

quando satisfeitos os pressupostos abstratamente previstos. Isto porque obedecem, os princípios, à *dimensão do peso e do valor*, não apontando apenas a *um tipo* de decisão em particular. Podem, portanto, *se assim o indicar as circunstâncias concretas*, ser afastados em razão da colidência com outro princípio (Dworkin, op. cit., p. 75 e ss). Assim opera o princípio da boa fé objetiva. Não é "pensável" a sua aplicação se adotado o critério próprio às regras. As circunstâncias concretas são determinantes e vinculantes da ação do intérprete que deve pesa-las e valora-las compassivamente.

39 Referido por P. Kahn, op. cit., p. 321. Este caso vem reproduzido na Rev. Arb. 1983, e comentado por Goldman, mesma revista, p. 379.

40 Ref. in Journal du Droit International, 1981, p. 914 e aludido por Kahn, op. cit., p. 323.

41 O princípio do *venire contra factum proprium* indica a proibição de se beneficiar de suas próprias contradições em detrimento de outrem. Seu campo primordial de aplicação é o direito processual, embora não se restrinja a este. No sistema da *common law* é conhecido sob a denominação de *estoppel*, tendo a função de flexibilizar o formalismo processual vedando à parte que, por suas declarações, sua atitude, seus atos, enfim, conduziu a outra parte a modificar a sua posição em seu próprio detrimento.

42 Assim, Clóvis do Couto e Silva, *O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português*, in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 43.

43 Aqui se nota a atuação, sempre *in concreto*, do princípio da boa fé objetiva: a sua aplicação jamais prescinde do exame das circunstâncias objetivas do caso. Para o exame pontual da obrigação de examinar as mercadorias, vide Ben Abderrahmane, *La Conformité des marchandises dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, in *Droit et Pratique du Commerce Internationale*, vol. 15, 4, 1989, p.555 e ss.

44 Comentei a aplicação do princípio no direito brasileiro in *O Princípio da Boa Fé*, Revista Ajuris, vol. 50, p. 207, Porto Alegre, 1990.

45 Sobre os princípios jurídicos de valor como "fontes de otimização" de condutas ver, por todos, Robert Alexy, *Sistema Jurídico, Principios y Razón Práctica*, in Revista Doxa, Universidad do Alicante, 1988, p. 143.

46 In *O Princípio da Boa Fé e as Condições Gerais dos Negócios*, cit., p. 31.

47 UCC, parágrafo 2-302.

48 Entre aspas, no original.

49 Clóvis do Couto e Silva, op. por último cit., p. 32.

50 Ver, nesta Revista, Vera Maria Jacob de Fradera, *O Conceito de Inadimplemento Substancial no art. 25 da Convenção de Viena de 1980*.

51 Assim, Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos Internacionais - Compra e Venda, Cláu-*

sulas Penais, Arbitragem, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1986, 39.

52 Conforme Maria Angela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, op. cit., p. 43.

53 Dispõe o art. 6 que "*as partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos*".

54 O ordenamento civil brasileiro contempla hipóteses em que a forma é elemento de validade, porque concerne com a substância do negócio (vg, a hipótese prevista no art. 134, II), e outras em que é tão somente requisito de eficácia, visando à publicidade do ajuste. Se se tratar de requisito que a lei imponha tão só para a publicidade do contrato, este, ausente a forma determinada pela lei, não é nulo, mas não terá eficácia perante terceiros.

55 Art. 96: "*Qualquer Estado contratante cuja legislação exija que os contratos de compra e venda sejam concluídos por escrito ou constem de documentos escritos, pode declarar em qualquer momento, de acordo com o artigo 12, que qualquer disposição dos artigos 11 e 29, ou da segunda parte da presente Convenção, que permita uma forma diversa da forma escrita para a conclusão, modificação ou extinção por acordo dum contrato de compra e venda, ou para qualquer proposta contratual, aceitação ou outra manifestação de intenção, se não aplica desde que uma das partes tenha o seu estabelecimento nesse Estado*".

56 Op. cit., p. 35.

57 Idem, ibidem.

58 In *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, cit., p. 7, grifei.

59 Assim, Philippe Kahn, op. cit., p.397.

60 Exemplificativamente, a expressão "boa fé", em matéria contratual, adquire diferente significado quer se trate do direito alemão, quer se trate do direito francês. Neste, e nos que seguiram a sua matriz, está historicamente vinculada ao princípio do consensualismo, à idéia de obrigatoriedade da promessa, que vem do direito canônico. Já no direito alemão, liga-se à concepção da obrigação como um processo, onde convivem, ao lado dos deveres principais, os deveres laterais de conduta, derivados do mandamento de agir com lealdade.

61 É o que se vê, vg., do acórdão do TJRGs public. in RJTJRGs vol. 97, p. 397, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., que acolheu a doutrina da violação antecipada do contrato, não prevista expressamente na legislação brasileira.

62 Para o exame da noção de "pré-compreensão", vide, por todos, Joseph Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. trad. italiana de S. Patti e G. Zaccaria, Edizioni Schientifiche Italiane, Camerino, 1983.

63 Op. cit., p. 303.

64 in *A Convenção de Viena (1980) e a Resolução do Contrato por Incumprimento*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 10, 1994, p. 7.

65 idem, ibidem.

66 idem, ibidem.

O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980

Vera Maria Jacob de Fradera

Professora de Direito Civil da UFRGS

SUMÁRIO

Introdução; I - O direito de resolução como categoria geral na teoria do inadimplemento; II - O inadimplemento fundamental no artigo 25 da lei internacional sobre vendas; A) O conceito de inadimplemento fundamental; B) O sentido das expressões; a) prejuízo substancial; b) imprevisibilidade; c) pessoa razoável; Conclusão; bibliografia.

Abstract

The author makes an analysis of the concept of fundamental breach of contract issued from the article 25 of the Vienna's Convention of International Sale (1980) and finds the origins of this concept in the Good Faith principle.

Introdução

A unificação das normas relativas à compra e venda internacional tem seu início no ano de 1928, quando ERNST RABEL apresentou ao Presidente do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, em Roma, uma proposta para que fossem uniformizadas as normas relativas à compra de mercadorias no âmbito internacional. Desse projeto resultou, mais tarde, em 1935, um trabalho que Ernst Rabel publicou com o título de "Direito da Compra de Mercadorias".¹

Devido à eclosão da 2ª Guerra Mundial e as funestas conseqüências dela advindas, os trabalhos de unificação foram interrompidos, até que, em 1964, na Conferência de Haia, duas convenções sobre venda internacional foram aprovadas: a primeira delas, denominada "Uniform Law International Sale (ULIS) e a segunda, "Uniform law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods

(ULFC).

As duas Convenções entraram em vigor em 1972.

Em 1966, a ONU criou a "United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), que tinha por tarefa promover a harmonização e a unificação da lei sobre comércio internacional, sobretudo através da coordenação do trabalho de organizações ativas neste campo, além de encorajar, estimular, a cooperação entre elas.

Em 1968 a UNCITRAL formou um grupo de trabalho para desenvolver o ideal da uniformização das normas sobre venda internacional. Elaborou-se, então, um projeto de Convenção, para ser apresentado à Assembléia Geral da ONU, a qual, através da Resolução 33/39, de 16 de dezembro de 1978, decidiu que seria realizada uma conferência internacional para examinar o projeto da UNCITRAL.

A Conferência das Nações Unidas sobre "International Sale of Goods", teve lugar em Viena, no período de 10 (dez) de março a 11 (onze) de abril de 1980.

Notável é a importância desta Codificação sobre a Venda Internacional de Bens, para o desenvolvimento do comércio internacional e para a intensificação das relações comerciais entre os Estados e entre os cidadãos nacionais dos signatários da Convenção supra citada.

A observação da realidade do mundo dos negócios determinou a necessidade de unifica-

ção de certas normas jurídicas, relativas ao comércio. Verificou-se que o comércio internacional é cada vez mais intenso, as necessidades dos seres humanos são cada vez maiores, de modo que as trocas internacionais tornaram-se freqüentes. Se por um lado o desenvolvimento dos negócios internacionais era evidente, por outro, os meios legais, para consolidar as relações comerciais no plano internacional, por exemplo, os contratos sobre venda de bens móveis, continuaram a ser regidos pelas leis nacionais de cada ordem jurídica interna, o que determinava o aparecimento de prejuízos e dificuldades, dada a falta de certeza, além de dúvidas quanto à correta interpretação.

Um dado peculiar às relações comerciais internacionais é o de que o comércio internacional parece ser mais freqüente nos países com posição proeminente tanto no plano econômico como político, e muitas vezes sucede que os contratantes não estejam em posição de perfeita igualdade, tendo um deles menor poder de barganha do que o outro. Esta situação também foi considerada quando pretendeu-se a elaboração de leis reguladoras do comércio internacional de bens, que, além de uniformes, levassem em conta as condições sócio-econômicas de ambos os contratantes.

Esta problemática conduz à conveniência de ser esclarecido o conceito de inadimplemento fundamental, estabelecido no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas na Convenção de Viena de 1980, porquanto, ocorrendo uma situação de não cumprimento contratual, a regra geral é a de que a parte lesada exerça o direito de resolução.

O direito de resolução tem sua origem remota no Direito Romano, onde se admitia que a parte que cumpria, exercesse, face ao não cumprimento, uma ação, com finalidade de reclamar a obrigação devida; não dispunha, contudo, de uma ação que extinguisse o contrato. Nos contratos de compra e venda, aos poucos, surgiu a prática de inserir uma cláusula expressa, denominada *lex commissoria*, que permitia ao vendedor que havia cumprido com

suas obrigações, considerar resolvido o contrato. Esta cláusula tinha a finalidade de evitar a posição desigual em que se encontrava o vendedor, ao entregar a coisa vendida, objeto do contrato, pois, ao fazê-lo, transmitia a propriedade da coisa, e não poderia, se necessário, utilizar a ação reivindicatória. Isto porque o contrato de compra e venda era consensual, não real, aperfeiçoando-se, por mero consentimento.

Autores há que buscam a origem do Direito de Resolução na *conditio causa data causa non secuta*, pela qual se podia pedir a restituição da coisa contra o contratante que não tivesse cumprido a sua parte, não sendo exigida a culpa do faltoso, bastando o inadimplemento para exercitar-se a *conditio causa data*. O que é verdadeiro, é que esta *conditio* foi estabelecida como sanção ao enriquecimento sem causa.

A corrente que estabelece as origens da resolução nos princípios do Direito Canônico e feudal, parece ser a correta.²

No período medieval, dada a descentralização do poder, tornava-se impossível, ao poder público, assegurar o cumprimento dos contratos. Foi através da influência da Igreja Católica, cuja força se fazia sentir em todos os âmbitos, que passou-se a considerar o compromisso entre as partes como uma obrigação assumida também ante Deus; daí porque o descumprimento dos contratos determinava uma atuação dos Tribunais Eclesiásticos, tendo enorme importância a influência da equidade em matéria contratual, com fundamento na máxima "*fraganti fidei, fides non est servanda*" (a quem quebra a sua palavra, não há porque manter-lhe a dada).

Cada caso de inadimplemento era levado ao Tribunal Eclesiástico, que, entendendo existir o inadimplemento, decidia com base na regra *fraganti fidei, fides non est servanda*, ou seja, quem não cumpria sua parte não merecia tutela jurídica para seu direito à contra-prestação.

Foi o Direito Canônico, portanto, que firmou a concepção tradicional da resolução nos contratos sinalagmáticos, considerando o con-

ato bilateral o exemplo típico de acordo que objetiva uma troca de bens, ao qual se deveria aplicar as regras da justiça comutativa, o que terminou a absoluta interdependência entre prestações. Não há dúvida que os antecedentes do direito de resolução se encontram no Direito Canônico Medieval porém com a conotação moral, como já visto.³

Tendo em vista tal perspectiva, o presente trabalho será dividido em duas partes. Na primeira parte, será estudado o Direito de Resolução como categoria geral na teoria do inadimplemento.

Na segunda parte será examinado o conceito de inadimplemento fundamental que resulta do artigo 25 da Lei Internacional sobre vendas.

I. O DIREITO DE RESOLUÇÃO COMO CATEGORIA GERAL NA TEORIA DO INADIMPLEMENTO

A resolução é uma instituição jurídica, como já foi visto, com antecedentes romanos, que sofreu, ao longo da História, uma lenta evolução para, hoje em dia, ocupar um lugar reponderante na prática jurídica. Consiste em um direito, concedido à parte que cumpre, a fim de que, ao exercê-lo, seja restabelecido o equilíbrio que deve presidir a relação convencional bilateral.

A resolução, bem assim como a revogação a denúncia, constitui exceção ao princípio da retratabilidade da relação contratual, com fundamento em causas supervenientes. A resolução distingue-se das causas de invalidade, quais sejam, a inexistência, nulidade e nulabilidade, e de ineficácia contratual pois estas atingem o ato negocial de onde a relação provém, impedindo que, por falta de um elemento interno, ou por força de alguma circunstância extrínseca, produza os efeitos normais.⁴

A resolução consiste, pois, no ato de um dos contratantes, tendo por objetivo, a disso-

lução do contrato, sem que haja invalidade ou revogação. Resolver equivale a desconstituir.⁵

O direito de resolução pode resultar da lei (resolução legal) ou de negócio jurídico (resolução negocial). Quando não depende de exercício do direito ou pretensão, opera automaticamente (*ipso iure*). No caso de depender deste exercício, denomina-se resolução voluntária.

O direito de resolução, seja o que resulte de negócio jurídico, seja o que tenha fonte na lei, constitui espécie de direito formativo. É mediante o exercício de um direito formativo, através ato jurídico unilateral, que provém a resolução. O exercício deste direito dá-se por meio de ato em sentido estrito.

Seria o direito de resolução um exemplo de direito formativo extintivo? A dificuldade em adotar-se esta denominação, ponderou Emil Seckel, está em que o ato que extingue também forma direitos⁶. Isto fica evidente quando se visualiza os efeitos do negócio jurídico, pelo lado de quem o exerce.

No Direito Brasileiro, o direito de resolução decorre do disposto no parágrafo único do artigo 1092 do Código Civil, que reza:

"A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos."

O termo "rescisão", utilizado pelo legislador no texto acima transcrito é, conforme Pontes de Miranda, *erro crasso*, deve ser evitado. De "resolução" é que se trata.⁷

Realizando uma análise cuidadosa do teor do parágrafo único do artigo 1092 do Código Civil, percebe-se que o legislador nele disciplinou apenas as consequências do inadimplemento, não o inadimplemento em si mesmo, o que redundava em dificuldades para o intérprete e para o aplicado de vez que várias são as formas pelas quais ocorre inadimplemento.

Dentre as lacunas que podem ser apontadas neste texto legal, em primeiro lugar a falta de adjetivação do inadimplemento, podendo nele serem incluídas todas as causas conhecidas de não satisfação do crédito. É portanto necessário ser feito um amplo exame do

inadimplemento que pode servir de base ao exercício do direito de resolução, antes de enfrentarmos a questão central de nosso trabalho, que é a do inadimplemento fundamental.

Pelos contratos bilaterais ou sinagmáticos, criam-se obrigações para ambas as partes, e os efeitos destas obrigações recíprocas serão produzidos quando cada uma das partes tenha cumprido a sua obrigação. O inadimplemento de um dos contratantes ocasiona a insatisfação do outro, podendo, em conseqüência, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 1092 do Código Civil, exercer o direito de resolução.

O adimplemento, finalidade da obrigação (ele a "atrai e polariza", conforme ensina Clóvis do Couto e Silva),⁸ deverá, contudo, revestir-se de certas qualificações, sob pena de não ser aceito pelo credor. É o que estabelece o artigo 1056 do Código Civil: "Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos". O devedor deverá efetuar a prestação devida pelo modo e na época estipulados, é uma norma que encontra semelhança com outras, dispostas nos Códigos Civis da França (artigo 1147), da Itália, Espanha (1171 e 1271), Portugal e Bélgica, bem como nos direitos Inglês e Americano do Norte.

O Código Civil Alemão, B G B, contudo, não conhece uma noção geral de inexecução; faz, apenas, a regulamentação de algumas de suas formas, quais sejam, a impossibilidade e a mora (do devedor e do credor).

No direito alemão, uma vez ocorrendo o inadimplemento, deve o credor escolher entre revogar o contrato (den Verträgrückgängig machen) ou denunciá-lo e reclamar perdas e danos (an ihm festhalten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen). A revogação do contrato, através exercício do Direito de resolução

(Vertragsaufhebung), afasta, portanto, a pretensão à perdas e danos, que, no B G B, constituem escolha, alternativa (vide §§ 325, 326, 463 e 635).

As legislações que, em matéria de resolução, buscaram inspiração no Code Napoléon, em seu artigo de número 1184 (résolution avec dommages et intérêts), fazem a combinação entre resolução e perdas e danos, o que seria, na opinião de E. von CAMMERER, a solução mais equitativa e moderna, adotada pela Suécia, em suas leis comerciais e, mais recentemente, pelo Código Austríaco (A B G B), através legislação complementar, e pelo Uniform Commercial Code (U C C), em seus §§ 2.106 e 2.711 e 2.712.⁹

O momento do cumprimento é um dos pontos mais relevantes no estudo desta matéria, relativa à resolução, na teoria do inadimplemento. Uma questão que logo nos impressiona é a de que como a mora e o adimplemento absoluto podem ser distinguidos, um do outro.

Face à mora, retardamento culposo, embora a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, tempo e na forma devidos, existe, ainda, não obstante, a possibilidade de cumprimento. Esta possibilidade decorre de circunstâncias de ser útil, ao credor, a prestação, apesar do atraso. Alguns doutrinadores denominam a mora inadimplemento relativo.

O inadimplemento é absoluto quando a obrigação não é cumprida no prazo e nem pode mais ser cumprida por impossibilidade imputável ao devedor ou por imprestabilidade da prestação ao credor.

Apesar de apresentarem algumas diferenças, tanto a mora como o inadimplemento constituem formas de violação contratual, podendo-se afirmar que a mora é espécie de inadimplemento. A doutrina, em sua maioria, costuma distinguir as duas formas de violação contratual pelo fato de, na mora, existir a possibilidade de purgação ou emenda,

quanto que, no inadimplemento, por ser tão irrecuperável, incide o pagamento das perdas e danos.

Em que pese ser esta a forma como é feita, pela maioria dos autores, a distinção entre mora e inadimplemento, entendemos ser credor quem vai possibilitar receber ou não prestação. A ele, credor, não importa ter obtido o resultado a que fazia jus por vontade do devedor, ou mediante execução forçada; se, porém, a obrigação for do tipo inextinguível, não há como constranger o devedor, o inadimplemento será absoluto, e as perdas e danos serão devidas.

Ainda com relação ao inadimplemento, preciso distinguir entre inadimplemento absoluto e inadimplemento ruim¹⁰ em que o devedor, embora preste, deixe de prestar como deveria, ocorrendo, então, violação positiva da pretensão ou do contrato, a positive Vertragsverletzung.¹¹

O adimplemento ruim, insatisfatório ou defeituoso é aquele, pois, em que houve atenção aos deveres denominados anexos ou secundários, decorrentes do princípio da boa-fé, e que fazem parte do fim da atribuição do negócio jurídico, constituem um plus, que com esse fim se relaciona.¹²

O adimplemento ruim ou defeituoso, resultante da violação de dever anexo, ou seja, e lesão ao princípio de boa-fé, não se relaciona com a culpa, pois o conceito devedor secundário é mais amplo do que o de culpa, apesar de entre eles existirem pontos de contacto.

Outra questão relativa ao tema adimplemento, é a do denominado "adimplemento próximo ao resultado final pretendido pelo credor", ou "substantial performance" da Common Law. Esta doutrina do adimplemento substancial foi estabelecida por Lord Mansfield, em 1779, no caso BOONE v. EYRE, em que o contrato já havia sido adimplido substancialmente, razão pela qual não se admitiu o direito de resolução, com a perda do que havia realizado o

devedor, apenas coube direito de indenização ao credor, por ter sido considerado, no caso, o direito de resolução como abusivo.

Em caso mais recente, 1952, em que litigavam HOENIG e ISAACS, Lord Denning sustentou que a questão está em saber se o adimplemento total é condição prévia para o pagamento, concluiu que nem sempre assim sucede¹³, dependendo da extensão de inadimplemento.

A doutrina do substantial performance pode ser explicada como resultante da aplicação do princípio da boa-fé em sua atuação mais moderna, isto é, criando deveres, possibilitando restringir a regra de o cumprimento ser completo ou integral, admitindo solução diversa.

Ensina Karl Larenz que não se deve recusar uma prestação oferecida de modo incompleto, mas na qual falta somente uma pequena parte em relação ao todo, e sem que exista interesse, objetivamente fundado, que se oponha à aceitação da parte oferecida.¹⁴

Observa-se, portanto, que o princípio de que o pagamento deve ser completo sofre exceção, adotando-se a teoria do adimplemento substancial, o direito de resolução toma feição abusiva, pois seu exercício viria a ferir o princípio da boa-fé, quando ele atua como regra limitadora do direito estrito.

Face às considerações expendidas em torno do direito de resolução, previsto no parágrafo único do artigo 1092 do Código Civil, entendemos que ele pode ser exercido:

- a) Face a um inadimplemento absoluto;
- b) Face à ocorrência de mora, quando houver, com ela, a perda do interesse, para o credor, na prestação;
- c) Face ao decurso de termo fixado como essencial.

Quanto ao referente às situações de adimplemento ruim ou defeituoso e de adimplemento próximo ao almejado ou substancial performance, a solução dependerá da conveniência ou não que resultar, ao credor, o exercício do direito de resolução, ou dito

de outra maneira, do exame dos prejuízos acarretados pelo comportamento faltoso do devedor.

Examinados os diferentes tipos ou aspectos que pode apresentar o inadimplemento e a possibilidade de exercício do direito de resolução, como regra geral, bem como as exceções a esse exercício, face a determinados inadimplementos, passaremos ao exame do conceito de inadimplemento fundamental, decorrente do art. 25 da Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980.

II. O INADIMPLEMENTO FUNDAMENTAL NO ARTIGO 25 DA LEI INTERNACIONAL SOBRE VENDAS

Dispõe o artigo 25 (parte 3ª, Venda de Bens) da Lei Internacional sobre Vendas:

“A quebra do contrato por uma das partes é fundamental se dela resulta um prejuízo para a outra parte a ponto de privá-la daquilo que podia esperar do contrato, a menos que a parte *inadimplente* não pudesse prever, e uma pessoa razoável, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não tivesse podido prever tal resultado.”¹⁵

O teor do artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, acima transcrito, é de interpretação complexa e controversa, a começar pela expressão inadimplemento fundamental (*fundamental breach*), desconhecida em muitas ordens jurídicas, mas deves ser importante para o sistema de reparação da Convenção.

O artigo 25 da Lei Internacional sobre vendas, tal como está redigido, resultou de incontáveis propostas e um sem número de esboços, tendo como objetivo a busca de precisão dos termos utilizados na definição. Apesar de tudo, a definição, tal como está redigida não parece ser de fácil aplicação, tanto pelas partes, como por juízes, pois expressões nela existentes, v. g., previsibilidade, podem dar lugar a interpretações divergentes e contínuas mudanças de ponto de vista sobre o assunto.

A meditação sobre vocábulos como “fundamental”, “substancial”, “previsível” nunca tem fim, diz o Professor Doutor Michael Will, nem tão pouco a controvérsia em torno de seu significado¹⁶. Mas, continua o mestre de Saarbrücken, enquanto filósofos têm tempo para meditar, advogados normalmente não têm, e comerciantes, ainda menos.

A expressão “fundamental breach” ou inadimplemento fundamental foi cunhada pela U.L.I.S. (Uniforme Law on the International Sale of Goods), de 1956, e que foi, posteriormente, adotada pela Conferência de Haia de 1964.

A U.L.I.S. dispunha sobre fundamental breach e entrou para a linguagem jurídica dos países participantes da U.L.I.S. como “contravention essentielle”, “wesentliche Vertragsbruch” “infrazione essenziale”. Algumas das codificações domésticas dos países participantes da Conferência, sob a influência dos trabalhos preparatórios da U.L.I.S., adotaram a noção de fundamental breach of contract. A adoção do conceito de “fundamental breach” ou inadimplemento fundamental representa uma atitude recente do legislador, ou melhor, de um conjunto de legisladores, reunidos em uma Convenção Internacional, estando portanto, dada sua recente aparição, aberto à interpretação. Não se constitui em um conceito “carregado de história” como tantos existentes no mundo do Direito.

Passemos, a seguir, ao conceito de inadimplemento fundamental.

A) O conceito de Inadimplemento Fundamental

A definição contida no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas procura, antes de tudo, separar o inadimplemento fundamental do que não tenha essa qualificação. A distinção é muito importante e deves ser necessária, porquanto a existência ou não de inadimplemento fundamental é que vai determinar a vigência ou a resolução do contrato. Daí ter havido uma verdadeira luta em busca de

ecisão do conceito contido no mencionado artigo 25.

Uma primeira observação, a respeito do ato em exame, é a de que esta definição concebe o contrato como um todo e representa a adoção de critérios, passando de objetivos para outros mais objetivos.

Durante os trabalhos preparatórios da U.L.I.S., no ano de 1951, em Haia, o Delegado da Dinamarca propôs estender a noção de quebra do contrato a qualquer violação, de qualquer obrigação do contrato, substituindo a expressão “breach of a fundamental obligation” por “fundamental breach of an obligation”¹⁷. Pretendia, com esse recurso, evitar a resolução contratual e assim, salvar o contrato, caso a quebra, apesar de atingir uma obrigação fundamental, de fato causasse, apenas, um pequeno ou um insignificante prejuízo. A proposta foi aceita e incluída nos projetos de 1956 e 1963.

Uma questão, desde logo, vem à mente de quem se propõe a estudar o que seja o inadimplemento fundamental, nos termos do artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, qual seja a de que sistema teria sido utilizado para estabelecer este conceito. Qual seria o critério para considerar o inadimplemento como fundamental ou não.

Pesquisando o Direito Inglês relativo a contratos, encontramos um sistema tradicional, vigente na Common Law, que, no contrato, distingue dentre vários tipos de obrigações, que são consideradas essenciais (*condition*)¹⁸ as que, embora relativas à matéria do contrato, são tidas como não fazendo parte da sua principal finalidade, apesar de nele, contrato, serem contidas (*warranty*).¹⁹

De acordo, com esse sistema, portanto, o prejudicado teria direito à resolução exclusivamente em casos onde uma *condition* estivesse em jogo. O mesmo sistema qualifica uma *condition*, como parte essencial do contrato, quando se pode depreender das circunstâncias que o comprador, v. g., não teria concluído o contrato se esta *condition* não estivesse presente.

Michael WILL sustenta que a origem do conceito de inadimplemento fundamental estaria, justamente, na sentença “não teria concluído o contrato”, teria sido sua primeira aparição no mundo jurídico, com o sentido pretendido pelo atual artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, o qual já teria sido esboçado nos projetos de Convenção, nos anos de 1939 e 1951, em Roma.²⁰

O que deve ser deixado bem claro, é que o inadimplemento fundamental de que nos ocupamos, não tem o mesmo sentido da doutrina da “fundamental breach” do direito inglês, utilizada em algumas jurisdições da *Common Law*.

O inadimplemento fundamental, no plano das relações internacionais, é um pré-requisito para resolver um contrato. É o que von CAEMMERER denominou *conceito central*, o que permite a resolução do contrato. Não sendo o inadimplemento qualificado como fundamental, restringe-se a sanção à reparação do dano.²¹ Se, porém, o termo estabelecido para o inadimplemento não for essencial para o contrato, se aplica o sistema da NACHFRIST, ou seja, da concessão de um prazo suplementar, ao faltoso, para que cumpra o devido.²²

Se o dever violado for fundamental, o prejudicado pode declarar a resolução do contrato, sem necessidade de ingressar em juízo, extrajudicialmente, tornando-se, portanto, mais simplificada a solução do litígio. Não sendo fundamental o dever inadimplido, faz-se necessária a interposição.

As situações em que o comprador tem o direito de resolver o contrato estão enumeradas no artigo 49 da Convenção Internacional sobre Venda, que estabelece, com clareza, quando isto é possível. Interessante é a solução, prevista no texto mencionado, para a circunstância da não-entrega do bem, objeto do negócio. De acordo com o disposto no § 1º, letra “b” do referido artigo 49, a entrega, considerada obrigação essencial (*fundamental obligation*) quando não efetuada, dá lugar à aplicação do mecanismo da *Nachfrist*, ou seja, da concessão de um prazo suplementar. Há neste aspecto, portanto, uma exceção à regra geral do exer-

cício do direito de resolução, face ao inadimplemento de obrigação essencial, porquanto o comprador pode optar pela solução, mas, no caso, não imediatamente, apenas quando o vendedor não entregue o devido.

Para que se tenha uma compreensão exata do conceito de inadimplemento fundamental, é preciso examiná-lo vinculado a duas outras expressões, quais sejam, prejuízo substancial e imprevisibilidade, critérios utilizados quando se aplica o mencionado conceito.

B) O sentido das expressões

a) *Prejuízo Substancial* (*Substantial detriment*)

Ocorrendo inadimplemento, ele será fundamental se disser respeito a uma obrigação fundamental do contrato, e acarretar ao prejudicado, seja ele o comprador ou o vendedor, um prejuízo substancial. O que vem a ser prejuízo e qual prejuízo pode ser considerado substancial é o que deve ser explicado.

A própria comissão encarregada do projeto de convenção, o "Working Group" recomendou que a expressão fosse interpretada em sentido amplo, pois os termos em que vem usada, são amplos, vagos e imprecisos. Manifestando sua opinião, diz o Professor WILL, ao comentar o assunto, que a recomendação do Working Group não é conclusiva em si mesmo, mas "representa uma direção".

Não houve acordo, quando da elaboração do projeto de convenção, sobre a natureza do que seja prejuízo substancial, apenas quanto à sua eficácia.

A caracterização de um dano como substancial ou não, dependerá do juiz e da interpretação do caso concreto, mas ligado às expectativas da parte prejudicada, levando em consideração não os sentimentos da parte, sim os termos do contrato.

Um aspecto importante nessa matéria é o fato de que as normas contratuais são fixas, enquanto o comércio segue sempre o seu curso, sofrendo alterações devidas aos mais diver-

sos fatores, sendo esse curso, geralmente, imprevisível. As circunstâncias, muitas vezes cambiantes, poderiam, em casos excepcionais, transformar um aparentemente dano substancial, em um dano pouco relevante.

Como exemplo de uma situação desse tipo, poder-se-ia imaginar o seguinte: um vendedor, desatento à obrigação de bem embalar a mercadoria, a fim de ser enviada ao comprador, não toma os cuidados que seriam necessários, mas, não obstante, a mercadoria chega intacta às mãos do destinatário. Houve descumprimento de uma obrigação fundamental, mas não resultou em prejuízo para o comprador. Se, contudo, o comprador tivesse perdido uma oportunidade de revenda do bem, ou tivesse perdido um cliente, então, sim, teria ocorrido o denominado prejuízo substancial, a que se refere o artigo 25 da Lei Internacional sobre venda.

B - b) *A imprevisibilidade*

Mesmo constituindo-se em um sistema muito rigoroso de normas, sobretudo no que diz respeito à utilização do direito de resolução, pela ocorrência de inadimplemento fundamental, a Lei Internacional sobre Venda prevê, no mesmo artigo 25, tantas vezes aqui mencionado, a possibilidade de o faltoso, seja ele o comprador ou o vendedor, fugir ao veredicto de ter cometido uma violação essencial, e às suas conseqüências, se puder demonstrar que não tinha possibilidade de prever o resultado negativo, sendo que o mesmo poderia ter ocorrido com relação e uma pessoa ponderada, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias. A inclusão da imprevisibilidade, no artigo 25, referente ao conceito de inadimplemento fundamental, foi objeto de inúmeras críticas, por parte dos componentes do Working Group, encarregado de criar o projeto de Lei Internacional sobre Venda, alegando-se que isto haveria de favorecer, encorajar a parte inadimplente, a invocar ignorância das circunstâncias. A conseqüência, inevitável, seria a de imobilização da outra parte que, mesmo prejudicada, nada poderia fazer. Os defensores da adoção da

imprevisibilidade como meio de excusar-se o faltoso pelo inadimplemento, ponderam que critério é eficiente, porque não basta declarar a imprevisibilidade, é preciso prová-la, e é idêntico que nem sempre é fácil fazê-lo, tratando-se de um ponto de vista pessoal em relação ao assunto. Ainda que a parte inadimplente deva provar a sua imprevisibilidade, isso só não basta para satisfazer os ditames das normas relativas ao comércio internacional, outra exigência da Lei Internacional sobre Venda existe, a de que uma pessoa ponderada, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não poderia, igualmente, ter previsto os acontecimentos.

B - c) *Pessoa ponderada (reasonable person)*

Este é mais um elemento da definição, decorrente do artigo 25, a causar polêmica e suscitando críticas, apesar de sua adoção, pela Comissão elaboradora do Projeto da Lei Internacional sobre Venda. O principal temor dos defensores à inclusão dessa expressão, dizia respeito às divergências de interpretação, dado que a expressão "pessoa ponderada" recebe conotações diversas, nas diferentes Ordens Jurídicas.

Na verdade, diz Michael WILL²³, o critério da pessoa ponderada serve apenas para eliminar pessoas não razoáveis ou não ponderadas, isto é, aqueles que devem ser considerados intelectuais, profissionais ou moralmente subadornos no comércio internacional.

A pessoa ponderada, a que se refere a definição do artigo 25 da Lei Internacional sobre Venda, recebe dois elementos que auxiliam o intérprete na tarefa de precisá-la (a pessoa), quais sejam, "da mesma espécie", isto é, uma pessoa dedicada a mesma linha de comércio, exercendo a mesma função, enfim, com o mesmo nível sócio-econômico.²⁴

O segundo elemento a precisar o conceito de pessoa ponderada, é o de "nas mesmas circunstâncias", que diz respeito às condições nos mercados, tanto internacionais como regionais, legislação, ao conjunto de fatos relevantes no momento.

A criação de um modelo ideal de comerciante internacional como padrão a servir de medida ao comerciante em carne e ossos, tem como finalidade tornar possível à parte faltosa afastar quaisquer dúvidas respeitantes a sua imprevisibilidade, desde que consiga demonstrar que o seu arquétipo igualmente não teria previsto tais acontecimentos.

Resta fazer uma última observação, com referência ao tempo, à época para ser alegada a imprevisibilidade pela parte faltosa. As normas da Lei Internacional são omissas a respeito, tendo surgido várias sugestões por parte dos delegados membros da Comissão elaboradora.

O critério mais prudente, seguindo a maioria, seria o de levar em conta o momento imediatamente subsequente ao conhecimento dos fatos que tornassem impossível o cumprimento da obrigação.

Conclusão

O estudo que acabamos de desenvolver aborda a questão do inadimplemento fundamental e sua conseqüência mais importante, o direito de resolução, por parte do prejudicado, no contrato de venda de bens móveis. Como vimos, trata-se de contrato, mas com uma característica, é contrato realizado entre comerciantes súditos de ordens jurídicas diversas, internacional, portanto.

Como é do conhecimento de todos, o contrato é uma categoria fundamental do Direito, a qual podemos encontrar, sob as mais diversas formas, em todos os ordenamentos jurídicos. Cada um desses ordenamentos, dependendo de sua origem histórica, de suas peculiaridades, atribui-lhe certa fisionomia, certos caracteres, que acabam por tornar possível a distinção, mediante essas peculiaridades, entre um contrato realizado sob a égide de determinada ordem jurídica e um contrato efetuado à luz de outro ordenamento, já que diversos são, em cada ordenamento, os seus princípios reguladores.

Um exemplo disso encontramos na maneira, distinta, como é tratado o problema da res-

ponsabilidade por dano, no contrato, no Direito Continental Europeu e nos países da *Common Law*.

O Direito Continental Europeu, o alemão, v. g., estabelece, como regra geral, que a responsabilidade, por dano, no contrato, funda-se na culpa, havendo poucas exceções a esse respeito. O mesmo se pode afirmar com relação ao direito francês. Nos países regidos pela *Common Law*, vigoram, nesse campo, os princípios da caução e da garantia. Se o devedor prometeu a prestação ao credor, e garantiu-lhe o resultado, se ele não cumprir o acordado, ou cumprir de maneira incompleta, deverá responder em razão de sua promessa de garantia, não importando, para nada, a razão pela qual não honrou o seu compromisso.²⁵

Na Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis, ocorre uma conjugação dessas duas formas, aqui expostas, de responsabilidade por dano no contrato. Nela, Lei Internacional, não se perquire da culpa, quando se trata de indenizar danos ou prejuízos causados, por exemplo, pelo vendedor. A razão de apresentar essa característica, decorre do fato de ter sido a Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis, resultado de uma comissão formada por juristas oriundos de diferentes países, signatários da Convenção de Viena de 1980, de que surgiu a Lei sobre Venda de Bens Móveis.

Outro aspecto a ser salientado, é a maneira como o contrato de compra e venda de coisas móveis foi visualizado, nessa Lei Internacional, que acabamos de referir, sobretudo no que tange à estrutura da relação contratual.

O contrato, como relação jurídica, estabelece uma correspondência entre um direito e um dever contrapostos. O seu âmago é constituído pela conduta a ser desenvolvida pelo devedor, a favor do credor, por exemplo, a obrigação que tem o vendedor de entregar a coisa ao comprador. Dentro dessa obrigação, aparentemente unitária, estão imbutidas outras, como entregar a mercadoria bem embalada, protegê-la, se for o caso, contra o ataque de insetos (traças), etc. Todas essas prestações estão unidas para um fim comum, qual seja, o adimplemento. Até alcançar o seu fim, a obri-

gação sofre um "processo", isto é, ultrapassa várias fases, todas elas a ele, adimplemento, conducentes.²⁶

É nosso entendimento, que a comissão elaboradora da Lei Internacional sobre Venda de Coisas Móveis, pela maneira como conceitua o inadimplemento fundamental do contrato, no artigo 25 dessa lei, considerou a obrigação contratual como uma complexidade, uma estrutura (*Gefuege*) ou mesmo uma forma (*Gestalt*), o que vem a ser, em última análise, a mesma idéia, ou seja, a relação contratual é vista não como um vínculo entre dois sujeitos em posição antagônica, mas sim um vínculo que estabelece uma ordem de cooperação entre os sujeitos, ativo e passivo.²⁷

Em decorrência dessa necessidade de cooperação, surgem, em virtude de aplicação do princípio da boa fé, os denominados deveres acessórios, cuja finalidade é a de que, no cumprimento da obrigação, tudo se passe de modo considerado como devido. É justamente o que se depreende do disposto no artigo 25 da Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis que, ao conceituar o que seja inadimplemento fundamental do contrato, considera como tal, "aquele que redunde em prejuízo para a outra parte, a ponto de privá-la daquilo que podia esperar do contrato". Aqui claramente se percebe o que Siebert/Knopp definem como boa fé, "a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte".²⁸

Ao finalizar essas ponderações, e com o objetivo de fundamentar nossas assertivas, devemos mencionar o artigo 7º da Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis, que determina a observância da boa fé no que tange à interpretação da Convenção, levando em consideração seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade em sua aplicação.²⁹

Notas

1 A obra, no original alemão, "Recht des Warenkaufs", constitui um clássico na matéria.

2 V. Aurora González Gonzáles, ob. cit. p. 301.

3 Exemplo da utilização da doutrina da resolução, no século XIII, temos na atuação do Papa Inocêncio III que,

1208, dela valeu-se como sanção de uma ação criminosa praticada por vassalo do Conde de Toulouse, que assinou a um emissário do Papa. Este enviou uma carta a os bispos franceses, liberando aos católicos da obrigação de respeitar a pessoa e os bens do Conde. Cf. Melichini, La resolución del contrato por incumplimiento, por Aurora González Gonzáles, ob. cit. p. 183.

Outras hipóteses existem em que pode ocorrer a extinção da relação contratual, v. g., pela caducidade. É a lei que ingue, pelo decurso do prazo; fixado à parte, para exercer determinado direito. Nas relações contratuais estabelecidas com prazo determinado, o decurso deste faz cessar, automaticamente, os efeitos da relação. Têm o mesmo efeito, a consecução do fim do contrato, do seu extinto e também a ocorrência de certos fatos, aos quais se atribui o efeito de extinguir o contrato, v. g., a morte de alguém.

Muitos são os autores que, para explicar o que seja o efeito de resolução, utilizam o termo desconstituir. Ver, entre outros, Pontes de Miranda, tratado de Dir. Priv., § 46.

Emil Seckel, autor de "Die Gestaltungsrechte des zivilrechtlichen Rechts", cit. por Clóvis do Couto e Silva, in Obrigação como Processo, p. 87 e ss.

4 Pontes de Miranda, obra cit. p. 337.

5 Clóvis do Couto e Silva, Obrigação como Processo, p. 5.

6 O UCC distingue entre "Termination" e "Cancellation" do contrato. Termination, segundo o disposto no § 2.106, ocorre quando ambas as partes, de acordo com o que lhes dita a lei ou o contrato, decidem pôr fim ao contrato, por outra forma que o não cumprimento (otherwise than its breach). As partes ficam isentas de todas as obrigações, ainda por cumprir, mas nenhum direito, baseado no anterior quebra ou mau desempenho, sobrevive. Cancellation ocorre quando uma das partes, põe fim ao contrato, por inadimplemento (for breach), praticado pela outra contratante, e o efeito resultante é o mesmo que ocorre na Termination, exceto que a parte prejudicada não tem as sanções por inadimplemento, como um direito seu.

7 § 2º 2.712, 2, o UCC permite ao comprador, reaver, tanto ao vendedor, as despesas com o cancelamento do contrato, como sanção, juntamente com quaisquer outras indenizações, definidas na lei, como lhe sendo devidas.

8 A expressão adimplemento ruim, "Schlechterfüllung", vulgarizada por ZITELMANN, é utilizada na Alemanha; entre nós fala-se em adimplemento defeituoso, o mais das vezes.

9 A figura da violação positiva do contrato, assim denominada por H. STAUB, tem o sentido de uma lesão à posição da obrigação, que não tenha como consequência a impossibilidade, nem a mora. STAUB entendia ser essa "positiva" pelo fato de, no caso, não ser imputada ao devedor omissão de uma conduta adequada, ou a impossibilidade de um cumprimento moral, mas sim, um cumprimento positivo diferente do esperado.

10 Sugestivo exemplo é dado pelo Professor Doutor Clóvis do Couto e Silva: "A, comerciante, convencionou com B a fabricação e a colocação de um anúncio luminoso

para efeitos de propaganda, "B" fabrica o anúncio, conforme o convencionado, mas, ao invés de colocá-lo em local de intenso tráfego, instala-o em lugar pouco frequentado, de sorte que o anúncio nenhum reflexo teria na venda dos produtos. Em tal hipótese, "A" não poderá considerar o adimplemento como satisfatório, apesar da convenção não determinar o local em que seria colocado o anúncio. "B" deveria levar em consideração que quem o contratara era comerciante e, por conseguinte, o anúncio só poderia ter interesse se situado em lugar adequado a sua finalidade".

Ver Obrigação como Processo, pp. 40.

11 Os dois exemplos encontram-se em *Cheshire-Fitfoot*, Cases on the Law of Contracts, o primeiro, *Boone vs. Eyre*, p. 463 e o segundo, *Hoenig vs. Isaacs*, p. 413-414, citação feita por Clóvis do Couto e Silva, in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, p. 68.

12 In Larenz, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, p. 150, Ed. Rev. Dir. Priv., Madrid, 1958.

13 Na versão inglesa: "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."

14 M. Will in *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention*, p. 209.

15 V. Will, Michael, obra cit., p. 206.

16 O vocábulo *condition* tem várias acepções, inclusive uma que corresponde à condição, no sentido em que é utilizada em nosso direito. Na *Common Law*, no âmbito dos contratos, é utilizada como sinônimo de "termo" do contrato, ou, no original, "in contract writing, condition is often used as synonymous with term." (C. J. S., vol. 15 A, p. 338) Ainda com referência a contratos, "an implied condition is a condition which the law infers or presumes, from the nature of the transaction or the conduct of the parties, to have been tacitly understood between them as a part of the agreement, although not expressly mentioned, and sometimes termed a "condition in law". (C. J. S. vol. 15 A, p. 337).

17 "In the law of contracts, a *warranty* is an agreement which refers to the *subject matter of the contract*, but which is collateral to its main purpose, not being an essential part of it, either from the nature of the case or the agreement of the parties, as stated in contracts." (C. J. S., vol. 93, p. 556, § 342).

18 V. Will, Michael, ob. cit., p. 206 e ss.

19 Diz textualmente o autor "Bei Wesentlichkeit des Vertragsverstosses, bei einem "fundamental breach of contract", bei einer "contravention essentielle au contrat", kann der Vertrag aufgehoben werden. Stellt sich die Verletzung einer Vertragspflicht als nicht wesentlich dar, so beschränkt sich die Sanktion auf die Leistung von Schadensersatz. "In: Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts", ACP, Band 178, p. 131, ano 1978.

20 É a lição de Ernst von Caemmerer: "Da aber, wo der Leistungstermin nicht Vertragswesentlich ist, gilt das System der Nachfristsetzung". Art. cit., p. 133, ACP 178.

21 No original: "The reasonable person test simply ser-

ves to eliminate unreasonable persons; i.e., those who are to be considered intellectually, professionally, or morally sub-standard in international trade. "M. Will, ob. cit. p. 219, in fine.

24 Durante a discussão sobre as características que deveria ter a pessoa razoável, a reasonable person, a França sugeriu a figura tradicional em seu direito, o bom pai de família, adaptado às circunstâncias, "le bon père de famille devenu commerçant international", e a URSS, a do comerciante dedicado ao comércio internacional, "a merchant engaged in international commerce.

25 A esse respeito ver LARENZ, Karl, in *Derecho Justo*, pp. 114 e ss.

26 É precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como um processo, ensina Clóvis do Couto e Silva, in *Obrigação como Processo*, p. 10.

27 Há quem veja a obrigação como uma estrutura (Gefuege) em sentido hegeliano, como é o caso de Larenz; outros, vêem a obrigação como uma forma própria, uma "Gestalt", isto é, não como uma soma de elementos que deverão ser isolados, e sim como conjuntos, "Zusammenhänge", que possuem uma solidariedade interna e têm leis próprias, de modo que a forma de ser de cada parte, depende da estrutura do conjunto. A esse respeito, manifesta-se ZEPOS, Panajiotis: "Will man nun das Schuldverhältnis "gestalttheoretisch" erklären, so kann man es als eine in sich organisierte Ganzheit von Rechtsverhältnissen zwischen Gläubiger und Schuldner fassen, welche - wie gesagt nicht die blosse mathematische Summe oder die mechanische Anhäufung der dahingehörenden Elemente, sondern etwas mehr, eine besondere "phänomenologische Gegebenheit", ein eigentlicher Komplex von Rechten und Pflichten mit eigenem Sinn und eigener Funktion und Wirkung ist. Das Schuldverhältnis hat indieser hinsicht seine eigene Gestaltqualität." In *AcP*, 155, pp. 490 e ss. "Zur einer gestalttheoretischen Auffassung des Schuldverhältnisses.

28 No original: "das Gebot der Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des anderen Teils", cit. por ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, in *Direito das Obrigações*, p. 81.

29 Artigo 7º da Convenção: (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.

Bibliografia

I. Compêndios

Alvim, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

Bianca, C. M. Bonell, M. J. *Commentary on the International Sales Law*; The 1980 Vienna Sales Convention. Milan, Giuffrè, 1987.

Bulgarelli, Waldírio. *Contratos Mercantis*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

Caetano, Marcelo Alves, José Carlos Moreira; Silva, Clóvis do Couto e; Costa, Mário Júlio de Almeida. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. (I Jornada luso-brasileira de direito civil). São Paulo: RT, 1980.

Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 4.ed. Almedina, 1984, p. 230 a 259.

González, Aurora González. *La Resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. 1. ed. Barcelona: Bosch, 1987. (Monografia)

Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid: 1958.

— *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas S/A, 1985. (Monografia)

Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. 38, Borsói, 1962, p. 331 a 348.

Represas, Felix Trigo; Stiglitz, Rubén S.; e outros. *Contratos*. Buenos Aires: La Rocca

Silva, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

Uncitral Wiener. *Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge*, vom. II, Rolf Herber, April, 1980.

Wieacker, Franz. *El Principio General de la Buena Fé*. Madrid: Civitas, 1982.

Will, M. *Commentary on the International Sales Law*; Abstract, art. 25 - Fundamental Breach. Milan: Giuffrè, 1987.

II. Periódicos

Bianca, C. Massimo. La Nozione di Buona Fede quale regola di comportamento contrattuale. *Riv. di Dir. Civ.*, n. 3, 1983, pp. 206/216.

Burton, Steven J. Breach of contract and the common law duty to perform in good faith. *Harvard Law Review*, v. 94:321 e ss.

Caemmerer, Ernst von. Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts. *Archiv. Civil. Praxis*, 178, Heft 2-3, AeP 1978, p. 131 (wesentliche Vertragsverletzung); p. 135 (objektive Vertragsverletzung).

Corpus Juris Secundum. Vols. 15A (condition) e 93, § 342, (warranty).

Fadlallah, Ibrahim. Projeto de Convenção sobre a Venda de Mercadorias. *Revista dos Tribunais*, 630, abril 1988, (Prof. na Univ. de Dijon e Paris II).

Kahn, Philippe. La Convention de Vienne du 11 abril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. *Revue Intern. de Droit Comparé*, 33, 1981, p. 951-986.

Schlechtriem, Peter. Einheitliches UN-Kaufrecht. *Juristen Zeitung*. 43. Jahrgang 18. November 1988, p. 1037-1043.

Tunc, André. Padrões Jurídicos e Unificação do Direito. *Revista de Consultoria Geral do Estado*, vol. IV, n. 9, 1974.

Vasseur, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1964, p. 5-48.

Zeppos, Panajiotis. Zu einer "gestalttheoretischen" Auffassung des Schuldverhältnisses. *Archiv civil. Praxis*. AeP Band 155. p. 486.

compensação de tributos no Direito brasileiro -- arte geral

anz August Gernot Lippert

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

MARIO

1. Compensação no Direito Romano e Medieval; 2. A Compensação no Direito Moderno; 3. A Compensação no Direito Tributário Moderno; 4. A Compensação no Direito Tributário Brasileiro; 5. Em Conclusão; 6. Observações Gerais; 7. Bibliografia.

Abstract

La législation fiscale au Brésil a résisté pendant long temps à admettre la compensation d'égard des impôts.

Ce ne fut qu'en 1991, que la Loi Fédérale 8.383 a introduit effectivement la compensation des impôts fédéraux, mais encore une façon trop restreinte qu'il est indispensable de la modifier en élargissant son champ d'application pour atteindre une vraie justice fiscale.

1. A compensação no Direito Romano e Medieval

Compensar significa estabelecer o equilíbrio, contrabalançar, contrapesar, pesar 2 B contra o de A.

"Compensam-se crédito e dívida.

Um vai a um prato o outro ao outro prado balança"¹

"Le mot compensation, de prendre cum, veuille l'idée d'une pesée, d'une balance. La balance des sommes que deux personnes se vivent réciproquement."²

Apesar da comprovada utilidade jurídica do instituto da compensação surge a mesma apenas, bastante tarde no Direito Romano, desconhecendo-a o direito romano antigo, em decorrência da adoção pelo seu direito processual do "princípio da unicidade da questão" ou,

em outras palavras, "a cada questão o seu processo."

Cada crédito existia independentemente, sem que outro crédito pudesse compensá-lo, ressalvada a hipótese da *deductio*, que era oponível aos banqueiros e aos *emptores bonorum*, figura do direito falimentar. Apenas a partir de Marco Aurélio admitiu-se a compensação como modo especial de extinção de obrigações, até onde essas se equivaliam, entre pessoas que eram, ao mesmo tempo, devedora e credora uma da outra, mas, apenas, a título de *exceptio doli*, pois passou-se a considerar dolo pedir o que imediatamente teria que ser restituído: *Dolus facit, qui petit quod redditurus est*. (Paulo, L. 173, 3, D, *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17)³.

Justiniano, regulando a compensação em novas bases, ampliando-a (Cód. Liv. IV, Tit. 31, pág. 14), deu ao instituto, basicamente, suas características atuais, distinguindo:

1. A compensação legal, *ex lege, ipso jure* ou automática, que se opera em decorrência da constituição do suporte fático previsto na lei, extinguindo-se as obrigações até onde se compensarem;

2. A compensação judicial, que consiste no acolhimento pelo juiz da alegação do réu da existência de contracrédito, hoje feita na reconvenção ou nos embargos, alegação que se constitui em exercício de direito formativo extintivo; e