

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

JÚLIA DE AGUIAR GUIMARÃES

**NEM TANTO À TERRA, NEM TANTO AO MAR: A RESOLUÇÃO DO CONTRATO
INTERNACIONAL DE COMPRA E VENDA MERCANTIL NA *CIVIL LAW* E NA
COMMON LAW E AS VANTAGENS DA ADESÃO À CONVENÇÃO DE VIENA
(CISG)**

FLORIANÓPOLIS

2016

JÚLIA DE AGUIAR GUIMARÃES

**NEM TANTO À TERRA, NEM TANTO AO MAR: A RESOLUÇÃO DO CONTRATO
INTERNACIONAL DE COMPRA E VENDA MERCANTIL NA *CIVIL LAW* E NA
COMMON LAW E AS VANTAGENS DA ADESÃO À CONVENÇÃO DE VIENA
(CISG)**

Trabalho de Conclusão desenvolvido como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Professora Doutora Leticia Albuquerque

Coorientador: Professor Mestre André Soares de Oliveira

FLORIANÓPOLIS

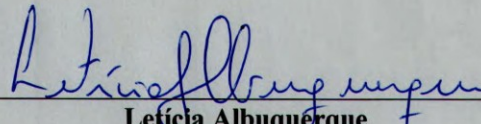
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

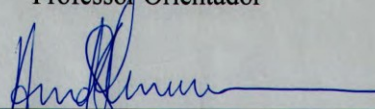
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Nem tanto à terra, nem tanto ao mar: a resolução do contrato internacional de compra e venda mercantil na *common law* e na *civil law* e as vantagens da adesão à Convenção de Viena (CIG)**”, elaborado pela acadêmica “**Júlia de Aguiar Guimarães**”, defendido em **02/12/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

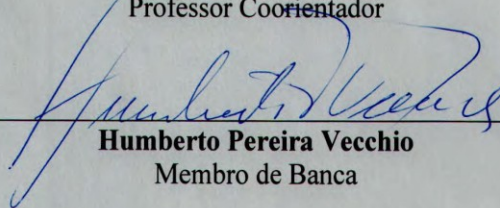
Florianópolis, 02 de Dezembro de 2016



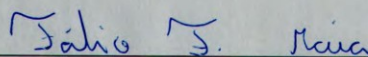
Leticia Albuquerque
Professor Orientador



André Soares de Oliveira
Professor Coorientador



Humberto Pereira Vecchio
Membro de Banca



Fábio Fernandes Maia
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Júlia de Aguiar Guimarães
RG: 5.290.815
CPF: 083.530.769-77
Matrícula: 12100122
Título do TCC:
Orientadora: Letícia de Albuquerque
Coorientador: André Soares de Oliveira

Eu, Júlia de Aguiar Guimarães, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 02 de dezembro de 2016.

Assinatura manuscrita de Júlia de Aguiar Guimarães em tinta azul, sobre uma linha horizontal.
Júlia de Aguiar Guimarães

AGRADECIMENTOS

Acredito que os agradecimentos aqui deixados não se circunscrevem a gratidão pelo apoio oferecido na elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso, mas àquele que recebi durante toda a minha graduação.

Assim, dedico este trabalho aos meus pais, Mônica Santos de Aguiar e Gerson Guimarães que, independentemente de qualquer coisa, sempre colocaram meu bem-estar e minha educação à frente de tudo, não poupando esforços para que eu pudesse concretizar os sonhos que sonhei para mim e aqueles que sonhamos juntos. E em nome deles agradeço também meus avós, meus tios e toda a minha família que sempre fizeram de tudo para que eu chegasse até aqui da melhor maneira possível.

Ao meu irmão Mateus de Aguiar Guimarães, que neste momento talvez nem saiba o quanto foi força para que eu conseguisse alcançar objetivos e ultrapassar barreiras, visto que tem sido a minha razão para sorrir, ainda que por vezes pareça não haver motivos para tal.

Aos meus colegas de graduação Mirella, Fábio, Ana Paula, Heloísa, Fernanda Ruy, Fernanda Damasco, Raul, Thayse, Gilmar, Marcelo e Diogo que tornaram esta caminhada tão linda muito mais fácil, fazendo com que o objetivo de ir às aulas não fosse somente obter o título de bacharel que agora alcanço, mas cultivar amizades tão importantes para a minha formação pessoal e profissional.

Ao Frederico Dias de Jesus, em quem eu encontrei força e equilíbrio, não só durante a elaboração deste trabalho, mas também em todos os percalços enfrentados ao longo deste ano, sempre me fazendo lembrar das minhas capacidades de realizar todos os meus objetivos.

A Professora Letícia Albuquerque e ao Professor André Soares de Oliveira pela orientação e contribuição dedicadas a este trabalho.

(...) surpreendido, ficou cômescio de uma estranha expansãõ de seu íntimo, uma espécie de vago desassossego, um desejo juvenil e sedento para a distância, um sentimento tão vivo, tão novo ou há tanto tempo desacostumado e desprendido, que ele, com as mãos nas costas e o olhar para o chão, parou cativado, para examinar a natureza e o objetivo da emoção. Era o desejo de viajar, nada mais; mais verdadeiramente parecendo um acesso e intensificado até a paixão, sim, até a alucinação.

A Morte em Veneza, Thomas Mann

RESUMO

GUIMARÃES, Júlia de Aguiar. **NEM TANTO À TERRA, NEM TANTO AO MAR: A RESOLUÇÃO DO CONTRATO INTERNACIONAL DE COMPRA E VENDA MERCANTIL NA *CIVIL LAW* E NA *COMMON LAW* E AS VANTAGENS DA ADESÃO À CONVENÇÃO DE VIENA (CISG)** . 2016. 72 p. (Bacharelado em Direito – Área: Direito Internacional Privado, Direito Empresarial e Direito Civil) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2016.

Elaborada através do método dedutivo, a presente monografia tem como objetivo demonstrar as vantagens decorrentes da recente adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos Internacionais de Compra e venda de mercadorias, bem como das eventuais vantagens decorrentes de uma futura adesão pela Inglaterra, particularmente no que toca ao instituto da resolução contratual por descumprimento. Tal entendimento é alcançado através de análise comparativa da Convenção com o direito brasileiro e o direito britânico. Primeiramente serão analisados os aspectos gerais do contrato de compra e venda de mercadorias e da globalização como responsável pelo desenvolvimento do direito contratual comercial internacional. Após, abordar-se-á a dificuldade de escolha da lei aplicável, quando esta envolve institutos da *civil law* e da *common law*, mais especificamente do direito brasileiro e do direito britânico, através da análise do remédio resolutório ante ao descumprimento contratual em ambos os ordenamentos jurídicos. Por fim, através de explanação acerca do funcionamento do instituto da resolução contratual na Convenção de Viena, evidenciar-se-á que este diploma é a melhor opção como lei aplicável aos contratos internacionais, sobrepujando tanto *common law*, como a *civil law*. Ao final serão demonstradas as vantagens que decorrentes da adesão do Brasil e de uma possível adesão da Inglaterra ao referido diploma, quais sejam: a principiologia específica voltada ao comércio internacional, em especial o princípio da manutenção do contrato; o instituto da violação fundamental como condição para resolução do contrato, o instituto do *nachfrist* que concede prazo suplementar para o cumprimento da obrigação; a possibilidade de resolução extrajurisdicional; a ausência do elemento culpa como determinante da resolução; a resolução como remédio de *ultima ratio*; a previsibilidade; a segurança jurídica e a redução de custos transacionais.

Palavras-chave: Contrato. Internacional. Compra e Venda. Mercadorias. Resolução. *Common law*. *Civil law*. CISG. Convenção de Viena. Vantagens.

ABSTRACT

GUIMARÃES, Júlia de Aguiar. **NOT SO MUCH TO THE EARTH, NOT SO MUCH TO THE SEA: THE RESOLUTION OF THE CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS IN THE CIVIL LAW AND IN THE COMMON LAW AND THE ADVANTAGES ON SIGNING THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)**. 2016. 72 p. (Bachelor of Law - Area: Private International Law, Business Law and Civil Law) - Federal University of Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

The present monograph, through the deductive method, aims to achieve the advantages related to the institute of the contractual resolution for breach of contract, that a recent signing of Brazil and a possible future signing of England to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) can bring to businessmen established in these countries. Such thing will be done through a comparative analysis of this diploma and the brazilian and british law. First, will be analyzed the basis of contracts of sale of goods, such as the globalization as responsible for the development of international commercial contractual law. Afterwards, it will be demonstrated the difficulty to choose the applicable law, when it involves institutes of civil law and common law, more specifically in brazilian law and british law, trough the analysis of resolution for breach of contract in both legal systems. Finally, by means of an explanation of the remedy of resolution in the Viena Convention, it will be pointed out that CISG is the best applicable law to international contracts, surpassing both common law and civil law. After this, it will be demonstrated the advantages that arise from the signing of Brazil and from a possible signing of England to the Viena Convention, which are: specific principles focused on international trade, in particular the principle of *favor contractus*; the institute of fundamental breach as a condition for termination of contract; the *nachfrist*, institute, that grant an additional period for the fulfillment of the obligation; possibility of extrajurisdiccional resolution; absence of guilt element as determinant of resolution; resolution as a *ultima ratio* remedy; predictability; legal security and reduction of transactional costs.

Keywords: Contract. International. Sale of Goods. Resolution. Common law. Civil law. CISG. Viena Convention. Advantages.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – ASPECTOS DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS	11
1.1 Antecedentes históricos do instituto contratual.....	11
1.2 Conceito de contrato.....	14
1.3 Princípios do direito contratual.....	14
1.4 O contrato de compra e venda.....	22
1.5 A globalização e o direito contratual.....	25
CAPÍTULO 2 – A INEXECUÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL NA <i>CIVIL LAW</i> E NA <i>COMMON LAW</i>: ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO BRITÂNICO	27
2.1 Contratos internacionais e a questão da lei aplicável: entre a <i>lex loci obligationis</i> e a autonomia das partes.....	27
2.2 A resolução do contrato de compra e venda mercantil na <i>civil law</i> : o caso do código civil brasileiro.....	29
2.2.1 Cláusula resolutiva tácita.....	30
2.2.2 O direito de resolver.....	31
2.2.2.1 Inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo.....	31
2.2.2.2 Violação positiva do contrato.....	32
2.2.2.3 Inadimplemento antecipado.....	33
2.2.2.4 Cláusula resolutiva expressa.....	33
2.2.2.5 Resolução por inexecução involuntária.....	33
2.2.3 Perda do direito de resolver.....	35
2.2.3.1 Exceção do contrato não cumprido.....	35
2.2.3.2 Garantia de execução de obrigação a prazo.....	36
2.3 A resolução do contrato de compra e venda mercantil na <i>commom law</i> : o caso do direito britânico.....	37
2.3.1 O direito de resolver.....	37
2.3.1.1 Violação de uma condição.....	38
2.3.1.2 Violação de uma garantia.....	39

2.3.1.3 Violação de cláusula intermediária ou inominada.....	40
2.3.1.4 Violação antecipada.....	42
2.3.1.5 Cláusula resolutiva.....	43
2.3.2 Perda do direito de resolver.....	43
CAPÍTULO 3 – NEM TANTO À TERRA, NEM TANTO AO MAR: A RESOLUÇÃO DO CONTRATO INTERNACIONAL DE COMPRA E VENDA MERCANTIL NA CONVENÇÃO DE VIENA (CISG) E SUAS VANTAGENS.....	44
3.1 O contrato internacional de compra e venda de mercadorias.....	44
3.2 A resolução dos contratos de compra e venda mercantil na Convenção de Viena.....	48
3.2.1 O direito de resolver.....	51
3.2.1.1 Violação fundamental do contrato (<i>fundamental breach</i>).....	51
3.2.1.2 Descumprimento no prazo suplementar (<i>nachfrist</i>).....	54
3.2.1.3 Inadimplemento antecipado (<i>antecipatory breach</i>).....	55
3.2.1.4 Descumprimento do contrato de prestações sucessivas.....	56
3.3 Uma comparação necessária.....	57
3.4 As vantagens da adesão à CISG pelo Brasil.....	59
3.5 As vantagens de uma futura adesão à CISG pela Inglaterra.....	65
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

O comércio internacional vem crescendo diariamente tendo em vista a intensificação da globalização, que ao facilitar o intercâmbio cultural, facilita também o fluxo de transações comerciais envolvendo empresários estabelecidos em diferentes países.

Como se sabe, a compra e venda de mercadorias deve ser perfectibilizada por um instrumento contratual, que quando composto por partes de diferentes nacionalidades, acaba por exigir adequação do Direito dos contratos a esta peculiaridade, tendo em vista que o atual cenário do comércio internacional demanda normas universais e previsíveis que tragam às partes segurança jurídica, celeridade e redução dos custos transacionais.

A questão mais árdua neste processo de contratação internacional parece ser a necessidade de que as partes escolham a lei aplicável àquele contrato, caso sobrevenha conflito que exija análise judicial ou arbitral do instrumento contratual e dos fatos que geraram a controvérsia. Isto porque, a escolha da lei aplicável ao contrato influencia diretamente as expectativas que dele podem extrair as partes, tanto no que diz respeito à sua execução, como no que diz respeito à eventual decisão prolatada por árbitro ou magistrado.

O presente trabalho tem como foco a resolução contratual como remédio ante o descumprimento de obrigação assumida por uma das partes quando do fechamento do contrato, e as dificuldades de encontrar na *civil law* e na *common law*, em especial no direito brasileiro e no direito britânico, instituto resolutório que se adequa às exigências do comércio internacional de mercadorias, o qual envolve fluxo de bens e valores muito mais complexos do que uma simples compra e venda perfectibilizada em solo nacional.

Busca-se, portanto, demonstrar que as dificuldades concernentes a lei aplicável nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias podem ser mitigadas pela adesão à tratado internacional voltado ao desenvolvimento do comércio internacional baseado na igualdade e na diminuição dos custos. Trata-se da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), aprovada em 1980, que se apresenta como moderna uniformização de Direito Privado no que diz respeito ao comércio internacional, visto que está estruturada com princípios e conceitos específicos, desvinculados de qualquer regime jurídico interno.

Embora vigore desde 1988, somente em 2013 o Brasil ratificou a CISG, sendo que até a conclusão deste trabalho a Inglaterra ainda não havia feito o mesmo. Aqui se procura demonstrar, através de um estudo comparativo, as vantagens e impactos que a recente adesão

do Brasil e uma possível futura adesão da Inglaterra podem trazer aos empresários que lidam com o comércio internacional estabelecidos nestes países.

O presente trabalho é dividido em três partes, sendo que no primeiro capítulo serão analisados os aspectos gerais do contrato de compra e venda de mercadorias, no que toca aos seus antecedentes históricos, princípios e conceituação, ao final tratando da globalização como responsável pelo desenvolvimento do direito contratual comercial internacional.

O segundo capítulo analisa a dificuldade de escolha da lei aplicável, quando esta envolve institutos da *civil law* e da *common law*, mais especificamente no direito brasileiro e no direito britânico, através da análise do remédio resolutório ante ao descumprimento contratual em ambos os ordenamentos jurídicos.

Por fim, o terceiro capítulo faz análise do instituto da resolução contratual na Convenção de Viena, procurando demonstrar as vantagens que surgem da adesão do Brasil e de uma possível adesão da Inglaterra ao referido diploma.

1. ASPECTOS DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS

1.1. Antecedentes históricos do instituto contratual

Os termos contrato, convenção e pacto têm suas origens no direito romano que distinguia convenção de contrato. A primeira era gênero, do qual o contrato e o pacto eram espécies. O pacto, diferentemente do contrato, era utilizado para descrever acordo de vontades sem força cogente (VENOSA, 2012, p. 360).

O contrato era dotado de rigor formal e visto como algo sacramental, tendo em vista a carga religiosa imbricada na sociedade romana primitiva. As obrigações somente seriam criadas quando seguissem as formas prescritas, as quais deveriam ser exteriorizadas às vistas dos interessados, formando contratos em particular. Não havia, portanto, uma categoria geral de contrato.

Somente à época de Justiniano, surgem os contratos *solo consensu*, isto é, aqueles baseados na vontade das partes e que acabaram por sobrepujar o formalismo exteriorizado nas fórmulas anteriormente exigidas. Neste momento há uma aproximação do conceito de contrato com o conceito de convenção.

Nessa mesma altura surge a *actio praescriptis verbs*, ação para qualquer convenção entre as partes, na qual a parte prejudicada deveria provar a existência do contato, bem como o cumprimento de sua prestação.

Importante ressaltar que nessa época o contrato era instrumento somente de criação de obrigações, não sendo utilizado para modificá-las ou extingui-las. Para essas operações utilizava-se dos pactos e sua oposição não se dava pela *actio* e sim pela *exceptio* (ALMEIDA, 2012).

Na Idade Média, o direito tinha influências tanto do Direito Canônico como do Romano e Germânico, apresentando o formalismo do segundo e o simbolismo do último, o que passou a ser um entrave às contratações após o crescimento da economia mercantil. Assim, muitas vezes constava no instrumento contratual que as fórmulas eram cumpridas, mesmo que, na prática, não fossem realizadas (ALMEIDA, 2012).

Por se tratar de época em que o catolicismo era muito influente na sociedade, os contratos geralmente eram celebrados com juramentos religiosos, para que a eles fosse conferida força, de modo que seu não cumprimento era associado a mentira, até então considerada um pecado.

O contrato como hoje se conhece tem suas bases no surgimento do sistema capitalista, quando passa a exercer papel ideológico, de modo a permitir a circulação das riquezas, haja vista que nesse momento histórico os ideais de menor intervenção estatal, autonomia da vontade, liberdade econômica e igualdade formal eram extremamente perseguidos pela sociedade burguesa. Buscava-se principalmente a liberdade de contratar sem que o Estado pudesse intervir nessa relação jurídica, estando sua interferência limitada aos casos de descumprimento daquilo pactuado ou de vício da vontade. É neste momento que surge com mais força a ideia do *pacta sunt servanda*, ou seja, de que a vontade expressada livremente faz lei entre as partes.

A primeira grande codificação moderna foi o Código Napoleônico, que a exemplo do direito romano faz distinção entre as expressões “convenção” e “contrato”, definindo a primeira como acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto jurídico, enquanto a segunda estaria reservada às convenções para fins exclusivos de criação de obrigações.

Assim, o contrato no Código Civil francês tem feição extremamente individualista, tendo em vista suas bases na revolução burguesa de 1789 que trouxe os conceitos de liberdade e propriedade como intrínsecos, sendo o contrato um mero instrumento para a aquisição da propriedade. A transferência dos bens agora só dependia da vontade e não mais da classe social. Venosa(2012, p. 328) explica a ideologia:

O indivíduo, ao contrário do antigo regime, podia então ter plena autonomia de contratar e plena possibilidade de ser proprietário. O contrato é colocado como meio de circulação de riquezas, antes à mão apenas de uma classe privilegiada.

As codificações que se seguiram no século XIX seguem o modelo francês, que influenciou a maioria dos códigos latino-americanos, bem como o atual Código Civil francês. Nesse sentido, o seu art. 1.134 dispõe que “As convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei” (VENOSA, 2012, p. 358). Trata-se de forte expressão dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

Como bem assevera Venosa (2012, p. 358):

No sistema francês, o contrato opera a transferência dos direitos reais, porque está ligado à propriedade. Trata-se do contratualismo levado ao extremo, baseando a própria estrutura do Estado e m contrato, sob a influência de Rosseau.

Promulgado aproximadamente cem anos após o código napoleônico o Código Civil Alemão - BGB, apesar de ser também um estatuto burguês, por ser editado em diferente momento histórico, define o contrato como espécie de negócio jurídico, que por si só não transfere a propriedade, sendo apenas um veículo de transferência. A criação de categoria

mais abstrata do contrato fortalece a questão da autonomia da vontade e da igualdade formal, fazendo com que a não intervenção estatal na esfera individual da vontade não se desse somente no âmbito dos contratos, mas também em qualquer relação entre particulares capaz de produzir efeitos jurídicos (ROPPO, 2009 *apud* ALMEIDA, 2012). Esse sistema é mantido até hoje não só no Código Civil alemão, mas também no Código Civil brasileiro.

Com a revolução industrial que tem início no século XVIII o contrato sofre mudanças drásticas, uma vez que a sociedade se modifica para acompanhar a industrialização, tornando-se o que hoje chamamos de sociedade de consumo. Com a mudança nas estruturas sociais, modifica-se também a forma de contratar, alterando-se sua essência pessoal, com a característica principal de veicular um encontro de vontades, surgindo a figura do hoje tão comum contrato de adesão, tipo contratual massificado que tem como fim a celeridade e a objetividade das contratações. É o que se chama de crise do contrato, mas sobre a qual esclarece Venosa (2012, p. 363):

Por conseguinte, neste momento histórico não podemos afirmar que o contrato esteja em crise, estritamente falando, nem que a crise seja do direito privado. A crise situa-se na própria evolução da sociedade, nas transformações que exige do jurista e do juiz soluções prontas e adequadas aos novos desafios da sociedade. Daí porque se torna importante a referência ao interesse social no contrato. (...) De fato, qualquer obrigação descumprida representa uma moléstia social e não prejudica unicamente o credor ou contratante isolado, mas toda uma comunidade.

O contrato torna-se não só instrumento civil, mas também mercantil, sendo amplamente utilizado por empresas, que os utilizam das mais diversas maneiras para garantir que sejam oferecidos os bens e serviços a que se dispõe produzir. Desta forma, por ser instrumento que tem influência direta na sociedade como um todo, surge a necessidade de um Estado mais interventor no âmbito do direito dos contratos, para fazer valer princípios diferentes daqueles que antes o norteavam. A autonomia da vontade irrestrita dá espaço a função social do contrato e a supremacia da ordem pública.

No direito brasileiro, o contrato, originalmente baseado no BGB Alemão, uma vez que concebe o contrato como espécie de uma ampla categoria chamada negócio jurídico, atualmente segue o ideal do Estado Democrático de Direito, com sua expressão máxima na Constituição Federal de 1988. O instituto contratual segue uma função social, inserida nos arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002, os quais deixam claro que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais dos contratos e desde que baseados no princípio da boa-fé e da probidade.

1.2. Conceito de contrato

Venosa (2012, p. 357) define o negócio jurídico de maneira muito clara ao afirmar que “Quando o ser humano usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade, constitui-se num negócio jurídico.”.

O contrato é espécie do gênero negócio jurídico muito recorrente na vida negocial. É importante fonte de obrigações, tendo em vista as várias formas que pode assumir, bem como as inúmeras repercussões que acarreta no mundo jurídico. O Código Civil brasileiro disciplina as espécies de contratos nos arts. 481 a 853.

Sua formação depende da vontade de pelo menos duas partes, por isso é classificado como negócio jurídico bilateral ou plurilateral, resultando de uma composição de interesses. Desta forma, sempre que o negócio jurídico resultar de mútuo consenso está-se diante de um contrato.

Segundo a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 22) o contrato é “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

Em sentido estrito, o conceito de contrato pode ser definido como pactos que criem, modifiquem ou extingam relações patrimoniais. É o que consta expressamente no art. 1.321 do Código Civil Italiano (GONÇALVES, 2012, p. 22).

No Código Civil brasileiro o contrato está regulado nos artigos 481 a 835, em vinte capítulos, dentre os quais se encontram vinte e três espécies de contratos nominados. O presente trabalho tem como foco a espécie contratual da compra e venda.

1.3. Princípios do direito contratual

O direito dos contratos é alicerçado em alguns princípios básicos que o caracterizam e que serão apresentados neste tópico.

O primeiro e mais importante princípio é o da autonomia da vontade, sobre o qual ensina Sílvio Rodrigues (2004, p. 15):

O princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam.

A liberdade de contratar se desdobra em dois aspectos: a liberdade de contratar ou não contratar e a liberdade de contratar aquilo que se bem entender, isto é, a modalidade que o contrato irá assumir, podendo esta se tratar de contrato típico ou não. Em verdade, o princípio da autonomia da vontade serve de fundamento para os contratos atípicos, pois há uma autorregulamentação e um autogoverno dos interesses das partes, pelas próprias partes.

A autonomia da vontade é um entre os Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais sistematizados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT, 2010, art. 1.1), os quais refletem os conceitos encontrados na maioria dos sistemas jurídicos, sem, contudo, caracterizar uma legislação internacional específica (RUVARIO, 2013, p. 32). Com a finalidade de uniformizar os conceitos nos contratos de compra e venda internacional, essa lista de princípios orienta a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, também chamada de Convenção de Viena.

Sobre o referido princípio tal diploma dispõe (UNIDROIT, 2010): “As partes são livres para celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo”.¹

No direito brasileiro, a liberdade de contratar está prevista no art. 421 do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual assenta: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos.”, bem como no art. 425 (BRASIL, 2002), nestes termos: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observada as normas gerais fixadas neste Código”.

Inicialmente este princípio era limitado somente pelo princípio da supremacia da ordem pública, o que significa que, apesar de a vontade ser livre, encontra imposições econômicas que devem dirigi-la. Nos princípios da UNIDROIT a ordem pública é tratada como “regra imperativa” e se refere aquelas de origem nacional, internacional ou supranacional, aplicáveis segundo as regras do direito internacional privado (GAMA JÚNIOR, 2006, p. 15).

Como bem ressalta Sílvio Rodrigues (2004, p. 16), o conceito de ordem pública é dificilmente definível, não se amoldando a qualquer classificação, consignando, porém que:

A idéia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares.

¹ Segundo o art. 1.1 que dispõe sobre a liberdade de contratar (*freedom of contract*): “The parties are free to enter into a contract and to determine its content.”

É conceito previsto expressamente no art. 2.035 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) o qual dispõe que “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais quais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Considera-se, portanto como princípios de ordem pública, nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 25-26 *apud* GONÇALVES, 2012, p. 43) “as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos.”.

Contudo, com a crescente interferência estatal nas relações jurídicas privadas, no Brasil, atualmente, a liberdade de contratar encontra também limitação no princípio chamado de função social do contrato, previsto, no direito brasileiro, no art. 421 do Código Civil, acima referido.

Enquanto no século XIX, época de nascimento do princípio da autonomia da vontade, a única preocupação de invalidade dos contratos estava baseada nos vícios do consentimento, hoje a lei procura dar auxílio aos economicamente inferiores ao lhes oferecer certa superioridade jurídica, tendo em vista a contratação em massa característica dos tempos contemporâneos.

Por ser a instituição jurídica do contrato, um reflexo da instituição jurídica da propriedade, isto é, um veículo de circulação de riquezas, surgiu a necessidade de aperfeiçoamento do contrato e a evolução da teoria contratual (RODRIGUES, 2004, p. 11). Desta forma, assinala Araken de Assis(2007, p. 45-46 *apud* GONÇALVES, 2012) que o contrato cumprirá sua função social

respeitando sua função econômica, que é a de promover a circulação de riquezas, ou a manutenção de trocas econômicas, na qual o elemento ganho ou lucro jamais poderá ser desprezado, tolhido ou ignorado, tratando-se de uma economia de mercado. (...) toda vez que o contrato inibe o movimento natural de comércio jurídico, prejudicando os demais integrantes da coletividade na obtenção dos bens da vida, descumpra sua função social.

Além de estar previsto no art. 421 do Código Civil, o sentido de função social do contrato também está presente no Código de Defesa do Consumidor, lei especial direcionada às relações de consumo.

Ocorre que, uma intervenção estatal excessiva na ordem econômica privada pode nem sempre ter boas repercussões a longo prazo, uma vez que é capaz de desestimular a

ação particular no sentido de firmar determinados contratos, Venosa (2012, p. 358) bem explica a situação:

Como é lenta a tarefa legislativa, uma vez distorcida a economia, dificilmente se volta ao estágio anterior, principalmente porque o cidadão passa a desconfiar do Estado, o qual, a qualquer momento, pode intervir no seu patrimônio privado. O complexo problema, porém, não é só nosso, e atinge também as legislações de economias mais desenvolvidas, o que, contudo, não nos serve de consolo.

Desta forma, o controle judicial do contrato será feito não somente acerca das cláusulas contratuais, mas também acerca do sentido de utilidade social do instrumento, podendo ser coibido o contrato que não atingir ou buscar essa finalidade que só poderá ser definida no caso concreto. Segundo Nelson Nery Junior (2003, p. 427 apud GONÇALVES, 2012, p. 28), por ser a função social cláusula geral o juiz poderá aplicá-la em qualquer ação judicial de ofício:

Com isso, ainda que, por exemplo, o autor de ação de revisão de contrato não haja pedido na petição inicial algo relativo à determinada cláusula geral, o juiz pode de ofício, modificar cláusula de percentual de juros, caso entenda que deve assim agir para adequar o contrato à sua função social. Assim, agindo, autorizado pela cláusula geral expressamente prevista na lei, o juiz poderá ajustar o contrato e dar-lhe a sua própria noção de equilíbrio, sem ser tachado de arbitrário.

Outra cláusula geral limitadora da liberdade de contratar vem traduzida na necessidade de respeito aos bons costumes, que nada mais é do que a observância de normas de convivência, segundo padrões de conduta baseados na moralidade social, alteráveis de acordo com aspectos espaciais e temporais, portanto, de difícil definição.

Como veremos a seguir, as questões concernentes às limitações a liberdade de contratar são de suma importância no que diz respeito à escolha da lei de regência de contratos internacionais de compra e venda, objeto do presente trabalho, visto a legislação pátria, por vezes, não se apresentar como a mais vantajosa.

Importante ressaltar, ainda, que a liberdade contratual encontra outro tipo de limitações, também em cláusula geral, mas que têm como objetivo não a proteção da sociedade, mas das próprias partes uma em relação à outra. Trata-se da observância do princípio a boa-fé.

A boa-fé objetiva é definida por Venosa (2012, p. 374) como “uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.”. Trata-se de padrão de conduta do homem médio de acordo com o contexto social envolvido no caso concreto, diferentemente da boa-fé subjetiva, que está relacionada ao

aspecto psicológico, isto é, com a crença do manifestante da vontade de que sua conduta é correta.

O princípio da boa-fé é expressamente previsto no art. 7 (1) da Convenção de Viena², bem como no art. 1.7 dos Princípios da UNIDROIT³, ambos dispendo, em síntese que as partes devem proceder em conformidade com as exigências da boa-fé no comércio internacional.

O art. 422 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) assenta que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.”.

Observa-se, portanto, na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 57) que a boa-fé objetiva “está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio jurídico.”.

Ressalte-se que a probidade mencionada no artigo 422 é um dos aspectos objetivos da boa-fé, sendo entendida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir os deveres (GONÇALVES, 2012, p. 55).

A cláusula geral da boa-fé ainda é tratada em dois outros artigos do Código Civil Brasileiro. O art. 113 (BRASIL, 2002) dispõe que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Já o art. 187 (BRASIL, 2002) estabelece que “Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Desta forma, existem três funções atribuídas à boa-fé objetiva no Código: função interpretativa (art. 113), função de controle do exercício de um direito (art. 187), e função de integração do negócio jurídico (art. 422) (VENOSA, 2012, p. 374).

A boa-fé objetiva é critério de avaliação não só da responsabilidade contratual e pós-contratual, como também como da responsabilidade pré-contratual. Embora códigos como o brasileiro e o alemão não a prevejam expressamente a doutrina e jurisprudência não deixam de abordar essas circunstâncias. Judith Martins-Costa (2000, p. 517 *apud* VENOSA, 2012, p. 374) aponta que a importância do princípio da boa-fé se dá na responsabilidade pré-contratual, principalmente quando não justificada a conclusão do contrato.

²Article 7 (1) 1) *In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.*

³Article 1.7 (Good faith and fair dealing) (1) *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.*

Além disso, no direito brasileiro, a boa-fé objetiva enseja a caracterização de inadimplemento, mesmo ausente a mora ou o inadimplemento absoluto, quando uma das partes deixa de cumprir deveres anexos como o de esclarecimento, proteção, conservação, lealdade e cooperação. Trata-se da violação positiva da obrigação.

É também o princípio da boa-fé que veda que uma parte exerça posição jurídica em contradição com comportamento assumido anteriormente. É a chamada proibição de *venire contra factum proprium* ou teoria dos atos próprios, que protege a credibilidade e a segurança das relações jurídicas, uma vez que o comportamento anterior gera confiança na outra parte e a sua alteração pode lhe acarretar prejuízos.

É instituto existente, embora nem sempre expresso, na maioria dos ordenamentos jurídicos. É o caso do direito espanhol, italiano, português e até do britânico, que traz o instituto anglo-saxônico do *promissory estoppel*, o qual também visa a proteger a confiança, impedindo sua quebra por uma conduta diferente da que vinha sendo praticada por um determinado agente (AYRES e RODRIGUES, 2010).

No Brasil o tema é reconhecido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010):

Assim é que o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima *Nemo potest venire contra factum proprium*.

A própria Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, objeto do presente trabalho, prevê em seu artigo 80 (CISG, 1980) que “Uma parte não poderá alegar o descumprimento da outra, na medida em que tal descumprimento tiver sido causado por ação ou omissão da primeira parte.”⁴ tal princípio também é previsto no art. 1.8 da lista de princípios da UNIDROIT⁵.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 61) traz o seguinte exemplo: “o credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em lugar ou tempo diverso do convencionado não pode surpreender o devedor com exigência literal do contrato.”.

⁴Article 80: “A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party’s act or omission.”

⁵Article 1.8 (Inconsistent behavior) A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment.

Além da proibição do *venire contra factum proprium*, existem outros três conceitos relacionados à boa-fé, oriundos do direito comparado, são estes a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*.

Na *supressio* “um direito não exercido durante determinado lapso de tempos não poderá mais sê-lo por contrariar a boa-fé.”. A *surrectio* consiste no “nascimento de um direito, sendo nova fonte de direito subjetivo, conseqüente à continuada prática de certos atos.”. Por fim, “aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumpriu. Trata-se do *tu quoque*.” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, P. 254-255 *apud* GONÇALVES, 2012, p. 61).

Como se denota, o princípio da boa-fé é muito importante no que diz respeito a inexecução contratual, tema do presente trabalho, uma vez que é regra de conduta orientadora da relação jurídica contratual.

Ainda resta tratar dos princípios da força vinculante e da relatividade das convenções.

O primeiro consagra a ideia de que o contrato é obrigatório e que as partes só podem dele se desobrigar por meio de outro contrato, também conhecido como distrato. Desta forma, o contrato constitui espécie de lei entre as partes com força vinculante, visto que o seu descumprimento pode acarretar sanções, dentre as quais se encontra a execução patrimonial do devedor.

Com fundamento no liberalismo do século XIX, o também chamado *pacta sunt servanda* está justificado no sentido de que se as partes livremente expressaram as suas vontades por meio do instrumento contratual, devem cumprir aquilo que se comprometeram a fazer.

Referido princípio está expressamente previsto no art. 1.3 dos Princípios da UNIDROIT, nos seguintes termos: “Um contrato validamente concluído vincula as partes contratantes. As partes somente podem modificá-lo ou extingui-lo de conformidade com as respectivas disposições, mediante comum acordo ou ainda pelas causas enunciadas nestes Princípios.”⁶ (UNIDROIT, 2010).

O princípio da relatividade das convenções, por sua vez, traz a regra geral de que os efeitos do contrato só repercutem entre aqueles que o pactuaram, não podendo prejudicar

⁶Article 1.3 (Binding character of contract): “A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.”

nem aproveitar a terceiros. Trata-se, portanto, de importante elemento de segurança jurídica. Como toda regra possui exceção, o contrato não produz efeitos contra terceiros, exceto nos casos previstos em lei.

Cabe introduzir, por fim, alguns princípios relativos exclusivamente ao contrato internacional de compra e venda de mercadorias, previsto nos Princípios da UNIDROIT.

O primeiro deles é o princípio da internacionalidade e uniformidade, previsto no art. 1.6 (UNIDROIT, 2010), o qual dispõe que:

(1) Na interpretação dos Princípios ter-se-á em conta o seu caráter internacional e a sua finalidade, notadamente a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação. (2) As questões que se encontrem no âmbito de aplicação dos Princípios, mas não sejam por estes expressamente disciplinadas, serão, na medida do possível, resolvidas em conformidade com os princípios gerais em que os Princípios se inspiram.⁷

Em segundo lugar se encontra o princípio da primazia dos usos e práticas, previsto no art. 1.9⁸, que ensina que as partes se vinculam pelos usos e pelas práticas que tenham estabelecido entre si, bem como aqueles que no comércio internacional, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelos contratantes no ramo comercial concernente, salvo quando a aplicação de tais usos não seja razoável (GAMA JÚNIOR, 2006, p. 15).

Por fim, o princípio do *favor contractus*, que é o princípio maior do comércio internacional. Tal princípio está previsto ao longo de toda a lista principiológica da UNIDROIT (GAMA JÚNIOR, 2006, p. 15), e é caracterizado pelo esforço da conservação do contrato firmado entre as partes, muito importante no contrato internacional de compra e venda de mercadorias, visto que eventual resolução contratual acarreta o dever de restituição das prestações já cumpridas, o que inevitavelmente, para partes residentes em países diferentes significa custos e problemas práticos da restituição de mercadorias, como aqueles referentes à logística e ao câmbio.

⁷Article 1.6 (*Interpretation and supplementation of the Principles*): (1) *In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application.* (2) *Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles.*

⁸Article 1.9 (*Usages and Practices*) (1) *The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.* (2) *The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.*

1.4. O contrato de compra e venda

Como já mencionado, o presente trabalho tem como objeto o contrato internacional de compra e venda de mercadorias. Para melhor compreendê-lo é necessária uma análise acerca do instituto contratual da compra e venda.

Primeiramente, é importante ressaltar que o contrato de compra e venda aqui estudado se dá pela contratação entre duas partes exercentes de atividade empresarial, também chamados de contrato mercantil. Regulados pelo regime civil, esses contratos prestigiam autonomia da vontade prestigiada, visto que firmados entre iguais, não sendo necessário que o direito proteja nenhum dos contratantes.

Menezes Leitão (2010, p. 12) bem assevera que a compra e venda constitui talvez o mais importante contrato regulado do Código português

não apenas em virtude da função económica essencial que desempenha, mas também porque sua regulação se apresenta como paradigmática em relação aos restantes contratos, tendo assim a maior relevância no âmbito da construção dogmática dos contratos em especial. (*sic*)

O Código Civil português define, no seu art. 874 a compra e venda como “o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço” (LEITÃO, 2010, p. 12), desta forma, atribuindo caráter real ao contrato. Igualmente o Código Civil francês dispõe que a obrigação de entregar a coisa é perfeita desde o momento do consentimento, instante em que o credor se torna proprietário, mesmo que não haja procedido a tradição (GONÇALVES, 2012, p. 215).

Por sua vez o sistema alemão segue a concepção romana de que o contrato gera, para o vendedor, apenas uma obrigação de entregar a coisa vendida, e somente com a tradição ocorre a transferência do domínio (art. 433 do BGB) (GONÇALVES, 2012, p. 215). Trata-se da mesma lógica seguida pelo direito brasileiro em que os efeitos derivados do contrato são meramente obrigacionais.

Ressalte-se que no direito brasileiro houve a unificação da compra e venda civil e mercantil no Código Civil de 2002, o qual revogou a primeira parte do Código Comercial. Desta forma, a caracterização da compra e venda mercantil no direito brasileiro, passa a depender apenas da condição de empresário dos dois contratantes, desde que tenha o comprador a finalidade de dispor da mercadoria como insumo da sua atividade econômica, seja para reintroduzi-la na cadeia de circulação de riquezas ou para empregá-la na produção ou circulação de outras mercadorias (COELHO, 2015, p. 72).

A única diferença entre a compra e venda mercantil e a civil no direito brasileiro encontra-se nas consequências da declaração de insolvência do comprador. Enquanto no regime civil esta dá direito ao sobrestamento da coisa e à exigência de caução, no comercial esse direito não existe, tendo em vista o regramento específico da legislação falimentar(COELHO, 2015, p. 71).

Giuditta Cordero-Moss (2015, p. 2) explica o termo “*commercial*” como referente às transações procedidas entre partes no decurso de suas atividades empresariais, fazendo referência à explicação dada pela *Model Law on International Commercial Arbitration* criada pela *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL, 1982) que na nota de rodapé 2 relacionada ao art. 1 dispõe:

The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.⁹

A Convenção de Viena (CISG, 1980), por sua vez, objeto do presente trabalho, traz em seu artigo 3 (1), conceituação acerca do contrato de compra e venda:

Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.¹⁰

Referido diploma, faz ainda diferenciação entre o contrato de compra e venda e aquele “em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços”¹¹ (CISG, 1980), sendo que

⁹ Em tradução livre: Ao termo “comercial” deve ser dada uma ampla interpretação para que alcance questões emanadas de todas as relações de natureza comercial, sejam contratuais ou não. Relações de natureza comercial incluem, mas não estão limitadas, as seguintes transações: qualquer transação para o fornecimento ou troca de bens ou services; acordos de distribuição; representação ou agenciamento comercial; factoring; leasing; empreitadas; consultoria; engenharia; licenciamento; investimento; financiamento; service bancário; seguro; acordo de exploração ou concessão; joint venture e outras formas de cooperação comercial ou negocial; transporte rodoviário, ferroviário, aéreo ou marítimo de bens ou passageiros.

¹⁰Article 3 (1) *Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.*

¹¹Article 3 (2) *This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.*

este último não será regido pela Convenção, nos termos do art. 3 (2), visto se tratar de contrato de prestação de serviços.

É importante frisar que, no que diz respeito à classificação, o contrato de compra e venda pode ser caracterizado como: a) sinalagmático ou bilateral, uma vez que gera obrigações recíprocas: para o comprador a de pagar o preço e para o vendedor de transferir o domínio de certa coisa; b) consensual, em regra, visto que se aperfeiçoa com o acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa; c) oneroso, pois ambos os contratantes obtêm proveito, ao qual corresponde um sacrifício; d) comutativo, em regra, porque o conteúdo das obrigações recíprocas é certo de imediato (GONÇALVES, 2012, P. 219).

Sobre o consensualismo, cabe ressaltar que o contrato de compra e venda de mercadorias não exige forma específica, frisando inclusive o art. 11 da CISG (1980) que “não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas.”¹². O mesmo é previsto no art. 1.2 dos princípios do UNIDROIT¹³. O art. 482 do Código Civil Brasileiro prevê inclusive que a compra e venda pura considera-se perfeita, desde que haja acordo sobre o objeto e o preço (BRASIL, 2010). Essa simplicidade nas exigências de formalização se dá principalmente por ser a espécie de contrato mais utilizada no comércio e na convivência social.

Também merecem destaque os elementos da compra e venda, quais sejam: a coisa, o preço, o consentimento e as condições.

O consentimento pressupõe que as partes sejam capazes para realizar a compra e venda, e implica na expressão espontânea da vontade. No direito brasileiro a venda é anulável quando houver erro sobre o objeto do contrato ou sobre suas qualidades essenciais (art. 139 do Código Civil).

A não fixação de preço em um contrato de compra e venda acarreta sua nulidade, caso contrário, tratar-se-ia de doação, instituto completamente diverso. Em regra é determinado pela convenção das partes, devendo ser ao menos determinável, mediante critérios objetivos estabelecidos pelos contraentes (GONÇALVES, 2012, p. 222).

Por fim, a coisa é o objeto da prestação do vendedor, deve sempre ser uma mercadoria e atender aos requisitos da existência, individuação e disponibilidade. É nula a venda de coisa inexistente, devendo ao menos haver sua existência potencial (coisa futura). O

¹² “Article 11. A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.”

¹³ Article 1.2 (No Form Required) Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.

objeto da compra e venda também deve ser determinado ou determinável, desde que indicado o gênero e a quantidade. Ainda, a coisa deve estar disponível, ou seja, ser comerciável. Dentre as coisas suscetíveis de compra e venda mercantil encontram-se os valores mobiliários, as participações societárias e a moeda.

As condições são os fatos que postergam a exigibilidade ou desconstituem as obrigações, sendo respectivamente, suspensivas e resolutivas. Na consignação de mercadorias, por exemplo, a compra é condicionada a revenda.

1.5.A Globalização e o Direito Contratual Comercial

Vistos os conceitos envolvendo o contrato de compra e venda de mercadorias, cumpre mencionar que, embora seja mais usual o estudo sobre aqueles que se encerram entre partes residentes num mesmo país, a globalização faz com que o direito dos contratos exija continuamente uma análise transfronteiriça.

Como ensina Fabio Ulhoa Coelho (2015, p. 21-22), a globalização do direito contratual tem início nos primórdios da expansão do Capitalismo, visto que pacto colonial foi importante forma de crescimento do comércio.

A partir de meados do século XX, há uma inversão de papéis, e os Estados deixam de impulsionar o comércio, passando a dificultá-lo com medidas protecionistas. A forma de superação destes entraves foi encontrada na formação ou ampliação de zonas de livre comércio; ou através da discussão e celebração de tratados internacionais sobre comércio exterior, com fins de eliminação de barreiras tarifárias, a exemplo da Organização Mundial do Comércio. Desta forma, a globalização da economia capitalista ampliou as fronteiras para o comércio de bens e prestação de serviços.

Nesta senda, surge a importância dos contratos, tendo em vista a grande influência sobre o preço dos produtos e dos serviços, sendo, portanto, necessária uma adequação do direito contratual a ser aplicado às transações comerciais envolvendo diferentes países.

Este entendimento decorre da inequívoca interação que existe entre Direito e Economia. Orlando Gomes (1977, p. 15) explica que

as transformações ocorridas no background econômico determinam a modificação do instituto jurídico, seja em suas normas constitutivas, seja na sua aplicação mediante processo de interpretação que procuram ajustá-lo à função social que lhe cabe desempenhar.

Arnoldo Wald (2001, P. 9) reconhece a necessidade de um direito adequado a uma nova economia globalizada, afirmando que

a grande ruptura do terceiro milênio consiste na criação, no reconhecimento e na generalização, no mundo inteiro, da nova economia, baseada no desenvolvimento tecnológico e na competição, mas também na globalização e na desmaterialização parcial da riqueza. E esta nova concepção da economia tem reflexos em todos os aspectos da sociedade e inclusive no direito.

Neste sentido, Fabio Ulhoa Coelho (2015, p. 22) traz exemplo brilhante acerca da influência concreta na economia internacional das regras contratuais:

Considere-se o contrato de compra e venda mercantil a prazo. No direito brasileiro, por exemplo, é limitada a cláusula penal referente ao inadimplemento, pelo comprador, da obrigação de pagar pontualmente as prestações em que se divide o preço. Se sujeito o contrato à legislação consumerista, a pena não poderá exceder 2% do valor em atraso (CDC, art. 52, §1º); se não sujeito, o limite é o valor total da obrigação (CC, art. 412). Já o direito argentino coíbe a abusividade na estipulação da cláusula penal, qualquer que seja o regime disciplinar do contrato, mas não fixa nenhum limite percentual (Farina, 1995:278/280). Ao vender seus produtos a prazo para atacadistas ou consumidores brasileiros, ele deve embutir no preço uma taxa de risco maior, que compense o limite legal para a cláusula penal. Quando o empresário brasileiro realiza a mesma operação no mercado argentino, pode reduzir a taxa de risco embutida no preço, tendo em vista que a cláusula penal pode ser mais flexível, compatibilizada com a realidade da remuneração financeira. A formação do mercado comum depende da eliminação dessas e das demais diferenças legais, que distorcem as condições de livre competição econômica de empresário sediados em diferentes países.

Resta claro, portanto, que a ampliação de possibilidades de livre negociação entre as partes, gera tanto a flexibilização dos custos quanto o alcance de preço competitivo no mercado internacional, bem como evita que as normas jurídicas de cada país acabem afastando negócios e investimentos.

Como bem ressalta Fabio Ulhoa Coelho (2015, p. 23) “A composição dos interesses de agentes de diferentes países e a solução de eventuais conflitos não podem guiar-se por padrão próprio à cultura de apenas um deles”. Diante desta afirmação, o presente trabalho irá analisar as vantagens da uniformização de um direito contratual comercial internacional ante as normas internas dos países de domicílio dos contratantes.

2. A INEXEÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL NA *COMMON LAW* E NA *CIVIL LAW*: ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO BRITÂNICO

2.1. Contratos internacionais e a questão da lei aplicável: entre a *lex loci obligationis* e a autonomia das partes.

O presente trabalho tem como escopo o contrato internacional de compra e venda de mercadorias e as vantagens da uniformização de um direito comercial internacional, concretizado na Convenção de Viena (CISG), no que diz respeito à resolução contratual.

Ora, a resolução é instituto ligado ao descumprimento do contrato por uma das partes, isto é, se relaciona à situação que possivelmente acarretará situação conflituosa entre os contraentes, o que poderá culminar em demanda em juízo judicial ou arbitral.

Para que melhor se alcance o entendimento sobre as vantagens desta uniformização, cumpre explicar como seria determinada a lei aplicável a um contrato em que as partes contratantes possuíssem seus estabelecimentos em Estados diferentes¹⁴, *in casu*, no Brasil e na Inglaterra, antes do surgimento da Convenção de Viena.

Nesta senda, surge um questionamento: qual lei rege uma transação internacional? Responde-se: para que se determine a lei aplicável a um contrato internacional, existem as chamadas regras de conflito, as quais variam de acordo com o Estado em que eventual demanda será processada e dependem das leis internas de direito internacional privado. Desta forma, com o propósito de que a lei aplicável seja previsível é altamente desejável que as várias regras de conflito estejam harmonizadas e sejam interpretadas de forma uniforme (CORDERO-MOSS, 2014, p. 134).

A primeira regra de conflito que se pode mencionar, como presente na maioria dos ordenamentos jurídicos é aquela que dispõe que, ausente no contrato menção a lei aplicável a eventuais demandas impõe-se que o juízo do foro eleito pelas partes solucione o conflito de acordo com as regras internas de Direito Internacional Privado, as quais serão definidas pela *lex fori*, isto é, a lei do foro em que se exerce a judicatura. O magistrado apenas

¹⁴ Art. 1 “(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State (2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract. (3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.”

aplicará lei estrangeira caso esta seja competente de acordo com as regras internas. Importa destacar que caso as partes não tenham convencionado sobre o foro, este será definido por convenções ou regulamentações supranacionais sobre jurisdição. Caso não existam normas deste tipo será determinada pela lei processual de cada país. Veja-se exemplo concreto desta questão complexa:

Se eleito (ou posteriormente determinado como correto) o foro brasileiro, para julgamento de eventual lide decorrente de contrato internacional, o magistrado definiria como aplicável a lei do país em que se constituíram as obrigações (*lex loci celebrationis*), conforme dispõe o art. 9º da Lei de Introdução as normas de Direito Brasileiro (BRASIL, 1942).

No direito britânico, caso não seja possível extrair a lei aplicável da interpretação do contrato, é feita uma análise deste como um todo para que se determine a *proper law of the contract* ou a lei que mais se assemelha as disposições contratuais, sendo esta a lei aplicável em caso de disputa judicial ou arbitral (MANN, 1950, p. 60).

Contudo, em escancarada evolução a essa regra, ao longo do século XX, torna-se quase que unanimemente aceita aquela que, segundo Giuditta Cordero-Moss (2014, p. 134), é a mais importante das regras de conflito: a chamada *party autonomy* ou autonomia da vontade. Referida regra dá as partes o poder de escolher a qual lei estará sujeito o contrato, conferindo a estes segurança acerca dos seus direitos e deveres. A utilização dessa regra por grande parte dos ordenamentos jurídicos é importantíssima no âmbito do comércio internacional, tendo em vista a sua necessidade de atender aos “requisitos de estabilidade, previsibilidade e flexibilidade deste dinâmico cenário” (OLIVEIRA e MEDEIROS, 2014, p. 8).

Ocorre que, no caso em análise, a autonomia da vontade é, de certa forma, limitada por uma característica óbvia: a internacionalidade de comércio. Ora, tal transnacionalidade faz com que se torne necessária a exportação de conceitos e modelos jurídicos, da qual muita vezes decorre certa frustração de expectativas de contratantes oriundos de sistemas jurídicos diversos, dado a sua pouca familiaridade com normas tão distantes de sua realidade.

Não é outro o caso dos contratos regidos pela *common law* e pela *civil law*. Na *common law* o contrato é baseado essencial e quase unicamente na autonomia das partes, em regra, com pouca intervenção estatal (ainda que diante de vícios do consentimento), levando em consideração o julgador, aquilo que está expressamente consignado no instrumento contratual. Por sua vez, na *civil law* o magistrado tem o poder e a liberdade de integrar, corrigir e interpretar os contratos. Surge, portanto, a questão sobre se extremos desta natureza

são bem vindos em contratos internacionais, fortemente marcados por singularidades emanadas da complexidade que a relação negocial envolve?

Concretamente falando: em um pacto firmado entre empresário que tem seu estabelecimento no Brasil e empresário que tem estabelecimento na Inglaterra, qual seria a melhor escolha como lei aplicável a eventual disputa entre as partes acerca da resolução contratual: o direito brasileiro, o direito britânico ou nenhum dos dois?

O intuito deste capítulo é lançar as bases para que se alcance esta conclusão, fim último deste trabalho, demonstrando o instituto da resolução no Código Civil Brasileiro e no direito britânico como um todo.

2.2. A resolução do contrato de compra e venda mercantil na *civil law*: o caso do Código Civil Brasileiro

Como já mencionado, o Código Civil de 2002, em seu art. 2.045, revogou a primeira parte do Código Comercial, de forma que não subsistem quaisquer diferenças legais entre os contratos de compra e venda civil e mercantil, unificando-se, assim, o direito das obrigações. Desta forma, os contratos entre empresários, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, são também regidos pelo Código Civil.

Segundo Miguel Reale (1999, p. 15) a unificação consolidada pelo Código de 2002 foi aperfeiçoamento de um processo já iniciado na prática jurisprudencial em todo o país.

Gino Gorla (2012, p. 218 *apud* GONÇALVES, 2012, p. 218), por sua vez, afirma que “estruturalmente ambos os contratos são a mesma coisa: a diversidade da disciplina em pontos particulares é um reflexo da diversidade de função econômica, embora esta por vezes inexista”.

Assim, como qualquer outro contrato, o mercantil é permeado pela característica da temporalidade, isto é, cumprida a prestação devida ao credor, este se extingue, não possuindo nunca caráter eterno. Significa dizer que a extinção do contrato se dá com a sua execução, que libera o devedor e satisfaz o credor.

O adimplemento é a forma normal de extinção contratual e é comprovado com a quitação dada pelo credor, nos termos do art. 320 do Código Civil.

Ocorre que, por vezes, o contrato se extingue antes mesmo do cumprimento das obrigações, sendo estas formas anormais de extinção contratual. As causas de extinção do contato podem ser anteriores, contemporâneas ou supervenientes a formação do contrato. As duas primeiras determinam a extinção do contrato por anulação e a última por dissolução.

O presente trabalho tem como escopo a resolução dos contratos diante de seu inadimplemento, isto é, a inexecução contratual voluntária, situação superveniente em que uma das partes não cumpre a prestação pactuada.

2.2.1. Cláusula resolutiva tácita

Quando o comportamento culposo de um dos contraentes importar em prejuízo a parte contrária se estará diante de hipótese de inexecução voluntária. Tal situação, muito comum nas relações contratuais, coloca um contraente em situação de desvantagem perante o outro.

Para que esta situação de desvantagem não seja irreversível, em todo contrato bilateral, como é o contrato de compra e venda mercantil, caso não esteja expressa, presume-se a existência de uma cláusula resolutiva tácita que autoriza o lesado a pleitear a resolução do contrato.

Positivando tal instituto, cuja origem remonta à *lex comissoria* romana, em que o não pagamento do preço no dia do vencimento determinava a resolução do contrato de pleno direito, o Código Civil Brasileiro prevê em seu art. 174, a possibilidade de resolução com base na cláusula resolutiva tácita, condicionando a sua efetividade, contudo, a interpelação judicial (BRASIL, 2002). Portanto, ainda que haja o direito legal a resolução, só será de fato resolvido o contrato caso o juiz entenda haver no caso concreto o direito de extinção contratual.

Desta forma, com razão, Orlando Gomes (1983, p. 190) conceitua a resolução como “um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial”.

Nesta senda, o Código Civil, no art. 475, reafirma a possibilidade de que a parte prejudicada pela inexecução contratual resolva o contrato, ressaltando, contudo, que a esta é apenas uma faculdade. Ora, conforme dispõe o mencionado artigo: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.” (BRASIL, 2002).

Significa dizer, caso a parte lesada ainda tenha interesse e a prestação ainda lhe seja útil, pode exigir o cumprimento do contrato, deixando clara a legislação que em ambos os casos tem esta o direito a indenização pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento. Trata-se do *jus variandi* do credor, que pode advir tanto de estipulação contratual, quanto da própria presunção legal.

Caso o contraente opte por resolver o contrato, tal decisão produzirá efeitos *extunc*, extinguindo inclusive aquilo que já houver sido executado com vistas a adimplir a

obrigação principal do contrato. Contudo, caso se trate de contrato de trato sucessivo, ou seja, de prestações continuadas, a resolução não atingirá as prestações já cumpridas, tendo efeito, portanto, *ex nunc*.

2.2.2. O direito de resolver

Conforme visto, o direito brasileiro pressupõe a existência de uma cláusula resolutiva tácita em todos os contratos bilaterais que pode ser invocada caso haja descumprimento contratual. Nesta senda, questiona-se, todo e qualquer descumprimento contratual dá direito a resolução?

Neste tópico será demonstrado em que situações poderá a parte prejudicada invocar a utilização de tal remédio.

2.2.2.1. Inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo

Segundo Pontes de Miranda (1984, p. 331/335) o remédio resolutorio seria cabível independentemente do grau de inadimplemento, ou seja, não importa que a gravidade deste tenha sido maior ou menor. Desde que haja inexecução da prestação, poderá a parte lesada resolver o contrato, salvo tenha havido a purgação da mora. Portanto, para referido jurista, a mora também poderia ensejar a resolução do contrato.

Cabe ressaltar, contudo, que, embora não haja menção expressa na legislação, no entendimento da majoritária doutrina e jurisprudência pátrias, a resolução do contrato por incumprimento subordina-se a uma importantíssima condição: a falta praticada pelo contraente não pode ser irrelevante. O não cumprimento deve ser sério e grave de modo que prejudique consideravelmente o outro contraente, ou que, posteriormente torne a prestação inútil ao credor.

Para melhor explanar este entendimento, Araken de Assis (2004, p. 102) classifica o inadimplemento do contraente em duas espécies: absoluto e relativo.

O inadimplemento absoluto, que pode ser parcial, se dá quando a obrigação não é, e nem poderá ser, cumprida. Isto é, mesmo que a obrigação tenha sido parcialmente realizada, o inadimplemento da outra parte é tão grave que torna inútil a continuação do contrato, fato este que dá razão a resolução.

Por outro lado, o inadimplemento relativo diz respeito à situação efêmera que pode ser solucionada, ou seja, embora exista de fato inexecução por uma das partes, esta não impede posterior cumprimento da prestação. Trata-se, portanto, da mora.

Importa ressaltar que, se com a mora sobrevier inutilidade da prestação para o credor, ou ainda este perca o interesse na sua efetivação, não se está mais diante de inadimplemento relativo, mas absoluto.

2.2.2.2. Violação positiva do contrato

Além do inadimplemento absoluto, e para alguns o relativo, existem outras hipóteses que autorizam a utilização do mecanismo da resolução do contrato. Embora estas hipóteses não se encontrem expressamente previstas no Código Civil Brasileiro, podem ser inferidas através de uma interpretação sistemática deste diploma.

A violação positiva do contrato traduz uma dessas hipóteses. Tal instituto advém da criação de deveres jurídicos que surgem com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, cláusula geral prevista no art. 422 do Código Civil. Neste sentido, dispõe o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil: “Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.” (CEJ, 2002).

Os deveres anexos ou secundários, mencionados, exigem, além da prestação correta, perfeita e adequada da obrigação principal, os deveres de cuidado, de informação, de colaboração e de proteção com a pessoa e o patrimônio do outro.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2004, p. 124) explica a violação positiva do contrato, chamando-a de cumprimento imperfeito. Significa dizer: uma das partes de fato cumpre a prestação que lhe cabe, porém o faz de maneira incompleta ou defeituosa. Nesta senda, cumpre diferenciar o cumprimento imperfeito direto e indireto. O primeiro se refere a prestação principal, enquanto o segundo diz respeito à obrigações acessórias.

Pode-se dizer que referido instituto está previsto no art. 394 do Código Civil, desde que se leve em consideração que o conceito original de mora compreenda apenas ao atraso da prestação. Considerou, contudo, o legislador, que o credor que não quiser receber o pagamento em tempo, forma e lugar convencionados, encontra-se também em mora. Isto é, o descumprimento dos deveres anexos implica em mora e, desde que esta torne a prestação inútil ao devedor, este poderá resolver o contrato e exigir a satisfação das perdas e danos, nos termos do art. 395 do Código Civil (OLIEIRA, 2015, p. 13).

2.2.2.3. Inadimplemento antecipado

Outra hipótese que permite a resolução e não está prevista no Código Civil Brasileiro é o inadimplemento antecipado.

Tal sistema tem origem na doutrina do *anticipatory breach of contract* surgida na *common law*. Azulay (1977, p. 101 *apud* VENOSA, 2012, p. 501) explica que tal doutrina

(...) veio a ficar consagrada em outros sucessivos julgados, também nos EUA, que, se um dos contraentes revela, por atos ou palavras peremptórias e inequívocas, a intenção de não cumprir a sua prestação, diferida a tempo certo, pode a outra parte considerar esse comportamento como inadimplência contratual.

Se a situação de potencial descumprimento antecipado do contrato é tão forte e justificada que se tem certeza quanto a inutilidade da prestação para o contraente lesado, é desnecessário que se aguarde a data em que esta pode ser exigida para caracterizar o inadimplemento e então requerer a resolução do contrato, visto que tal espera seria ainda mais prejudicial à parte lesada.

Embora o legislador não tenha previsto tal possibilidade, nada impede a aplicação da cláusula resolutiva tácita do art. 474¹⁵, equiparando-se seus efeitos ao incumprimento absoluto.

Como bem ressalta Venosa (2012, p. 503): “A aplicação da doutrina do inadimplemento antecipado nada mais é do que corolário do princípio da exceção do contrato não cumprido.”, mostrando-se o instituto vantajoso também ao devedor, pois a resolução antecipada diminui expressivamente o valor da indenização.

2.2.2.4. Cláusula resolutiva expressa

Quando convencionam as partes que o descumprimento de qualquer de suas cláusulas autoriza a resolução dos contratos está-se diante da cláusula resolutória expressa, que empresta ao contraente legitimidade para que resolva o contrato por iniciativa própria.

Tal situação está expressamente prevista no supramencionado art. 474 do Código Civil, que em sua primeira parte dispõe que “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito” (BRASIL, 2002). Significa dizer que, supostamente, ao contrário da cláusula resolutiva tácita, a expressa independe de interpelação judicial para produzir seus efeitos.

¹⁵ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Não é o que acontece na maior parte dos casos, uma vez que com a resolução do contrato surgem outros efeitos concretos que vão além do mero desfazimento. É o caso da indenização devida quando o inadimplemento for culposos, a qual só será, em regra, recebida, quando reconhecido o dever de indenizar por sentença.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 183), tanto a cláusula resolutiva tácita como a expressa devem ser judicialmente pronunciadas, apesar de no primeiro caso a sentença ter efeito constitutivo, e no segundo, meramente declaratório. Isto porque é necessário que se verifique os requisitos da resolução e a validade da cláusula, haja vista que embora represente a vontade das partes, deve ainda obedecer ao princípio da boa-fé (AGUIAR JÚNIOR, 2003 *apud* GONÇALVES, 2012, p.183).

Na mesma linha de pensar, Orlando Gomes (1983, p. 281) declara que:

Não se rompe unilateralmente sem intervenção judicial. Nenhuma das partes pode considerá-lo (o contrato) rescindido, havendo inexecução da outra. Há de pedir a resolução. Sem a sentença resolutória o contrato não se dissolve (...).

Levando-se em consideração que o instituto resolutorio tem efeitos *ex tunc*, surge discussão doutrinária acerca da necessidade de notificação da parte contrária acerca da resolução do contrato autorizada pela cláusula resolutiva expressa.

Embora muitas vezes as partes convençionem que o contrato se extingue automaticamente, independentemente de notificação, esta pode ser importante instrumento para definir o momento em que a ficou caracterizado o inadimplemento, a partir do qual a parte lesada pode se considerar como desvinculada do pacto contratual, em eventual discussão judicial acerca dos efeitos da resolução. Contudo, ao contrário da cláusula resolutiva tácita, a notificação não é essencial, pois naquele caso deve-se oportunizar o devedor o cumprimento da obrigação antes da resolução (VENOSA, 2012, p. 499).

A cláusula resolutória expressa deve ser precisa ao indicar o descumprimento que acarreta a resolução, porquanto uma cláusula genérica pode se tornar desprovida de força e, portanto, ineficaz. Por outro lado, se não for possível adequar a cláusula expressa ao caso concreto, nada impede a utilização da cláusula resolutiva tácita acima explanada.

2.2.2.5. Resolução por inexecução involuntária

A inexecução involuntária, isto é, sem culpa, decorre da impossibilidade superveniente de cumprir o contrato sem que haja qualquer participação das partes neste fato.

Trata-se de impossibilidade total e definitiva de cumprir o contrato por acontecimentos alheios à vontade das partes, também chamados de caso fortuito ou força maior.

Neste caso, a resolução opera de pleno direito, cabendo intervenção judicial apenas para que seja declarada a resolução por sentença, e, eventualmente, obrigar o contratante à restituição do que já houver recebido, uma vez que a resolução possui efeitos *ex tunc*.

A parte inadimplente não responde por perdas e danos, salvo haja cláusula expressa neste sentido ou esteja em mora, conforme disposição dos artigos 393 e 399 do Código Civil, respectivamente.

2.2.3. Perda do direito de resolver

2.2.3.1. Exceção do contrato não cumprido

Embora o direito de resolver seja expressamente garantido pelo Código Civil Brasileiro, o mesmo instituto ainda prevê situações em que o comportamento da parte inocente pode acarretar na perda do direito de resolver o contrato.

Conforme já mencionado, o descumprimento por uma das partes só tem lugar em contratos bilaterais ou sinalagmáticos, ou seja, aqueles que geram obrigações recíprocas entre os contratantes. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 96/97).

Nos contratos bilaterais as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu cocontratante e, assim, a existência de uma é subordinada á da outra parte.

Desta forma, se uma das partes não cumpre a obrigação que lhe cabe naquele pacto, fica impedida de exigir que a outra parte cumpra a sua. Trata-se da exceção de contrato não cumprido, prevista no art. 476 do Código Civil, o qual dispõe que “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento do outro.” (BRASIL, 2002).

Assim, se determinada parte em um contrato é acionada pela outra, desde que esta não tenha cumprido sua prestação, poderá utilizar-se da defesa denominada exceção de contrato não cumprido ou *exceptio non adimpleti contractus*.

Para que tal exceção seja oponível, é necessário também que as prestações sejam simultâneas. Impossível opor tal exceção caso o momento da exigibilidade seja diverso, pois a

prestação de uma parte pode depender da prestação da outra. O mesmo vale para a parte que caiba prestar a obrigação por primeiro, no caso de contrato de prestações sucessivas.

A exceção do contrato não cumprido é defesa indireta contra a pretensão ajuizada e serve apenas para se obter o reconhecimento do direito de se recusar a parte ao cumprimento de sua prestação enquanto o autor não cumprir a que lhe cabe. Caso fique comprovado que o autor cumpriu a sua parte, será obrigado o réu a cumprir a sua. Se o réu pretende também resolver o contrato poderá reconvir para obter a resolução a seu favor, não apenas afastando temporariamente o direito extintivo do autor, mas negando de todo a existência desse direito, visto que um dos requisitos da resolução é não ser o credor inadimplente. Assim, a alegação de incumprimento por parte do autor não será apenas exceção, mas defesa que ataca o próprio direito alegado (AGUIAR JÚNIOR, 2003, P. 24-25).

Caso ocorra o descumprimento do contrato apenas parcialmente ou de forma defeituosa, cabe a exceção por contrato parcialmente cumprido.

Em decorrência do princípio da autonomia da vontade, as partes podem restringir a utilização do art. 476 do CC, pactuando, assim, a cláusula *solve et repete*, segundo a qual o contratante se obriga a cumprir a obrigação que lhe cabe ainda que a outra parte não tenha cumprido a sua, concordando com obter o cumprimento ou as perdas e danos somente através de posterior ação de cobrança, renunciando ao direito de opor exceção de contrato não cumprido.

2.2.3.2. Garantia de execução de obrigação a prazo

Por consequência também da bilateralidade dos contratos, o art. 477 do Código Civil prevê a possibilidade de recusa da prestação de uma parte nas obrigações a prazo (BRASIL, 2002):

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Desta forma, asseguram-se os interesses daquele que deve pagar em primeiro lugar, ficando este protegido contra alterações da situação patrimonial do outro contratante, não podendo a outra parte resolver o contrato alegando não ter recebido a prestação que lhe era de direito.

Conclui-se, portanto, que funcionam como requisitos da resolução legal: a) a bilateralidade do contrato; b) o inadimplemento absoluto, embora parte da doutrina entenda

que a simples mora basta como pressuposto para o credor exigir a resolução do vínculo contratual; c) que o credor não seja inadimplente;d) não se esteja diante de garantia de execução de obrigação a prazo; e) interpelação judicial (OLIVEIRA, 2015, P. 10).

2.3. A resolução do contrato de compra e venda mercantil na *commom law*: o caso do direito britânico

Inicialmente, importa ressaltar que o presente capítulo foi elaborado com base na obra de Ewan Mckendrick (2012, p.753-801), uma vez que é voltada ao escopo da presente monografia, nomeadamente, os contratos de compra e venda de mercadorias, com a peculiaridade de tratar apenas do direito britânico.

Nesse ordenamento jurídico, a determinação de ocorrência ou não de inexecução e a possibilidade de resolução, dependem de um exame apurados termos, expressos e implícitos,do instrumento contratual, não possuindo, como o direito brasileiro, uma cláusula resolutiva tácita.

Contudo,a resolução é remédio (ou direito) extremamente importante no direito britânico, porque é exercido pelas próprias partes. Significa dizer que, na *commom law*, não é necessário recorrer ao tribunal e solicitar uma ordem antes de resolver o contrato. Cabe às partes decidir se devem ou não cessar o pacto.

Tal direito, porém, deve ser utilizado com muita cautela, haja vista que, após o evento resolutivo, os tribunais podem ser instados a decidir se a parte que resolveu tinha efetivamente direito a fazê-lo. Caso esse direito não seja comprovado, a parte que optou pela resolução está exposta a possível substancial reivindicação de danos.

2.3.1. O direito de resolver

Conforme visto, no direito brasileiro, a prerrogativa de resolver surge quando há inexecução absoluta,de cláusula resolutiva expressa, de violação positiva ou antecipada e até mesmo da inexecução involuntária. No direito britânico, por sua vez a resolução pode decorrer da violação de uma condição, de uma cláusula inermediáriae até mesmo de uma garantia, embora este não seja entendimento unívoco. A violação antecipada também dá direito a resolução no direito britânico.

Importa ressaltar, portanto, que nem toda violação do contrato será considerada descumprimento contratual. Em alguns casos, a lei fornece à parte que falha oportunidade de cumprir sua obrigação, desde que haja justificção plausível para o não cumprimento.

Por exemplo, o comprador que rejeita legalmente os bens e se recusa a pagar, por entender que são defeituosos, usa de argumento legal para justificar seu modo de agir. A lei também prevê como desculpa legal o caso de incumprimento quando, antes do tempo de execução, o contrato é frustrado, fato que automaticamente resolve o contrato entre as partes e as liberta das obrigações futuras. Há, ainda, uma linha de casos em que os tribunais parecem ter levado em conta a boa-fé da parte ao infringir o contrato.

Embora por vezes a lei dispense uma parte contratante da responsabilidade por uma falha que, em outras circunstâncias, equivaleria a uma violação do contrato, importa salientar que, ao contrário do direito brasileiro, a existência de uma ruptura de contrato geralmente independe de culpa da parte infratora, significa dizer: a responsabilidade por violação do contrato é objetiva. Isto porque, para o direito britânico, se uma parte voluntariamente assumiu uma obrigação, deve ser obrigada a cumpri-la.

Note-se também que o direito inglês tem uma noção unitária de quebra de contrato, assim a responsabilidade geralmente não depende da causa da violação do contrato, não havendo aqui o instituto da inexecução involuntária presente no direito brasileiro. As inexecuções decorrentes de caso fortuito ou força maior só isentam a responsabilidade do devedor, caso assim esteja expressamente previsto no contrato.

Por fim, é importante salientar que, embora toda quebra de contrato dê direito ao pagamento de indenização, nem todas as violações dão origem a resolução do contrato, conforme será demonstrado a seguir.

2.3.1.1. Violação de uma condição

A violação de uma "condição" é uma das causas que dá à parte prejudicada o direito à resolução.

Ocorre que existe certa dificuldade em discernir se determinada cláusula equivale a uma condição. Isto porque, primeiramente, o termo "condição" é adotado em diferentes sentidos na comunidade comercial, podendo este significado não tão claro, dar origem a dificuldades de interpretação. Em segundo lugar, o fato de as condições poderem ser divididas em contingentes ou promissórias também é capaz de causar confusão interpretativa.

Uma condição contingente refere-se a um evento que nenhuma das partes prometeu, mas sobre o qual depende a execução do contrato. Por exemplo, nenhuma das partes promete não morrer, mas caso isto ocorra, poderá ocorrer a resolução do contrato. Já uma condição promissória faz referência a evento que de fato depende da atuação das partes.

Sucedem que as dificuldades não terminam aqui, visto que o mesmo conceito de condição promissória é ainda usado em dois sentidos. O primeiro refere-se à prestação em si mesma, ou ao dever de prestar, enquanto o segundo diz respeito à conformidade da prestação com aquilo que ficou pactuado. Em ambos os casos, caso a prestação não seja cumprida ou, ainda, caso seja cumprida de maneira desconforme ao contratado, a outra parte não precisa cumprir sua parte na obrigação, visto que a condição promissória não foi observada.

Contudo, tal diferenciação se torna difícil, quando a atual jurisprudência dos tribunais britânicos utiliza o termo "condição" tanto para se referir a prestação em si, como para se referir a qualidade da mesma.

Quando a condição se relacionar com o dever de prestar, e este não tiver sido cumprido, o contraente prejudicado pode se abster de cumprir a sua parte do contrato até que a condição seja efetivamente adimplida, não surgindo, de plano, o direito de resolver o contrato. Contudo, caso a condição violada se relacione com a conformidade da prestação àquilo disposto no contrato, a parte inocente pode se utilizar do instituto resolução.

Existem três formas para se determinar se uma cláusula é ou não uma condição: a) através do Parlamento; b) através dos tribunais; ou c) por determinação dos próprios contratantes. As duas primeiras são mais complexas que a última, a qual tampouco é simples.

A capacidade de classificar determinada cláusula como uma condição é questionada, uma vez que uma escolha equivocada pode gerar resultados desastrosos, no sentido de que uma violação trivial do contrato pode acarretar na sua resolução.

É, portanto, necessário que as partes contratantes deixem claro que pretendiam classificar o termo como uma condição, tarefa difícil quando se recorda que a palavra "condição" é usada em diferentes sentidos na lei e na jurisprudência.

2.3.1.2. Violação de uma garantia

Uma garantia é um termo menor (subsidiário) do contrato e sua violação dá origem ao direito de requerer indenização por perdas e danos, mas não dá direito de resolver o contrato.

Exemplos de garantia são previstos pela Lei de Venda de Mercadorias de 1979. Tal lei define que as mercadorias estão isentas de quaisquer encargos ou ônus não divulgados ou conhecidos pelo comprador antes da celebração do contrato, bem como que o comprador gozará de uma posse tranquila das mercadorias. Em tese, a violação de disposições desta natureza, não acarretaria a resolução do contrato.

O problema se dá quando determinada violação tem sérias consequências para a parte inocente, mas a cláusula violada é classificada pelas partes como uma 'garantia'. Neste caso, se o tribunal não entender que a palavra “garantia” foi utilizada no seu sentido técnico, esta não deve constituir barreira para que a parte prejudicada resolva o contrato, caso as consequências do descumprimento tenham sido graves. Ressalte-se que, a menos que o termo indique claramente que qualquer violação nunca dará a parte inocente o direito de resolver o contrato, é improvável que os tribunais concluam que a cláusula expressa uma garantia no sentido técnico. No entanto, é provável que os tribunais demorem a chegar a tal conclusão.

2.3.1.3. Violação de cláusula intermediária ou inominada

A análise da possibilidade ou não de resolução do contrato diante de determinada violação contratual pode se dar de duas formas: uma consiste em deixar para partes a responsabilidade de decidir quando o direito de resolver pode ter lugar; outra em deixar que a um magistrado decida acerca da existência ou não ao direito de resolução.

A dificuldade da primeira abordagem está no fato de que as partes talvez não façam as previsões necessárias acerca do término do contrato, sendo preciso recorrer a lei que preveja norma aplicável ao caso. A dificuldade de segunda se dá porque esta resulta em demasiada incerteza.

É necessário que as partes conheçam seus direitos para que se possa evitar litígio ou para que alcancem um acordo sem que seja preciso recorrer a um tribunal e para isso as regras devem ser claras. Por outro lado, regras claras podem ser inflexíveis e levar à injustiças. Portanto, há a necessidade de se encontrar um equilíbrio entre o interesse pela certeza e a urgência de produzir soluções justas quando as regras são aplicadas aos casos concretos.

A lei inglesa tem lutado para atingir esse equilíbrio de maneira apropriada, buscando efusivamente assegurar que as partes saibam seus direitos caso estejam diante de uma violação contratual. Contudo, percebe-se que há uma certa dualidade e incerteza na

aplicação do direito inglês, na medida em que a jurisprudência emprega duas estratégias aparentemente inconsistentes para uma mesma situação.

A primeira e mais tradicional estratégia, concentra-se na determinação da natureza da cláusula inadimplida. De acordo com este ponto de vista, se a violação é de suficiente importância, a lei concederá à parte inocente o direito de terminar o contrato, independentemente das consequências decorrentes desta violação. Contudo, se a cláusula violada for de significância mínima, não emerge de tal situação o direito de resolver.

A dificuldade com esta estratégia é a óbvia: para os casos em que as cláusulas não são muito importantes, nem muito triviais, ou seja, cláusulas intermediárias, como se decide se a violação de tal cláusula dá origem ou não ao direito de resolver?

Em decorrência de tais dificuldades, alguns juristas passaram a argumentar que o foco da lei deveria ser as consequências da violação, em vez da natureza da cláusula violada. Esta é a segunda estratégia, que encontra expressão nos casos em que os tribunais classificaram a cláusula violada como intermediária, isto é, eventual quebra de uma destas cláusulas só acarretará a resolução do contrato se as consequências forem suficientemente sérias.

O resultado da adoção desta estratégia é produzir resultados mais justos, visto que juízes e árbitros podem, então, adaptar o remédio para atender ao caso concreto. Ocorre que esta flexibilidade tem um preço: a incerteza. Isto porque se torna mais difícil para as partes prever o provável resultado de litígios, tornando-se difícil solucionar eventuais disputas.

O reconhecimento da existência de cláusulas intermediárias gera, portanto, duas dificuldades: a primeira consiste em distinguir um termo intermediário de uma condição e de uma garantia.; a segunda, consiste em verificar a gravidade das consequências da violação que faz nascer o direito à resolução.

A primeira dificuldade será analisada mais adiante. Para a segunda, pode-se responder que o melhor entendimento é o de que ela deve ser de tal modo séria que a parte inocente é substancialmente privada do benefício que pretendia obter do desempenho do contrato.

Ocorre que a incerteza sobre a seriedade da violação pode causar dificuldades na prática. Por exemplo, em um caso em que as consequências da violação são graves, mas não desastrosas, e a parte inocente tem dúvidas quanto se será privada do benefício que esperava daquela contratação, é importante que se lembre que há risco de que um tribunal

posteriormente entenda não ser aquele um caso de resolução, impondo responsabilidade sobre os danos causados pela cessação abusiva do contrato.

Analisada deste ponto de vista, a classificação de uma cláusula como termo intermediária ou inominada pode operar, na prática, como forma de inibir o uso do instituto da resolução do contrato.

Voltando à primeira dificuldade mencionada, cumpre destacar que, na hipótese de a cláusula não ter sido classificada pelas partes como sendo uma condição ou garantia os tribunais analisam uma série de fatores para alcançar uma conclusão, não sendo referida cláusula intermediária adotada como critério residual.

Em verdade, um estudo de casos revela nível significativo de desacordo quanto à abordagem a adotar em tais casos, não sendo raro, inclusive, que o Tribunal de Recursos adote uma classificação diferente daquela adotada pelo juiz de primeira instância.

2.3.1.4. Violação antecipada

Por vezes, antes do tempo fixado para execução nos termos do contrato, uma das partes informa a outra que não cumprirá suas obrigações ou que tenciona cumpri-las de forma não coerente com os termos do contrato.

Trata-se de violação antecipada do contrato, situação que pode ser interpretada de duas formas: a) não há violação, pois ainda não se chegou ao momento específico da execução; b) pode se considerar a indicação de recusa em executar a prestação de acordo com os termos do contrato como uma violação que confere a parte inocente acesso imediato ao conjunto habitual de remédios contra a violação.

Por outro lado, uma das razões pelas quais a parte infratora informa que pretende descumprir a obrigação é poder dar à outra parte a oportunidade de encontrar uma prestação alternativa em outro contrato. Desta forma, o efeito de aviso antecipado pode muito bem reduzir as perdas da parte inocente, tendo a parte devedora interesse óbvio em amenizar sua exposição à eventual reivindicação de danos.

E todo caso, tal decisão depende dos tribunais, estando as partes sujeitas a tal contingência.

2.3.1.5. Cláusula resolutiva

Por vezes, ao invés de se classificar a natureza de cada termo do contrato, as partes inserem no instrumento cláusula resolutiva que confere direito expresso de resolver o contrato em determinadas circunstâncias.

Tais cláusulas podem ser redigidas em termos amplos, podendo os tribunais, contudo, por um processo de construção, reduzir o âmbito aparente de uma cláusula resolutiva.

Por fim, o fato de uma parte contratante ter resolvido o contrato por força de uma cláusula expressa não impede que ela se valha do direito a reparação de danos que lhe confere a lei.

2.3.2. Perda do direito de resolver

O direito de resolver o contrato geralmente será perdido se a parte inocente decidir por confirmar o contrato. Tal confirmação deve, em geral, ser inequívoca. O que significa dizer que o mero convite pela parte inocente para que a parte infratora cumpra suas obrigações contratuais não constitui necessariamente uma confirmação.

A parte inocente, porém, deve proceder com grande cautela, vez que a escolha entre a confirmação e a resolução, uma vez feita, é, em princípio, irrevogável. Contudo, a jurisprudência inglesa tem reconhecido que é possível se conceder à parte um período de tempo para que se decida acerca da resolução ou da confirmação. Frise-se que tal reconhecimento é muito bem-vindo na realidade comercial.

A duração desse período dependerá, em grande medida, do caso concreto e da natureza do contrato. Quando o tempo é essencial para o contrato ou o contrato foi celebrado em um mercado volátil, o tempo concedido provavelmente será relativamente curto. Mas quando não há nenhuma urgência particular, ou a situação é complexa, à parte inocente pode ser dado um período mais longo de tempo.

Como regra geral, uma parte não será considerada como tendo afirmado o contrato a menos que tivesse conhecimento dos fatos que deram origem à violação e do seu direito de escolher entre a confirmação e a rescisão.

3. NEM TANTO À TERRA, NEM TANTO AO MAR: A RESOLUÇÃO DO CONTRATO INTERNACIONAL DE COMPRA E VENDA MERCANTIL NA CONVENÇÃO DE VIENA (CISG) E SUAS VANTAGENS

O capítulo anterior se debruçou sobre os institutos da resolução contratual na *commom law* e na *civil law* a fim de lançar bases para o que se pretende demonstrar no presente capítulo. Explica-se: o intuito do trabalho como um todo é comprovar que, no fechamento de um contrato, quando se deparam as partes com a necessidade da complexa determinação de qual lei será aplicável àquele negócio jurídico, diante de eventual litígio decorrente do descumprimento do contrato, nem o direito brasileiro nem o direito britânico encerram o que é necessário para que a lide se desenrole da melhor maneira possível, ante as particularidades a que se circunscreve o contrato internacional de compra e venda de mercadorias, conforme será abaixo demonstrado.

Tal estudo se mostra ainda mais importante diante do fato de que, apesar de o Brasil e a Inglaterra terem participado na elaboração da Convenção, ambos não a ratificaram de imediato. Embora o Brasil o tenha feito recentemente, a Inglaterra ainda não o fez, sendo necessário demonstrar as vantagens que tal adesão traz e pode ainda trazer aos comerciantes de ambos os Estados.

3.1. O Contrato internacional de compra e venda de mercadorias

Em um contrato de compra e venda em que as partes não sejam empresários estabelecidos no mesmo país, estamos diante do conceito de comércio exterior, e a partir de sua formação serão realizadas as conhecidas operações de importação e exportação de mercadorias.

Como qualquer relação jurídica, o contrato internacional de compra e venda de mercadorias necessita ser regulado por algum direito. Conforme demonstrado no capítulo 2 (item 2.1), a questão sobre a legislação e a jurisdição aplicáveis é de grande importância quando do fechamento do contrato, visto que o conflito de leis pode vir a desestimulá-lo, por ser por vezes demasiado oneroso às partes. Como bem asseveram Dolganova e Lorenzen (2009, p. 46-61).

Os contratos de compra e venda internacional são um exemplo típico desse fenômeno: submetem-se, potencialmente, a diversos sistemas jurídicos, que podem conter regras substancialmente diversas para regular situações fáticas iguais ou semelhantes.

Ademais, a opção por leis internas para regular contrato internacional conduz ao fenômeno da nacionalização do comércio internacional, o que pode ser prejudicial a contratos desta natureza visto que, conforme ensinam (OLIVEIRA e MEDEIROS, 2014, p. 12):

quando as partes não escolheram a lei aplicável, esta será determinada por um às vezes intrincado conjunto de normas de direito internacional privado; determinada a lei aplicável, deve-se demarcar as normas substantivas que serão usadas no caso, e, por fim, coloca-se a controvérsia se a internacionalidade do caso requer uma modificação nos métodos de decisão (BERGER, 1999)

Diante deste cenário, busca-se a solução para estas dificuldades através de uma *nova lex mercatoria*, ordem jurídica baseada nos usos e costumes da prática comercial internacional “cuja principal característica seja a eficiência, dinamicidade e plasticidade que o direito estatal – nacional ou internacional – não poderia alcançar satisfatoriamente”. (OLIVEIRA e MEDEIROS, 2014, p. 12).

A ideia de unificação de um direito comercial internacional surge com base na *lex mercatoria*, nascida na Idade Média. Embora origem das transações comerciais “internacionais” remonte às transações realizadas pelos povos fenícios, gregos, árabes, romanos, e demais, é durante a Idade Média, com a evolução do capitalismo comercial, que se expande o Comércio Internacional.

Após a queda do império romano, em uma Europa dividida e sem governo unificado capaz de manter a paz interna e garantir a aplicação do direito, surgem as corporações de classe, dentre as quais está inserida a corporação de mercadores, destinada à proteção e assistência dos comerciantes. Segundo Irineu Strenger (1998, p. 78).

Cada corporação formava um pequeno Estado, dotado de um poder legislativo e de um poder judiciário. Essas corporações participavam mediante seus representantes e oficiais nos conselhos da Comuna, vigiavam sobre a guerra e sobre a paz, sobre represálias, formavam as próprias leis e estatutos e mediante jurisdição própria cuidavam da sua observância.

Nas feiras da Inglaterra feudal também eram constituídos tribunais para solucionar conflitos entre os comerciantes, os quais possuíam, nos ensinamentos de Parra (1989, p. 239 *apud* AMARAL, 2015).

ampla competência, somente excluindo problemas relativos à terra. Eram presididos por um comerciante da cidade e assistidos por mercadores. Tais tribunais caracterizavam-se pela sua celeridade e dificilmente um litígio demorava mais de um dia para ser solucionado.

A lei utilizada na resolução dos conflitos levados aos referidos tribunais era a chamada *lex mercatoria*, baseada, sobretudo, no costume dos comerciantes e aplicável

independentemente da lei do local ou da origem das partes. A *lex mercatoria* constitui um direito desnacionalizado, de tal maneira livre de intervenções estatais, que na Inglaterra do século XV prevalecia a ideia de que os mercadores não eram obrigados pelas leis inglesas, mas somente pela *lex mercatoria* (AMARAL, 2015).

Ocorre que, com a criação dos Estados, a *lex mercatoria* dá espaço às legislações nacionais, as quais não deixam de incorporar os costumes dos comerciantes ao seu sistema jurídico, o que conseqüentemente acarretou o enfraquecimento da autonomia da vontade dos comerciantes.

A codificação do direito comercial trouxe, como consequência, o enfraquecimento do poder dos comerciantes de livremente estipularem suas regras de conduta, uma vez que os procedimentos estavam previstos nos Códigos nacionais, prevalecendo, contudo a possibilidade de escolha pelas partes do estatuto jurídico mais adequado para a regulação dos atos praticados no âmbito do comércio internacional.

É nesse contexto que surge o Direito Internacional Privado aplicável ao comércio internacional como hoje é conhecido. Ocorre que, como explica Giuditta Cordero-Moss (2015, p. 134), a presença o princípio da autonomia da vontade, no que diz respeito a possibilidade de escolha pelas partes acerca de à qual lei o contrato estará submetido, dá a estas impressão de auto suficiência:

if the parties are able to choose the governing law, they may be under the impression that they need to be concerned with any other law but the law of their choice (...) this is a misconception.¹⁶

Essa falsa impressão advém da necessidade de identificação entre a lei escolhida para ser aplicada ao contrato e as regras de conflito do Estado onde será acionado o litígio. Ressalte-se que cada Estado possui suas próprias regras de conflito. Desta forma, esclarece ainda mais Giuditta Cordero-Moss:

If conflicts rules differ from country to country, they will determine different laws to govern the same relationship. Depending on where the lawsuit is presented, therefore, a different substantive Law may be applicable and the right and obligations of the parties may be different. Each of the parties will complete in filing a lawsuit in a country with conflict rules that determine a favourable applicable Law, even though that country may have only a thin connection with the dispute (so-called forum shopping). This may lead to lawsuits in unpredictable fora, to uncertainty as to the substantive rights and obligations of the parties and even to contradictory court decisions on the same relationship. Harmonization of the conflict rules contributes to

¹⁶ Em tradução livre “(...) se as partes estão aptas a escolher a lei aplicável, elas podem estar sob a impressão de que não precisam se preocupar com qualquer outra lei que não aquela que escolheram (...) essa é uma concepção errada.”

preventing the undesirable effects, because the parties will not be able to speculate on the difference in the applicable law.¹⁷

Assim, é preferível buscar-se consenso sobre as regras unificadas ou uniformes para a compra e venda internacional do que unificar as regras de conflito de leis, de modo a reduzir os riscos e custos resultantes da incerteza. Nos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 90):

As obrigações do vendedor e comprador no comércio internacional são direito-custo e sua padronização contribui para a prática de preços mais competitivos, ampliação de volume de operações, aumento de consumo e desenvolvimento econômico.

A ideia de criação de um nova *lex mercatoria*, se inicia no final da década de 1920, quando Ernst Rabe, presidente do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), propõe a unificação do direito contratual transnacional. Subsequentemente, em 1964, há a aprovação da Convenção para a Lei Uniforme de Compra e Venda Internacional (ULIS) e da Convenção para a Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (ULF), ratificadas por apenas nove Estados, de pouca repercussão, portanto (DOLGANOVA e LORENZEN, p.2).

Com a fundação da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), em 1996, houve o reconhecimento pela Assembleia Geral das Nações Unidas da existência de diferenças entre as legislações nacionais no que diz respeito à regulação do comércio internacional, e que tal fato acarretava barreiras na circulação de mercadorias, ficando a cargo da UNCITRAL quebrá-las (DOLGANOVA e LORENZEN, 2009, p. 2).

Diante disto, com a necessidade do desenvolvimento do comércio internacional baseado na igualdade e na diminuição dos custos, em 1980 foi aprovada a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), apresentando-se como moderna uniformização de Direito Privado no que diz respeito à compra e venda internacional de mercadorias. A CISG vigora desde 1º de janeiro de 1988 para os Estados que a ela haviam aderido, contando hoje com setenta e um Estados contratantes.

¹⁷Em tradução livre: “regras de conflito diferem de Estado para Estado, elas determinarão leis diferentes para governar a mesma relação contratual. Dependendo em que momento a ação é apresentada, uma lei diferente lei pode ser aplicável e os direitos e obrigações das partes podem ser diferentes. Cada uma das partes pode protocolar ação em país em que as regras de conflito determinam a lei aplicável, ainda que este país tenha apenas uma pequena conexão com a lide (esta situação é chamada de *forum shopping*). Isto pode levar a ações em foros imprevistos, incertezas sobre os direitos e obrigações das partes e até a decisões contraditórias em uma mesma relação contratual. A harmonização das regras de conflito contribui para prevenção de efeitos indesejáveis, uma vez que as partes não estarão aptas a especular sobre a diferença na lei aplicável.”

Mesmo com participação na elaboração da Convenção de Viena, o Brasil e a Inglaterra não ratificaram a Convenção. Contudo, em 19 de outubro de 2012, por meio do Decreto Legislativo n.º 538/2012, o Congresso Nacional Brasileiro aprovou o texto da referida Convenção. Em 4 de março de 2013 o Brasil depositou o seu instrumento de ratificação da CISG junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas e, conforme prazo estabelecido no artigo 99.217, a Convenção entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 1º de abril de 2014 (GULLO, 2015).

3.2. A resolução dos contratos de compra e venda mercantil na Convenção de Viena (CISG)

Como já exposto, a CISG nada mais é do que uniformização de uma regra material pertinente aos contratos internacionais de compra e venda. Assim, por não adotar qualquer legislação específica como paradigma, oferece conceito singular do instituto da inexecução contratual.

Cumprir informar, portanto, que o descumprimento contratual na CISG é tratado de forma objetiva, referindo-se à simples ausência de cumprimento das obrigações que emanam de um contrato, não fazendo qualquer alusão a culpa daquele que descumpriu. Por outro lado, a Convenção qualifica a inexecução contratual de maneira muito própria, distinguindo o descumprimento fundamental do não-fundamental.

Essa conceituação singular não exclui a possibilidade de o contrato ser descumprido por formas diversas, tampouco a de aplicação de variados remédios pelo lesado pelo descumprimento.

A CISG possui um sistema de remédios que torna os contratos exequíveis e obrigatórios, o qual é regido pelos artigos 45 (1) e 61(1). O primeiro diz respeito aos que se encontram ao dispor do comprador e o segundo aos que pode fazer uso o vendedor. Como bem ressalta Steiner (2015, p. 10), ambos os dispositivos elucidam o fato de que a) o descumprimento é a falta objetiva de cumprimento; b) dele decorrem direitos que aproveitam a parte lesada; c) admite-se a reparação de danos em qualquer hipótese; d) a culpa não é relevante para a incidência do remédio.

É possível afirmar que os remédios adotados pela CISG estão divididos em três categorias: os que se destinam ao cumprimento da obrigação; aqueles voltados à substituição

da prestação não cumprida (tutela reparatória); e o remédio resolutorio (liberação da obrigação contratual) (LOOKOFSKY, 2012, p. 101 *apud* STEINER, 2014, p. 10/11).

Evidentemente, alguns dos remédios são incompatíveis entre si, contudo, convém ressaltar que a reparação através da indenização das perdas e danos pode ser requerida em conjunto com qualquer outro remédio. Por outro lado, ao contratante lesado pelo descumprimento não é dada a possibilidade de discricionariamente facultar pela resolução do contrato. Isto porque, a CISG, ao regular interesse de empresários domiciliados em Estados diferentes, tem como um dos princípios fundamentais a manutenção do contrato. Significa dizer que a resolução, por retirar a eficácia das obrigações com seu efeito *ex tunc*, é tida pela Convenção como remédio de *ultima ratio*, somente sendo utilizado se as demais soluções disponíveis não forem suficientes ao atingimento do interesse do contratante prejudicado pela inexecução.

Por se tratar de Convenção destinada a regular o comércio internacional, deve-se levar em conta que o desfazimento do contrato pode ser ainda mais grave do que a própria inexecução por uma das partes, uma vez que a exportação de bens envolve todo um complexo sistema de logística, tributação e câmbio, podendo a resolução do contrato trazer custos econômicos excessivos e prejudiciais a ambos os contratantes. Para além disso, a opção da CISG é também justificada pelo princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e pela análise do legítimo interesse das partes no contrato (STEINER, 2014, p. 13).

Importa ressaltar que não é obrigatório que a parte lesada faça uso de todos os remédios antes de se valer da resolução; desde que estejam presentes as hipóteses autorizadoras, o contratante prejudicado pode declarar a resolução contratual.

O remédio resolutorio está previsto no artigo 49, que dispõe acerca das hipóteses em que pode o comprador resolver o contrato, e no artigo 64, que dispõe sobre as hipóteses resolutorias ao dispor do vendedor. Dentre as referidas hipóteses, existem duas formas de resolução contratual por inexecução de uma das partes: a) resolução decorrente da violação fundamental do contrato (*fundamental breach*); b) resolução com fundamento no não cumprimento da obrigação após a concessão de prazo suplementar (art. 49 (1) (b) e art. 64 (1) (b))¹⁸.

¹⁸Article 49 (1) *The buyer may declare the contract avoided:*(b) *in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph(1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.*

Article 64 (1) *The seller may declare the contract avoided:* (a) *if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or (b) if the buyer does not, within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of*

O direito à resolução opera de pleno direito, por meio de simples declaração da parte lesada, sendo desnecessário qualquer reconhecimento judicial ou arbitral da mesma. Tal fator é essencial para transações internacionais, uma vez que facilita em muito o fechamento de contratos e evita a complexa e custosa disputa judicial ou arbitral entre contratantes de diferentes Estados.

Contudo, a declaração é sempre exigida, mesmo em caso de impossibilidade objetiva da prestação, que no Código Civil Brasileiro importa em resolução automática. Embora não se exija forma específica, é necessário que o destinatário tenha ciência inequívoca desta.

A declaração deve ser feita em tempo determinado quando houver a entrega dos bens, conforme o art. 49 (2) da CISG¹⁹. Tendo em vista o princípio da boa-fé, a Convenção determina que a resolução deve ser exercida dentro de período razoável, contado da data de conhecimento do comprador de que as mercadorias estão desconformes. Esse período pode variar de acordo com o caso concreto (mercadorias perecíveis ou não), conforme o art. 38. Caso não haja entrega, a resolução poderá ser declarada a qualquer tempo pelo lesado.

Lookofsky (2010, p. 108) entende que o credor deve notificar o devedor da não conformidade das mercadorias, para que este possa saná-la, tendo vista o direito de sanar previsto no art. 37 da CISG²⁰ e o princípio da manutenção do contrato que fundamenta toda a Convenção.

A declaração de resolução termina a relação contratual, liberando as partes de suas obrigações e tendo, em regra, efeito *ex tunc*, a não ser no contrato de prestações sucessivas. Contudo, existem direitos que subsistem após a extinção do contrato, como a reparação dos danos decorrentes do descumprimento contratual, conforme disposto no art. 81

article 63, perform his obligation to pay the price or take delivery of the goods, or if he declares that he will not do so within the period so fixed.

¹⁹Article 49 (2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so: (a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made; (b) in respect of any breach other than late delivery, within a - reasonable time: (i) after he knew or ought to have known of the breach; (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or (iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

²⁰Article 37 If the seller has delivered goods before the date for delivery, he may, up to that date, deliver any missing part or make up any deficiency in the quantity of the goods delivered, or deliver goods in replacement of any non-conforming goods delivered or remedy any lack of conformity in the goods delivered, provided that the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

(1) da CISG²¹. Segundo o mesmo artigo, as disposições acerca das resoluções de controvérsias, ou qualquer outra cláusula que regule os direitos e obrigações em caso de resolução, não serão prejudicadas. É o caso de multa ou cláusula penal.

Além da reparação de danos, a resolução do contrato gera o dever de restituição das prestações já adimplidas, tendo em vista o efeito *ex tunc*. É exatamente pela dificuldade de que as partes retornem ao *status quo ante*, tendo em vista a complexidade e os custos econômicos da restituição de mercadoria no comércio internacional que a CISG tem como princípio fundamentador a manutenção dos contratos.

3.2.1. O direito de resolver

Conforme mencionado, a Convenção de Viena preza, acima de tudo, pela manutenção dos contratos. É exatamente por isso que, contrariamente ao direito brasileiro e ao direito britânico, possui poucas hipóteses em que surge à parte prejudicada o direito de resolver, sendo que todas são essencialmente marcadas pelo conceito de violação fundamental do contrato, como será demonstrado a seguir.

3.2.1.1. Violação Fundamental do Contrato (*Fundamental Breach*)

Uma das hipóteses em que o contrato pode ser resolvido na CISG é a ocorrência de uma violação fundamental deste por uma das partes, prevista nos artigos 49 (1) (a) e 64 (1) (a)²². Para que se possa definir qual tipo de descumprimento importa em uma violação fundamental do contrato é preciso que levar em consideração o art. 25 da Convenção (CISG, 1980), o qual assim dispõe:

A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver

²¹ Article 81 (1) *Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, subject to any damages which may be due. Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.*

²² Article 49 (1) *The buyer may declare the contract avoided: (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract;*
Article 64 (1) *The seller may declare the contract avoided: (a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract*

previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.²³

Denota-se da leitura do dispositivo que este serve apenas como um guia interpretativo, uma vez que os critérios para a configuração do descumprimento fundamental são extremamente abertos e genéricos.

Alguns autores defendem a utilização de conceitos amplos para a definição da violação fundamental do contrato, visto entenderem que cabe às partes a delimitação efetiva dos seus interesses, isto é, somente quando houver uma lesão substancial aos interesses circunscritos ao contrato é que se pode falar em um descumprimento fundamental (STEINER, 2014, p.16).

Desta forma o conceito só seria vago se as partes houvessem falhado em tornar claras e concretas suas expectativas no âmbito contratual, sendo importante para a sua interpretação a formatação que as partes derem ao contrato. Feridas as expectativas definidas, há um descumprimento fundamental.

Caso não estejam expressas as expectativas das partes, ainda há descumprimento fundamental se a parte infratora pudesse prever que sua conduta privaria a outra da expectativa contratual, pois uma pessoa razoável na mesma situação assim também poderia prever.

Aqui não se faz uma análise meramente subjetiva do contrato. O critério da previsibilidade permite que as expectativas legítimas das partes possam ser objetivamente extraídas do contexto contratual. Tanto assim é, que Neumayer e Ming (1993, p. 763) entendem que caso permaneça dúvida quanto à ocorrência ou não de violação fundamental, é preferível que se considere não estarem presentes as condições para caracterizá-la. Por outro lado, a ausência da previsibilidade é exceção à violação fundamental, podendo a parte escusar-se de tê-la cometido se provar que o resultado prejudicial da sua conduta era imprevisível por ela ou por pessoa ponderada nas mesmas circunstâncias.

Nesse ponto, ex surge uma consideração que não pode ser relegada: embora Enderlein e Dietrich (1992, p. 113) ressaltem a importância dos resultados econômicos nas relações comerciais em detrimento ao simples cumprimento da obrigação, é importante que se entenda que a violação fundamental não depende do *quantum* do prejuízo sofrido, mas da

²³ Article 25: *A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.*

perda ou não do interesse da parte na prestação contratual. Isto é, pode haver a perda do interesse ainda que não haja qualquer prejuízo econômico para a parte prejudicada.

Por isso, entende-se que o prejuízo previsto no art. 25, em nada se assemelha ao conceito de dano expresso no art. 74²⁴, visto que se refere aos prejuízos atuais e futuros decorrentes do descumprimento que causa diversas consequências negativas à parte prejudicada, não estando estas restritas a perda pecuniária.

O descumprimento fundamental, portanto, pode apresentar-se de diversas formas. O atraso de entrega de mercadorias é exemplo muito utilizado pela doutrina, com uma ressalva: o termo fixado pelo contrato deve ser considerado como fixo, significa dizer que o tempo da prestação é tão importante para o contrato que o atraso modifica o seu objetivo e acarreta a perda no interesse da prestação ou mesmo a impossibilidade de esta se concretizar.

Esta particularidade é muito importante quando se leva em consideração o princípio da manutenção dos contratos inserido no sistema da Convenção, fazendo com que o mero atraso não dê lugar à resolução do contrato (EMMERICH, 2005, p. 52-54 *apud* STEINER, 2014, p. 16). Tanto é verdade que o art. 33 (c) prevê que o vendedor poderá entregar as mercadorias “dentro de um prazo razoável a partir da conclusão do contrato.”²⁵ (CISG, 1980), quando não houver sido fixado termo, este não possa ser determinado pela interpretação do contrato ou não caiba ao comprador escolha da data.

Neste sentido, já decidiram Tribunal da Alemanha e o Tribunal Arbitral da Hungria que não constitui violação fundamental do contrato o atraso na entrega de mercadorias quando as partes não acordarem data específica para a execução.

Importante que se mencione que tratamento diverso é dado ao atraso no pagamento por parte do comprador, entendendo tanto a doutrina quanto os Tribunais que, em regra, este não constitui violação fundamental, portanto, não ensejando a resolução contratual (GRAFFI, 2003, p. 338). Lookofsky (2010, p. 147) explica que o atraso no pagamento só ensejará violação fundamental quando for elemento essencial do contrato, como no caso das commodities que têm cotação variável (SCHWENZER e SCHLECHTRIEM, 2010, p. 147).

Entretanto, tem se entendido que caso o comprador não promova a carta de crédito para garantir o pagamento no prazo adicional para o cumprimento da prestação, estaria presente elemento caracterizador da violação fundamental (AUSTRÁLIA, 2000).

²⁴ Article 74 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

²⁵ Article 33 (c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract..

Situação diferente do atraso é a não entrega definitiva das mercadorias por impossibilidade objetiva ou subjetiva, vez que, como já mencionado, o elemento culpa não interfere na configuração do descumprimento da prestação, caracterizando, de plano, uma violação fundamental do contrato.

Outro exemplo é a entrega de mercadorias em desacordo com aquilo pactuado. Neste caso também só haverá descumprimento fundamental caso não seja possível satisfazer as expectativas previstas no contrato. Ressalte-se que há aqui também uma análise objetiva do descumprimento. Tanto é verdade que o CISG Advisory Council publicou a Opinião nº 5 (2005) sobre a interpretação do art. 49 (1) especialmente em relação a não conformidade, esclarecendo que devem ser analisados os termos do contrato ou o propósito da compra e a possibilidade de remediar a falta.

Ainda, é possível que ocorra um descumprimento fundamental decorrente da inexecução de deveres anexos como o de exclusividade ou o de boa-fé.

Ante ao exposto, quando não estiverem presentes os requisitos supra mencionados para a configuração da violação fundamental, a parte não poderá resolver o contrato, podendo valer-se, contudo, de outros remédios disponibilizados pela CISG, como a indenização por perdas e danos e a execução específica.

3.2.1.2. Descumprimento no prazo suplementar (*nachfrist*)

Os artigos 49 (1) (b) e 64 (1) (b) preveem outra hipótese de resolução contratual. Trata-se do descumprimento da prestação no prazo suplementar conferido pela outra parte para entregar ou receber as mercadorias ou pagar o preço.

Aqui nota-se, mais uma vez, que a CISG efetiva o princípio da preservação do contrato, dando ao remédio resolutório caráter subsidiário, sendo este de *ultima ratio*, a fim de que antes da resolução seja conferido ao infrator prazo suplementar para que cumpra sua obrigação ou purgue a mora.

O instituto do *nachfrist*, expressão alemã que significa extensão (do prazo, neste caso), vem na Convenção expressamente previsto no art. 47 (CISG, 1980):

- (1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações.
- (2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o

direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato.²⁶

Conforme se denota da leitura do art. 47, permite-se que as partes fixem prazo suplementar em qualquer caso de descumprimento do outro contratante. No entanto, o simples descumprimento no prazo fixado não cria um automático direito à resolução do contrato. Explica Huber (2014, p. 20-21), que é necessário que esse descumprimento se caracterize como fundamental.

Ressalte-se que, se verificada a violação fundamental do contrato desde logo, não é necessária a concessão de prazo suplementar para que seja possível a resolução. Este só será concedido caso este não tenha ocorrido ou haja dúvidas acerca da seriedade da infração.

Só haverá direito a resolução se o prazo suplementar for fixado em prazo adequado ao cumprimento da obrigação em atraso, tendo em vista o princípio da manutenção do contrato. Nesse período a parte prejudicada não poderá resolver o contrato ou requerer a redução do preço, mantendo-se, contudo, o direito de reparação dos danos decorrentes do atraso. trata-se de vedação de comportamento contraditório prevista pelos artigos 46 (1) e 62 (1) da CISG.²⁷

Mesmo que decorrido o prazo suplementar, não tendo a parte cumprido sua prestação, a resolução não se opera de pleno direito. Por se tratar de faculdade do credor, este pode conceder novo prazo suplementar ou ainda utilizar outros remédios (GRUENBAUM, 2013, p. 91). Assim, após o decurso do prazo suplementar deve ser o devedor notificado da pretensão de resolução do contrato por parte do credor, nos termos do art. 26 da Convenção.

Importa dizer que o descumprimento das obrigações acessórias também dá ensejo à concessão de prazo suplementar, e desde que haja inexecução neste termo, poderá o vendedor resolver o contrato, desde que haja grave prejuízo às expectativas contratuais.

3.2.1.3. Inadimplemento antecipado (*antecipatory breach*)

Alguns autores entendem haver duas outras hipóteses de resolução para além do descumprimento fundamental e do descumprimento no prazo suplementar, classificando-as de

²⁶ Article 47(1) *The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations. (2) Unless the buyer has received notice from the seller that he will not perform within the period so fixed, the buyer may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the buyer is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.*

²⁷ Article 46 (1) *The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.*

Article 62 *The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.*

forma quaternária, ainda que outros entendam que as demais hipóteses se encaixam nas duas primeiras. Uma destas hipóteses é o inadimplemento antecipado.

O inadimplemento antecipado ou *anticipatory breach*, conforme já mencionado, ocorre quando uma das partes dá sérias demonstrações que não cumprirá as obrigações do contrato. A CISG (1980), diferentemente do Código Civil Brasileiro expressamente prevê esta hipótese em seu art. 72:

- (1) Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste.
- (2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações.
- (3) Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações.²⁸

Denota-se, portanto, da leitura do artigo que para que ocorra a resolução por inadimplemento antecipado devem estar presentes três requisitos: a) clara indicação de que a outra parte não cumprirá sua prestação; b) o descumprimento deve caracterizar violação fundamental; c) o credor deverá notificar o devedor a pretensão de resolver o contrato (SANTOS, 2013, P. 152 *apud* OLIVEIRA, 2015, P. 71-72).

O primeiro requisito pode se revelar de duas formas: o comportamento da parte deixa claro que esta não cumprirá a prestação ou a própria parte declara que não irá cumpri-la. No primeiro caso, a violação fundamental deve ser comprovada pela parte prejudicada através de interpretação objetiva dos fatos, dentro dos parâmetros de uma pessoa razoável. No segundo, a violação fundamental está na situação em si (SANTOS, 2013, P. 153 *apud* OLIVEIRA, 2015, P. 71-72).

3.2.1.4. Descumprimento do contrato de prestações sucessivas

Outra hipótese prevista na classificação quaternária é o descumprimento em contrato de prestações sucessivas. Trata-se de contrato em que uma das partes se obriga a entregar as mercadorias de forma sucessiva, isto é, as entregas são realizadas diversas vezes,

²⁸ Article 72 (1) *If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.* (2) *If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.* (3) *The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.*

ainda que o pagamento seja procedido em uma só prestação. O instituto está expressamente previsto no art. 73 da Convenção (CISG, 1980):

(1) Nos contratos que estipulem entregas sucessivas de mercadorias, o descumprimento por uma das partes das obrigações relativas a qualquer das entregas que constituir violação essencial do contrato em relação a esta entrega dará à outra parte o direito de declarar rescindido o contrato quanto a essa mesma entrega.

(2) Se o descumprimento, por uma das partes, de suas obrigações relativas a qualquer das entregas der à outra parte fundados motivos para inferir que haverá violação essencial do contrato com relação a futuras entregas, esta outra parte poderá declarar o contrato rescindido com relação ao futuro, desde que o faça dentro de prazo razoável.

(3) O comprador que declarar resolvido o contrato com relação a qualquer entrega poderá simultaneamente declará-lo resolvido com respeito a entregas já efetuadas ou a entregas futuras se, em razão de sua interdependência, tais entregas não puderem se destinar aos fins previstos pelas partes no momento da conclusão do contrato.²⁹

Desta forma, se o descumprimento de uma prestação importar em violação fundamental, isto é, frustrar as expectativas do credor em relação ao contrato de maneira substancial, pode este resolver o contrato no que toca a específica prestação violada.

Contudo, as prestações já cumpridas permanecem intactas (tanto a entrega da mercadoria, quanto o pagamento do preço), visto que nos contratos de prestações sucessivas o efeito é *ex nunc*. Da mesma forma, as obrigações futuras podem ser mantidas ou resolvidas de acordo com a extinção ou não do interesse do credor na sua prestação.

3.3.Uma comparação necessária

Obviamente, a principal vantagem da adesão da CISG pelo Brasil ou pela Inglaterra, é o fato de empresários que lidam com o comércio internacional não terem mais tantas vezes de se deparar com regras de conflito sobre a lei aplicável aos contratos internacionais mercantis que eventualmente celebrarem.

²⁹ Article 73(1) *In the case of a contract for delivery of goods by instalments, if the failure of one party to perform any of his obligations in respect of any instalment constitutes a fundamental breach of contract with respect to that instalment, the other party may declare the contract avoided with respect to that instalment. (2) If one party's failure to perform any of his obligations in respect of any instalment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so within a reasonable time. (3) A buyer who declares the contract avoided in respect of any delivery may, at the same time, declare it avoided in respect of deliveries already made or of future deliveries if, by reason of their interdependence, those deliveries could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract.*

Ademais, referida adesão dá concretude aos esforços voltados a uniformização das regras referentes ao comércio internacional mercantil, visto que a previsibilidade quanto à lei aplicável traduz-se em maior segurança jurídica, a qual acarreta a redução nos custos da transação (WALD e BORJA, 2015, p. 387).

Entretanto, o presente trabalho busca demonstrar as vantagens decorrentes desta adesão, em situações em que seria aplicável o Código Civil Brasileiro ou o direito britânico, quando uma das partes não cumpre a prestação que lhe cabia e surge a possibilidade ou a necessidade da resolução contratual.

A comparação dos institutos é também relevante porque a CISG tem caráter operativo, *self executing*, isto é, após a recepção da Convenção pelo Brasil, todo o contrato de compra e venda internacional que estabelecer que este será regulado pelo direito brasileiro, haverá aplicação da CISG, visto que esta agora compõe seu ordenamento jurídico (SCHWENZER, PEREIRA, e TRIPODI, 2015, p 547). Ou seja, é importante que os juristas, compreendam as diferenças entre a CISG e as regras contratuais de direito interno, visto que interpretação do primeiro, levando em consideração conceitos das segundas pode ser prejudicial à coexistência das regras nacionais e internacionais dentro da ordem jurídica interna.

Isto porque a CISG tem como objetivo único regular contratos internacionais de compra e venda mercantil e para isso tem conceitos muito próprios que levam em consideração os usos e costumes do comércio internacional, de modo que o fechamento de contratos dessa natureza se dê da forma mais vantajosa possível para ambas as partes. Assim, um intérprete da Convenção deve ter em mente que esta deve ser interpretada como uma norma em si própria, sem jamais se utilizar de definições conferidas por normas nacionais ou pela jurisprudência (OLIVEIRA, 2015, p. 36). Não é outra a disposição do art. 7 do diploma (CISG, 1980):

- (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.
- (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.³⁰

³⁰ Article 7 (1) *In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.* (2) *Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.*

Tal forma interpretativa é verificada ao longo da Convenção, numa variedade de novos conceitos que dificilmente se encaixam naqueles previstos nas normas internas de cada Estado. É o caso do instituto da violação fundamental do contrato (*fundamental breach*), o qual induz o intérprete a raciocinar de acordo com a internacionalidade do instrumento afastando-o dos conceitos usualmente utilizados. Esse mecanismo está ligado à intenção de uniformização jurisprudencial internacional (ZUPPI e PESSÔA, 2015, P. 550).

Assim, com vistas a uniformizar não só as regras reguladoras, mas também a jurisprudência internacional acerca do contrato internacional de compra e venda mercantil, demonstra-se necessária a comparação aqui proposta.

Esclarece-se que, por se tratar de país de naturalidade da autora do presente trabalho, bem como por este já ter aderido à Convenção, esta monografia se aprofundará nas vantagens da adesão à CISG pelo Brasil, ao final tecendo breves comentários sobre a vantagem de uma futura adesão pela Inglaterra.

3.4. As Vantagens da Adesão à CISG pelo Brasil

Observadas as sistemáticas da resolução contratual no Código Civil Brasileiro e na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadoria (CISG), cumpre agora alcançar o objetivo do presente trabalho e apresentar as vantagens da adesão do Brasil ao último instituto, visto ser este agora, parte do ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira vantagem que se pode observar é a principiologia específica circunscrita ao comércio internacional de mercadorias, a qual direciona o instituto contratual no sentido mais vantajoso para as partes e para toda a sociedade comercial internacional.

Nesta senda, o princípio mais importante é o da manutenção dos contratos, ou *favor contractus*, vez que orienta toda a legislação e as partes para que se evite a resolução contratual, visto que os custos e dificuldades decorrentes desta escolha são enormes diante da transnacionalidade do contrato.

Deste princípio, decorre o princípio do *right to cure*, que nada mais é do que a prioridade do direito de a parte sanar o descumprimento contratual antes que o contrato seja resolvido, precedendo, inclusive, o direito de exigir a substituição de mercadorias ou de redução do preço.

Cumpra mencionar que da interpretação da legislação brasileira e mesmo do direito britânico, não se extrai tão facilmente tal princípio, sendo essencial a sua previsão (mesmo que indireta) de forma tão incisiva quanto na CISG para a regulação dos contratos internacionais de compra e venda mercantil..

A segunda vantagem diz respeito à exigência da CISG de que a resolução contratual decorra de uma violação fundamental do contrato, conceito complexo acima explanado, que se traduz, em síntese, em lesão substancial às expectativas geradas pelas partes quando do firmamento do pacto.

Tal previsão tem o intuito de garantir que a resolução dos contratos seja remédio de última *ratio*, vez que o princípio da manutenção dos contratos é bastante esmerado pela Convenção. Isto porque, conforme visto, a resolução pode ser ainda mais grave do que a própria inexecução por uma das partes, haja vista a exportação de bens envolver todo um complexo sistema de logística, tributação, câmbio, podendo tal remédio trazer custos econômicos excessivos e prejudiciais a ambos os contratantes.

O Código Civil Brasileiro, contudo, não traz qualquer conceito similar ao da violação fundamental previsto no art. 25 da CISG. Em regra, em uma leitura isolada da lei, o descumprimento da prestação pactuada, por si só, configura a violação do contrato, que coloca a disposição da parte lesada as opções de resolver o contrato ou exigir a execução específica, cumuladas ao direito de indenização por eventuais perdas e danos (WALD e BORJA, 2015, p. 388).

Ora, conforme acima exposto, o art. 475 do Código Civil Brasileiro prevê que a parte lesada “pode” pedir a resolução contratual quando do inadimplemento, se não preferir a execução específica. Isto é, extrai-se da leitura do dispositivo que a parte tem a faculdade de escolher entre a resolução e a execução específica (ASSIS, 2013, p. 33), conforme melhor lhe convenha, o que significaria não ser necessário qualquer tipo de violação fundamental do contrato para que esse instituto seja utilizado pelo prejudicado, bem como não há qualquer tratamento legal da resolução como remédio de *ultima ratio* na legislação brasileira. A gravidade da falta não se traduz em critério expresso para se diferenciar os possíveis remédios à disposição da parte prejudicada.

Evidentemente, a doutrina e a jurisprudência já trataram sobre o assunto definindo critérios limitadores a esta discricionariedade. Neste sentido, entende-se que o mero atraso da prestação não acarreta a resolução automaticamente, apenas quando influenciar substancialmente na expectativa que a outra parte tem sobre o contrato; ou ainda, que não se pode resolver o contrato quando a prestação houver sido substancialmente adimplida.

Contudo, deve se levar em consideração que a legislação brasileira poderia ser aplicada por tribunais judiciais ou arbitrais, de outros países que não o Brasil, tornando-se ainda mais difícil a não interpretação literal da lei, pois não se tem conhecimento profundo da doutrina e jurisprudência brasileira. Assim, uma legislação que preveja expressamente a resolução como remédio de *ultima ratio* é importantíssima no âmbito dos contratos internacionais de compra e venda mercantil.

GREBLER entende que os conceitos dos dois sistemas são bastante distantes. Segundo o autor, a CISG dificulta que a parte lesada resolva o contrato, beneficiando o inadimplente. Contudo, não se trata de um benefício apenas à parte inadimplente, mas ao instituto do contrato internacional como um todo, visto que tal previsão visa, sobretudo, a manutenção dos pactos.

Ademais, dois pontos devem ser lembrados. Primeiramente, a CISG não faz diferença entre obrigações principais e acessórias, desde que o descumprimento caracterize violação fundamental haverá incumprimento definitivo do devedor. Embora a doutrina e a jurisprudência nacional façam menção à violação positiva do contrato, decorrente de uma interpretação do art. 422, conforme visto, tal entendimento não se extrai expressamente do texto do Código Civil Brasileiro.

Em segundo lugar a inexecução contratual é tratada objetivamente, não sendo importante a determinação de culpa, ou seja, ainda que o descumprimento não seja imputável ao devedor cabe resolução, apenas sem indenização, sendo somente importante para CISG a presença ou não de violação fundamental.

No Brasil, a mora tem como elemento a culpa, conforme o art. 396 do Código Civil e quando este for causa da resolução, acarretará a condenação ao pagamento de perdas e danos. Da mesma forma o descumprimento oportuniza a resolução, apenas sem a indenização (AGUIAR JÚNIOR, 1994, p. 214).

A terceira vantagem que se pode mencionar é a previsão pela CISG do instituto do *nachfrist*, expresso nos arts. 47 e 63, que dispõem que tanto o comprador como o vendedor podem conceder prazo suplementar à outra parte para que cumpram com suas obrigações.

Por sua vez, o Código Civil Brasileiro, não possui qualquer previsão semelhante ao instituto da concessão de prazo suplementar (*nachfrist*), não prezando, ao menos não expressamente como faz a CISG, pelo princípio da manutenção dos contratos, já exaustivamente explanado.

A concessão de prazo suplementar dá a parte infratora mais uma chance para cumprir sua obrigação, evitando eventual resolução contratual desnecessária, quando o contrato pode ser adimplido sem que haja prejuízo as expectativas das partes.

Ainda que se entenda que a notificação prevista no parágrafo único do art. 397, o qual versa sobre a constituição da mora, confere ao interpelado chance de adimplir sua prestação, tal interpelação não autoriza a demanda resolutória por si só, tampouco afasta a possibilidade de que a parte prejudicada resolva desde logo o contrato, como o fazem os arts. 47 e 63 da Convenção.

A quarta vantagem que se extrai da análise dos dois institutos é que, na Convenção de Viena, a resolução do contrato, quando presentes seus pressupostos, independe de declaração judicial ou arbitral, constituindo-se de pleno direito, apenas com a notificação da parte infratora acerca da extinção do contrato, pela parte prejudicada. Conforme dispõe o art. 26: “A declaração de resolução do contrato tornar-se-á eficaz somente quando notificada por uma parte à outra.”³¹.

No Código Civil Brasileiro, embora a resolução fundamentada na cláusula resolutiva expressa opere de pleno direito, a resolução decorrente da cláusula resolutiva tácita só se perfectibiliza por sentença judicial, que além do efeito declaratório, possui também o efeito (des)constitutivo. Ademais, conforme acima mencionado, parte da doutrina entende ser necessária a declaração judicial, ainda que haja cláusula resolutiva, com vistas a garantir segurança jurídica.

O objetivo da CISG, neste ponto, é evitar as complexidades de um processo judicial ou arbitral decorrente de lides entre partes residentes em Estados distintos, evitando custos desnecessários, bem como eventuais dificuldades supervenientes. A busca pela extrajudicialidade é evidente na Convenção, visto que esta ainda proíbe qualquer tipo de interferência do juízo judicial ou arbitral na concessão de prazo suplementar, ainda que este tenha sido concedido após exercido o direito resolutivo (AGUIAR JUNIOR, 1994, p. 217).

A Opinião número 9 do CISG *Advisory Council* (2008) prevê que “é de interesse de ambas as partes que o processo de resolução seja realizado da maneira mais rápida possível, com o mínimo de custos, perdas e atraso.”³²

Contudo, na CISG a declaração da resolução é sempre necessária, nunca podendo esta se dar *ipso facto*, como ocorre no direito brasileiro na impossibilidade objetiva

³¹Article 26: A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party.

³²Comments: 1.1 Where a contract is avoided, it is in the interests of both parties for the avoidance process to be carried out as quickly as possible with a minimum of cost, loss and delay.

da prestação, que importa em resolução automática do contrato, sendo a manifestação de vontade do contraente prejudicado essencial para que se considere resolvido o contrato (STEINER, 2014, p. 23).

Neste ponto, cumpre ressaltar que para a CISG a resolução do contrato se dá com o despacho da declaração (*dispatch theory*), correndo o risco de a declaração não chegar ao destino por conta do destinatário. Já no direito brasileiro, tem entendido a jurisprudência que esta independe de notificação, embora parte da doutrina informe que eventual notificação somente será eficaz depois de recebida pela parte notificada (AGUIAR JÚNIOR, 1994, p. 218).

Cumpre aqui fazer uma pequena ressalva. Embora seja célere e ideal aos preceitos de um contrato internacional, a resolução extrajudicial se demonstra por vezes desvantajosa, pois o devedor está submetido à avaliação decisória do credor, sendo situação pouco objetiva, dependendo exclusivamente da vontade da parte (AGUIAR JÚNIOR, 1994, p. 218).

A quinta vantagem encontrada diz respeito a mais uma tentativa de fazer garantir o princípio da manutenção dos contratos pela CISG (1980), que prevê em diversos de seus dispositivos a observância de um prazo razoável para que se exerça o direito a resolução (arts. 39 (1), 46 e 64 (2) (b)).³³

A menção a um prazo razoável, para fazer-se valer do direito à resolução tem como finalidade evitar que a parte prejudicada aja de maneira contraditória. Desta forma, se dentro de um prazo razoável, ou seja, em período relativamente próximo ao descumprimento não pareceu interessada na resolução do contrato, não pode a parte assim decorrido demasiado tempo do descumprimento.

Segundo Honnold (1999, apud STEINER, 2014, p. 10-11), o conceito de período razoável remete ao art. 38 da Convenção que estabelece período para que os bens sejam examinados, o qual depende de variadas circunstâncias como a pericibilidade ou não das mercadorias ou a flutuação do preço.

³³Article 39 (1) *The buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it.*

Article 46 (2) *If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.*

Article 64 (2) *However, in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so: (b) in respect of any breach other than late performance by the buyer, within a reasonable time: (i) after the seller knew or ought to have known of the breach; or (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, or after the buyer has declared that he will not perform his obligations within such an additional period.*

Em caso de desconformidade de mercadorias que, por exemplo, a parte já havia se comportado de forma poderia se presumir sua aceitação pelas mercadorias recebidas, visto que dentro de prazo razoável não declarou sua irrisignação, não é justo que muito tempo após este recebimento a parte informe não concordar com a qualidade das mercadorias recebidas. Não só por a devolução das mercadorias já recebidas ser difícil ou impossível, mas porque violaria o princípio do *venire contra factum proprium* e da boa-fé.

A CISG (1980) ainda impõe prazo máximo para que o comprador denuncie a violação do contrato em seu art. 39 (2):

(2) Em qualquer caso, o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor no prazo máximo de dois anos a partir da data em que as mercadorias efetivamente passarem à sua posse, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.³⁴

Importante que se ressalte que tal prazo só poderá ser invocado pelo vendedor se este não sabia ou ignorava a desconformidade, nos termos do art. 40.

No direito brasileiro, por outro lado, não há previsão de que a resolução seja declarada em prazo razoável ou em qualquer prazo específico. Por ser direito formativo não está sujeito a prescrição, mas sim a decadência, embora não haja qualquer menção a prazo desta natureza no Código Civil Brasileiro. Embora a doutrina entenda não haver qualquer tipo de prazo, a jurisprudência tem aplicado por analogia o prazo de 10 anos, previsto no art. 205 do Código Civil (AGUIAR, 2016).

Embora a doutrina e a jurisprudência reconheçam a vedação de *venire contra factum proprium* é vantajosa a previsão expressa de prazos para que se evite tal tipo de comportamento no âmbito dos contratos comerciais internacionais.

Por fim, conforme demonstrado, embora a doutrina e a jurisprudência brasileiras reconheçam a figura do inadimplemento contratual antecipado, que ocorre quando uma das partes, antes mesmo do termo da obrigação, declara que não poderá ou não quer adimplir sua prestação, este não é previsto expressamente pela legislação pátria.

A CISG, contudo, em seu art. 72 prevê a figura do *anticipatory breach*, o qual só ocorre também quando houver uma violação fundamental do contrato em decorrência do inadimplemento antecipado.

Desta forma, a sexta vantagem surge, pois se torna mais fácil para eventual aplicador internacional do ordenamento jurídico brasileiro inferir a possibilidade de resolução

³⁴ Article (2) In any event, the buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give the seller notice thereof at the latest within a period of two years from the date on which the goods were actually handed over to the buyer, unless this time limit is inconsistent with a contractual period of guarantee.

decorrente da violação antecipada de um contrato internacional de compra e venda de mercadoria, após a adesão do Brasil pela CISG.

3.5. As vantagens de uma futura adesão à CISG pela Inglaterra

A primeira e maior vantagem da adesão à CISG pela Inglaterra, no que toca ao instituto da resolução contratual, para além daquelas que tocam a principiologia e estruturação específicas voltadas à manutenção do contrato, diz respeito ao fato de o direito britânico como um todo dar grande ênfase à importância da resolução como remédio para o descumprimento contratual, não a tratando como um recurso de *ultima ratio* como faz a CISG, que encoraja as partes a solucionar as dificuldades supervenientes sem que seja necessário abandonar o acordo.

Em segundo lugar, a Convenção atribui maior ênfase às obrigações de notificação antes de exercer o direito de resolver o contrato. Por exemplo, no caso da não entrega dos bens pelo vendedor, o comprador tem o direito de fixar um período adicional de tempo razoável para a execução pelo vendedor de suas obrigações, antes de recorrer ao regime mais drástico (*nachfrist*). O direito inglês, por sua vez, prevê a resolução imediata, independentemente de notificação.

Também o direito inglês apresenta dificuldades referentes a certa dualidade comportamental de seus tribunais: ao mesmo tempo que a orientação geral da *common law* é que o juiz não deve fazer o contrato para as partes, mas limitar-se estritamente ao que está escrito (inclusive no que toca a padrões como a boa-fé e os deveres anexos) (OLIVEIRA e MEDEIROS, 2014, p. 10), a maioria dos casos depende de interpretação do tribunal, tendo em vista que o instrumento contratual pode conter lacunas, obscuridades ou contrariedades. A questão é que tal interpretação muitas vezes não é unívoca.

Assim, um contrato que não tenha cláusulas extremamente claras pode gerar a frustração das expectativas das partes, vez que a interpretação dada pelo magistrado pode ser diferente daquela idealizada quando da elaboração do contrato, fato que pode ser muito prejudicial aos contratos de compra e venda internacional, que exigem alto nível de previsibilidade.

Tal dificuldade foi vislumbrada quando da análise da violação de uma cláusula intermediária. Neste momento viu-se que a jurisprudência não é pacífica se a resolução decorre da análise da natureza da cláusula violada ou das consequências decorrentes desta violação.

A mesma falta de previsibilidade ocorre quando a necessidade de se decidir se determinado termo contratual é cláusula intermediária, condição ou garantia, tendo um estudo de casos revelado nível significativo de desacordo quanto à abordagem a adotar em tais situações, não sendo raro, inclusive, que o Tribunal de Recurso adote uma classificação diferente daquela adotada pelo juiz de primeira instância. Há inclusive certa dificuldade em se classificar determinada cláusula como condicional, visto que a expressão "condição" é usada em diferentes sentidos na lei e na jurisprudência.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar como a escolha de ordenamentos jurídicos internos como lei aplicável a contratos internacionais pode ser prejudicial às partes, Isto porque o contrato em si mesmo, bem como as expectativas das partes que nele se inserem estão sujeitas a aplicação de regras de conflito determinadas pelo direito internacional privado de cada país.

Mesmo quando a lei aplicável é determinada pela autonomia das vontades há desvantagem pelas partes, porque ainda a aplicação de direito interno alastra o fenômeno da nacionalização dos contratos comerciais internacionais. Tal fenômeno é prejudicial, pois conforme visto, os ordenamentos jurídicos nacionais não compreendem aquilo que é necessário ao desenvolvimento do comércio internacional, o qual necessita de regras que favoreçam o fluxo de mercadorias internacional, com a simplificação, previsibilidade e segurança jurídica das relações comerciais.

No que toca à resolução do contrato por descumprimento, escopo deste estudo, notou-se que a *common law*, exemplificada pelo direito britânico, e a *civil law*, exemplificada pelo direito brasileiro, regem este instituto de maneiras muito distintas. Essa incompatibilidade resta ainda mais evidente quando se leva em conta a intervenção do magistrado na relação contratual, que irá interpretá-la com o fim de suprir eventuais lacunas ou corrigir determinados erros, considerando imperativos e conceitos evidentemente distintos nos dois ordenamentos.

Neste sentido, mostra-se vantajosa a proposta apresentada pela nova *lex mercatoria*, ordenamento jurídico nascido dos costumes e práticas internacionais do comércio que reflete particularidades de vários sistemas jurídicos, dentre os quais aqueles de *civil law* e *common law*, sendo contudo destinada a atender às necessidades do comércio internacional, simplificando as transações comerciais, visto que confere previsibilidade a este tipo de negócio jurídico.

Atualmente, a principal expressão dessa nova *Lex Mercatoria* é a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, diploma que uniformiza o direito contratual internacional, fundamentando-se em conceitos muito caros ao comércio internacional, como o princípio da manutenção dos contratos e o *right to cure*, exaltando a autonomia da vontade, a confiança e estabilidade das relações comerciais, à qual recentemente aderiu o Brasil, mas ainda não a Inglaterra, embora ambos os países tenham participado de sua elaboração.

Ao aderir à CISG, o Brasil também aderiu a uma série de vantagens das quais podem decorrer um maior desenvolvimento do comércio internacional, vez que potenciais investidores deixavam de transacionar com comerciantes brasileiros, por ser o país conhecido como foro difícil e imprevisível para solução de litígios, para além de possuir normas de natureza complexa que influenciariam na segurança jurídica esperada desse tipo de contrato. O mesmo pode se dizer da Inglaterra, que, apesar de prestigiar a autonomia das partes, por ter seu ordenamento jurídico baseado em sistema de precedentes, está sujeito a grande imprevisibilidade, indesejada no ramo comercial internacional, sendo extremamente vantajosa uma futura adesão deste país à Convenção.

Diante destas diferenças entre os sistemas, deve o intérprete da Convenção de Viena levar em conta a necessidade de uma interpretação autônoma e internacionalista dos seus termos, não podendo invocar as disposições de direito interno para atribuir justificativa à contravenção dos preceitos da CISG, de modo a alcançar uma uniformização de aplicação das regras de direito comercial internacional.

No que toca ao instituto da resolução contratual por descumprimento, as principais vantagens à adesão do Brasil extraídas deste estudo foram: a principiologia específica voltada ao comércio internacional presente na convenção; o instituto da violação fundamental como condição para resolução do contrato, o instituto do *nachfrist* que concede prazo suplementar para o cumprimento da obrigação, prezando pela manutenção dos contratos; a possibilidade de resolução extrajudicial; a ausência do elemento culpa como determinador da resolução, dentre outras.

Já as vantagens de uma possível adesão à CISG pela Inglaterra dizem respeito, principalmente, ao fato de o direito britânico como um todo dar grande ênfase à resolução como remédio para o descumprimento contratual, não a tratando como um recurso de *ultima ratio* como faz a CISG. Por outro lado, a exigência de notificação prevista na CISG, e a ausência de segurança jurídica decorrente do sistema de precedentes que pode ser mitigada pela Convenção, também são grandes vantagens a ser mencionadas.

Cumprir mencionar que o instituto da resolução do contrato aqui estudado e o princípio da manutenção dos pactos, fundamento da Convenção de Viena como um todo, têm relação muito importante. Isto porque, quando se trata do comércio internacional de mercadorias, a relevância dos custos envolvidos nas transações atinge outros patamares.

Assim, neste contexto, retorna-se à pergunta feita no início deste trabalho. No que toca à resolução contratual, entre a *common law* e a *civil law*, ou entre o direito brasileiro e o direito inglês, qual seria mais vantajoso como lei aplicável a um contrato internacional de

compra e venda mercantil? Responde-se: nem tanto à terra, nem tanto ao mar. A conveniência de concessão de remédios ágeis para tutelar a parte lesada, sem desconsiderar as necessidade de se impor prejuízos desarrazoados à parte infratora, demonstram que melhor escolha para partes de um contrato desta natureza é a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Gustavo Bede. Há prazo para o ajuizamento de ação de resolução por inadimplemento contratual? Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55442&seo=1>>. Acesso em: 17 nov. 2016.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 31, n. 121, p. 211-226, jan./mar. 1994.
- . Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- ALMEIDA, Juliana Evangelista. Direito Civil: A evolução histórica do conceito de contrato: em busca de um modelo democrático de contrato, 2012. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11306>. Acesso em: 19 de ago. 2016.
- AMARAL, Ana Paula Martins. Lex mercatoria e autonomia da vontade. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 592, fev. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6262>>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- AUSTRALIA. Supreme Court of Queensland, Australia, 17 November 2000. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001117a2.html>>. Acesso em: 14 jun. 2015.
- AYRES, Beatriz Flores. RODRIGUES, Mariana Andrade. A proibição do comportamento contraditório no direito brasileiro. 2010. Disponível em <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/viewFile/85/48>>. Acesso em: 21 de ago. 2016.
- AZULAY, Fortunato. Do inadimplemento antecipado do contrato. Rio de Janeiro: Editora Brasília: Editora Rio, 1977.
- BCCI. Arbitration Court of the Budapest Chamber of Commerce and Industry, 5 December 1995, CLOUT case no. 164. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>. Acesso em: 14 jun. 2015.
- BRASIL. Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 21 ago. 2016.
- . Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei N° 4.657 de 4 de setembro de 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>, Acesso em 15 nov. 2016.
- . Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1143216/RS 1ª Seção, Relator Min. Luiz Fux, j. em 09/04/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1143216&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 21/08/2016
- CEJ. Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Brasília 2002. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>> Acesso em: 3 de nov. 2016.

CISG-AC. Opinion no 5, The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents 7 May 2005, Badenweiler (Germany). Rapporteur: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Professor of Private Law, University of Basel. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op5.html#1>>. Acesso em 10 nov. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. Vol. 3. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORDERO-MOSS, Giuditta. International commercial contracts: applicable sources and enforceability. Cambridge: Cambridge University, 2015.

DOLGANOVA, Iulia; LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Revista Fórum CESA, ano 4, n.º 10, jan./mar. 2009, p. 46-61. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/idolganova1.pdf>>. Acesso em 21 de ago. 2016.

EMMERICH, Volker. Das Recht der Leistungstöfrungen. 6. Auflage. Munique: C.H.Beck, 2005.

ENDERLEIN, Fritz; DIETRICH, Maskow. International sales law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Oceana: 1992. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em 10 nov. 2016.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria a Convenção de Viena de 1980 In: W. Menezes (org.), O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Editora UNIJUI, 2004.

. O conceito de fundamental breach constante do art. 25 da CISG. Revista de Arbitragem e Mediação, n.37, São Paulo: RT: 2013.

GAMA JÚNIOR, Lauro. Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais. 2006, p. 15. Disponível em <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Lauro_Gama_Jr.pdf>. Acesso em 18 nov. 2016.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1977.

. Contratos. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORLA, Gino. Teoria e prática da compra e venda. Tradução de Alcino Pinto Falcão. Rio de Janeiro: Konfino, 1960.

GRAFFI, Leonardo. Case Law on the Concept of Fundamental Breach in the Vienna Sales Convention. International Business Law Journal. n.3. Paris, 2003, p. 338. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

GRUENBAUM, Daniel. Resolução do contrato: avoidance na CISG. Revista de Arbitragem e Mediação, n.37, São Paulo: RT: 2013.

GULLO, MarcelllyFuzaro. Proposta e aceitação: estudo comparativo acerca da formação de contratos na convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e no código civil brasileiro, 2015. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/doutrina/D_numero7.pdf>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

HUBER, Peter. CISG – The structure of remedies. In: *RabelsZeitschrift für Ausländische und Internationales Privatrechts*. 71 (2007), Mohr Siebeck.

HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3ª ed. 1999, Reproduced with permission of the Publisher, Kluwer Law International, The Hague. Acesso pelo www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho49.html, em 25.01.2014.

LEITÃO, Luís Manoel Teles de Menezes. *Direito das obrigações: contratos em especial*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

LOOKOFSKY, Joseph. *Understanding the CISG*. 4ª ed: Wolters Kluwer. 2012.

MANN, Thomas. *Tônio Kroeger; A morte em Veneza*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentário ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MCKENDRICK, E. *Contract Law*. 3.ed. London: Macmillan, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no código civil – apontamentos gerais*. In: *o novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. Coord. de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.

NEUMAYER, Karl H; MING, Catherine. *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*. Lausanne: CEDIDAC, Vol. 24, 1993.

OLG Frankfurt, Germany, 17 Sept. 1991. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910917g1.html>. Acesso em 10 nov. 2016.

OLG München, 8 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g2.html>. Acesso em 10 nov. 2016.

OLIVEIRA, Aléssia Guimarães Carvalho. *A resolução do contrato de compra e venda mercantil por inadimplemento do devedor no código civil brasileiro e na convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG): similitudes e contradições*, 2015. Disponível em <http://hdl.handle.net/10183/147968>. Acesso em 2 de nov. 2016.

OLIVEIRA, A. S.; MEDEIROS, H. G. . *A nova Lex Mercatoria entre a Civil Law a Common Law: a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e a Harmonização do Direito Contratual Europeu*. In: SORTO, F.O.; DEL'OLMO, F. de S.. (Org.). *Direito Internacional*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 36-57.

PARRA, Jorge B. *Princípios dos contratos internacionais*, Dissertação Mestrado. USP, São Paulo: 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11ª ed. atual. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte especial*. T. 25. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. Vol. 3. 30ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

RUVARIO, Brenda Albino Sartori. Releitura do conceito de pessoa razoável previsto na Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional (CISG) a partir dos princípios do UNIDROIT. 2013. Disponível em <<http://cisg-brasil.net/downloads/bruviano1.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2016.

SANTOS, Mauricio Gomm. Anticipatory breach: a closer look at CISG article 72. Revista de Arbitragem e Mediação, n.37, São Paulo: RT: 2013.

SCHLETRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010

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

SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesa A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coords.). A CISG e o Brasil: Convenção das nações unidas para os contratos de compra e venda internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de direito civil. 11ª ed. atual. Por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.III.

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). 2014. Disponível em <<http://www.cisg-brasil.net/downloads/concurso/RenataSteiner.pdf>>. Acesso em 8 nov. 2016.

STRENGER, Irineu. Direito do comércio internacional e lex mercatoria. São Paulo: Ltr, 1996.

TENÓRIO, Oscar. Direito internacional privado, 1995. 11. ed., Vol. 2, Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos.

UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em 21 de ago. 2016

. United Nations Convention on International Sale of Goods (Viena, April 11, 1980). Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-ebook.pdf>>. Acesso em: 06 dez.2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o código civil. In: GRECO, M. A.; MARTINS, I. G. da S. (Coord.). Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

; BORJA, Ana Gerdau de. A execução específica e a rescisão por violação essencial do contrato na Convenção de Viena. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesa A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coords.). A CISG e o Brasil: Convenção das nações unidas para os contratos de compra e venda internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ZUPPI; Alberto Luis; PESSÔA, Fernando J. Breda. A Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias em vigor no Brasil: o que se deve esperar?. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesa A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coords.). A

CISG e o Brasil: Convenção das nações unidas para os contratos de compra e venda internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015.