors it had ordered and expected to have ready for the season. The district court was entitled to rely upon the documents and testimony regarding these lost sales and was well within its authority in deciding which orders were proven with sufficient certainty"*; Áustria, 6 de fevereiro de 1996, Suprema Corte [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>], em que a decisão entendeu que quando a venda é realizada para um comerciante, está implícito que este destinará os produtos à revenda e, portanto, estará sujeito a perdas e danos. Segundo os comentários do editor, esse é o caso paradigma da Suprema Corte austríaca em relação aos arts. 74 e seguintes da CISG: *"Th[is] is the leading case in the practice of the Austrian Supreme Court concerning Articles 74 et seq. CISG. In this context the Court held that the assessment of damages is determined by the 'foreseeability test' as provided by Article 74 CISG. Therefore, it is of significant importance for the assessment of damages what the loyal party may have expected at the time of the conclusion of the contract as result of the correct performance by the other party. Thus, damages for all foreseeable loss, including loss of profits as well as consequential damages and damages for delayed performance, are recoverable pursuant to Article 74 CISG. In the actual case, the Austrian Supreme Court held that lost profits which a buyer could have gained from resale, had the seller properly performed his or her contractual obligations, must be compensated if such profit from resale was foreseeable for the party in breach, and that, whenever commercial goods are sold to a merchant, no further proof of the foreseeability of a resale-transaction is required. [In the case in question, even the defendant admitted that it was obvious to him that the goods would be resold.]"*; Rússia, 12 de março de 1996, a decisão do Procedimento arbitral 166/1995 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960312r1.html>] se baseia na posição de empresário e comerciante da parte lesada para confirmar que os danos eram previsíveis. O Tribunal afirmou que "a experiência do comprador nas atividades empresarial e comercial permitia que ele não só previsse o fato de que o comprador iria sofrer prejuízos em decorrência da violação do contrato, mas também tivesse a possibilidade de evitá-los", razão pela qual o vendedor foi condenado a indenizar o comprador: *"the [seller]'s experience in business and commercial activity allowed him not only to foresee the fact that the [buyer] would suffer loss as a result of the breach of the contract, but also the possibility to avoid it"*; Alemanha, 21 de maio de 1996, a decisão do Tribunal de Apelação, de Colônia [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html>] também se baseia na posição de comerciante do comprador, que assim destaca: *"The [seller] knew that the [buyer] did not buy the car for his own use, but in his capacity as a car dealer. The [seller] thus had to reckon that the delivery of non-conforming goods would make the [buyer] liable towards his customer. In view of this, the foreseeability of the damages could only be denied if the damages would have to be considered as so exceptionally high that the [seller] did not have to reckon it."*; Finlândia, 12 de novembro de 1997, a decisão do Tribunal de Apelação de Turku [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970117f5.html>] analisou a questão da previsibilidade ao julgar o pedido contraposto do comprador de indenização pelos prejuízos sofridos com os seus contratos de revenda. Segundo a decisão, tais danos eram previsíveis pelo vendedor à época da contratação, eis que o comprador só celebrou o contrato de compra e venda confiando na qualidade dos produtos do vendedor. Ademais, as partes mantiveram uma relação de longo prazo, o que permitia que o vendedor vislumbrasse as consequências econômicas do inadimplemento contratual. Houve apelação do caso, tendo a Corte destacado que para se determinar a previsibilidade dos danos é suficiente que, no momento da contratação, a parte inadimplente estivesse, *objetivamente*, em posição de prever os danos, ressaltando que mesmo os danos incomuns e excepcionalmente elevados podem ser considerados indenizáveis, bastando que a parte lesada os tenha especificado no contrato. Além disso, a previsibilidade pode ser definida a partir da "experiência" de um comerciante, recaindo o ônus da prova sobre a parte lesada. No caso concreto, a Corte entendeu que os danos sofridos pelo comprador eram previsíveis, pois além das razões mencionadas anteriormente, as partes estabeleceram uma extensa e crescente negociação, de modo que o vendedor tinha condições suficientes para prever os prejuízos advindos de eventual inadimplemento; Suíça, 28 de outubro de 1998, o Tribunal da Suprema Corte [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>], adotou entendimento diverso ao das instâncias inferiores, defendendo que não é necessário que o vendedor saiba dos possíveis danos diante das circunstâncias concretas do caso. Importava constatar, apenas, que sabia que se tratava de um revendedor, de modo que deveria ter previsto que o inadimplemento contratual traria danos à reputação, entre outros.

Algumas decisões, por sua vez, utilizaram o conhecimento específico da parte inadimplente para definir o dano como previsível, aplicando o padrão dito “subjetivo”⁴⁴¹, destacando-se os casos em que a parte foi previamente informada das peculiaridades do caso e/ou das intenções da parte lesada⁴⁴².

⁴⁴⁰ Alemanha, 27 de janeiro de 1981, a decisão da primeira instância de Heidelberg [Precedente ULIS] [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/810127g1.html>] rejeitou os pleitos do vendedor, alegando que a regra de previsibilidade contida no art. 82 da ULIS é mais restritiva do que a fórmula utilizada na legislação alemã, que adota o ponto de vista de “um observador ideal”. A ULIS, por sua vez, segundo a decisão, não se basearia nessa ideia, mas sim na concepção de “um devedor idealmente típico”. Diante disso, no caso, foi ressaltado que o fato de a parte sofrer uma perda não é o fator decisivo para a caracterização da previsibilidade, mas sim o fato de que a perda a ser compensada possa ser efetivamente atribuída à contraparte, razão pela qual o art. 82 da ULIS não serve apenas para proteger os interesses do credor, mas também do devedor, que não pode ser responsabilizado por aquilo que não previa.

⁴⁴¹ China, 5 de setembro de 1994, segundo a decisão do Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940905c2.html>], o vendedor sabia os motivos pelos quais o comprador celebrou o contrato, de modo a ter condições de prever os danos que causaria; Alemanha, 21 de setembro de 1995, em decisão da primeira instância, Kassel [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950921g1.html>] também se baseia no propósito do contrato. Diante das peculiaridades do caso, entendeu que os danos reclamados pelo comprador eram indenizáveis, inclusive os lucros cessantes, uma vez que o vendedor estava ciente de que o comprador tinha o propósito de revender os produtos adquiridos. Destaca nesse sentido que: “*According to Art. 45(1), (2) in conjunction with Art. 74 CISG, [Buyer] is entitled to a claim against [Seller] for compensation of its losses, including lost profit, because the latter at least could have foreseen the damage at the time of conclusion of the contract as a consequence of its breach of contract. [...] It is for the creditor claiming damages to demonstrate all corresponding requirements and to prove them before court (v. Caemmerer/Schlechtriem, Art. 74 para. 24). This also affects the issue of foreseeability which must be clearly assumed in relation to the immediate damage caused by the very act of non-performance which [Buyer] calculated at US \$608,879.77. The relevant representatives of [Seller] had been aware of [Buyer]’s contract with a third party and the dangers and opportunities attached thereto, which is established by the mutual correspondence and especially by the letter of 14 February 1994. It was plainly obvious for [Seller] that any breach of its own obligations could have led to the communicated damages*”; Áustria, 28 de abril 2000, a decisão da Suprema Corte [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html>] se baseia nas atividades comerciais usualmente desempenhadas pelo vendedor (lesado) e o lucro tipicamente obtido por ele, considerando-se os danos (lucros cessantes) previsíveis e indenizáveis: “*It is being said that loss of profit - the typical sales margin of the seller - is a damage that is foreseeable for a buyer who refuses to take delivery of the goods.*”

⁴⁴² China, 8 de março de 1996, segundo o Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960308c1.html>], as partes celebraram contrato de compra e venda para a comercialização de 500 toneladas de papelão enrugado, de acordo com as especificações estipuladas no contrato. Após a entrega do produto, o comprador enviou notificação ao vendedor, alegando que o peso dos produtos estava em desacordo com os termos do contrato, bem como a existência de outros defeitos que impediriam a fabricação de papel, atividade a qual se destinaria o produto. O vendedor, em resposta, informou que, se o comprador tivesse comunicado essa sua intenção de incorporar o produto à cadeia produtiva para posterior revenda, teria até mesmo indicado outro material, pois esse não estava apto a tanto. O comprador, contudo, entendia que o vendedor sabia de suas intenções, de modo que o processou para reclamar perdas e danos. O Tribunal entendeu que os danos reclamados eram previsíveis, pois quando da conclusão do contrato o comprador chegou a informar ao vendedor o nome e o endereço do destinatário final dos produtos, de modo que o vendedor sabia, ou ao menos deveria saber, que o propósito do comprador ao comprar os produtos era revendê-los para obter lucro: “*the Buyer informed the Seller of the name and address of the end user, so the Seller knew or ought to have known that the purpose for which the Buyer bought the goods was to resell them to its client for a profit*”; China, 5 de agosto de 1997, segundo o Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970805c1.html>], o vendedor admitiu que possuía conhecimento da relação mantida entre o comprador e terceiros, terceiros esses que reclamaram indenização contra o comprador, que os indenizou, e cobrou os custos do vendedor inadimplente; Rússia, 5 de março de 1998, no Procedimento Arbitral 160/1997 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980305r2.html>] o Tribunal constatou que o comprador havia informado ao vendedor que havia celebrado contrato de revenda das mercadorias, razão pela qual o vendedor sabia dos possíveis danos; Procedimento Arbitral CCI, 20 de dezembro de 1999 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/>]

Há decisões, ainda, que adotam tanto o padrão subjetivo como o objetivo da regra⁴⁴³. É o caso, por exemplo, do procedimento arbitral CCI nº 9187/1999, em que o Tribunal ponderou que caso não haja prova evidente da previsibilidade, deve-se proceder ao exame subjetivo e objetivo do caso, tendo em vista, respectivamente, os fatos que o requerido conhecia ou deveria ter tido conhecimento. O Tribunal manifestou que mesmo que não estivesse convencido de que o requerido previu os danos quando da celebração do contrato, ele deveria, ao menos, ter previsto os danos à luz do exame objetivo, eis que qualquer pessoa razoável em sua posição teria previsto as perdas decorrentes da não entrega conforme dos produtos⁴⁴⁴.

O mesmo ocorreu no *Bullet-proof vest case*, de jurisdição grega⁴⁴⁵. Nesse caso, que é uma das melhores decisões analisadas, destacou-se que a questão da previsibilidade deve ser analisada de acordo com um critério subjetivo (tinha previsto) ou de acordo com o

[991220i1.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991220i1.html)]. Nesse caso, o Tribunal constatou que as partes tinham uma relação comercial de longo prazo, e que o vendedor estava ciente da revenda pretendida pelo comprador; Sérvia, 30 de outubro de 2006, Tribunal Arbitral estrangeiro vinculado à Câmara de Comércio Sérvia [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061030sb.html>].

⁴⁴³ Áustria, 14 de janeiro de 2002, a Suprema Corte [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>] afirmou que um padrão “objetivo” seria aplicável, considerando-se o que seria previsível por uma “pessoa razoável” na mesma situação do devedor, sem se negar a subjetividade do caso, enfatizando-se que se o devedor sabe que a quebra contratual produzirá perdas incomuns ou anormalmente elevadas, sendo tais consequências também a ele imputáveis; Finlândia, 24 de maio de 2005, a Corte de Apelação de Turku [<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050524f5.html>] destacou: “*Consequential losses, such as loss of profit and the loss suffered by the buyer as a result of being held liable to a third party are compensable in the light of the foreseeability rule if the seller knew or a reasonable person in the same position and with the same knowledge ought to have known the relevant circumstances influencing the situation*” [...] “*The party in breach is only liable for damages he foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract. The basic approach is that the foreseeability of the damages is judged objectively by way of referring to a reasonable person in the same circumstances. However, if at the time of the conclusion of the contract the party that eventually is liable for the breach of contract has some special knowledge of the unusual risk, the liability may be extended*”. [...] “*As damages, the buyer claimed compensation it gave to its own customers for pulling the tainted products from the market, expenses resulting from buying back the tainted products from its customers, expenses resulting from destroying the tainted goods and related inventory write-downs, and expenses relating to examining the issue including wages, travel expenses, freight costs, chemical analysis costs, and destruction costs. The court determined that each of the items claimed by the buyer is recoverable under Article 74 CISG.*”

⁴⁴⁴ “[...] *the Arbitral Tribunal has to decide whether the damage was foreseeable taking into account the facts which Defendant knew (subjective assessment) or ought to have known (objective assessment). In the event of the objective assessment of the foreseeability it is relevant whether any reasonable person of the same kind and under the same circumstances as Defendant could have foreseen the possibility of the damage in the amount claimed [...] Even if the Arbitral Tribunal is not convinced that Defendant actually foresaw the losses claimed, the Arbitral Tribunal is of the opinion that Defendant at least ought to have foreseen them in the light of an objective assessment: Any reasonable person in Defendant's Position would have foreseen the possibility of a damage.*” (Procedimento Arbitral CCI nº 9.187, de junho de 1999 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html>]).

⁴⁴⁵ Grécia, 2009, Decisão 4505/2009, Membros da Corte de Primeira instância, Atenas [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html>].

critério objetivo (deveria ter previsto)⁴⁴⁶. Em relação ao critério subjetivo, a decisão afirma que devem ser levados em conta questões

tal como o seu conhecimento, no momento da celebração do contrato, do risco que causou o dano, as habilidades especiais ou o conhecimento que ele [o inadimplente] tem sobre o tipo específico da transação comercial, quaisquer informações relacionadas com a existência do risco que foram fornecidas⁴⁴⁷.

De acordo com a decisão, apenas no caso de ausência do critério subjetivo é que se deve analisar o critério objetivo. Essa objetividade é auferida de acordo com o padrão razoável do mercado no qual se insere a parte inadimplente, bem como à luz do propósito específico do contrato de compra e venda celebrado⁴⁴⁸. Dito isso, a Corte inclusive afirma que danos imateriais, como danos profissionais e à reputação, bem como a perda de clientela, usualmente não são considerados previsíveis⁴⁴⁹. Por essas razões, parte dos pedidos do vendedor foi acolhida, sendo rejeitados os pedidos de indenização por danos reputacionais formulados tanto pelo comprador⁴⁵⁰ quanto pelo vendedor⁴⁵¹, eis que não passariam no teste de previsibilidade “subjetivo”, tampouco no teste “objetivo”.

⁴⁴⁶ “Therefore, in order for the damage that the promisee of the obligation suffered due to the contractual breach of the promisor to be restored, the breaching promisor should have foreseen it (subjective foreseeability) or ought to have foreseen it (objective foreseeability) as a possible result of the contractual breach at the time the contract was concluded.” (Id., *ibid.*).

⁴⁴⁷ “In order to judge if there is subjective foreseeability of the promisor, subjective factors are taken into account which concern the promisor, such as his knowledge at the time the contract was concluded of the relative risk that caused the damage, the specialized skills or knowledge he has for the specific type of trade, any information in connection with the existence of the risk provided [to the promisor] by the promisee.” (Id., *ibid.*).

⁴⁴⁸ “If it is not concluded that the promisor had foreseen the damage, then it is examined if he ought to have foreseen the damage. The criterion for the affirmation of subjective foreseeability is the ability to foresee of the “ideal promisor”, i.e., of the prudent and “reasonable” representative of the circle of transactions in which the breaching promisor belongs, also in the light of the purpose of the specific sales contract [...] The object of the foreseeability is the nature [type] and extent of the damage as a possible consequence of the contractual breach, but not the contractual breach itself. Therefore, the breaching promisor is not liable for just any damage, instead his liability under CISG is limited to the foreseeable damage, even if the promisor has intentionally breached his contractual obligations.” (Id., *ibid.*).

⁴⁴⁹ “Thus, nonmaterial damage is not compensated, as well as damage suffered by the party to his professional reputation and damage from loss of clientele due to the nonconformity [of the goods] by the counterparty to the terms of the sales contract, since the said damage is not, as a general rule, considered to be foreseeable.” (Id., *ibid.*).

⁴⁵⁰ “The motion of the action by which the Buyer claims compensation for Euro 300,000.00 due to moral damage it sustained by the damage to its reputation caused by the Seller, the disturbance of its commercial relationships with main and privileged customers, the Ministry of Defense and the Greek Police, and the harm of the prestige and credibility of its goods to them, since, even if the actual facts of the brief of the action are deemed true, they cannot establish the liability of the Seller for monetary compensation of the Buyer, since nonproperty damage is not remedied by the CISG. In addition, based on the theory of foreseeability which applies to this contract, the Seller could not, based on the criteria referred to in the main thought, foresee the damage claimed by the Buyer to its business reputation and credibility (subjective

Por outro lado, da análise das decisões selecionadas foram considerados imprevisíveis: danos indiretos⁴⁵²; danos cujo valor extrapola o valor do próprio contrato⁴⁵³; danos derivados de contrato cujo objeto estava segurado⁴⁵⁴; juros⁴⁵⁵; danos morais pagos pelo comprador aos consumidores que adquiriram os produtos defeituosos entregues pelo vendedor⁴⁵⁶; e danos que simplesmente não foram provados pela parte lesada como

foreseeability), neither it was obliged to have foreseen it (objective foreseeability) as potential consequence of the contractual breach, throughout the contract.” (Id., *ibid.*).

⁴⁵¹ “The motion for the compensation of Euro 500,000.00, due to the damage incurred to the international reputation of the Seller which was caused when the Buyer declared the contract avoided and concluded a new sales contract with a competitor of the Seller, since, even if the actual facts of the brief of the action are deemed true, they cannot establish the liability of the Buyer for monetary compensation of the Seller, since nonproperty damage is not compensated under the CISG, while based on the theory of foreseeability which applies to this contract, the invoked damage of the Seller to its professional reputation could not, based on the criteria referred to in the main thought, be foreseen by the Buyer (subjective foreseeability), neither was the Buyer obliged to have foreseen it (objective foreseeability) as a potential consequence of the contractual breach, throughout the contract.” (Id., *ibid.*).

⁴⁵² China, 25 de fevereiro de 1993, segundo o Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070630c1.html>], nem todos os danos reclamados pelo comprador foram considerados previsíveis e, portanto, indenizáveis. O Tribunal Arbitral, ao analisar os “danos indiretos”, como “viagens aos EUA, treinamento da mão de obra, ociosidade das estações de trabalho recém construídas e lucros esperados”, entendeu que era difícil esperar que o vendedor os tivesse previsto quando da contratação, sendo que o contrário não foi provado pelo comprador. Assim, o Tribunal Arbitral limitou-se a condenar o vendedor a (i) reembolsar o preço pago pela aquisição do maquinário; (ii) ressarcir os custos incorridos para a abertura da carta de crédito necessária ao pagamento; e (iii) arcar com os honorários sucumbenciais e os custos das viagens de negócios realizadas pelo comprador; Alemanha, 14 de maio de 1993, no caso da primeira instância de Aachen [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930514g1.html>] se entendeu ser imprevisível a responsabilização da parte lesada perante terceiros como consequência da quebra do contrato. Nesse ponto, deve-se também destacar o famoso caso Zapata, no qual se considerou honorários advocatícios/custas judiciais como imprevisíveis (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010828u1.html> e <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021119u1.html>).

⁴⁵³ China, 11 de agosto de 1994, Procedimento Arbitral CIETAC (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940811c1.html>).

⁴⁵⁴ Rússia, 17 de junho de 2004, Procedimento arbitral 186/2003 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040617r1.html>]; Rússia, 28 de maio de 2004, Procedimento arbitral 175/2003 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040528r1.html>].

⁴⁵⁵ Argentina, 7 de outubro de 2010, Câmara Comercial Nacional de Apelação de Buenos Aires [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/101007a1.html>]; China, 7 de novembro de 1996, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961107c1.html>]. As partes celebraram contrato de compra e venda para a comercialização de produtos de pedra. Após a entrega dos produtos, o comprador, alegando desconformidade da mercadoria, negou-se a realizar o pagamento. Por conta disso, o vendedor, inconformado, deu início à arbitragem. A previsibilidade dos danos foi mencionada apenas quando do julgamento das taxas de juros aplicáveis ao caso. Segundo o Tribunal, a quantia pleiteada pelo vendedor era maior do que o comprador poderia prever: “The interest rate the [Seller] used in his calculation is 15.678%, the loaning interest rate of China Bank. The Arbitration Tribunal considers this higher than the rate the [Buyer] was able to foresee, thus not applicable. The Arbitration Tribunal, takes reference of the international market rate and sets 8% as the calculation rate”; China, 4 de julho de 1997, o Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704c1.html>] destaca: “With regard to the loss of interest on the transportation fee, the Arbitration Tribunal holds that such loss of interest is not damages for breach of the Contracts that the [Seller] knew or should have known or foresaw or should have foreseen at the time of the conclusion of the Contracts, therefore, according to Article 74 of the CISG, the [Buyer]’s claim for such loss of interest is dismissed.”

⁴⁵⁶ Rússia, 15 de agosto de 2003, o Procedimento arbitral 57/2001 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030815r1.html>] destacou: “The [Buyer] included in his losses the sums paid to the customers who purchased the defective goods received from the [Seller]. [Such losses] were included as moral damages based on the Russian Federation Law “On protection of customers rights.” The Tribunal is of the opinion that, based on

previsíveis⁴⁵⁷. Cabe aqui destacar duas decisões que, diante da falta de provas da imprevisibilidade, inverteu-se a lógica e se entendeu que os danos eram indenizáveis⁴⁵⁸. Há

Article 74 CISG, such claim cannot be granted. In accordance with [Article 74], damages for breach of contract may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract. The Tribunal has no reason to believe that, in the light of the facts and matters of the case, the [Seller] ought to have reasonably foreseen such consequence of the breach of contract as the [Buyer]'s payment of moral damages to his consumers.”

⁴⁵⁷ China, 19 de setembro de 1994, o Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940919c1.html>] destaca: “[Buyer] has not provided the facts and the legal basis to prove the loss of profits, RMB 20 million. Under ordinary circumstances, loss of profits shall be foreseen or ought to be foreseen by the parties when signing the contract, but [Buyer] has not proved this. Thus, the Arbitration Tribunal cannot support [Buyer]'s claim for the loss of profits, RMB 20 million”; China, 22 de março de 1995, o Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950322c1.html>] destaca: “[Buyer] failed to prove that at the time of contracting, [Seller] could have reasonably foreseen that in the event of a breach by [Seller], [Buyer] would be required to pay damage to the re-purchaser of the goods. According to Article 74 of the CISG, damages for breach of contract “may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract.”; Suíça, 2009, 26 de abril de 1995, Tribunal comercial de Zurique [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html>]; China, 2 de maio de 1996, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960502c1.html>]; China, 6 de agosto de 1996, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960806c1.html>]. As partes haviam celebrado contrato de compra e venda para a comercialização de artesanato de laca. Quando da entrega, o comprador alegou que as mercadorias estavam em desacordo com o contrato, recusando-se a pagar o preço pactuado. As partes chegaram a negociar uma redução no preço, mas o comprador nunca pagou a quantia ao vendedor, que o processou pelos danos sofridos, i.e., juros e penalidades referentes ao empréstimo bancário tomado para custear a produção das mercadorias. No tocante aos danos sofridos pelo vendedor, o Tribunal limitou-se a abordar a questão da previsibilidade apenas para os danos decorrentes do empréstimo, afirmando que o comprador não poderia ter previsto, à época do contrato, que o vendedor havia realizado um empréstimo bancário para custear a operação. Dessa forma, os pedidos do vendedor foram julgados parcialmente procedentes, afastando-se a indenização neste ponto por conta da imprevisibilidade: “there exists no evidence indicating that the [Buyer] knew that the [Seller] had borrowed bank credit at the time of the conclusion of the Contract”; China, 23 de abril de 1997, o Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970423c1.html>] defendeu que como o vendedor não cumpriu o seu dever de entregar a mercadoria (amendoim) nos termos do contrato, ele sofreu lucros cessantes e a perda dos benefícios decorrente da isenção de impostos aduaneiros, proporcionada por uma política fiscal chinesa. A previsibilidade foi discutida quanto ao pedido de indenização do comprador referente aos benefícios que iria obter quando exportasse o produto, devido à política fiscal chinesa de restituição de impostos aduaneiros com lucro. Segundo o Tribunal, tais danos seriam imprevisíveis: “There is no evidence to show that [Seller] knew or should have known [Buyer] would incur such a loss when signing the contract. Accordingly, the Arbitration Tribunal cannot support this claim of the [Buyer]”; Alemanha, 13 de janeiro de 1999, o Tribunal de Apelação de Bamberg [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990113g1.html>] analisou a previsibilidade dos danos em dois momentos. Primeiro, o Tribunal analisou os alegados danos do comprador por processar as mercadorias na Alemanha, ao invés da Turquia. Segundo o Tribunal, o comprador não provou que o vendedor sabia, à época da conclusão do contrato, que um atraso na entrega dos produtos traria tal resultado e faria o comprador incorrer em gastos adicionais, razão pela qual a indenização quanto a esses gastos foi afastada. Já em relação à qualidade dos produtos, o Tribunal adotou entendimento diferente, entendendo que o dano decorrente dos defeitos, i.e., a venda dos produtos a um preço abaixo do esperado, deveriam ser indenizáveis, posto que previsíveis; França, 18 de setembro de 2008, Tribunal de apelação de Lyon [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080918f1.html>]; França, 17 de fevereiro de 2015, Corte de Cassação [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/150217f1.html>]; China, 29 de setembro de 2004, o Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040929c1.html>] destaca que: “The Arbitration Tribunal fails to find sufficient evidence showing that the [Seller] foresaw or ought to have foreseen the contract violation fee (double the amount of the deposit) or the difference between the contract price and the resale price alleged by the [Buyer] in the light of the facts and matters of which [Seller] then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract. Thus, the Arbitration Tribunal cannot accept the [Buyer]'s claim to have the [Seller] bear the contract violation fee (double the amount of the deposit) and the difference between the contract price and the resale price”; Estados Unidos, 10 de dezembro de 2014, a Justiça Federal, na primeira instância, no Texas [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/141210u1.html>], destaca

decisões, além disso, que se utilizam do conceito da falta de informação para afastar a previsibilidade dos danos⁴⁵⁹.

que: “*CITGO argues: It is beyond doubt that the cyclohexane had an independent commercial use value, and known to any person, including YPF’s sellers and traders, that a trader is just that—a trader—and does not retain the product for itself. YPF and Tricon had many previous dealings and YPF cannot suggest that it did not know Tricon was reselling the product.*” Dkt. 185. *CITGO, however, does not provide any citations to support this argument. See id. YPF does not have to suggest whether it knew or did not know what Tricon was doing, it merely needs to point to the lack of evidence of foreseeability; CITGO must show that there is a question of fact as to whether it was foreseeable that Tricon and CITGO would suffer the losses they suffered if the ship on which the cyclohexane was loaded was not fit for its purpose. Because CITGO has not met its burden of providing evidence that there is a question of material fact, YPF’s motion for summary judgment is GRANTED.*”

⁴⁵⁸ Procedimento Arbitral CCI nº 8.769, de dezembro de 1996 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968769i1.html>]. Diante da ausência de provas do contrário, o Tribunal entendeu que não haveria razão para duvidar da previsibilidade dos danos, condenando o comprador a indenizar o vendedor: “[*Seller*] alleged that [*buyer*], without any justification, stopped purchasing the agreed quantities. [*Buyer*] asserted that ‘the lost margin counterclaimed is equal to the anticipated profit, which is obtained after deducting all expenses associated with the operation and therefore, this counterclaim cannot logically stand alongside other counterclaims [...]’. The Arbitrator applied CISG Art. 74, which ‘does not exclude that at party might claim both *damnum emergens* and *lucrum cessans*. There is nothing illogical about that since by receiving *damnum emergens* the damaged party is only put at break-even, and *lucrum cessans* comes on top. Article 74 requires that both elements of damages be foreseeably caused by the fundamental breach. [*Buyer*] failed to challenge the lost profits claim with reasonable particularity. Thus, the arbitrator held that there was ‘no reason to doubt that for [*seller*] a large order [...] would have been foreseeably profitable in a way comparable to the profits expected by [*buyer*] itself [...]’. [*Seller*] was awarded the lost profits claimed”; Holanda, 21 de março de 2006, a Corte de Apelação de Arnhem [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060321n1.html>] destaca que: “The Court dismissed the buyer’s argument that the damages claimed by the seller for non-realized profit should be limited on the ground that the buyer could not foresee them at the time the contract was concluded (article 74 CISG). The Court noted that no facts or circumstances had been brought forward or had appeared from which it could follow that these damages could have not been foreseen by the buyer at the time of the conclusion of the contract.”

⁴⁵⁹ China, 17 de junho de 1994, segundo o Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940617c1.html>], as partes celebraram contrato de compra e venda para a comercialização de chapas de aço. Apesar de o comprador cumprir com as suas obrigações, o vendedor o comunicou, em determinado momento, que a sua capacidade de produção experimentou uma queda abrupta de 35%, devido a fatos de “força maior”, de modo que ele não estaria apto a entregar a quantidade anteriormente pactuada. Um dos danos reclamados pelo comprador, diante disso, referia-se a um contrato de agência (distribuição) celebrado com um terceiro, que seria agenciado pelo comprador. Nos termos daquele contrato, o comprador iria repassar as chapas de aço adquiridas do vendedor, recebendo, em contrapartida, 3% do valor do contrato como comissão. No caso de inadimplemento, por sua vez, o comprador deveria pagar 5% do valor do contrato e juros sobre o empréstimo bancário efetuado pelo seu cliente a fim de custear a comercialização do produto. O Tribunal Arbitral discutiu a questão da previsibilidade em relação aos danos resultantes do contrato de agência, que não foram considerados indenizáveis eis que algumas peculiaridades, como o empréstimo bancário, não foram informadas ao vendedor que, por essa razão, não poderia e nem deveria ter previsto as perdas incorridas: “To [*Buyer*]’s claims, according to Article 74 of CISG, the Arbitration Tribunal holds that, when signing the contract, [*Seller*] could not foresee that [*Buyer*]’s client would buy the warm rolled steel plates by bank loan, and [*Buyer*] did not inform [*Seller*] about this. Thus, the Arbitration Tribunal does not support [*Buyer*]’s claim for interest on its client’s bank loan”; Finlândia, 5 de novembro de 1996, na primeira instância, Kuopio [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961105f5.html>] destacou que o comprador, entre os danos reclamados, pleiteava pelo reembolso dos juros com os quais teve que arcar devido a um empréstimo adquirido para custear a compra. Segundo a decisão, porém, tais danos seriam imprevisíveis, eis que não ficou provado que os réus conheciam as taxas de juros de mora cobradas na Lituânia; China, 7 de julho de 1997, a decisão do Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970707c1.html>] determinou que os danos perante terceiros, resultantes de contratos que não o de compra e venda, celebrados pela parte lesada com outros, sem informar a contraparte, não poderiam ser considerados previsíveis: “The Arbitration Tribunal deems that the dispute in this case is between the [*Buyer*] and the [*Seller*], and that the interest on payment to be received by the [*Buyer*]’s customer is a different legal relationship, which the [*Seller*] could not foresee when signing the contract. Since the Contract was not performed, it is unknown

É importante ressaltar que várias decisões analisadas, com destaque para aquelas proferidas em procedimentos arbitrais administrados pela Cietac, não discutem a fundo a questão da previsibilidade, limitando-se a definir algumas questões como previsíveis e outras não⁴⁶⁰. Em diversas circunstâncias os tribunais estatais e arbitrais aplicam a regra da previsibilidade de forma intuitiva, sem conseguir estruturar uma linha clara de análise passível de ser reproduzida ou que consiga orientar outros casos em questões semelhantes.

Cabe ressaltar, ainda, que algumas das decisões analisadas, de maneira criticável, mesclam a CISG com leis domésticas a fim de definir os danos como previsíveis ou não⁴⁶¹,

whether the [Buyer]'s customer could even have received payment, without going into the issue of interest on the payment. Therefore, this claim is not acceptable"; China, 4 de novembro de 2002, o Superior Tribunal Popular de Xangai [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020909c2.htm>] trata de contrato de compra e venda de madeira serrada celebrado entre comprador chinês e vendedor alemão. Em uma das entregas, o comprador constatou que os bens não estavam em conformidade com o contrato, pois possuíam tamanho menor e qualidade não esperada. Além dos prejuízos resultantes da violação em si, o comprador alegou que deixou de cumprir suas obrigações com o destinatário final dos produtos, requerendo indenização pelas perdas sofridas, incluindo os gastos com a devolução dos bens e o dano à reputação da destinatária final da compra. Parte dos pleitos do comprador foi acolhida. Em relação aos danos com a devolução dos bens, taxas de importação entre outros, a Corte entendeu ser tal ocorrência previsível, de modo a legitimar a indenização pleiteada. Contudo, em relação aos danos reputacionais, o mesmo não ocorreu, eis que o comprador não teria se desincumbido do seu “dever de informar” quais seriam as consequências em caso de inadimplemento contratual; Estados Unidos, 3 de abril de 2009, Justiça Federal, Washington [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090403u1.html>].

⁴⁶⁰ A título de exemplo, conferir: China, 4 de julho de 1997, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704c1.html>]; Estados Unidos, 7 de novembro de 2011, Justiça federal de Flórida, primeira instância [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/111107u1.html>]; China, 30 de junho de 2007, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070630c1.html>]; Alemanha, 13 de setembro de 2006, Tribunal de Berlim [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060913g1.html>]; China, 3 de agosto de 2006, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060803c1.html>]; China, 25 de julho de 2006, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060725c1.html>]; Rússia, 13 de abril de 2006, Procedimento arbitral 105/2005 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060413r1.html>]; China, abril de 2006, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060400c2.html>]; Holanda, 21 de março de 2006, Corte de apelação de Arnhem [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060321n1.html>]; China, 22 de agosto de 2005, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050822c1.html>]; China, 9 de novembro de 2005, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051109c1.html>]; Rússia, 27 de maio de 2005, Procedimento arbitral 95/2004 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050527r1.html>]; Austrália, 17 de janeiro de 2003, Suprema Corte do Oeste da Austrália [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030117a2.htm>]; China, 9 de setembro de 2002, Procedimento Arbitral Cietac [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020909c1.html>]; China, 4 de fevereiro de 2002, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020204c1.html>].

⁴⁶¹ Israel, 22 de agosto de 1993, Suprema Corte [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930822i5.html>]. O caso trata de um contrato de compra e venda firmado entre um fabricante israelense (vendedor) e um comprador belga, que ordenou a fabricação botas de jeans para exportação a um de seus clientes, localizado nos Estados Unidos. O comprador solicitou ao vendedor que, quando da fabricação, anexasse o símbolo da marca Levi's nas botas, o que foi feito. Quando os produtos chegaram nos EUA, porém, foram confiscados pelas autoridades alfandegárias, que constataram violação ao direito de propriedade da marca registrada Levi's. Para que os produtos pudessem ser comercializados, firmou-se um termo de compromisso com o governo, que previu a remoção do referido símbolo, sendo as botas vendidas no mercado norte-americano a um preço muito inferior ao esperado. Diante desses fatos, o comprador processou o vendedor para pleitear a indenização por perdas e danos, alegando que o vendedor falhou com o seu dever de fornecer as mercadorias livres de direitos ou reivindicações de terceiros, conforme refletido no art. 42 (1) (a) da Convenção. A Suprema Corte, misturando dispositivo da lei israelense com as previsões da CISG, afirmou que a previsibilidade nada mais seria do que o princípio da “causalidade”, segundo o qual a parte inadimplente seria responsável apenas pelos danos que resultassem de suas ações. Assim, ao analisar o caso em concreto, a

destacando-se aquelas que citam o precedente *Hadley v. Baxendale*⁴⁶². Como visto anteriormente, a previsibilidade do dano exigida pelo art. 74 da CISG deve ser interpretada de forma autônoma e não à luz de qualquer lei interna, em linha com a metodologia de interpretação prevista no art. 7º (2) da própria Convenção, inclusive porque a regra da previsibilidade do dano prevista no art. 74 da CISG difere em alguns pontos essenciais, tanto da *contemplation rule*, como da regra prevista no Código Civil francês (que serviu de inspiração para diversos ordenamentos jurídicos).

4.7.2 Tentativa de identificação de tipos de casos na aplicação da regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG

Com a finalidade de facilitar a aplicação da regra da previsibilidade a casos individuais, autores de língua alemã, em particular, tentaram identificar certos tipos de casos divididos entre prejuízos por inexecução, prejuízos incidentais e prejuízos consequenciais.

Nessa divisão, identificou-se que os prejuízos por inexecução, que consistem no prejuízo principal e direto do lesado, são geralmente previsíveis, e que isso inclui a redução do valor em função da não conformidade das mercadorias, além das despesas por medidas razoáveis para colocar o promissário na posição em que ele estaria se o contrato tivesse sido executado apropriadamente, por exemplo, custos com conserto e aluguel. Do mesmo

Corte israelense defendeu que, considerando que tanto o comprador quanto o vendedor sabiam que fabricar o produto com o logo da Levi's resultaria em uma violação dos direitos da marca, ambos, em respeito ao princípio da "boa-fé", seriam responsáveis pelos danos decorrentes da apreensão dos produtos realizada pelo governo norte-americano. A decisão foi criticada pelo Editor, eis que: (i) importou discussões de direito interno; (ii) estabeleceu uma *obrigação* de boa-fé, quando a CISG a adota apenas como princípio interpretativo; e (iii) dividiu a responsabilidade entre as partes, solução manifestamente incompatível com a CISG, inclusive com o propósito do art. 42 da Convenção utilizado para discutir as questões de direito de marca, abordadas pelo caso. Além disso, também se criticou a divisão meio a meio da responsabilidade, estranha à lei contratual; China, 23 de julho de 1997, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970723c1.html>] - o Tribunal entendeu que o vendedor deveria ter previsto os graves prejuízos causados ao vendedor, baseando-se inclusive em disposições da Lei dos Contratos Internacionais Econômicos, lei chinesa; Alemanha, 23 de outubro de 2000, Tribunal de apelação de Dresden [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001023g1.html>]; China, 25 de julho de 2006, Procedimento Arbitral CIETAC [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060725c1.html>]; Sérvia, 30 de outubro de 2006, Tribunal Arbitral estrangeiro vinculado à Câmara de Comércio Sérvia [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061030sb.html>]; Hungria, 22 de novembro de 2007, Tribunal de recursos de Szeged [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071122h1.html>]; Rússia, 27 de maio de 2005, Procedimento arbitral 95/2004 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050527r1.html>] - a decisão aplica dispositivos do Código Civil Russo.

⁴⁶² Estados Unidos, 6 de dezembro de 1995, Tribunal Federal de Apelação (2º Circuito) [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>]; Austrália, caso "Downs Investments v. Perwaja Steel" [<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001117a2.html>] e [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060913g1.html>]; Estados Unidos, 10 de dezembro de 2014, Justiça Federal, primeira instância, Texas [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/141210u1.html>].

modo, identificou-se que são geralmente previsíveis as despesas decorrentes de empréstimo nos casos de pagamento em atraso e os prejuízos com taxa de câmbio. Identificou-se, ainda, que também são consideradas previsíveis as variações do mercado desfavoráveis à parte que descumpriu o contrato, pois seu risco não pode ser transferido à outra parte por falta de previsibilidade⁴⁶³.

Com relação aos prejuízos incidentais, que são os gastos incorridos pelo lesado e que não estão relacionados à realização de suas expectativas, mas incorridos com a finalidade de evitar quaisquer desvantagens adicionais, considerou-se que apesar de a possibilidade desses prejuízos serem recuperados não estar expressamente mencionada no art. 74, sua reparação está fora de debate. Da mesma forma como ocorre com o prejuízo por inexecução, identificou-se que o prejuízo incidental é geralmente previsível, ponderando-se que medidas tomadas pelo promissário, não previsíveis, provavelmente já violariam o dever de mitigar o prejuízo, de acordo com o art. 77⁴⁶⁴.

Identificou-se, por fim, que a regra da previsibilidade tem sua maior relevância no contexto de prejuízos consequenciais, que englobam prejuízos adicionais além daqueles causados pela inexecução em si, e que incluem, principalmente, a responsabilidade do lesado em relação a terceiros, como decorrência do inadimplemento. A maior relevância se dá nesse contexto porque os prejuízos consequenciais são regularmente influenciados pelas circunstâncias particulares do promissário, pelos acordos realizados e também pelo ambiente econômico⁴⁶⁵.

Dentro do prejuízo consequencial identificou-se que quando mercadorias comercializáveis são vendidas a comerciantes, as receitas de sua revenda geralmente são previsíveis, mas quando processos de negócios são interrompidos, a previsibilidade depende inteiramente das circunstâncias específicas do caso. Identificou-se, ainda, que quando o comprador recusa o recebimento das mercadorias, a margem comum do comércio é um lucro previsível do vendedor e que despesas frustradas são previsíveis, ao menos até o montante das receitas esperadas.

Quando mercadorias comercializáveis são vendidas a comerciantes, também se identificou na divisão que o vendedor deve antecipar que a entrega de mercadorias defeituosas deve levar à responsabilidade do comprador perante seus clientes ou que ele,

⁴⁶³ SCHWENZER, Ingeborg. SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. Op. cit., 2014, pp. 1112-1115 e 1127-1128.

⁴⁶⁴ Id., *ibid.*, pp. 1115-1119 e 1128.

⁴⁶⁵ Id., *ibid.*, pp. 1119-1121 e 1128-1129.

ao menos, incorra nos gastos com o retorno das mercadorias. Penalidades contratuais de um valor razoável também são geralmente previsíveis, na medida em que estão de acordo com as práticas das partes ou com os usos do ramo de comércio. A perda de clientela e de prestígio também normalmente é previsível, pelo menos quando o comprador é manifestamente um distribuidor em um mercado sensível⁴⁶⁶.

4.7.3 Reflexões sobre a utilidade e a conveniência das iniciativas de sistematizar as decisões judiciais e arbitrais que aplicaram a regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG e de identificar tipos de casos

A disponibilização e análise das decisões judiciais e arbitrais que aplicaram a regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG, tal como feito pelas renomadas instituições que organizaram repertórios de jurisprudência a fim de facilitar a interpretação da Convenção, e tal como realizado neste estudo, assim como as tentativas de divisão em grupos de caso, auxiliam inegavelmente os operadores do Direito e dão diretrizes importantes aos julgadores. Não há, contudo, fórmulas prontas e acabadas para a fixação do dano ressarcível, sendo que o julgador ainda terá muita liberdade para decidir em face do caso concreto.

A identificação do que seria ou não previsível por certo não encontra solução numa fórmula simples e unitária, válida para todos os casos. As decisões disponibilizadas e os grupos de casos fornecem apenas um rumo a seguir, mas a solução do caso concreto sempre exigirá do julgador alta dose de bom-senso prático. É imprescindível, portanto, um juízo de adequação realizado com base na lógica do razoável.

⁴⁶⁶ Nessa linha, Saidov percebe que em vários casos, além de contar com a experiência de negócios da parte infratora, os tribunais têm também levado em consideração o conhecimento dos negócios da parte inocente. O autor afirma que em um caso sob a CISG (*Case n. 22 U 4/96 Appellate Court Köln (Germany)* 21 May 1996 (*Used car case*) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html>>), o vendedor sabia que o comprador era um negociante de carro e quando da entrega de um carro não conforme que fez com que o comprador fosse responsável perante seu cliente, o tribunal ordenou que o vendedor compensasse o comprador por esses danos que eram, na opinião do tribunal, “previsíveis”. Como ponderado pelo autor, quando o vendedor vende uma grande quantidade de mercadorias e sabe que vende os bens a um atacadista em um mercado sensível, é provável que seja visto na posição de prever que o comprador perderá clientes, lucros, e que a sua reputação e boa vontade serão prejudicadas. O autor também destaca que em alguns casos, os vendedores poderão ser considerados responsáveis pela perda de clientes e de lucros mesmo se a quebra de contrato foi trivial, contanto que o vendedor soubesse que o comprador era um indivíduo mediano operando em um mercado saturado com os tipos de produtos entregues pelo vendedor. Ele aponta que em um caso da ULIS (*Case n. VIII ZR 210/78 Supreme Court (Germany)* 24 October 1979 (*Cheese case*) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/791024g1.html>>), considerou-se que o vendedor holandês que entregou queijo do qual 3% era defeituoso, estava em posição de conseguir prever a perda de clientela e lucros porque à época da celebração do contrato tanto o comprador quanto o vendedor sabiam que o mercado de queijos na Alemanha estava saturado com importados holandeses e que os compradores poderiam trocar de fornecedores pela simples insatisfação com o produto (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

Não se pode negar que com a ampla discricionariedade conferida aos julgadores (juízes e árbitros) na aplicação da regra da previsibilidade, muitas vezes se dá um tratamento flexível à referida regra, com a adoção da solução que parece mais justa aos julgadores. Não se admira que, muitas vezes, o julgador acabe decidindo simplesmente de acordo com o bom-senso e apenas com a invocação da expressão contida no art. 74, afirmando que o dano é previsível quando acha que ele deve ser reparado, e imprevisível quando entende que o credor não é merecedor da reparação.

Em certa medida, a grande margem de discricionariedade na aferição da previsibilidade do dano pode resultar em alguma insegurança jurídica, mas a verdade é que a aplicação da regra invariavelmente depende da análise feita caso a caso, até porque a previsibilidade deve ser aferida, levando em consideração fatos dos quais a parte em falta tinha conhecimento ou poderia ter tido conhecimento. Nessa análise deverão ser ponderadas as condições em que o negócio foi firmado, o propósito da contratação, as informações que a parte lesada tinha disponibilizado para a parte inadimplente quando da celebração do contrato, a linguagem empregada entre as partes nas suas conversas, as trocas de correspondências, as atitudes e comportamentos, as circunstâncias que envolvem o caso, as negociações havidas entre as partes, as práticas estabelecidas entre elas, a experiência no mercado, os usos, etc.

Essas ponderações inevitavelmente dependem de uma análise do caso concreto por parte do julgador, o que, inclusive, é desejável, uma vez que a disponibilização e análise das decisões judiciais e arbitrais que aplicaram a regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG, e as tentativas de divisão em grupos de caso, são bastante úteis e interessantes já que certos tipos de conhecimento podem ser imputados e certos tipos de perda podem ser considerados previsíveis. Deve-se, contudo, justamente tomar cuidado para que essas iniciativas não levem à desconsideração das circunstâncias particulares do caso específico.

A possibilidade de imputar conhecimento e previsibilidade, sem dúvida no interesse da uniformidade, deve ser utilizada com cautela, sempre considerando as circunstâncias específicas do caso concreto e atentando para a lógica subjacente à regra da previsibilidade. Mesmo sendo possível discernir os fatores que possam influenciar as decisões de juízes e árbitros para imputar certas questões sobre o conhecimento e previsibilidade, a questão relativa à previsibilidade de uma perda específica precisa sempre ser analisada caso a caso.

Cabe ponderar, ainda, que a regra da previsibilidade, como visto anteriormente, tem como um dos principais objetivos alocar o risco de uma forma justa e razoável. Nessa linha, considerando a multiplicidade de circunstâncias em que as partes inadimplentes podem se encontrar, não parece correto presumir, pelo simples fato das partes inadimplentes serem empresários, que eles automaticamente estejam em condições de prever as perdas identificadas como previsíveis nos tipos de casos supra-apontados. Isso porque essa presunção negaria a própria finalidade da regra da previsibilidade por ignorar por completo as circunstâncias particulares da parte inadimplente⁴⁶⁷.

Como bem pondera Djakhongir Saidov, uma abordagem mais equilibrada significa contar com o conhecimento presumido e a previsibilidade, mas apenas na medida em que possa ser razoavelmente inferida a partir de circunstâncias específicas da parte sem, contudo, se abster de identificar os fatores e padrões que podem levar os juízes e árbitros à imputação de certos tipos de conhecimento. Esses fatores e padrões, desde que não ignorem as circunstâncias específicas da parte e do caso concreto, podem ajudar as partes a desenvolver expectativas razoáveis quanto à forma como a regra da previsibilidade é susceptível de funcionar em um caso particular⁴⁶⁸.

Importante considerar, ainda, que o conhecimento e a previsibilidade são conceitos dinâmicos, razão pela qual, ao se aplicar a regra da previsibilidade, é necessário que se tenha em mente que o conhecimento geral, base para a imputação do conhecimento para uma parte, muda de tempos em tempos. O aumento do conhecimento pode fazer com que possíveis perdas sejam mais facilmente previstas, uma vez que as práticas modernas de

⁴⁶⁷ Nesse sentido, conferir: *“Although the instruments’ foreseeability rule allows that the extent of the breaching party’s liability be determined by knowledge and foreseeability this party is presumed to have had, this should not mean that we should ‘de-personalise’ the rule entirely. The goals of certainty and uniformity that the described approach aims to achieve must be balanced against the rationale underlying the foreseeability rule. As shown, the rule pursues the purpose of allocating the risk in a fair and reasonable manner and considering the multiplicity of circumstances in which the breaching parties may find themselves, it seems grossly unfair to presume, from the mere fact that breaching parties are businesspersons, that they automatically find themselves in a position to foresee the losses referred to above. Such a sweeping presumption would negate the very purpose of the foreseeability rule by altogether ignoring the breaching parties’ particular circumstances.”* (SAIDOV, Djakhongir. Op. cit., 2008).

⁴⁶⁸ *“Surely, a more balanced approach is to rely on presumed knowledge and foreseeability but only insofar as they can be reasonably inferred from the party’s particular circumstances. This does not mean, however, that we should refrain from identifying factors and patterns which may lead judges and arbitrators to imputing certain types of knowledge. Without being ‘set in stone’, such factors and patterns can help parties develop reasonable expectations as to how the instruments’ foreseeability rule is likely to work in a particular case.”* (Id., ibid.).

negócios e os métodos de contabilidade e comunicação de informações tornam o conhecimento mais acessível às partes⁴⁶⁹.

4.7.4 O posicionamento de juízes e árbitros e seus reflexos nos custos de transação dos negócios comerciais internacionais

Como visto anteriormente, os tribunais estatais e arbitrais influenciam o ambiente de negócios, pois as suas decisões produzem efeitos que repercutem nas ações dos agentes privados⁴⁷⁰. No que diz respeito à regra da previsibilidade do dano como critério limitador da responsabilidade do devedor, as decisões dos tribunais estatais e arbitrais geram impactos nas estratégias das organizações e, dependendo da forma como se interpreta e aplica a referida regra, os custos de transação das relações comerciais internacionais podem aumentar ou diminuir. Os precedentes jurisprudenciais inegavelmente repercutem nos referidos custos de transação.

Se as regras do jogo não estiverem claras para os agentes econômicos, o ambiente institucional pode gerar incerteza, aumentando os custos das transações seguintes⁴⁷¹. Instituições jurídicas com alta qualidade (Judiciário e Legislativo) reduzem os custos de transação, pois geram a confiança nos investidores de que os contratos serão cumpridos e de que as instituições jurídicas funcionam se necessitarem utilizá-las⁴⁷². Se, porém, a interpretação e aplicação da regra for feita de forma inapropriada, haverá aumento da incerteza e, conseqüentemente, dos custos de transação para todos os agentes.

Isto decorre do fato de que, ao interpretar e aplicar indevidamente a regra da previsibilidade, os tribunais gerariam efeitos secundários que poderiam acarretar a diminuição dos contratos, dificultando a negociação futura para todos os agentes. Assim, se os tribunais produzissem decisões tecnicamente incorretas e imprevisíveis ao aplicar a

⁴⁶⁹ Nesse sentido, conferir: *“This section will be concluded on a more general point--that is, that imputed knowledge and foreseeability are dynamic concepts and in applying the foreseeability rule, it needs to be borne in mind that common knowledge, which is the basis for imputing knowledge to a given party, changes over time. It has been correctly stated that: “[m]odern business practices (and equipment), accounting methods, and extensive communication of information make more knowledge available to [the] parties. This increased knowledge may make potential amounts of loss easier to compute.”* (Id., *ibid.*).

⁴⁷⁰ “O Judiciário, apesar de vinculado às regras, define quais serão aplicadas, quando podem ou não ser violadas, abrindo exceções para a sua quebra por determinados agentes, e criando incentivos – tanto positivos quanto negativos – às pessoas seguirem ou não as determinações desse jogo.” (TIMM, Luciano Benetti; FERREIRA ALVES, Francisco Kümmel. Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? *Revista de Direito Público da Economia*, 2007, v. 19, pp. 125-158).

⁴⁷¹ NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

⁴⁷² BERKOWITZ, Daniel; MOENIUS, Johannes; PISTOR, Karherina. Legal institutions and international trade flows. *Michigan Journal of International Law*, 2004, n. 26, p.163.

referida regra, as empresas estrangeiras ficariam receosas de negociar contratos. A aplicação uniforme da regra, por outro lado, pode reduzir os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional e favorecer o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos, maximizando os ganhos na relação comercial entre as partes.

A expectativa de decisões acertadas no futuro diminui o risco de comportamento oportunista no presente. Levando em conta a forma como os tribunais têm interpretado e aplicado a regra da previsibilidade, as partes terão ou não incentivos para cumprir as obrigações assumidas no contrato. Se os tribunais interpretassem a regra, por exemplo, de maneira muito restritiva, excluindo da indenização qualquer dano por entendê-lo imprevisível, a parte devedora não teria incentivos para cumprir o contrato.

Os indivíduos optam, em regra, pela solução mais eficiente disponível no mercado. Já o sistema jurídico fornece incentivos aos tomadores de decisões econômicas, enquanto as decisões judiciais e arbitrais proferidas em prol da previsibilidade e da estabilidade das relações entre particulares se desdobram em efeitos sobre a eficiência econômica e a segurança jurídica.

Uma das maiores preocupações no que diz respeito à aplicação da regra jurídica em análise está na grande subjetividade do conceito de previsibilidade (conceito jurídico indeterminado), que faz com que seja conferida ampla discricionariedade aos juízes e árbitros. Tal subjetividade pode fazer com que a interpretação da regra varie bastante, podendo levar uma das partes contratantes a incluir em seus custos a parcela correspondente ao risco de litigar. Isso faz com que o ambiente institucional seja capaz de afetar os custos de transação das relações comerciais internacionais.

Os precedentes analisados que aplicaram a regra da previsibilidade sem grandes surpresas (dentro do que se pode esperar dos tribunais arbitrais e judiciais ao aplicar e interpretar um conceito jurídico indeterminado como a previsibilidade do dano), assim como as tentativas de sistematização das decisões e a identificação de tipos de casos que servem como um norte para as partes contratantes e também para os operadores do Direito, acabam incentivando o cumprimento dos contratos e a celebração de novos negócios, e inibem, de certa forma, condutas oportunistas da parte que pretende descumprir o contrato.

Quanto maior o grau de incerteza, maiores seriam os incentivos para que as empresas alterassem os seus padrões negociais ou simplesmente diminuíssem a sua

participação em atividades econômicas, reduzindo, conseqüentemente, a geração de riqueza social. Nessa lógica, o posicionamento de juízes e árbitros se insere numa sistemática contratual eficiente, criando um sistema de desincentivos para as partes adotarem comportamentos oportunistas durante a vigência da relação contratual.

É fato, como se viu anteriormente, que muitas das decisões analisadas não discutem a fundo a questão da previsibilidade, limitando-se a definir algumas questões como previsíveis e outras não, sem conseguir estruturar uma linha clara de análise passível de ser reproduzida ou que consiga orientar outros casos em questões semelhantes. Algumas decisões, ainda de maneira criticável, mesclam a CISG com leis domésticas para definir os danos como previsíveis ou não. Mas em que pesem tais fatos, que realmente podem gerar certa insegurança jurídica, não se identificou grandes distorções na aplicação da regra da previsibilidade.

Não se pode negar que com a ampla discricionariedade conferida aos julgadores (juízes e árbitros) na aplicação da regra da previsibilidade, muitas vezes é dado um tratamento flexível à referida regra, decidindo-se de acordo com o bom-senso. Mas a verdade é que nenhuma das teorias da causalidade desenvolvidas pela doutrina com o fim de determinar a extensão da responsabilidade pelo dano a que o inadimplemento deu causa conseguiu melhor êxito. Inexiste, portanto, uma fórmula simples e unitária, válida para todos os casos, com vistas à solução das dificuldades na fixação da extensão do dano ressarcível.

A grande margem de discricionariedade na aferição da previsibilidade do dano pode inegavelmente resultar em alguma insegurança jurídica, mas o fato é que a aplicação da regra invariavelmente depende da análise feita caso a caso, até porque a previsibilidade deve ser aferida levando em consideração fatos dos quais a parte em falta tinha conhecimento ou que poderia ter tido conhecimento.

Além disso, como supracitado, apesar de a CISG não ter adotado expressamente no seu texto a doutrina do fim protegido pelo contrato, a função de alocação de risco, constantemente atribuída à regra da previsibilidade no âmbito da Convenção, indica que a referida regra está de toda forma relacionada à natureza e finalidade do contrato, e que a parte infratora só poderá ser responsabilizada na medida em que a sua responsabilidade esteja dentro do âmbito de proteção do contrato. Nesse contexto, o julgador também deverá aferir aquilo que as partes acordaram expressa ou tacitamente no contrato.

Ao buscar identificar os fatos dos quais a parte em falta tinha conhecimento ou poderia ter tido conhecimento e aquilo que as partes acordaram expressa ou tacitamente no contrato, o julgador terá fatalmente que ponderar sobre as condições em que o negócio foi firmado, o propósito da contratação, as informações que a parte lesada tinha disponibilizado para a parte inadimplente quando da celebração do contrato, a linguagem empregada entre as partes nas suas conversas, as trocas de correspondências, as atitudes e comportamentos, as circunstâncias que envolvem o caso, as negociações havidas entre as partes, as práticas estabelecidas entre elas, a experiência no mercado, os usos, etc.

Essas ponderações inevitavelmente dependerão de uma análise do caso concreto por parte do julgador que, como se viu, é desejável, já que apesar de as iniciativas de sistematização das decisões que aplicaram a regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG e da divisão em grupos de casos serem bastante úteis, não poderão ser desconsideradas as circunstâncias particulares do caso específico.

Diante do exposto, ao aplicar e interpretar a regra da previsibilidade do dano, de forma apropriada e sem grandes distorções, sempre dentro do campo da interpretação que um conceito dessa natureza exige, os tribunais estatais e arbitrais geram externalidades positivas para todos os agentes econômicos que se beneficiam dos custos de transação. Ao imprimir à regra da previsibilidade do dano interpretação apropriada e consentânea aos negócios internacionais, juízes e árbitros contribuem para a segurança jurídica e colaboram com o Comércio Internacional, diminuindo os custos de transação dos negócios internacionais.

CONCLUSÃO

Como restou demonstrado ao longo deste estudo, o critério para limitar a responsabilidade do devedor que ganhou maior aceitação internacional é o da previsibilidade do dano. A limitação legal do dano em termos de previsibilidade foi racionalizada pela primeira vez por Charles Dumoulin e, mais tarde, a ideia foi generalizada por Pothier, que já naquela época relacionava a previsibilidade do dano ao risco expresso ou tacitamente assumido pelo devedor ao tempo do contrato. Tendo em vista que o critério da previsibilidade do dano foi adotado não somente nos países de *Common Law*, como também em diversos sistemas jurídicos de Direito codificado, por influência francesa, os redatores dos instrumentos internacionais que visam à harmonização do direito dos contratos também se viram incentivados a adotar o referido critério de limitação de responsabilidade.

Diante da ampla adoção internacional do critério da previsibilidade do dano contratual para limitar a responsabilidade do devedor, e especialmente diante da sua adoção no Direito do Comércio Internacional, analisou-se o que vem a ser a exigência da previsibilidade do dano e a forma como tal regra é interpretada e aplicada tanto pela doutrina como pela jurisprudência. O objetivo central deste estudo foi avaliar se a regra da previsibilidade do dano contratual ressarcível é um método eficaz de limitação dos danos e se atende às modernas exigências do Comércio Internacional.

Previamente à análise econômica da regra da previsibilidade apresentou-se brevemente a sua origem histórica e, em seguida, se adentrou a fundo nas noções gerais e nuances da regra, examinando-se inicialmente o sentido geral da limitação. Verificou-se que não se deve confundir a previsibilidade como medida de limitação dos danos ressarcíveis com a previsibilidade que se inclui no conceito de culpa, que indica a possibilidade de prever que a própria conduta causará danos. Verificou-se, também, que não se deve confundir a regra da previsibilidade com a exigência de causalidade.

Diante da presença do elemento previsibilidade na teoria da causalidade adequada, e tendo em vista que parte da doutrina percebe a previsibilidade como um critério para trazer o ressarcimento dentro do limite de normalidade, alguns autores aproximam a teoria da causalidade adequada ao critério da previsibilidade do dano contratual. Outros, porém, defendem que a limitação dos danos indenizáveis, segundo o critério da previsibilidade, é diferente da adequação causal. Como se viu, em que pesem os argumentos em sentido

contrário, parece correto afirmar que a causalidade adequada não equivale a qualquer exigência da previsibilidade dos danos ressarcíveis por parte do devedor.

A previsibilidade do dano é critério autônomo, aplicado na definição dos danos que são ou não indenizáveis, depois de já superada a questão da causalidade (é uma etapa seguinte). Como ponderado, o critério da previsibilidade do dano restringe (limita) a responsabilidade do devedor, sem prescindir do nexo de causalidade, sendo uma restrição adicional. Com a regra da previsibilidade busca-se retirar da indenização todas as consequências imprevisíveis para o devedor no momento da conclusão do contrato, mesmo aquelas abstratamente ressarcíveis. Embora causados adequadamente pelo não cumprimento do contrato, os danos podem ser absolutamente imprevisíveis no momento da contratação, especialmente na determinação concreta dos riscos assumidos, razão pela qual não poderão ser ressarcidos.

O critério da previsibilidade tem por função limitar o ressarcimento ao risco calculado no momento da celebração do contrato, considerando que os contratantes assumiram obrigações conscientes, avaliando preventivamente os riscos relacionados a uma possível falha da operação econômica. Ademais, a previsibilidade é uma exigência que se refere, sobretudo, a um momento diverso, qual seja, o da conclusão do contrato, e não o do descumprimento.

Em seguida, analisou-se a teoria do fim tutelado pelo contrato, que está bastante em voga na mais recente doutrina alemã da Responsabilidade Civil. Trata-se da teoria segundo a qual a distinção entre os danos indenizáveis e não indenizáveis se deve fazer, não em obediência ao pensamento da causalidade adequada ou da previsibilidade do dano, mas em vista dos reais interesses tutelados pelo fim do contrato, no caso da responsabilidade contratual, ou pelo fim da norma legal, no caso da responsabilidade extracontratual.

Como se viu, o art. 162, nº 4, do Projeto Preliminar do Código Europeu dos Contratos, exprime a doutrina do fim de proteção tutelado pelo contrato, restringindo a responsabilidade do devedor aos danos que devem razoavelmente reconduzir-se à esfera de risco assumida implicitamente quando da conclusão do contrato. Como ponderado, apesar da CISG e dos Princípios Unidroit não terem adotado expressamente no seu texto a doutrina do fim protegido pelo contrato, a função de alocação de risco constantemente atribuída à regra da previsibilidade no âmbito desses dois instrumentos, indica que a referida regra está de toda forma relacionada à natureza e finalidade do contrato, e que a

parte infratora só poderá ser responsabilizada na medida em que a sua responsabilidade estiver dentro do âmbito de proteção do contrato.

Em seguida foram apresentados os fundamentos (contratual e econômico) do critério da previsibilidade. Verificou-se que a limitação da reparação aos danos contratuais previsíveis tem como um dos fundamentos a vontade dos contratantes, pois se os contratos obrigam porque são desejados pelas partes, é natural que, no caso de descumprimento, só tenham lugar as indenizações que tenham sido desejadas, expressa ou implicitamente, pelos mesmos contratantes. Tendo em vista que a existência e o conteúdo do contrato se medem de acordo com o consentimento, parece lógico que esta também seja a medida dos riscos que se contemplam e se assumem no contrato.

A justificativa mais aceita da regra da previsibilidade do dano contratual está na função de atribuir o risco de uma maneira justa e razoável. Seu objetivo é tornar possível às partes calcular o risco e suas possíveis responsabilidades, pois se no momento da celebração do contrato a parte previu ou deveria ter previsto uma determinada perda, poderia ter agido em conformidade com a exclusão ou redução da sua responsabilidade potencial, com a aquisição de seguro, com o aumento do benefício a ser obtido a partir do contrato ou, até mesmo, se recusando a celebrar o contrato.

Normalmente as partes adotam condutas econômicas conscientes e assumem os riscos inerentes. Quando da celebração do negócio as partes preveem ou deveriam prever as consequências da inexecução do contrato, razão pela qual não podem ser responsabilizadas por danos imprevisíveis. As partes inserem no âmbito de proteção do contrato tudo aquilo que puderam prever ao tempo da celebração do negócio jurídico e a isso se estende a sua responsabilidade.

Além do fundamento contratual a regra da previsibilidade tem fundamento econômico, uma vez que por meio dela se busca favorecer a assunção de compromissos contratuais, incentivar a prestação de informações por parte dos credores, sem, contudo, incrementar excessivamente as indenizações. Como se viu, a inexistência da regra resultaria em efeitos negativos, especialmente em disputas comerciais internacionais, pois permitir a compensação dos danos contratuais imprevistos aumentaria o custo da responsabilidade, o que constituiria um freio à atividade econômica.

A limitação da responsabilidade aos danos contratuais previsíveis libera o devedor de um peso excessivo do risco das obrigações que assume, facilitando a celebração de

contratos cujos custos se incrementariam notadamente se o devedor tivesse que assumir e se assegurar contra riscos que não podia prever no momento da celebração do contrato. A regra de previsibilidade incentiva a atividade comercial e também busca fomentar a prestação de informações por parte dos credores, já que cria um incentivo para que o credor revele fatos de seu conhecimento que fariam com que o custo da violação fosse mais alto do que o imaginado.

Após a verificação dos fundamentos da regra da previsibilidade do dano, ressaltou-se que quanto ao objeto da previsibilidade, o âmbito de riscos que se exige do devedor não deve apenas ser fixado em relação às causas ou tipo do dano, mas também à sua extensão, não se exigindo, contudo, uma precisa e detalhada previsibilidade do dano, tampouco o montante exato da perda, sendo necessário apenas que o devedor reconheça que a quebra do contrato produzirá a perda em seu tipo e extensão.

Com relação ao momento da previsibilidade, restou assente que se deve estabelecer se um dano é ou não previsível quando da celebração do contrato e não durante a sua execução ou descumprimento. As negociações conducentes à celebração do contrato podem durar um determinado período de tempo, mas o momento relevante do ponto de vista da previsibilidade é aquele em que o contrato entrou em vigor, sendo irrelevante se o devedor se tornou ciente ou deveria ter se tornado ciente de riscos adicionais depois desse preciso ponto no tempo.

Constatou-se ainda no presente estudo que em diversos países de Direito codificado a limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis beneficia apenas o devedor não doloso, sendo que o devedor que descumpre com dolo deverá indenizar integralmente o credor, sem qualquer redução ou exclusão do dano em razão da imprevisibilidade. Esse tratamento diferenciado, contudo, é desconhecido no sistema de *Common Law* e não foi adotado pela Convenção de Viena e pelos Princípios Unidroit.

Como se destacou, parece acertada a opção da CISG e dos Princípios Unidroit em não excepcionar a limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis quando a parte tenha agido com dolo ou negligência grave. Isto porque, especialmente no Direito do Comércio Internacional, não parece razoável que a alocação de responsabilidade da parte inadimplente, que depende diretamente do risco explícita ou implicitamente assumido no contrato, seja afetada se o descumprimento for ou não intencional. Permitir a compensação dos danos imprevistos ou imprevisíveis quando o devedor agiu com dolo ou

negligência grave aumentaria os custos da responsabilidade, o que constituiria um freio à atividade econômica.

Demonstrou-se, também, neste estudo, que a limitação dos danos indenizáveis, segundo o critério da sua previsibilidade, se encontra presente em diversas ordens jurídicas ocidentais para as quais irradiou por influência francesa. No Brasil, contudo, a limitação aos danos previsíveis, apenas com relação aos lucros cessantes, que constava do parágrafo único do art. 1.059 do Código de 1916, não foi reproduzida no Código Civil de 2002. De toda forma, em 01 e abril de 2014, o Brasil ratificou a CISG, que adotou o critério da previsibilidade, razão pela qual é de extrema importância que se conheça a fundo as suas disposições.

Constatou-se, ademais, que o critério da não reparação do dano contratual imprevisível também se encontra consagrado nos países do sistema de *Common Law*, e que diante da sua popularidade entre os sistemas domésticos e de sua adequação percebida às necessidades de Comércio Internacional, foi introduzido nos instrumentos internacionais de uniformização do Direito dos Contratos. Viu-se que a previsibilidade do dano como critério limitador do dano indenizável aparece nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PECL), no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), no *Common European Sales Law* (CESL) e no Projeto do Código Europeu dos Contratos, no qual se encontra mesclado com a doutrina do fim protegido pelo contrato.

Como se destacou, a inclusão da regra da previsibilidade do dano nessas iniciativas de consolidação e harmonização do Direito deixa assente a aceitação geral desse critério de limitação de ressarcimento de danos nos países europeus e indica, com certa segurança, a conveniência de sua adoção também no Direito do Comércio Internacional. Dada a compatibilidade entre a disciplina nos países de *Common Law* e naqueles de tradição romanística, não surpreende que a previsibilidade do dano como critério limitador da responsabilidade do devedor se faça presente no âmbito do Comércio Internacional.

Nesse contexto, analisou-se dois dos principais instrumentos de harmonização normativa do Comércio Internacional: os Princípios Unidroit e, mais profundamente, a CISG, que é referência normativa para os contratos internacionais entre signatários que representam dois terços do comércio mundial.

Como se viu, os Princípios Unidroit estabelecem regras gerais para contratos comerciais internacionais e refletem a tendência contemporânea de criação de um direito

transnacional próprio das relações comerciais internacionais, tendo como principal objetivo prover os agentes do Comércio Internacional de normas uniformes, versando os vários aspectos da relação contratual. Considerando que os Princípios Unidroit buscam enunciar as melhores soluções adaptadas às exigências do comércio internacional, a adoção da previsibilidade do dano como critério limitador do ressarcimento do dano evidencia a sua ampla aceitação no Direito Contratual Internacional.

A CISG também adotou o critério da previsibilidade, procurando manter o equilíbrio econômico entre as partes no momento da reparação de um prejuízo. Conforme se verificou, a regra da previsibilidade prevista no art. 74 da CISG, tal como ocorre com os Princípios Unidroit, emprega um padrão objetivo e outro subjetivo ao estabelecer que a indenização não poderá exceder a perda que a parte inadimplente tinha, ou deveria ter previsto, no momento da conclusão do contrato. Leva em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

Ao aplicar o padrão subjetivo deve-se avaliar o conhecimento dos fatos e as questões relevantes pela parte faltante, enquanto que na aplicação do padrão objetivo a questão decisiva é se uma pessoa razoável, colocando-se no lugar da parte e consciente das circunstâncias no momento da celebração do contrato, poderia ter previsto o dano. O conhecimento (real e imputado) é parte integrante do teste de previsibilidade, sendo que elementos como a alocação de riscos de acordo com o contrato, a finalidade do contrato, e o seu escopo de proteção devem ser levados em consideração.

Ao exigir a previsibilidade do dano, a CISG deixa claro que estão em jogo as expectativas legítimas das partes que possam ser objetivamente extraídas do contexto do contrato ou da contratação. O propósito da regra da previsibilidade do dano é limitar o risco de responsabilidade àquilo que a parte devedora levou em consideração no momento da conclusão do contrato, que lhe permitiu considerar aceitar o risco, contratar seguro ou até a mesmo se abster de contratar. A função de alocação de risco de uma maneira justa e razoável permite concluir que a regra da previsibilidade do dano contratual está relacionada à própria natureza e finalidade do contrato, podendo a parte infratora ser responsabilizada apenas na medida em que a sua responsabilidade esteja dentro do âmbito de proteção do contrato.

Para que se possa buscar a perda que a parte inadimplente tinha ou deveria ter previsto no momento da celebração do contrato, como consequência possível do seu

descumprimento, devem-se considerar fatos dos quais ela tinha conhecimento ou poderia ter tido conhecimento (previsibilidade presumida). Devem ser analisadas, assim, as condições em que o negócio foi firmado, o propósito da contratação e as informações que a parte lesada tinha disponibilizado para a parte inadimplente.

Conforme se destacou, para se verificar os fatos que a parte inadimplente tinha conhecimento, deve ser analisada a linguagem empregada entre as partes nas suas conversas, as trocas de correspondências, as atitudes e comportamentos, as circunstâncias do caso, as negociações havidas entre as partes, as práticas estabelecidas entre elas, os usos, etc. Deve-se considerar, ainda, o que a parte inadimplente tinha ou deveria ter previsto, levando em conta a sua experiência no mercado. E, também, deve-se considerar se a parte lesada alertou ou chamou a atenção da parte inadimplente sobre as possíveis consequências do inadimplemento antes ou no momento da celebração do contrato.

Após o estudo detalhado da regra da previsibilidade do dano na CISG, realizou-se a análise econômica da referida regra com o fim de avaliar a sua eficiência econômica, especialmente no Direito do Comércio Internacional, e de verificar se ela tem sido aplicada de forma eficiente por juízes e árbitros, de modo a reduzir os custos de transação para os agentes.

Analisou-se, primeiramente, o modelo econômico básico que explica o fundamento e os efeitos da regra da limitação da responsabilidade aos danos previstos ou previsíveis. Conforme se constatou, dentro do referido modelo a regra que limita a indenização aos danos previstos ou previsíveis no momento da celebração do contrato tem como atrativo, em termos de eficiência, o incentivo que suscita nos credores minoritários (que mais valorizam a prestação), minimizando os custos de transação de ajuste eficiente dos termos do contrato às verdadeiras características dos contratantes.

A vantagem primordial da regra da responsabilidade limitada aos danos previstos ou previsíveis é o efeito de incentivo à transmissão de informação do credor ao devedor, que permite a este último adaptar o seu comportamento de prestação às verdadeiras características dos distintos tipos de credores com os quais contrata, sendo incontestável o ganho de eficiência derivada desse ajuste às especificidades dos contratantes. A responsabilidade limitada procura este efeito, reduzindo os custos de transação associados à revelação de informação, já que coloca o incentivo precisamente onde é menos custoso em termos globais: no grupo minoritário, que valoriza a prestação acima da valoração majoritária no conjunto da população de credores. Quando, no entanto, os custos de

transação forem suficientemente elevados para excluir a revelação de informações e também para excluir um equilíbrio contratual de separação, a regra de responsabilidade limitada perde atrativo, uma vez que induz níveis inferiores de precaução na execução da prestação se comparada aos desejáveis pela população de credores.

Também ficou evidenciado no presente estudo que mesmo fora do modelo simplificado a regra da limitação da responsabilidade aos danos contratuais previstos ou previsíveis oferece um incentivo vigoroso para que o promissário revele informação ao promitente durante a celebração do contrato, já que se o promissário não informa o promitente a respeito de um prejuízo extraordinário decorrente do descumprimento da promessa, será penalizado com o não ressarcimento dos prejuízos imprevistos ou imprevisíveis. A adoção da regra da previsibilidade induz o credor a adotar a conduta economicamente mais eficiente no momento da celebração do contrato, já que com ela o credor passa a ter interesse em cooperar e transmitir informações.

Ao diminuir a assimetria de informações entre credor e devedor reduzem-se os custos de transação, uma vez que os contratantes se veem incentivados a estabelecer uma negociação sobre possíveis riscos associados à elaboração e execução do contrato, reduzindo esses riscos e protegendo-os de perdas incomuns ou excessivas, promovendo eficiência econômica e incentivando a atividade comercial. A regra que limita a reparação aos danos contratuais previstos ou previsíveis também favorece a assunção de compromissos contratuais, pois não incrementa excessivamente as indenizações. A inexistência da regra resultaria em efeitos negativos, especialmente em disputas comerciais internacionais, pois permitir a compensação dos danos contratuais imprevistos aumentaria o custo da responsabilidade, o que constituiria um freio à atividade econômica.

Restou evidenciado, pois, que a regra da previsibilidade do dano de fato promove eficiência econômica (torna o contrato mais eficiente) e a sua previsão influencia o comportamento das partes, incentivando a revelação de informações relevantes por parte do credor e permitindo que o devedor assuma o grau de precaução adequado ao risco concreto do caso.

Tendo em vista que a regra da previsibilidade do dano confere ampla margem de discricionariedade aos juízes e árbitros e deve ser aplicada e interpretada com o fim de remover as barreiras legais e promover o Comércio Internacional, analisou-se, ainda, as decisões judiciais e arbitrais que aplicaram e interpretaram a regra da previsibilidade do dano no âmbito da CISG, avaliando-se, em seguida, mediante a Análise Econômica do

Direito, a forma como o posicionamento de juízes e árbitros sobre a referida regra afeta os custos de transação dos negócios comerciais internacionais.

Os precedentes analisados que aplicaram a regra da previsibilidade sem grandes surpresas, dentro do que se pode esperar dos tribunais arbitrais e judiciais ao aplicar e interpretar um conceito jurídico indeterminado como a previsibilidade do dano, assim como as tentativas de sistematização das decisões e a identificação de tipos de casos que servem como norte para as partes e para os operadores do Direito, acabam incentivando o cumprimento dos contratos e a celebração de novos negócios e inibem, de certa forma, condutas oportunistas da parte que pretende descumprir o contrato.

Quanto maior o grau de incerteza, maiores seriam os incentivos para que as empresas alterassem os seus padrões negociais ou simplesmente diminuíssem a sua participação em atividades econômicas, reduzindo, conseqüentemente, a geração de riqueza social. Nessa lógica, o posicionamento de juízes e árbitros se insere numa sistemática contratual eficiente, criando um sistema de desincentivos para as partes adotarem comportamentos oportunistas durante a vigência da relação contratual.

É fato que muitas das decisões analisadas não discutem a fundo a questão da previsibilidade, limitando-se a definir algumas questões como previsíveis e outras não, e que algumas decisões, de maneira criticável, mesclam a CISG com leis domésticas para definir os danos como previsíveis ou não. Em que pesem tais fatos, que realmente podem gerar certa insegurança jurídica, não se identificou grandes distorções na aplicação da regra da previsibilidade.

Não se pode negar que com a ampla discricionariedade conferida aos julgadores na aplicação da regra da previsibilidade, muitas vezes é dado um tratamento flexível à referida regra, decidindo-se de acordo com o bom-senso, o que pode inegavelmente resultar em alguma insegurança jurídica, mas o fato é que a aplicação da regra invariavelmente depende da análise feita caso a caso, até porque a previsibilidade deve ser aferida levando-se em consideração fatos dos quais a parte em falta tinha conhecimento ou poderia ter tido conhecimento e de acordo com o que as partes acordaram expressa ou tacitamente no contrato.

As ponderações necessárias para se buscar identificar tais questões inevitavelmente dependerão de uma análise do caso concreto por parte do julgador que, como se viu, inclusive é desejável, já que apesar de as iniciativas de sistematização das decisões que

aplicaram a regra da previsibilidade do dano contratual no âmbito da CISG e de divisão em grupos de caso serem bastante úteis, não poderão ser desconsideradas as circunstâncias particulares do caso específico.

Por todo o exposto, conclui-se que ao aplicar e interpretar a regra da previsibilidade do dano apropriadamente e sem grandes distorções, sempre dentro do campo de interpretação que um conceito dessa natureza exige, os tribunais estatais e arbitrais geram externalidades positivas para todos os agentes econômicos que se beneficiam com os custos de transação.

Concluiu-se, ainda, que ao imprimir à regra da previsibilidade do dano interpretação apropriada e consentânea aos negócios internacionais, juízes e árbitros contribuem para a segurança jurídica e colaboram com o Comércio Internacional, diminuindo os custos de transação dos negócios internacionais.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. II.
- _____. **Da responsabilidade civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- ÁGUILA, Ramón Dominguez. Los límites al principio de reparación integral. **Revista Chilena de Derecho Privado**, dez. 2010, n. 15, pp. 9-28.
- ALOY, Antoni Vaquer. La indemnización de daños contractuales en la propuesta de reglamento sobre un derecho común Europeo de la compraventa (CESL). **Revista de Derecho Civil** (Estudios), enero-marzo, 2015, v. II, n. 3.
- ALPA, Guido. Trattato di Diritto Civile. **La responsabilità civile**. Milão: Giuffrè, 1999.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- AYRES, Ian; GERTNER, Robert. **Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules**. Yale L. J., 1989, v. 99.
- _____; _____. **Strategic contractual inefficiency and optimal choice of legal rules**. Yale L. J., 1992, v. 101, pp. 729-773.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARNETT, Randy. **Contracts**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.
- BEBCHUK, Lucian Arye; SHAVELL, Steven. Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: the Rule of Hadley v. Baxendale. **J. of Law, Econ. & Org.**, 1991, v. 7, pp. 284-312.
- BENTO SOARES, Maria Ângela; MOURA RAMOS, Rui Manuel. **Contratos internacionais**. Coimbra: Almedina, 1995.
- BERKOWITZ, Daniel; MOENIUS, Johannes; PISTOR, Karherina. Legal institutions and international trade flows. **Michigan Journal of International Law**, 2004, n. 26
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Rio, 1958.
- BONELL, Michael Joachim. **The Unidroit Principles and CISG**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell.html>. Acesso em: 25 jun. 2015.
- _____. The Unidroit Principles of International Commercial Contrats: Why? What? How? **Tulane Law Review**. New Orleans, 1994-1995, v. 69, pp. 1121-1147.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHENGWEI, Liu. **Remedies for non-performance: perspectives from CISG, Unidroit Principles & PECL**. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.html#14-2>. Acesso em: 25 jun. 2015.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Econ.**, 1960, v. 3.

_____. The nature of the firm. **The firm, the market and the law**. University of Chicago Press, 1990.

_____. The problem of social cost. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Suplemento IX, 1951.

_____. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1998.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexó causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, Santiago. **Programa de Direito Civil II**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978.

DARKEY, Joanne M. A U.S. Court's Interpretation of damage provisions under the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a preliminary step towards an international jurisprudence of CISG or a missed opportunity? **Journal of Law and Commerce**, 1995-1996, v. 15.

DI GRAVIO, Valerio. **Prevedibilità del danno e inadempimento doloso**. Milano: Giuffrè, 1999.

DJAKHONGIR, Saidov. **Methods of limiting damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#i>. Acesso em: 04 nov. 2016.

EISELEN, Sieg. **Remarks on the manner in which the Unidroit Principles of International Commercial Contracts May be used to interpret or supplement article 74 of the CISG**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html#se15>. Acesso em: 21 jul. 2016.

EISENBERG, Melvin Aron. The principle of Hadley v. Baxendale. **California Law Review**, v. 80. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1779&context=californialawreview>. Acesso em: 16 nov. 2016.

ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. **International Sales Law**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art74>. Acesso em: 03 jul. 2015.

EÖRSI, Gyula. **General provisions**. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi1.html>. Acesso em: 15 abr. 2016.

FERRARI, Franco. Comparative ruminations on the foreseeability of damages in Contract Law. **Lousiana Law Review**, 1993, v. 53, n. 4. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari9.html>. Acesso em: 27 ago. 2016.

_____. Foreseeability under Article 74 CISG. In: SAIDOV & CUNNINGHAM (Eds). **Contract damagees: domestic and international perspectives**, 2008.

FRADA, Manuel Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: MENEZES, Wagner (Org.). **O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek**. Ijuí, RS: Ed. da Unijuí, 2004.

_____. A contribuição da CISG (Convenção de Viena Sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional) para a atualização e flexibilização da noção de contrato no direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, jul./set. 2012, v. 34.

FRANÇOIS, Clément. Présentation des articles 1231 à 1231-7 de la nouvelle sous-section 5. **La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat**. Disponível em: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect5-responsabilite-contractuelle/>. Acesso em: 02 jan. 2017.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Pádua: Cedam, 1998.

GAMA Jr., Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos Princípios do Unidroit 2004**. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. **Os princípios do Unidroit relativos aos Contratos do Comércio Internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

GANDOLFI, Giuseppe (Org.). **Código europeu dos contratos**. Projeto Preliminar. Curitiba: Juruá, 2008.

GERMANY. **Schiedsgericht der Handelskammer** [Arbitral Tribunal] Hamburg, 21 March 1996. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>. Acesso em: 27 jun. 2015.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 4.

GOTANDA, John Y. **Opinion 6**. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. **Damages in Lieu of Performance Because of Breach of Contract**. Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory. Working paper no. 2006-8 July 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917424. Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**. Editado por Stefan Kroll, Loukas Mistelis e Pilar Perales Viscasillas. Munique: C.H. Beck. Hart. Nomos, 2011.

HADLEY & ANOR v BAXENDALE & ORS [1854] EWHC Exch J70 (23.02.1854). Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1854/J70.html>. Acesso em: 25 jun. 2015.

HEUZÉ, Vincent. **La vente internationale de marchandises**. Ed. LGDJ, 2000.

HIDALGO, Carmen Domínguez. **El daño moral**. Santiago: Editorial de Chile, 2000.

HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 4^a ed. Holanda: Kluwer Law International, 2009.

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

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

JOURDAIN, Patrice. **Rapport introductoire**. Paris: Petites Affiches, nov. 2002, v. 232.

KATZ, Avery. Remedies for breach of contracts under CISG. **International Review of Law and Economics**. Meppel, 2006, v. 25.

KLEIN, Benjamin. Contracts and incentives: the role of contracts terms in assuring performance. In: WERIN, L.; WIJKANDER, R. **Contract economics**. Oxford: Blackwell, 1992.

KNAPP, Victor. Article 74. In: BIANCA-BONELL. **Commentary on the International Sales Law**. Giuffrè: Milan, 1987, pp. 538-548. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb74.html>. Acesso em: 03 nov. 2016.

KONERU, Phanesh. **The international interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: an Approach Based on General Principles**. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html>. Acesso em: 15 abr. 2016.

KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena**. Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAUDE, Anne. **L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle em droit privé français?** Paris: Petites Affiches, nov. 2002, v. 232, pp. 55-60.

LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no Direito Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O mundo como empresa global**. Aspectos relevantes da ordem internacional. São Paulo: Grua, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, tomo II.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. Tome III. 5e. éd. Paris: Montchrestien, 1958.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais**. Lisboa: Lex, 1997.

MENEZES LEITÃO, Luís Teles. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2003, v. I.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2005.

_____. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** – Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. Responsabilidade civil: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes e às atuais discussões de reforma na Europa. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, 2º semestre de 2002, n. 23.

MOTA PINTO, Paulo. **Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

NALIN, Paulo; STEINER Renata C. **Compra e venda internacional de mercadorias: a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NEIRA, Lilian C. San Martín. **La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño**. Estudio histórico-comparado. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2012.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. Institutions. **Journal of Econ. Perspectives**. Winter 1991, v. 5, n. 1, pp. 97-112.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Estudo sobre o não cumprimento das obrigações**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ORTSCHEIDT, Jérôme. **La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international**. Paris: Dalloz, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PICHONNAZ, Pascal. **Prévisibilité du dommage et *damnum extra rem***. Disponível em: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2014000200020. Acesso em: 02 jan. 2017.

PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena de 1980**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art7.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2016).

PINORI, Alessandra; CORRADI, Elisabetta. Il principio della riparazione integrale del danno. In: VISINTINI, Giovanna (Org.). **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale**. Milan: Giuffrè, 1999.

PINTO, José Emílio Nunes. O dano e a determinação de sua causação no contexto dos contratos de grandes obras de engenharia. **Conversas sobre arbitragem**. Instituto de Estudos Culturalistas. Canela, RS, 16 nov. 2013.

POMAR, Fernando Gómez. **Previsión de daños, incumplimiento e indemnización**. Madrid: Civitas, 2002.

POSNER, Eric. **Análise econômica do Direito Contratual**. Sucesso ou fracasso? Tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. The econ. approach to law. **Texas Law Review**, 1975, v. 53, n. 4.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas, SP: Servanda, 2001.

REFORME DU DROIT DES CONTRATS: quelles innovations? **Revue des Contrats**. Lextenso, avril 2016.

SAIDOV, Djakhongir. Foreseeability of Damages. **In the Law of Damages in International Sales: the CISG and other International Instruments**. Hart Publishing, 2008. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov5.html>. Acesso em: 03 jul. 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia? In: TIMM, Luciano B. (Org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em: 20 out. 2016).

_____. In: POSNER, Eric. **Análise econômica do Direito Contratual**. Sucesso ou Fracasso? São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coords). **Arbitragem no Brasil** – Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHLECHTRIEM, Peter; WITZ, Claude. **Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises**. Paris: Dalloz, 2008.

_____; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____; _____. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de Ingeborg Schwenzler, Eduardo Grebler, Vera Fardera e Cesar A. Guimarães Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. In: SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de Ingeborg Schwenzler, Eduardo Grebler, Vera Fradera e Cesar A. Guimarães Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____; HACHEM, Pascal. **The CISG – A story of worldwide success**. Disponível em: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/9587/20110913164502_4e6f6c6e5b_746.pdf. Acesso em: 25 jun. 2015.

SÉRIAUX, Alain. **Droit des obligations**. 2ª ed. Paris: PUF, 1998.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Manuel Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indemnizar**. Lisboa, 1944, v. I.

SMORTO, Guido. **Il danno da inadempimento**. Pádua: Cedam, 2005.

STEINER, Renata Carlos. **Resolução do Contrato e Reparação de Danos na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/concurso/RenataSteiner.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

STOLL, Hans. Comentário ao art. 74 da Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional de mercadorias. In: SCHLECHTRIEM, Peter (Org.). **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs). **Direito e economia – Análise econômica do direito e das organizações**. São Paulo: Campus/ Elsevier, 2005.

_____. Comércio Internacional, Incompletude Contratual e Soft Law. **Arbitragem e comércio internacional**. Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

TALCIANI, Hernán Corral. **Contratos y daños por incumplimiento**. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I.

TIMM, Luciano Benetti; FERREIRA ALVES, Francisco Kümmel. Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? **Revista de Direito Público da Economia**, 2007, v. 19, pp. 125-158.

_____; MOSER, Luiz Gustavo Meira. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias (CISG) em perspectiva de uma Análise Econômica. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 2013, n. 37.

TRIPODI, Leandro. **Interpretação da CISG: contexto, lex forismo, uniformidade e o intuito do legislador convencional**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/ltripodi1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

TUCCARI, Emanuele. La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale. **Rivista Mensile de Le Nueve Leggi Civili Commentate**, set. 2012, n. 9, pp. 565-579.

VALCAVI, Giovanni. **Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale**. Disponível em: http://www.fondazione_giovannivalcavi.it/scritti/capitoli/diritto-civile3.pdf. Acesso em: 04 out. 2016.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, v. I.

VINEY, Geneviève. La responsabilité: effets. In: GHESTIN, Jacques (Org.). **Traité de droit civil**. Paris: LGDJ, 1998.

VISCASILLA, Maria del Pilar Perales. **El contrato de compraventa internacional de mercancías** (Convención de Viena de 1980). Disponível em: <http://cisg3.la.pace.edu/cisg/biblio/perales1-74.html>. Acesso em: 27 jun. 2015.

VISINTINI, Giovanna. L'inadempimento delle obbligazioni: risarcimento del danno. In: RESCIGNO, Pietro (dir.). **Trattato di diritto privato** (obbligazioni e contratti). Torino: UTET, 1984, v. IX.

_____; PINORI, Alessandra. La nozione di danno e le tecniche risarcitorie. In: VISINTINI, Giovanna (Org.). **Risarcimento del danno contrattuale di extracontrattuale**. Milan: Giuffrè, 1999.

VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NOLKE, Hans. **Principles, definitions and models rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Interim Outline Edition. Munique: Sellier, 2008.

WALD, Arnoldo; COSTA, José Augusto Fontoura; VIEIRA, Maíra de Melo. O impacto da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Direito Brasileiro: visão geral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2013, n. 37.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and hierarchies**. New York: The Free Press, 1975.

_____. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

_____. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, n. 36, p.269-296, jun. 1991.

_____. **The mechanisms of governance**. Oxford/New York: Oxford University, 1996.

WILSON, Carlos Pizarro. **Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades**. Anales Derecho UC, 3, 2008.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ZAMORANO, Marcelo Barrientos. Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron prever al tempo del contrato. **Revista Chilena de Derecho**, 2007, v. 34, n. 1.

ZANETTI, Cristiano de Souza. O risco contratual. In: LOPES, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Sociedade de risco e direito privado**. São Paulo: Atlas, 2013.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Limitation of liability for damages in European Contract Law**. Disponível em: https://www.academia.edu/12680057/LIMITATION_OF_LIABILITY_FOR DAMAGES IN EUROPEAN CONTRACT LAW REINHARD_ZIMMERMANN>. Acesso em: 07 jul. 2015.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Sites visitados

CISG. Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Corte de Apelação de Hamm (Precedente ULIS). Alemanha, 23 de março de 1978. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/780323g1.html>.

_____. Alemanha, 10 de junho de 1980, primeira instância de Essen, Alemanha (Precedente ULIS). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/800610g1.html>.

_____. Alemanha, 27 de janeiro de 1981, primeira instância de Heidelberg (Precedente ULIS). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/810127g1.html>.

_____. Alemanha, 3 de junho de 1983, primeira instância de Konstanz (Precedente ULIS). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/830603g1.html>.

_____. Alemanha, 14 de maio de 1993, primeira instância de Aachen. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930514g1.html>.

_____. Alemanha, 23 de junho de 1995, primeira instância, Munique. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950623g1.html>.

_____. Alemanha, 21 de setembro de 1995, primeira instância, Kassel. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950921g1.html>.

_____. Alemanha, 21 de maio de 1996. Tribunal de Apelação, Colônia. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html>.

_____. Alemanha, 8 de janeiro de 1997. Tribunal de Apelação de Colônia. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html>.

_____. Alemanha, 13 de março de 1997, primeira instância de Berlim. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970313g1.html>.

_____. Alemanha, 13 de janeiro de 1999. Tribunal de Apelação de Bamberg. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990113g1.html>.

_____. Alemanha, 23 de outubro de 2000. Tribunal de Apelação de Dresden. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001023g1.html>.

_____. Alemanha, 13 de setembro de 2006. Tribunal de Berlim. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060913g1.html>.

_____. Alemanha, 29 de maio de 2012. Primeira instância, Colônia. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120529g1.html>.

_____. Argentina, 7 de outubro de 2010. Câmara Comercial Nacional de Apelação de Buenos Aires. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/101007a1.html>.

_____. Austrália, 17 de janeiro de 2003. Suprema Corte do Oeste da Austrália. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030117a2.htm>.

_____. Austrália, caso “*Downs Investments v. Perwaja Steel*”. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001117a2.html> e <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060913g1.html>.

_____. Áustria, 6 de fevereiro de 1996. Suprema Corte. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>.

_____. Áustria, 28 de abril 2000. Suprema Corte. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html>.

_____. Áustria, 14 de janeiro de 2002. Suprema Corte. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>.

_____. China, 25 de fevereiro de 1993. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070630c1.html>.

_____. China, 20 de dezembro de 1993. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931220c1.html>.

_____. China, 17 de junho de 1994. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940617c1.html>.

_____. China, 11 de agosto de 1994. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940811c1.html>.

_____. China, 5 de setembro de 1994. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940905c2.html>.

_____. China, 19 de setembro de 1994. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940919c1.html>.

_____. China, 25 de setembro de 1994. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941025c1.html>.

_____. China, 22 de março de 1995. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950322c1.html>.

_____. China, 28 de abril de 1995. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950428c1.html>.

_____. China, 8 de março de 1996. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960308c1.html>.

_____. China, 2 de maio de 1996. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960502c1.html>.

_____. China, 6 de agosto de 1996. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960806c1.html>.

_____. China, 7 de novembro de 1996. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961107c1.html>.

_____. China, 18 de dezembro de 1996. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961218c1.html>.

_____. China, 4 de abril de 1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970404c1.html>.

_____. China, 23 de abril de 1997. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970423c1.html>.

_____. China, 4 de julho de 1997. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704c1.html>.

_____. China, 7 de julho de 1997. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970707c1.html>.

_____. China, 10 de julho de 1997. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970710c1.html>.

_____. China, 23 de julho de 1997. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970723c1.html>.

_____. China, 5 de agosto de 1997. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970805c1.html>.

_____. China, 28 de novembro de 2001. Superior Tribunal Popular da Província de Jiangsu. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011128c1.html>.

_____. China, 4 de fevereiro de 2002. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020204c1.html>.

_____. China, 9 de setembro de 2002. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020909c1.html>.

_____. China, 4 de novembro de 2002. Superior Tribunal Popular de Xangai. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020909c2.htm>.

_____. China, 29 de setembro de 2004. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040929c1.html>.

_____. China, 22 de agosto de 2005. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050822c1.html>.

_____. China, 9 de novembro de 2005. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051109c1.html>.

_____. China, abril de 2006. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060400c2.html>.

_____. China, 25 de julho de 2006. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060725c1.html>.

_____. China, 3 de agosto de 2006. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060803c1.html>.

_____. China, 30 de junho de 2007. Procedimento Arbitral CIETAC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070630c1.html>.

_____. Case n. 22 U 4/96 Appellate Court Köln (Germany) 21 May 1996 (Used car case). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html>.

_____. Disponível em: http://www.cisg.law.pace.edu/cgi-bin/isearch?DATABASE=cases2&SEARCH_TYPE=ADVANCED&ISEARCH_TERM=articles/74&ELEMENT_SET=TITLE&MAXHITS=500.

_____. Espanha, 10 de março de 2009. Tribunal de Apelação de Madrid. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090310s4.html>.

_____. Espanha, 24 de abril de 2009. Tribunal de apelação de Alicante. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090424s4.html>.

_____. Estados Unidos, 6 de dezembro de 1995. Tribunal Federal de Apelação (2º Circuito). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>.

_____. Estados Unidos, 3 de abril de 2009. Justiça Federal, Washington. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090403u1.html>.

_____. Estados Unidos, 7 de novembro de 2011. Justiça Federal de Flórida, primeira instância. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/111107u1.html>.

_____. Estados Unidos, 10 de dezembro de 2014. Justiça Federal, primeira instância, Texas. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/141210u1.html>.

_____. Finlândia, 5 de novembro de 1996, primeira instância, Kuopio. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961105f5.html>.

_____. Finlândia, 12 de novembro de 1997. Tribunal de apelação de Turku. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970117f5.html>.

_____. Finlândia, 26 de outubro de 2000. Tribunal de apelações de Helsinki. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001026f5.html>.

_____. Finlândia, 24 de maio de 2005. Corte de apelação de Turku. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050524f5.html>.

_____. Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 30 October 2006 (*Trolleybus case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061030sb.html>.

_____. Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 1 October 2007 (*Timber case*). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071001sb.html>.

_____. França, 18 de setembro de 2008. Tribunal de apelação de Lyon. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080918f1.html>.

_____. França, 17 de fevereiro de 2015. Corte de Cassação. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/150217f1.htm>.

_____. Grécia. Decisão 4505/2009. Membros da Corte de Primeira instância, Atenas. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html>.

_____. Holanda, 1 de março de 2006. Corte Distrital de Arnhem. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060719n1.html>.

_____. Holanda, 21 de março de 2006. 4. Corte de Apelação de Arnhem. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060321n1.html>.

_____. Hungria, 22 de novembro de 2007. Tribunal de recursos de Szeged. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071122h1.html>.

_____. Instituto de Direito Comercial Internacional da Escola de Direito de Pace. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/>.

_____. Israel, 22 de agosto de 1993. Suprema Corte. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930822i5.html>.

_____. Procedimento Arbitral CCI nº 7.585, de 1992. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html>.

_____. Procedimento Arbitral CCI nº 8.769, de dezembro de 1996. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968769i1.html>.

_____. Procedimento Arbitral CCI nº 8.611, de 23 janeiro de 1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html>.

_____. Procedimento Arbitral CCI nº 9.187, de junho de 1999. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html>.

_____. Procedimento Arbitral CCI, 20 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991220i1.html>.

_____. República da Coreia, 23 de fevereiro de 2009. Suprema Corte de Seul. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090223k3.html>.

_____. Rússia, 16 de março de 1995. Procedimento arbitral 155/1994. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>.

_____. Rússia, 12 de março de 1996. Procedimento arbitral 166/1995. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960312r1.html>.

_____. Rússia, 5 de março de 1998. Procedimento arbitral 160/1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980305r2.html>.

_____. Rússia, 15 de agosto de 2003. Procedimento arbitral 57/2001. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030815r1.html>.

_____. Rússia, 28 de maio de 2004. Procedimento arbitral 175/2003. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040528r1.html>.

_____. Rússia, 17 de junho de 2004. Procedimento arbitral 186/2003. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040617r1.html>.

_____. Rússia, 23 de dezembro de 2004. Procedimento arbitral 97/2004. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041223r1.html>.

_____. Rússia, 27 de maio de 2005. Procedimento arbitral 95/2004. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050527r1.html>.

_____. Rússia, 13 de abril de 2006. Procedimento arbitral 105/2005. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060413r1.html>.

_____. Sérvia, 30 de outubro de 2006. Tribunal Arbitral estrangeiro vinculado à Câmara de Comércio da Sérvia. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061030sb.html>.

_____. Sérvia, 23 de janeiro de 2008. Tribunal Arbitral estrangeiro vinculado à Câmara de Comércio da Sérvia. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080123sb.html>.

_____. Sérvia, 15 de junho de 2010. Tribunal Arbitral estrangeiro vinculado à Câmara de Comércio da Sérvia. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100615sb.html>.

_____. Suíça, 2009, 26 de abril de 1995. Tribunal comercial de Zurique. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html>.

_____. Suíça, 28 de outubro de 1998. Suprema Corte. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>.

_____. Suíça, 3 de dezembro 2002. Tribunal Comercial de St. Gallen. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>.

_____. Suíça, 12 de março de 2004. Tribunal de Willisau. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040312s1.html>.

_____. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2015.

_____. ULIS (Case n. VIII ZR 210/78 Supreme Court (Germany) 24 October 1979 (*Cheese case*)). Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/791024g1.html>.

_____. **Convenção das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/ExplNoteCISGTradAmadeusOrleans-Final.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. France. Disponível em: <http://www.cisg-france.org>.

_____. CISG-online.ch. Disponível em: <http://www.cisg-online.ch/>.

EUR-LEX. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN>. Acesso em: 01 set. 2016.

GLOBAL SALES LAW. Faculdade de Direito da Universidade de Basel (Suíça). Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org>.

UNCITRAL. The United Nations Commission on International Trade Law. Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.

_____. Secretaria da Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional. Disponível em: <http://www.uncitral.org/clout/index.jsp>.

_____. Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980_CISG_status.html.

UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law. **Principles of International Commercial Contracts 2010**. Published by the International Institute for the Unification of Private Law, Rome. Disponível em: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/406-chapter-7-non-performance-section-4-damages/1034-article-7-4-4-foreseeability-of-harm>.

_____. Disponível em: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>.

_____. Princípios Unidroit. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>.

UNILEX. Disponível em: <http://www.unilex.info/>.

_____. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=700&step=FullText>.

ANEXO

DECISÕES SELECIONADAS QUE APLICARAM O ART. 74 DA CISG

DATA DA DECISÃO	JURISDIÇÃO	TRIBUNAL	NÚMERO DO CASO	LINK
23/3/1978	Alemanha	OLG Hamm [OLG = Oberlandesgericht = Provincial Court of Appeal]	2 U 30/77	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/780323g1.html
24/10/1979	Alemanha	Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court]	VIII ZR 210/78	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/791024g1.html
10/6/1980	Alemanha	LG Essen [LG = Landgericht = District Court]	45 O 237/79	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/800610g1.html
27/1/1981	Alemanha	LG Heildeberg	O 116/81	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/810127g1.html
6/10/1992	Alemanha	LG Berlin	103 O 70/92	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/921006g1.html
1992	Arbitragem; ICC	Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	7585 of 1992	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/927585i1.html
25/2/1993	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1993/05	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930225c1.html
14/5/1993	Alemanha	LG Aachen	43 O 136/92	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930514g1.html
3/6/1983	Alemanha	LG Konstanz	3 HO 55/83	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/830603g1.html
22/8/1993	Israel	Supreme Court	3912/90	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930822i5.html
17/9/1993	Alemanha	OLG Koblenz	2 U 1230/91	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930917g1.html

20/12/1993	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1993/13	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/931220c1.html
1994	Arbitragem; ICC	Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	7531 of 1994	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/947531i1.html
17/6/1994	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1994/08	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940617c1.html
11/8/1994	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1994/09	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940811c1.html
5/9/1994	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1994/10	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940905c2.html
9/9/1994	Estados Unidos	U.S. District Court, Northern District of New York [federal court of 1st instance]	88-CV-1078	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940909u1.html
6/12/1995		U.S. Circuit Court of Appeals (2d. Cir.) [federal appellate court]	Nos. 185, 717, Dockets 95- 7182, 95-7186	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/951206u1.html
19/9/1994	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1994/11	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940919c1.html
25/10/1994	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1994/13	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/941025c1.html
16/3/1995	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	155/1994	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950316r1.html
22/3/1995	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1995/05	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950322c1.html

26/4/1995	Suiça	HG Zürich	HG 920670	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950426s1.html
28/4/1995	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1995/08	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950428c1.html
23/6/1995	Alemanha	AG München	271 C 18968/94	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950623g1.html
21/9/1995	Alemanha	LG Kassel	11 O 4261/94	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950921g1.html
6/2/1996	Áustria	Oberster Gerichtshof [Supreme Court]	10 Ob 518/95	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960206a3.html
8/3/1996	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1996/12	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960308c1.html
12/3/1996	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	166/1995	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960312r1.html
21/3/1996	Arbitragem; Alemanha	Schiedsgericht der Handelskammer [Arbitral Tribunal] Hamburg	Partial award of 21 March 1996	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960321g1.html
2/5/1996	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] [PRC]	CISG/1996/21	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960502c1.html
21/5/1996	Alemanha	OLG Köln	22 U 4/96	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960521g1.html
6/8/1996	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1996/35	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960806c1.html
16/8/1996	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1996/39	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960816c1.html

4/9/1996	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1996/41	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960904c1.html
26/10/1996	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1996/49	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/961026c1.html
5/11/1996	Finlândia	Käräjaoikeus [= KO = District Court] of Kuopio	95/3214	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/961105f5.html
7/11/1996	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1996/50	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/961107c1.html
18/11/1996	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1996/56	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/961218c1.html
25/11/1996	Arbitration ; P.R. China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC), Shanghai Commission	CISG/1996/02	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/961215c1.html
28/11/1996	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1996/54	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/961218c1.html
12/1996	Arbitragem; ICC	Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	8769 of December 1996	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/968769i1.html
1/1997	Arbitragem; ICC	Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	8786 of January 1997	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/978786i1.html
8/1/1997	Alemanha	OLG Köln	27 U 58/96	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970108g1.html
17/1/1997	Finlândia	Tampere Court of First Instance	95/11193	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970117f5.html

12/11/1997	Finlândia	Turku Court of Appeal		http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971112f5.html
23/1/1997	Arbitragem; ICC	Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	8611/HV/JK	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/978611i1.html
13/3/1997	Alemanha	AG Berlin-Tiergarten	2 C 22/97	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970313g1.html
4/4/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/04	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970404c1.html
24/4/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/07	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970423c1.html
7/5/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/12	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970507c1.html
25/6/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/16	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970625c1.html
25/6/1997	Alemanha			-
27/6/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/18	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970627c1.html
4/7/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/19	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970704c1.html
7/7/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/20	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970707c1.html

10/7/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/21	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970710c1.html
23/7/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/23	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970723c1.html
5/8/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/25	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970805c1.html
18/8/1997	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1997/26	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970818c1.html
1998	Stockholm Chamber of Commerce	Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce	107/1997	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980107s5.html
5/3/1998	Arbitragem; Russia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	160/1997	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980305r2.html
31/3/1998	Alemanha	OLG Hamm	8 U 46/97	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980331g1.html
22/6/1998	China	Second Intermediate People's Court [District Court] of Shanghai	Indisponível	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980622c1.html
28/10/1998	Suiça	Bundesgericht [= BGer = Supreme Court] , 1. Zivilabteilung	4C.179/1998/odi	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/981028s1.html
26/11/1998	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1998/06	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/981126c1.html

6/1/1999	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1999/04	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990106c1.html
13/1/1999	Alemanha	OLG Bamberg	3 U 83/98	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990113g1.html
12/2/1999	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1999/08	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990212c1.html
12/2/1999	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/1999/09	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990212c2.html
28/5/1999	Arbitragem; P.R. China	China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), Shenzhen Commission	CISG/1999/02	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990528c1.html
6/1999	Arbitragem; ICC	Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	9187 of June 1999	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/9996187i1.html
27/7/1999	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	302/1996	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/999727r1.html
20/12/1999	Arbitragem; ICC	Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	Indisponível	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/999920i1.html
31/12/1999	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC), Shenzhen Commission	CISG/1999/32	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/999931c1.html
2000	Hungria	Supreme Court of Hungary	Legf. Bir. Gf1.30.299/2000	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000000h2.html

02/01/2000	Arbitragem; PR China	China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC)	CISG/2000/01	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000201c1.html
24/01/2000	Arbitragem; Federação Russa	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	54/1999	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000124r1.html
31/01/2000	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2000/09	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000131c1.html
28/04/2000	Austria	Oberster Gerichtshof [Supreme Court]	1 Ob 292/99v	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000428a3.html
06/06/2000	Arbitragem; Federação Russa	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	406/1998	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000606r1.html
15/09/2000	Suiça	BGer [= Bundesgericht = Supreme Court]	4C.105/2000	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000915s2.html
23/10/2000	Alemanha	OLG Dresden [OLG = Oberlandesgericht = Appellate Court]	2 U 1181/00	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001023g1.html
26/10/2000	Finlândia	Helsingin hovioikeus [Helsinki Court of Appeals]	S 00/82	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001026f5.html
17/11/2000	Australia	Supreme court of Queensland	Civil Jurisdiction No. 10680 of 1996	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001117a2.html
10/12/2001	Australia	Supreme Court of Queensland, Court of Appeal		http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/011012a2.html

07/12/2000	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2000/14	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001207c1.html
12/06/2001	França	CA Colmar [CA = Cour d'appel = Appellate Court]	1 A 199800359	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010612f1.html
28/08/2001	Estados Unidos [federal court]	U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division [federal court of 1st instance]	99 C 4040	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010828u1.html
19/11/2002	Estados Unidos [federal court]	U.S. Circuit Court of Appeals (7th Cir.) [federal appellate court]		http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021119u1.html
28/11/2001	China	High People's Court [Appellate Court] of Jiangsu Province	-	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/011128c1.html
21/12/2001	Alemanha	LG Hamburg [LG = Landgericht = District Court]	419 O 48/01	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/011221g1.html
14/01/2002	Austria	OGH [= Oberster Gerichtshof = Supreme Court]	7 Ob 301/01t	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020114a3.html
24/01/2002	Austria	OLG Graz [OLG = Oberlandesgericht = Provincial Court of Appeal]	4 R 219/01k	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020124a3.html
02/01/2002	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	234/2000	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020102r1.html
02/04/2002	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC), Shenzhen Commission	CISG/2002/03	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020204c1.html

09/09/2002	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2002/22	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020909c1.html
09/09/2002	China	Shanghai Yangpu District People's Court	Indisponível	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020909c2.html
11/04/2002	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2002/08	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021104c1.html
11/06/2002	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2002/25	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021106c1.html
12/03/2002	Suiça	HG St. Gallen [HG = Handelsgericht = Commercial Court]	HG.1999.82- HGK	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021203s1.html
17/01/2003	Australia	Supreme Court of Western Australia	[2003] WASC 11; CIV 1647 of 1998 consolidated by order 12/5/2000	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030117a2.html
29/01/2003	Estados Unidos [federal court]	U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division [federal court of 1st instance]	01 C 5938	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030129u1.html
06/03/2003	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2003/01	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030603c1.html
19/06/2003	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2003/09	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030619c1.html
15/08/2003	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	57/2001	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030815r1.html

17/09/2003	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2003/14	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030917c1.html
20/10/2003	Suiça	Kantonsgericht [District Court] Schaffhausen	12/2002/108	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/031020s1.html
12/10/2003	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2003/04	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/031210c1.html
03/12/2003	Suiça	Amtsgericht [County Court] Willisau	38626	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040312s1.html
29/04/2004	Estados Unidos	United States Bankruptcy Court for the District of Oregon	Bankruptcy Case No. 02-66975- fra11	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040429u2.html
28/05/2004	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	175/2003	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040528r1.html
17/06/2004	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	186/2003	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040617r1.html
29/09/2004	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2004/05	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040929c1.html
23/12/2004	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	97/2004	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/041223r1.html
04/07/2005	Arbitragem; China	China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2005/01; Case No. Shen G2004100	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050407c1.html

24/5/2005	Finlândia	HO Turku [HO = Hovioikeus / hovrätt = Appellate Court]	S 04/1600	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050524f5.html
27/5/2005	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	95/2004	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050527r1.html
22/8/2005	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2005/13	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050822c1.html
11/09/2005	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2005/04	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/051109c1.html
2006	Grécia	Efetiio Lamias [Court of Appeals of Lamia]	63/2006	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060001gr.html
01/03/2006	Holanda	Rechtbank Arnhem	Zaaknummer / rolnummer: 125903 / HA ZA 05-682	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060001n1.html
21/3/2006	Holanda	Gerechthof Arnhem	Rolnummer 03/1021	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060003n1.html
abr/06	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2006/21	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060400c2.html
13/4/2006	Arbitragem; Rússia	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	105/2005	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060413r1.html
25/7/2006	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2006/22	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060725c1.html

08/03/2006	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2006/15	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060803c1.html
23/8/2006	Estados Unidos	U.S. District Court, Southern District of New York [federal court of 1st instance]	00 Civ. 5189 (RCC)	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060823u1.html
13/9/2006	Alemanha	LG Berlin	94 O 50/06	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060913g1.html
30/10/2006	Arbitragem; Sérvia	Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce	T-22/05	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/061030sb.html
Dezembro/2006	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2006/05	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/061200c2.html
30/6/2007	Arbitragem; China	China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (PRC)	CISG/2007/04	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070630c1.html
10/02/2007	Arbitragem; Sérvia	Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce	T-8/06	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/071001sb.html
23/10/2007	American Arbitration Association	International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association	Case No. 50181T 0036406	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/071023a5.html
16/4/2008	Estados Unidos	U.S. District Court, Southern District of New York [federal court of 1st instance]	08 Civ. 114 (SAS)	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/080416u1.html
26/5/2009	Estados Unidos	U.S. Court of Appeals (2nd Circuit) [federal appellate court]	08-2255-cv	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/090526u1.html
22/11/2007	Hungria	Judicial Board of Szegeed [Appellate Court]	Gf.I.30.372.2007 /3	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/071122h1.html

23/01/2008	Arbitragem; Sérvia	Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce	T-9/07	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/080123sb.html
03/05/2008	Alemanha	OLG München [OLG = Oberlandesgericht = Provincial Appellate Court]	Indisponível	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/080305g1.html
18/9/2008	França	Cour d'appel de Lyon	07/03304	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/080918f1.html
09/10/2008	Polónia	Supreme Court	V CSK 63/08	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/081009p1.html
8/2/2012				http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/120208p1.html
19/12/2008	Coréia	Seoul Central District Court	2007Gahap9781 0	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/081219k3.html
2009	Grécia	Multi-Member Court of the First Instance of Athens	4505/2009	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/094505gr.html
23/02/2009	Coréia	Seoul High Court	2008Na20319	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/090223k3.html
10/03/2009	Espanha	Audiencia Provincial Madrid, sección 1ª	Recurso de Apelación No. 759/2008	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/090310s4.html
3/4/2009	Estados Unidos	U.S. District Court, Western District of Washington, at Tacoma [federal court of 1st instance]	C 05-5538FDB	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/090403u1.html
24/4/2009	Espanha	Audiencia Provincial de Alicante	Recurso de Apelación No. 72/2009	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/090424s4.html

19/10/2009	Sérvia	Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce	T-6/08	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/091019sb.html
13/4/2010	Coreia	Suwon District Court	2008Gahap14769	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/100413k3.html
15/6/2010	Sérvia	Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce	T-8/09	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/100615sb.html
15/7/2010	Espanha	Audiencia Provincial de Murcia	439/10	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/100715s4.html
7/10/2010	Argentina	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires [National Commercial Court of Appeals, Divison "F"]	72597/04	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/101007a1.html
20/4/2011	Australia	Federal Court of Australia	VID 1080 of 2010	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/110420a2.html
21/9/2011	China	Shanghai High People's Court	(2011) Hu Gao Min Er (Shang) Zhong Zi No. 18	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/110921c1.html
7/11/2011	Estados Unidos	U.S. District Court, Southern District of Florida [federal court of 1st instance]	10-80851	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/111107u1.html
29/5/2012	Alemanha	LG Köln	88 O 57/11	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/120529g1.html
10/12/2014	Estados Unidos	U.S. District Court, Southern District of Texas, Houston Division [Federal Court of 1st Instance]	H-07-2950	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/141210u1.html
2/17/2015	França	Cour de Cassation	12-29550, 13-18956, 13.20230	http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/150217f1.html