

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS DO CIDP

(17 A 19 DE JANEIRO DE 2018)

A TENTATIVA DE UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS PELA CISG E AS DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO PRÁTICA

Lara Bonemer Rocha Floriani¹

Resumo: A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias foi criada pela UNCITRAL com o objetivo de uniformizar as regras aplicáveis aos contratos desta natureza no âmbito internacional. Contudo, tem-se que desde a sua entrada em vigor, que remonta mais de trinta anos, a Convenção não é utilizada com a frequência desejada para a regulação da compra e venda internacional de mercadorias. Dentre as dificuldades de implementação indicadas pela doutrina, tem-se que as incertezas acerca da executoriedade das decisões fundamentadas na CISG se revela como a principal, na medida em que repercute em custos de transação que afetam negativamente os interesses negociais envolvidos na troca. Assim, utilizando-se o método dedutivo, este artigo teve como objetivo analisar os propósitos da Convenção e indicar os obstáculos à sua implementação prática, com especial enfoque na falta de executoriedade das decisões fundamentadas na Convenção, e seus efeitos, com esteio nos mecanismos da Nova Economia Institucional. Ao final,

¹Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Bolsista FA/CAPES). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR (Bolsista CNPQ). Professora no Curso de Graduação em Direito na Faculdade Curitibana – FAC. Advogada. Curitiba/PR, Brasil.

propôs uma reflexão sobre os problemas apresentados e sobre as possíveis medidas aptas a viabilizar a utilização da Convenção no plano prático.

Palavras-Chave: Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Nova Economia Institucional. Executoriedade das Decisões. Custos de Transação.

THE ATTEMPT OF UNIFORMIZATION OF THE CONTRACTUAL RIGHT OF INTERNATIONAL PURCHASE AND SALE OF GOODS BY THE CISG AND THE DIFFICULTIES OF PRACTICAL IMPLEMENTATION

Abstract: The Vienna Convention on the International Sale of Goods was created by UNCITRAL with the aim of standardizing the rules applicable to international contracts of this nature. However, since its entry into force, which dates back more than 30 years, the Convention is not used with the frequency desired for the regulation of the international purchase and sale of goods. Among the difficulties of implementation indicated by the doctrine, it is that the uncertainties about the enforceability of decisions based on the CISG is revealed as the main one, since it affects transaction costs that negatively affect the negotiating interests involved in the exchange. Thus, using the deductive method, this article aimed to analyze the purposes of the Convention and to indicate obstacles to its practical implementation, with a special focus on the lack of enforceability of decisions based on the Convention, and their effects, New Institutional Economy. In the end, it proposed a reflection on the problems presented and on the possible measures to enable the practical use of the Convention.

Keywords: Vienna Convention on the International Sale of Goods. New Institutional Economy. Decision Enforcement.

Transaction Costs.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. 3. O problema da executoriedade das decisões fundamentadas na CISG. 4. Conclusão. 5. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. The Vienna Convention on the International Sale of Goods. 3. The problem of the decisions based on the CISG enforcement. 4. Conclusion. 5. References.

1. Introdução



Jan Mackaay ao analisar a *Contract Law* traz um exemplo de como os sistemas legal e judicial, como instituições fundamentais ao desenvolvimento econômico, passam a ter importância². Narra a situação da compra de maçãs em uma banca. Um agente teve interesse em adquirir as maçãs naquele momento e pagou o preço ofertado em troca das frutas. Para o vendedor, o dinheiro, na verdade, o que ele poderia comprar com o dinheiro, vale mais do que as frutas e para o comprador, o oposto. Trata-se do elemento valorativo que orienta os agentes no processo de suas escolhas³.

Na sequência, afirma que as coisas podem ficar mais complicadas a partir do momento em que as duas partes não executam suas obrigações de forma simultânea, ou seja, quando suas prestações ocorrem em espaços separados pelo tempo. Traz como exemplos a venda de uma safra, a exportação por meio de navios ou aviões, o sistema de franquias, os contratos de prestação de serviços futuros, entre outros. Nestes casos, a lei e as

²MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgan Publishing Limited, 2013. p. 413.

³MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

cortes judiciais têm um papel significativo a ser desempenhado⁴.

No âmbito internacional, a busca de uma uniformização das regras internacionais aplicáveis ao comércio internacional é desempenhado pela UNCITRAL. Trata-se de um corpo jurídico das Nações Unidas, que conta com adesão universal. É composto por juristas especializados em direito comercial que volta sua atuação para a modernização e harmonização das normas de direito comercial internacional⁵.

Tendo em vista que as trocas no âmbito internacional contribuem para o crescimento econômico, para a melhoria dos padrões de vida e para a criação de novas oportunidades no âmbito comercial, a UNCITRAL trabalha para aumentar estas oportunidades em todo o mundo, formulando regras modernas, justas e harmonizadas a respeito das transações comerciais.⁶

Em virtude dos trabalhos desenvolvidos em cada um destes grupos, a UNCITRAL criou textos e estatutos aplicáveis em matéria de comercial internacional. O texto que encontra pertinência com este artigo é a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, denominada CISG, firmada em Viena, em 11 de abril de 1980 e que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1988.

A CISG foi adotada pelo Brasil em 16 de outubro de 2014 com nível hierárquico de lei ordinária, após aprovada pelo Congresso Nacional em 18 de outubro de 2012, pelo Decreto Legislativo n. 538 e tendo o Governo brasileiro depositado o instrumento de adesão à Convenção em 04 de março de 2013⁷.

Contudo, mesmo após o transcurso de mais de trinta anos

⁴MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

⁵UNCITRAL. *United Nations Comissions on International Trade Law*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁶UNCITRAL. *United Nations Comissions on International Trade Law*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁷BRASIL. Decreto n. 8.327, de 16 de outubro de 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

desta data e apesar das oitenta e nove adesões dos Estados-Partes, tem-se que seu principal objetivo ainda não foi atingido. Dentre as razões para esta falta de êxito, sustenta-se a falta de conhecimento do texto da Convenção pelos operadores do direito, o alto custo de um litígio transfronteiriço e da instituição da arbitragem internacional, somados, ainda, à falta de executoriedade, seja de sentenças estrangeiras, seja das sentenças arbitrais.

Tecidas estas considerações, este artigo teve como objetivo demonstrar porque a falta de executoriedade das decisões proferidas com base na Convenção se revela em um obstáculo substancial que precisa ser superado, a fim de que a CISG possa ser utilizada como um instrumento apto a solucionar com segurança os conflitos decorrentes da compra e venda internacional de mercadorias.

Assim, em um primeiro momento, o artigo tratou do contexto histórico do surgimento da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias para, na sequência, abordar o problema relativo à sua falta de implementação e seus efeitos, com esteio nos mecanismos da Nova Economia Institucional. Ao final, propôs uma reflexão sobre os aspectos que precisam ser aprimorados, a fim de viabilizar sua utilização no plano prático.

O método utilizado para o desenvolvimento deste artigo foi o dedutivo, partindo-se de premissas gerais, especialmente acerca da Teoria dos Custos de Transação, para uma análise do caso concreto, em que se estuda a Convenção.

2. A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias é o resultado de tentativas de unificação do direito contratual internacional

levadas a efeito desde o início do século XX e que tem por objetivo um sistema que atenda tanto aos interesses do comprador, como também do vendedor, e que seja aplicável tanto por sistemas de *Civil Law* quanto de *Common Law*⁸.

Após a fundação do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado - Unidroit em 1926, em Roma, iniciou-se de forma decisiva o trabalho de unificação das regras de compra e venda no âmbito internacional⁹. Em que pese a elaboração dos primeiros relatórios a respeito das possibilidades de unificação das vendas internacionais, os trabalhos foram interrompidos em virtude da Segunda Guerra Mundial¹⁰.

Em 1951, o governo alemão realizou uma conferência diplomática sobre a unificação das normas do comércio internacional em Haia, que criou uma comissão especial para desenvolver progressos no processo de unificação. Como resultado, foram elaboradas e finalizadas a Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (ULFIS) e a Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias (ULIS)¹¹.

Em dezembro de 1966 foi estabelecida a UNCITRAL,

⁸RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, G. F. DE M. A adesão do Brasil à CISG: uniformização de contratos e facilitação do comércio. *PONTES: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável*, v. 10, p. 1-15, 2014. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-ades%C3%A3o-do-brasil-%C3%A0-cisg-uniformiza%C3%A7%C3%A3o-de-contratos-e-facilita%C3%A7%C3%A3o-do>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁹BERGSTEN, Eric. E. Thirty-five years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: expectations and deliveries. In: UNCITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 7-12. p. 11.

¹⁰SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The CISG - Success and Pitfalls. *57 American Journal of Comparative Law*, Spring, 2009, p. 457-478, p. 458. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-hachem.html>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

¹¹SCHWENZER, Ingeborg. HACHEM, Pascal. The CISG - Success and Pitfalls. *57 American Journal of Comparative Law*, Spring, 2009, p. 457-478, p. 459. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-hachem.html>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional, corpo jurídico das Nações Unidas responsável pela uniformização das regras internacionais aplicáveis ao comércio internacional, que continuou os trabalhos desenvolvidos nas Convenções de Haia. Em 11 de abril de 1980, na Convenção de Viena, em que quarenta e dois dos sessenta e dois países presentes votaram a favor, foi criada a CISG¹².

Em junho de 1981 foi promovida a primeira adesão à CISG, por Lesoto, um pequeno país da África do Sul. O representante do país disse ter ouvido sobre a Convenção em uma Conferência e, desde então, teve interesse em depositar o instrumento de adesão.

Após a ação do Lesoto, houve um lento progresso em relação à novas ratificações. Em dezembro de 1986, cinco anos e meio depois da primeira ratificação, a China, a Itália e os Estados Unidos depositaram juntos suas ratificações, fazendo um total de 11 ratificações e possibilitando que em 01 de janeiro de 1988, a Convenção entrasse em vigor¹³.

Eric Bergsten, destaca a importância simbólica destas ratificações e, para tanto, recorda que em 1988 o contexto era marcado pelas tensões da Guerra Fria, o que dificultava o interesse na celebração de contratos que ultrapassassem as fronteiras nacionais, eis que as tensões Leste-Oeste e Norte-Sul eram elevadas¹⁴.

Os quatro países que ratificaram a Convenção neste

¹²SCHWENZER, Ingeborg. HACHEM, Pascal. The CISG - Success and Pitfalls. 57 *American Journal of Comparative Law*. Spring 2009, pp. 457-478, p. 459. Disponível em: < <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-hachem.html>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

¹³BERGSTEN, Eric. E. Thirty-five years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: expectations and deliveries. In: UN-CITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 7-12. p. 7.

¹⁴BERGSTEN, Eric. E. Thirty-five years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: expectations and deliveries. In: UN-CITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 7-12. p. 7.

período representavam um país em desenvolvimento, um país comunista grande e significativo, o grande país capitalista ocidental e um partido europeu à Lei Uniforme de 1964 sobre a ULIS. Havia portanto, países de *civil law* e *common law* e, nesta base, já era possível dizer que a CISG era aceita em todos os níveis de desenvolvimento econômico, em diferentes formas de organização política e perante os dois sistemas legais dominantes¹⁵.

Assim, a partir das primeiras ratificações, o número passou a crescer a cada ano e hoje são oitenta e nove Estados-Partes da Convenção. Destaca-se que os Estados de Camarões, Costa Rica, Fiji e Palestina foram os últimos a ratificar o texto no ano de 2017. Para estes países, a Convenção entrou em vigor no ano de 2018¹⁶.

De acordo com a UNCITRAL, o propósito da CISG é o de prover um regime justo e moderno para os contratos que regulam a compra e venda internacional de mercadorias¹⁷. Assim, a Convenção contribui de forma significativa para garantir segurança às trocas comerciais e reduzir, como consequência, os custos de transação, propiciando novas oportunidades negociais.

Esta proposta está diretamente relacionada à certeza legal no comércio internacional, a partir da adoção de um texto de leis uniformes para todos os Estados, que harmonizam os princípios do comércio internacional¹⁸.

¹⁵BERGSTEN, Eric. E. Thirty-five years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: expectations and deliveries. In: UNCITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 7-12. p. 8.

¹⁶UNCITRAL. *United Nations Comissions on International Trade Law*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em: 18 fev. 2018.

¹⁷UNCITRAL. *United Nations Comissions on International Trade Law*. Disponível em:

<http://www.UNCITRAL.org/UNCITRAL/en/UNCITRAL_texts/sale_goods/1980CISG.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁸VIZCARRA, Ana Elizabeth Villalta. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. In: THIRTY-FIVE Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 29-

Assim, a CISG fornece um instrumental moderno e completo para a celebração do contrato de compra e venda internacional de mercadorias, destaca as situações em que pode ser considerada inadimplida a obrigação pelas partes contratantes e os direitos inerentes a cada uma das partes.

Na primeira parte de sua estrutura, a Convenção define o âmbito de aplicação e as regras gerais em contratos de compra e venda internacional de mercadorias, definindo o que se entende por violação fundamental do contrato e estabelecendo como deve ocorrer a comunicação entre as partes nesta hipótese. Na segunda parte, traça as regras que regem a formação desta natureza de contrato.

A terceira parte faz referência às obrigações do vendedor, determinando o conteúdo da obrigação de entregar mercadorias e, além disso, define a responsabilidade deste em relação à qualidade dos produtos e aos direitos e reclamações de terceiros sobre eles, estabelecendo os direitos que o comprador tem quando descumpridas as obrigações pelo vendedor. Na sequência, define as obrigações do comprador, especificando seu conteúdo, compreendido pelo pagamento do preço e tomada dos bens, bem como os remédios disponíveis ao vendedor quando inadimplidas as obrigações por parte do comprador.

A Convenção estabelece, ainda, regras comuns para as obrigações de comprador e vendedor e indica as soluções de que dispõem, os critérios de avaliação dos danos e a cobrança de juros de mora, bem como casos de exclusão da responsabilidade por quebra contratual e os efeitos de prevenção do contrato.

Por fim, a quarta parte contém as disposições finais da Convenção, como os requisitos para sua entrada em vigor, as possibilidades de reservas e declarações.

Nos cento e um artigos, organizados em quatro partes, provê um regime justo e moderno para os contratos que regulam a compra e venda internacional de mercadorias, contribuindo de

forma significativa para garantir segurança às trocas comerciais e reduzir os custos de transação.

Neste mister, propicia novas oportunidades negociais, na medida em que fornece aos exportadores e fabricantes uma série de poderes e autoridades relacionadas com a venda de seus produtos, sendo igualmente vantajosa para os países industrializados e para as econômicas em desenvolvimento, de modo que suas disposições são favoráveis aos interesses dos Estados-membros e às suas relações comerciais, bem como aos países importadores destes Estados¹⁹.

Considerando o número de ratificações, verifica-se o interesse de quase noventa países de regras comerciais uniformes no âmbito internacional. Contudo, isso não quer dizer que todas as práticas comerciais referentes à compra e venda internacional de mercadorias dos Estados-partes são reguladas pela CISG²⁰.

Em que pese as inovações trazidas pela Convenção e o grande número de países interessados em sua utilização, o que se revela pelo número atual de Estados-Partes, tem-se que há ainda um caminho a ser percorrido para que a CISG se torne um instrumento apto a solucionar com segurança os conflitos decorrentes da compra e venda internacional de mercadorias.

Dentre os problemas que precisam ser superados para atingir este desiderato, destaca-se a falta de conhecimento de seu conteúdo pelos advogados e demais aplicadores do direito que atuam no ramo do comércio internacional e uma preferência na utilização do direito doméstico.

Neste aspecto, Schwenzler afirma que pesquisas gerais evidenciam a utilização da CISG apenas na parte que se mostra

¹⁹VIZCARRA, Ana Elizabeth Villalta. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In: UNCITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 29-38. p. 30.

²⁰BERGSTEN, Eric. E. Thirty-five years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: expectations and deliveries. In: UNCITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 7-12. p. 12.

relevante para o contrato no caso concreto. Assim, os dados trazem 29% dos Contratantes norte-americanos, 69% dos Contratantes Alemães e 66% dos Contratantes Suíços utilizam a CISG em seus contratos²¹. Afirma, outrossim, que a educação universitária é a principal fonte de conhecimento da Convenção²².

Além disso, tem-se as incertezas no tocante ao cumprimento forçado das decisões estrangeiras judiciais e arbitrais²³.

3. O PROBLEMA DA EXECUTORIEDADE DAS DECISÕES FUNDADAS NA CISG

A Convenção regula o momento *ex ante* à celebração do contrato e fornece as diretrizes para a satisfação dos direitos *ex post*. Assim, a solução das controvérsias pode ocorrer de duas formas, seja pela eleição de um foro competente para conhecer do litígio transfronteiriço, seja pela constituição de compromisso arbitral, hipótese em que a questão será solucionada nos termos da arbitragem internacional.

A primeira, é a de iniciar um litígio internacional, que repercute em altíssimo custo para os agentes, em termos de despesas para o conhecimento do ordenamento jurídico interno do foro escolhido, bem como para a contratação de advogado, tradução e documentos e afins, bem como de morosidade e de

²¹KOEHLER, Martin F. Survey regarding the relevance of the United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG) in legal practice and the exclusion of its application. *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koehler.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

²²SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The CISG - Success and Pitfalls. 57 *American Journal of Comparative Law*, Spring, 2009, p. 457-478, p. 461. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-hachem.html>>. Acesso em: 11 jan. 2018; LOH, Quentin. Perspectives on Harmonizing Transnational Commercial Law. In: UNCITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 13-18. p. 14.

²³LOH, Quentin. Perspectives on Harmonizing Transnational Commercial Law. In: UNCITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 13-18. p. 14.

outros aspectos que podem ser inerentes ao próprio Estado. Destaca-se, neste aspecto, países que possuem elevado nível de ativismo judicial no âmbito do Poder Judiciário.

A outra opção, que teria como propósito inicial reduzir os custos do litígio internacional, seria recorrer à arbitragem internacional. Ocorre que, não bastasse a comprovação efetiva de que arbitragem internacional pode repercutir em custos iguais ou até mesmo de ordem superior à de um litígio transfronteiriço, tem-se que na hipótese do cumprimento forçado da sentença arbitral, as partes retornam ao estado de completa assimetria informacional quanto ao ordenamento jurídico de cada Estado contratante e de suas peculiaridades internas.

Exige-se, portanto, o conhecimento da forma com que é recepcionada a sentença arbitral estrangeira pelo país vencido, a competência interna de cada Estado-parte para avaliar a validade da decisão, o custo e o tempo do processo perante o respectivo Poder Judiciário, fatores que representam, indubitavelmente, custos de transação que precisam ser eliminados ou, no mínimo, drasticamente reduzidos. Soma-se a isto, questões atinentes à soberania do Estado quanto à recepção de decisões estrangeiras que variam também de Estado para Estado²⁴.

O problema é que as formas de solução de controvérsia e o cumprimento forçado das decisões representam custos prejudiciais às trocas, decorrentes da assimetria de informações e da racionalidade limitada dos agentes econômicos.

No tocante aos litígios transfronteiriços, tem-se a necessidade de que as partes conheçam o ordenamento jurídico interno dos Estados onde a sociedade tem sua sede ou filial

²⁴A propósito, confira-se: NORONHA, João Otávio de. A aplicação da CISG (Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias) pelo Superior Tribunal de Justiça. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro. *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015. p. 517-531.

contratante. Inserem-se, nestes custos *ex ante*, as despesas processuais envolvidas no litígio e as peculiaridades internas do Poder Judiciário do foro escolhido pelas partes, em termos de morosidade e previsibilidade das decisões judiciais.

Em relação à arbitragem, a incerteza se inicia na sua instituição e se alastra durante todo o procedimento arbitral. O principal problema é que, na hipótese do não cumprimento voluntário da decisão, a parte vencedora será obrigada a iniciar o cumprimento forçado, o que reflete nos mesmos custos já citados em matéria de litígios transfronteiriços. Assim, tem-se que na arbitragem internacional, quando não efetuado o cumprimento voluntário da sentença arbitral estrangeira, os custos podem ser ainda mais elevados que em um litígio transfronteiriço.

Desde o ano de 2008 estudos já indicavam que a arbitragem internacional poderia repercutir em custos superiores ao de um litígio internacional. Uma pesquisa global levada a efeito pela PWC (*Price Waterhouse Coopers*) em colaboração com a escola internacional de arbitragem da Universidade Queen Mary - Londres, reportou que naquela época 65% (sessenta e cinco por cento) do conselho de empresas líderes considerou a arbitragem mais cara do que litígios transfronteiriços²⁵.

A realidade não foi alterada. Em 2015, uma nova pesquisa a respeito da arbitragem internacional desenvolvida pela Universidade Queen Mary - Londres em parceria com a Escola de Arbitragem Internacional da ICC (*International Chamber of Commerce*) concluiu que uma preocupação crescente na

²⁵KATE, D. *International arbitration getting pricier but still growing law society*. Gazette. 16th October 2008. No mesmo sentido, confira-se: OGUBUIKE, Anebere Stephen. *Arbitration: is it truly a "cheap" alternative to litigation*. Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy. University of Dundee, Scotland. p. 04. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?category=63&sort=title>>. Acesso em: 10 jun. 2018; DUNDAS, R. *Dispute Resolution under investment treaties*. Part A. Class presentation. nov. 2008, p. 04; STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the "new litigation". *University of Illinois Law Review*, v. 2010, p. 58-59; PAULSSON, Jan. International arbitration is not arbitration. *Stockholm International Arbitration Review*, v. 2, p. 1-20, 2008. p. 2.

arbitragem internacional é uma relutância perceptível por parte dos tribunais, de agir de forma decisiva em certas situações por medo de que a sentença seja contestada por uma parte que não teve a oportunidade de apresentar seu caso completamente.²⁶

O custo hoje é visto como a pior característica da arbitragem, seguida da falta de sanções efetivas durante o processo arbitral, falta de visão sobre a eficiência de árbitros e falta de velocidade²⁷.

Além disso, há uma segunda etapa marcada por fortes incertezas, correspondente ao momento da recepção e execução da sentença arbitral estrangeira pelo Estado-parte vencido. Se em um momento inicial a CISG harmoniza as normas do comércio internacional de compra e venda de mercadorias, no ato da execução, os Estados retornam ao *status quo ante* à ratificação da Convenção, devendo respeitar a lei interna de cada Estado e seus consectários, a fim de executar o direito que foi garantido ao vencedor pelo Juízo arbitral.

Nessas condições, Schwenzler pontua a título de exemplo, que um americano comprador adquirindo bens de um vendedor brasileiro pode se encontrar em uma posição muito precária ao tentar processar o vendedor nos tribunais brasileiros, aplicando nesse caso, a legislação nacional brasileira. Isso pode levar à uma situação em que a parte é confrontada com uma lei que era dificilmente previsível, compreensível e não é verdadeiramente acessível²⁸.

²⁶FRIEDLAND, Paul; MISTELIS, Loukas. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. 2015. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

²⁷FRIEDLAND, Paul; MISTELIS, Loukas. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

²⁸SCHWENZLER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The CISG - Success and Pitfalls. 57 *American Journal of Comparative Law*, Spring, 2009, p. 457-478, p. 462. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-hachem.html>>. Acesso em: 11 jan. 2018; LOH, Quentin. Perspectives on Harmonizing Transnational Commercial Law. In: UNCITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 13-18. p. 14.

É preciso considerar que no âmbito internacional, as trocas ocorrem entre agente situados em Estados diferentes, que possuem ordenamento jurídico próprio e praxes comerciais específicas. Existe uma considerável assimetria informacional quanto ao sistema jurídico aplicável nos diferentes estados²⁹. Em virtude disso, incidem altos custos de transação pré, durante e pós a celebração do contrato, que aumentam o preço da negociação podendo, se for o caso, inviabilizar a realização da compra e venda³⁰.

Para que as partes conheçam o direito contratual vigente no país contratante, precisam arcar com os custos de informação para atingir este objetivo, como consultas com advogados especialistas e investimento em materiais bibliográficos, por exemplo. Ainda assim, é possível que não tenham condições de captar toda a informação disponível³¹.

Na hipótese de descumprimento, será necessário reconhecer, por exemplo, qual será o procedimento a ser adotado, o ordenamento aplicável e qual país será competente para conhecer a demanda. Ainda, vencida a demanda, como será executada. Há custos de transação incidentes sobre tais aspectos.

A título de exemplo, tem-se que o Poder Judiciário brasileiro é caracterizado por um elevado índice de instabilidade nas decisões judiciais, o que afeta substancialmente a segurança dos agentes ao contratar³². Assim, ao firmar uma compra e venda de

²⁹Cumprе consignar que neste caso excepcionam-se as multinacionais que possuem sede em diversos países. Nestes casos, dificilmente poder-se-ia falar em assimetria informacional, pois o fato da sociedade possuir filiais em vários países as obriga conhecer do ordenamento jurídico interno de cada um deles para o ato de sua constituição e desenvolvimento de suas atividades.

³⁰Neste sentido: TORRES, Dennis José Almanza; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la función social del contrato en el derecho brasileiro. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 26, p. 267-293, ene/jul 2014. p. 276.

³¹MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-33.

³²ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. *O desenvolvimento pelo acesso à justiça*. São Paulo: Boreal, 2015. p. 02. No mesmo sentido, confira-se: ELTZ, Magnum Koury de

mercadoria com uma sociedade brasileira, uma sociedade estrangeira calculará os riscos inerentes à execução de eventual sentença arbitral estrangeira pelo Poder Judiciário brasileiro, o que pode, a depender do caso, inviabilizar uma negociação.

Neste contexto, processos judiciais incertos e morosos fazem com que pessoas racionais descartem soluções legais³³. Isto porque, sem que os agentes tenham condições de antever os efeitos de suas condutas no plano judicial, as transações ficam mais arriscadas, introduzindo o aumento dos custos de transação e impactando na fixação dos preços³⁴.

Este não é, na lição de Oliver Williamson, o propósito das instituições do capitalismo, tal como se revela o contrato firmado nos moldes da Convenção. O autor sustenta ser impossível concentrar todas as ações relevantes para uma negociação no estágio contratual *ex ante*, em virtude dos atributos comportamentais dos agentes, da racionalidade limitada e do oportunismo. Há, portanto, uma preocupação com o desempenho³⁵.

No caso em exame, sugere-se a redução dos custos de transação *ex post* dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, mediante a criação de um mecanismo de *enforcement* eficiente. A redução dos custos transacionais busca afastar o comportamento oportunista dos agentes, fornecendo incentivos ao adimplemento do contrato. Se a execução é custosa, o inadimplemento é vantajoso. De outro giro, se há um *enforcement* eficiente, o descumprimento não se revela atraente, formando-se um ambiente seguro e favorável à realização de trocas.

Figueiredo (Org.). *O nó de Salomão*. Tradutor: Magnum Koury de Figueiredo Eltz. Curitiba: CRV, 2017. p. 127.

³³ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo (Org.). *O nó de Salomão*. Tradutor: Magnum Koury de Figueiredo Eltz. Curitiba: CRV, 2017. p. 124.

³⁴ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. *O desenvolvimento pelo acesso à justiça*. São Paulo: Boreal, 2015. p. 23. No mesmo sentido, confira-se: REZENDE, Christiane Lelles Rezende; ZYLBERSZTAJN, Decio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 155-176, jan./jul. 2011. p. 173-174.

³⁵WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Firms, Markets, Relational Contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985. p. 29.

Na mesma linha de entendimento, Ronald Coase sustenta que uma vez que os custos de transação são levados em conta, a realocação dos direitos somente irá ocorrer quando o aumento no valor da produção por ela gerado for maior do que os custos incorridos para implementá-la. Nessas condições, não somente a delimitação inicial dos direitos exerce forte influência sobre a eficiência da operação dos sistemas de preços³⁶, como também, a eficiência da realocação pelo sistema jurídico. Em outros termos, se o custo incidente sobre as medidas de *enforcement* de um contrato regido pela CISG superar o lucro esperado pela negociação, a troca não se realizará.

Por este motivo, para utilização da CISG está diretamente relacionada à sua capacidade de prevenir conflitos decorrentes do descumprimento ou, na impossibilidade deste, garantir à parte que teve seu direito violado, mecanismos eficientes de *enforcement*. Tais medidas atuam na redução dos custos de transação, excluindo qualquer margem de abertura para o comportamento oportunista.

A otimização negocial sugere que as instituições possam conferir segurança aos contratantes. Verifica-se, portanto, que em que pese a arbitragem se mostrar comprovadamente interessante no âmbito doméstico, o mesmo não se pode estender ao âmbito internacional. Assim, delegar a resolução dos conflitos decorrentes dos contratos celebrados sob o âmbito da CISG à arbitragem pode se traduzir em um óbice à sua implementação, que precisa ser superado.

O que se observa, portanto, é que após completados três anos de vigência no Brasil, a CISG carece de estudo e de aplicação pelo Estado brasileiro, evidenciando a necessidade de que sejam desenvolvidas pesquisas para a difusão do conhecimento acerca da sua existência, das vantagens de sua utilização e de aprimoramento de seus mecanismos, notadamente de

³⁶COASE, Ronald. H. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, Article 9, 2008. p. 14.

enforcement, quando configurado o descumprimento contratual.

4. CONCLUSÃO

Neste ano de 2018 a Convenção se encontra com 89 ratificações. As economias destes Estados representam aproximadamente 90% do comércio internacional mundial. Contudo, isso não significa que este percentual de todos os contratos de compra e venda internacional de mercadorias é regido pela CISG, pois infelizmente não é o que ocorre.

Tem-se que em que pese a quantidade importante de ratificações, a CISG não é utilizada em grande parte dos contratos que visa regular, seja pela falta de conhecimento dos advogados, somada à preferência de utilizar o direito interno de seus países, já conhecido, seja pela falta de *enforcement* da Convenção, que deixa às partes contratantes sem a necessária segurança quando deparadas com uma situação de inadimplemento.

Há que se considerar, entretanto, que as ratificações evidenciam o interesse destes Estados em aderir à uma legislação uniforme para regular o comércio internacional nesta parte, e por conta disso, expandir a garantia de certeza e de redução de custos para o momento pós-contratual parece ser um aspecto positivo e que poderia incentivar os *players* a utilizarem a Convenção com uma maior frequência.

Desta forma, acredita-se que superado este obstáculo, haveria uma maior utilização da Convenção pelos agentes contratantes dos Estados-partes, que seriam incentivados pela segurança decorrente da CISG.

Em outros termos, ao optar pela CISG como lei orientadora do contrato, as partes contratantes teriam a tranquilidade de que, na hipótese de descumprimento, poderiam se valer de mecanismos eficientes para a satisfação de seus direitos. De outro lado, cientes de que os mecanismos de *enforcement* funcionam de fato, agentes que buscariam uma contratação imbuídos de

comportamento oportunista seriam desestimulados, pois saberiam que, uma vez violado o contrato, a parte adversa teria a possibilidade concreta de reparação dos danos.

A confiança, diretamente relacionada à segurança, influencia as decisões econômicas dos agentes e, por isso, revela-se elemento fundamental a ser considerado no desenho de mecanismos de *enforcement* da CISG.

Para atribuir tais elementos é preciso superar a preferência e a individualidade dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-partes também no momento da execução das sentenças, sejam elas proferidas pelo Juízo arbitral, à escolha das partes, ou por uma Corte eleita para este fim nos termos do contrato. Em outros termos, os sujeitos contratantes precisam ter condições de prever e calcular os comportamentos futuros apenas pelo fato de poderem se referir a um critério que esteja acima deles e a eles se imponha.

Igualmente, as Cortes, ao receberem a sentença para fins de execução, deverão seguir objetivamente a normativa de *enforcement*, independentemente de seu ordenamento jurídico interno.

Desta forma, existe a possibilidade de traçar uma alternativa viável, dotada da almejada eficiência, desde que sejam considerados estes elementos, a fim de que se possa criar um ambiente seguro e estável, favorável à realização de trocas.



5. REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Análise econômica da adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito

- Econômico e Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Escola de Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.
- BERGSTEN, Eric. E. Thirty-five years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: expectations and deliveries. In: UNCITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. pp. 7-12.
- BRASIL. Decreto n. 8.327, de 16 de outubro de 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- COASE, Ronald. H. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, Article 9, 2008.
- DUNDAS, R. *Dispute Resolution under investment treaties*. Part A. Class presentation. nov. 2008.
- ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo (Org.). *O nó de Salomão*. Tradutor: Magnum Koury de Figueiredo Eltz. Curitiba: CRV, 2017.
- FRIEDLAND, Paul; MISTELIS, Loukas. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. 2015. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- KATE, D. *International arbitration getting pricier but still growing law society*. Gazette. 16th October 2008.
- KOEHLER, Martin F. Survey regarding the relevance of the United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG) in legal practice and the exclusion of its application. *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, nov. 2006. Disponível em:

- <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koehler.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- LOH, Quentin. Perspectives on Harmonizing Transnational Commercial Law. In: UNCITRAL. *Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives*. Viena, 6 July, 2015. New York: United Nations, 2015. pp. 13-18.
- MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgan Publishing Limited, 2013.
- NORONHA, João Otávio de. A aplicação da CISG (Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias) pelo Superior Tribunal de Justiça. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro. *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015.
- OGUBUIKE, Anebere Stephen. *Arbitration: is it truly a "cheap" alternative to litigation*. Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy. University of Dundee, Scotland. p. 04. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?category=63&sort=title>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- REZENDE, Christiane Leles Rezende; ZYLBERSZTAJN, Decio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 155-176, jan./jul. 2011.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, G. F. DE M. A adesão do Brasil à CISG: uniformização de contratos e facilitação do comércio. *PONTES: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável*, v. 10, p. 1-15, 2014. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/ades%C3%A3o-do-brasil-%C3%A0-cisg>>

- uniformiza% C3%A7% C3%A3o-de-contratos-e-facilita% C3%A7% C3%A3o-do>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. *O desenvolvimento pelo acesso à justiça*. São Paulo: Boreal, 2015.
- SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The CISG - Sucess and Pitfalls. *57 American Journal of Comparative Law*, Spring, 2009, p. 457-478, p. 458. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-hachem.html>>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the "new litigation". *University of Illinois Law Review*, v. 2010, p. 58-59;
- PAULSSON, Jan. International arbitration is not arbitration. *Stockholm International Arbitration Review*, v. 2, p. 1-20, 2008.
- TORRES, Dennis José Almanza; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la función social del contrato en el derecho brasileiro. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 26, p. 267-293, ene/jul 2014.
- UNCITRAL. *United Nations Comissions on International Trade Law*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- VIZCARRA, Ana Elizabeth Villalta. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. In: THIRTY-FIVE Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives. Viena, 6 july, 2015. New York: United Nations, 2015. p. 29-38.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Firms, Markets, Relational Contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985.