

COMENTÁRIOS A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

(Artigo 4)¹

Francisco Augusto Pignatta²

Artigo 4

A presente Convenção regula exclusivamente a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações que esse contrato faz nascer entre o vendedor e o comprador. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, em particular:

a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade dos usos;

b) aos efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.³

Não são todos os aspectos dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias que são regidos pela Convenção de Viena. O artigo 4 delimita o campo de aplicação “*rationae materiae*” da CISG. Assim, ela se limita a reger os problemas extrínsecos ao consentimento⁴, isto é, o mecanismo de formação do contrato representado pela oferta e pela aceitação e os direitos e obrigações das partes contratantes. Fora estes aspectos, a Convenção não será aplicada.

É na parte II do texto convencional que encontramos as disposições referentes à formação do contrato, e na parte III se encontram as previsões relativas aos direitos e obrigações do vendedor e do comprador. Estes são o ‘cerne duro’ do campo de aplicação “*rationae materiae*” da CISG e é deles que nos ocuparemos mais a frente.

No que concerne à formação do contrato, a Convenção prevê que este se forma através do esquema tradicional da emissão de uma oferta e de sua aceitação. Veremos, ao analisarmos os artigos 14 a 24, que a CISG contém regras bem detalhadas a respeito deste período. Apesar do processo da formação do contrato ter certa semelhança com o Direito Brasileiro, há vários aspectos distintos.

¹ Para citação: PIGNATTA, Francisco A., “Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 4” [in](http://www.cisg-brasil.net) www.cisg-brasil.net, janeiro/2012.

² Doutor em Direito Internacional Privado pelas Universidades de Estrasburgo (França) e UFRGS, professor IICS-SP, advogado/consultor no Brasil, Portugal e França, membro da CCBF-Paris. É autor de um livro e vários artigos sobre a Convenção de Viena.

³ Não há uma tradução oficial em língua portuguesa do texto da CISG. A tradução utilizada nestes comentários é de autoria de BENTO SOARES, Maria Ângela e MOURA RAMOS, Rui Manuel (“*Contratos Internacionais*”, Ed. Almedina, Coimbra, 1995). Ela foi escolhida por ser, segundo nosso entendimento, a mais clara. Entretanto, a versão apresentada à Câmara dos Deputados para ratificação do Brasil é ligeiramente diferente e está assim traduzida:

“Art. 4: Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente:

(a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume;

(b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.”

⁴ NEUMAYER, Karl Heinz e MING, Catherine, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*”, Ed. Cedidac, Lausanne, 1993, p. 67.

É em relação aos direitos e obrigações do vendedor e do comprador que a Convenção consagra a maior parte de seus artigos: do 25 ao 88. É neles que encontramos o maior diferencial em relação ao Direito Brasileiro, com regras minuciosas em relação à entrega e a conformidade das mercadorias, dos direitos ou pretensões de terceiros, dos meios que dispõe o comprador em caso de violação do contrato pelo vendedor, do pagamento do preço, da aceitação da entrega, dos meios que dispõe o vendedor em caso de violação do contrato pelo comprador, da transferência do risco, da violação antecipada do contrato, das perdas e danos, dos juros, da exoneração, dos efeitos da resolução e da conservação das mercadorias. Estes artigos formam um conjunto completo do que conhecemos ser a execução do contrato.

Todavia, o artigo 4 enumera três questões não cobertas pela CISG: a validade do contrato e de alguma de suas cláusulas, a validade dos usos e os efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas. Segundo a doutrina, estes três pontos são indicativos⁵, o que não afasta outros aspectos correlatos que também são excluídos do seu campo de aplicação⁶.

Ficando excluída do domínio de aplicação da Convenção a “*validade do contrato ou de suas cláusulas, bem como a validade dos usos e os efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas*”, a CISG deixa esta matéria para ser solucionada pela lei nacional aplicável segundo as regras de direito internacional privado. Sendo o juiz brasileiro competente para solucionar um litígio envolvendo matérias relacionadas a estes pontos, é o artigo 9º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga LICC)⁷ que deverá indicar qual a lei aplicável para solucionar estas questões.

Contudo, a exclusão de questões não cobertas pela Convenção não pode ser vista como absoluta. Existem certas matérias em que há superposição de qualificações, podendo o problema ser resolvido seja com a qualificação proveniente do direito nacional, seja com a qualificação advinda da CISG.

Esta problemática é mais palpável em relação ao consentimento das partes, prevista na letra a) do artigo 4.

Letra a)

A interpretação da letra “a)” do artigo 4 conduz a uma primeira dificuldade: o que devemos entender como “validade do contrato”? A Convenção exclui a validade do contrato do seu campo de aplicação sem especificar o significado desta expressão. Como não há no texto convencional nenhum artigo ou princípio que possa ser utilizado para interpretar esta expressão, deve se levar em conta o direito interno para verificar quando um contrato é válido

⁵ A palavra “em particular” do caput do artigo 4 é que demonstra seu caráter não exaustivo (KHOO, Warren, “*Article 4*” in BIANCA-BONELL, “*Commentary on the International Sales Law*”, Ed. Giuffrè, Milão, 1987, p. 45); UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sales of Goods, *article 4* in www.uncitral.org.

⁶ A maioria da doutrina considera, por exemplo, que o período anterior à existência de uma oferta, isto é, as negociações, não entram no domínio de aplicação da Convenção. Seria, portanto, outro aspecto “extrínseco ao consentimento” o qual a Convenção não se aplica e que não está enumerado no artigo 4. Apesar de divergirmos deste entendimento e sustentarmos a aplicabilidade da Convenção no que se refere às negociações, citamos este exemplo somente para demonstrar que outros aspectos referentes ao contrato internacional de compra e venda podem, também, ser excluídos do domínio da Convenção sem que o artigo 4 faça alguma menção.

⁷ Segundo a Lei 12.376 de 30/12/2010, a LICC passou a ser denominada LIN (Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro).

ou não⁸. Assim, por exemplo, a compra e venda de entorpecentes não entra no campo de aplicação da Convenção, pois há uma regra nacional que a proíbe.

Também é, em princípio, excluído do domínio da CISG o que concerne à capacidade das partes, ao poder de representação, aos vícios de consentimento e a ordem pública internacional⁹. Estes aspectos devem ser regidos pelo direito nacional, salvo disposição expressa em contrário contida na Convenção.

A jurisprudência já teve ocasião de se pronunciar em relação ao poder de representação das partes.

Jurisprudência

Uma empresa vendedora espanhola realizou vários contratos de compra e venda com uma empresa compradora austríaca. Por falta de pagamento de algumas notas fiscais, a empresa espanhola cobrou o preço. A compradora alegou que vários desses contratos foram celebrados não com ela, mas com sua filial. A vendedora objetou que, mesmo havendo tratado algumas vezes com a filial, ela foi contactada primeiro pela matriz e que, desde o início ela havia deixado claro que somente queria contratar com a matriz. Ademais, segundo a empresa vendedora, a conduta da filial e da matriz deixava entrever que a filial agia como agente da matriz.

O Tribunal de primeira instância não aplicou a CISG, pois considerou que as questões ligadas à representação das partes eram excluídas de seu domínio de aplicação (art. 4) e que, portanto, deveriam ser aplicadas as regras de direito nacional.

A Corte de apelação, por sua vez, rejeitou a argumentação do Tribunal, pois, segundo ela, as questões de saber se o diretor da filial tinha agido ou não em nome da matriz dependia da interpretação dada às suas declarações. Deste modo, a CISG deveria ser aplicada, em especial seu artigo 8 que trata da interpretação das declarações das partes. Segundo a Corte de apelação, o contrato havia sido concluído entre as partes, em aplicação ao artigo 7 da CISG (princípio da boa-fé).

A Corte suprema cassou a decisão da Corte de apelação, considerando que, nos termos do artigo 4, a Convenção de Viena exclui de seu domínio as questões de representação e que as regras do direito nacional é que deveriam ser aplicadas. Segundo a Corte suprema os artigos 7 e 8 da CISG não poderiam ser aplicados para resolver uma questão de representação¹⁰.

Entretanto, no que se refere aos vícios de consentimento, pode ocorrer uma superposição de qualificações entre o direito nacional e a CISG, causando dificuldades ao intérprete.

Segundo o Direito Brasileiro os elementos que viciam o consentimento das partes são: o erro (arts. 138 a 144 CC), o dolo (arts. 145 a 150 CC), a coação (arts. 151 a 155 CC), o estado de perigo (art. 156 CC) e a lesão (art. 157 CC)¹¹.

Existem, contudo, algumas situações que fazem ter o vício de consentimento consequência direta em relação à formação e à execução do contrato. Por exemplo, o erro em relação à mercadoria. O comprador, ao receber uma mercadoria diferente daquela encomendada, poderá alegar que houve erro em relação ao objeto e considerar o contrato inválido, segundo o direito

⁸ NEUMAYER, Karl Heinz e MING, Catherine, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*”, op. cit., p. 68.

⁹ Sobre a diferença entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional, ver DOLINGER, Jacob, “*Direito Internacional Privado – Parte Geral*”, Ed. Renovar, 6ª edição, p. 358. Somente nos casos em que o contrato fere a ordem pública internacional é que deverão ser afastadas as regras da CISG e aplicadas as regras nacionais.

¹⁰ Oberster Gerichtshof (Áustria), 22/12/2001, 1 Ob 49/01i [in](http://www.unilex.info) www.unilex.info.

¹¹ MORAES OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim, “*O novo Código Civil e os Vícios de Consentimento no Negócio Jurídico*”, Revista do TRF 1ª Região, v. 15, nº 1, janeiro 2003, p. 49.

brasileiro. Ocorre que a Convenção contém regras claras em relação à conformidade das mercadorias entregues, possibilitando, em certas ocasiões, a resolução do contrato acrescido de perdas e danos. Neste caso, poderá haver dúvida em relação a qual lei aplicar: aplicar-se-á a regra brasileira que considera o contrato nulo; ou aplicar-se-ão as regras da CISG em relação à conformidade da mercadoria com possível resolução do contrato?

Exemplo

João, empresário brasileiro, encomenda, para decoração de sua empresa, miniaturas de automóveis a uma empresa francesa. Na data marcada para a entrega, João recebe automóveis verdadeiros juntamente com a cobrança do valor das mercadorias. Caso seja aplicado o Direito Brasileiro, João poderá se valer das regras do Código Civil e anular o contrato. Caso sejam aplicadas as regras da CISG, deverá ele se basear nos artigos 45 a 52 que tratam dos “Direitos e ações do comprador em caso de violação do contrato pelo vendedor”. Quais regras aplicar?

A questão não é simples e a doutrina se divide.

Na maioria dos direitos nacionais, a anulação do contrato por erro é considerado um meio suplementar de proteção do comprador. No caso do direito brasileiro, havendo erro, o negócio jurídico não é nulo de pleno direito, mas somente anulável¹². Percebe-se, portanto, que mesmo em nosso sistema interno, há um caráter supletivo do vício de consentimento – no caso em espécie o erro da mercadoria – e uma intenção de favorecer a manutenção do contrato.

É por estas razões que, havendo uma superposição de qualificações a respeito do vício de consentimento e formação do contrato entre o direito nacional e a CISG, as previsões contidas nesta última devem prevalecer em relação ao direito nacional.

Ademais, como bem notou NIGGEMANN, “*se o erro é determinante e refere-se a uma qualidade substancial da coisa, a não conformidade da mercadoria será necessariamente uma contravenção essencial*”¹³; o comprador poderá, então, igualmente, sob o fundamento da CISG, pedir a resolução do contrato acrescido de perdas e danos”¹⁴.

Nos alinhamos, assim, com a parte da doutrina que considera que as regras da Convenção de Viena tem primazia em relação ao direito nacional. É de se notar que, após a entrada em vigor da CISG no Brasil, suas regras farão parte do direito material nacional e serão aplicáveis neste caso. O juiz ao qualificar o contrato como internacional deverá buscar na Convenção se há ou não regras aplicáveis à matéria. Somente em caso diverso é que ele aplicará as regras nacionais competentes.

Esta primazia da Convenção em relação ao direito nacional aplica-se, também, a institutos específicos previstos em determinados direitos internos relativos aos requisitos de validade do contrato, como, por exemplo, a “causa” do Direito Francês, a “*consideration*” do sistema da Common Law e a função social do contrato do Direito Brasileiro.

Primeiramente o Direito Francês. Um dos requisitos de validade do contrato do Direito Francês é a “causa”. Segundo o *Code civil*, um contrato sem causa ou com falsa causa ou causa ilícita é um contrato inválido (artigos 1131 a 1133). Entretanto, a CISG não prevê em sua parte referente à formação do contrato que este deverá conter uma “causa” para ser

¹² V. arts. 138 a 144 do CC brasileiro.

¹³ V. comentários sobre o art. 25 da CISG.

¹⁴ NIGGEMANN, Friedrich, “*Error about a substantial quality of the goods and application of the CISG*”, IBLJ, n. 4, 1994, p. 412.

considerado válido. Deste modo, o juiz francês ao verificar no regime jurídico próprio à compra e venda internacional, isto é, a Convenção de Viena, que não se exige uma “causa” para considerar o contrato válido e eficaz, não aplicará suas regras nacionais ao caso e sim as disposições convencionais.

No mesmo diapasão, os juízes da *Common Law*, ao verificar se uma oferta é ou não irrevogável, não poderá se valer do instituto da *consideration*¹⁵, exigível no sistema da *Common Law* para a irrevogabilidade da oferta, pois a CISG contém normas expressas sobre a oferta e a aceitação, sobretudo o artigo 16, e ela não exige que a oferta para ser eficaz seja precedida do engajamento de uma das partes em relação à outra¹⁶. Este engajamento entre as partes, exigível no Direito da *Common Law* para que a relação seja fonte de deveres e obrigações, não encontrou nenhum eco na elaboração da Convenção e foi de plano afastada, razão pela qual não poderá ser aplicada como requisito de validade da oferta.

De modo semelhante, o juiz brasileiro, diante de um contrato de compra e venda internacional de mercadorias, não poderá se valer do instituto da função social do contrato, pois não previsto na CISG. Segundo nosso Código Civil, a liberdade de contratar deverá ser “*exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Ocorre que a CISG, ao contemplar o princípio pleno da liberdade contratual, sem limitações de ordem moral, afasta, em relação aos contratos internacionais, a lei nacional e, por conseguinte, o artigo 421 do Código Civil brasileiro não será aplicado.

Como bem expressou WITZ, “*as questões de validade do contrato ficam fora do domínio de aplicação da CISG somente na medida em que elas não sejam contempladas pelas regras da formação do contrato, via oferta e aceitação, prevista na segunda parte da Convenção*”¹⁷.

Este entendimento segue uma linha lógica de interpretação, pois ratificando a CISG, “*um Estado assume a obrigação de, a partir daquele momento, considerar que as relações internacionais entre um vendedor e um comprador serão regidas pela Convenção. Isto significa que a interpretação do direito não uniforme deve tomar em consideração este corpo de regras internacionais unificado; os meios do direito não uniforme devem, portanto, serem harmonizados com a Convenção*”¹⁸.

No que se refere à validade dos usos e a prova de sua existência, o artigo 4 determina a exclusão da CISG e a consequente aplicação das regras nacionais determinadas pelo Direito Internacional Privado. Entretanto, é de se distinguir entre a validade dos usos, prevista no artigo 4, e a questão de saber se um uso é geralmente conhecido e regularmente observado no comércio internacional, previsto no artigo 9 da CISG¹⁹.

Um julgado do Tribunal da Basiléia faz bem esta distinção ao aplicar o artigo 9 à formação do contrato.

Jurisprudência

¹⁵ A *consideration* é o “preço pago por B para obter o engajamento de A” (definição utilizada pela Câmara dos Lords no litígio *Dunlop c/ Selfreidge* (1915, AC, 847).

¹⁶ DAVID, René e PUGSLEY, David, « *Les contrats en droit anglais* », Ed. LGDJ, Paris, 2ª éd., 1985, p. 95.

¹⁷ WITZ, Claude e SCHLECTRIEM, Peter, “*La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Ed. Dalloz, 2008, p. 39.

¹⁸ NIGGEMANN, Friedrich, “*Error about a substantial quality of the goods and application of the CISG*”, art. cit, p. 412.

¹⁹ SCHLECTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg (org.), “*Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*”, 3ª edição, Oxford University Press UK, Oxford, 2010, art. 4, n° 43.

Uma empresa austríaca ingressou com uma ação contra uma empresa suíça pleiteando o pagamento do preço de certa mercadoria entregue a esta última. Segundo o autor da ação, um contrato de compra e venda havia sido concluído entre as partes, pois um pedido tinha sido enviado pela empresa suíça e uma resposta confirmativa escrita enviada pela empresa austríaca.

Segundo o Tribunal Suíço²⁰, o envio da confirmação da encomenda feita pela empresa austríaca, e não contestado pela empresa suíça, representa um uso em matéria de formação dos contratos segundo o art. 9.1. da CISG. Os Juízes Suíços acrescentaram que as partes tinham implicitamente aceitado a aplicação deste tipo de usos à sua relação contratual.

Letra b)

Outra matéria excluída pelo artigo 4 refere-se “aos efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas”. Assim, toda questão referente à transferência de propriedade deve ser resolvida de acordo com o direito nacional aplicável que será, em princípio, o do lugar da situação do bem (*lex rei sitae*). É, portanto, a lei aplicável que determinará se a transferência de propriedade ocorre com a tradição, como no caso dos direitos brasileiro e alemão, ou somente com o consentimento das partes, segundo os direitos francês e belga²¹.

Jurisprudência

Uma empresa francesa vendeu certa quantidade de placas de aço a uma empresa americana. O contrato continha uma cláusula prevendo que o vendedor conservaria a propriedade da mercadoria enquanto o comprador não pagasse a totalidade do preço acordado. O comprador recebeu as mercadorias, mas não as pagou integralmente. O vendedor acionou a Justiça para recuperar a mercadoria ainda não utilizada pelo comprador. Ocorre que este último havia dado a mercadoria em garantia a um banco.

A Corte Americana considerou que o direito de terceiros sobre as mercadorias, mesmo que ele tenha nascido antes ou após a celebração do contrato, é matéria excluída do domínio de aplicação da Convenção, segundo o artigo 4.b.

Algumas matérias excluídas do domínio de aplicação da CISG

Algumas matérias, não expressamente previstas na Convenção, são excluídas de seu domínio de aplicação. Já vimos, da análise do artigo 1º, algumas delas. Elencaremos aqui, algumas outras²².

Cláusula compromissória e cláusula de eleição de foro

A questão referente à existência de uma cláusula de eleição de foro ou uma cláusula compromissória fogem do domínio de aplicação da CISG. A validade ou não destas cláusulas e sua eficácia serão analisadas, segundo o direito nacional aplicável à matéria, pelo juiz onde

²⁰ Tribunal civil de Bâle, 21/12/1992, P4 1991/238 [in](http://www.unilex.info) www.unilex.info.

²¹ PIGNATTA, Francisco Augusto e KUYVEN, Luis Fernando, “Direitos das obrigações” [in](#) MORAIS DA COSTA, Thales (coord.), “Introdução ao Direito Francês”, Ed. Juruá, 2009, p. 85.

²² Além dessas, poderemos mencionar outras matérias excluídas do domínio de aplicação da CISG: lesão (v. SCHLECTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg (org.), “Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, op. cit, p. 91), cessão de crédito (Obergericht des Kantons Thurgau – Suíça – 19/12/1995, ZB 95 22, www.unilex.info), compensação (Kantonsgericht Freiburg – Suíça – 23/01/1998, Apph 27/97, www.unilex.info e Schweizerisches Bundesgericht, Suíça, 20/12/2006, 4C.314/2006, www.unilex.info), etc.

a ação foi proposta²³ salvo se há uma cláusula elegendo o foro competente²⁴. Neste aspecto é de se notar, também, que outras Convenções têm prioridade em relação à CISG (art. 90) e poderão ser aplicadas.

Cláusula exoneratória e limitativa de responsabilidade

Por se tratar de validade de uma cláusula, sendo ele exoneratória de responsabilidade ou não, a Convenção seria, desde logo, afastada. Entretanto, certa corrente doutrinal questiona este automatismo. Assim, estes autores consideram que nos termos do artigo 4 “*Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção*” estaria contemplado o que autoriza o artigo 6, isto é, que as partes podem derogar qualquer uma das disposições da Convenção ou modificar seus efeitos²⁵.

Apesar de esta teoria inspirar uma decisão da *Cour d’appel* de Paris²⁶, a doutrina²⁷ e a jurisprudência²⁸ majoritárias consideram que, ao possibilitar às partes derogar o disposto no artigo 4, pelo viés do artigo 6, reduziria drasticamente o alcance do artigo 4. Para sustentar esta posição, baseiam-se eles nos trabalhos preparatórios da CISG que, na 9ª sessão, afastou uma proposição que previa a validade das cláusulas exoneratórias de responsabilidade, sob o motivo que esta matéria deveria ser regida pelo direito nacional²⁹.

Segundo outros autores, existem nuances a considerar na exclusão deste tipo de cláusula³⁰.

Um Tribunal de Colônia³¹, como também a *Cour de cassation* francesa³², consideraram a lei nacional aplicável para apreciar a validade ou não de uma cláusula de exclusão de responsabilidade do vendedor.

²³ No caso de um árbitro, aplica-se o princípio da “competência-competência”, isto é, o que dá ao árbitro o poder de estabelecer sua própria competência (V. PINSOLLE, Philippe, “*Les problèmes cachés de la proposition de suppression de l’exception de l’arbitrage du Règlement 44/2001*”, Les Cahiers de l’arbitrage, 2010, p. 31).

²⁴ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E (Argentina), 14/10/1993, *Inta S.A. c/ MCS Officina Meccanica S.p.A.*, in www.unilex.info.

²⁵ BRIDGE, Michael in FAWCETT, James ; HARRIS, Jonatham e BRIDGE, Michael, « *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* », Ed. Oxford University Press, 2005, p. 942 e seg. ; BERTRAND, Edouard ; CALVO, Michel ; CLARET, Gilbert ; SLEIGH, R.H.P., « *Convention de Vienne et clauses limitatives de responsabilité : les points de vue français et anglais* », Gaz. Pal., 1992, 1, doctrine, p. 263.

²⁶ Decisão depois cassada pela *Cour de cassation* (13/02/2007, n. 05-13.538, RTD. civ. 2007, p. 302, nota REMY-CORLAY e www.unilex.info).

²⁷ AUDIT, Bernard, “*La vente internationale de marchandises*”, Ed. LGDJ, 1990, p. 115; HEUZÉ, Vincent, “*La vente internationale de marchandises*”, Ed. LGDJ, 2000, p. 83 ; NEUMAYER, Karl Heinz e MING, Catherine, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*”, op. cit., p. 498; RAWACH, Eid, “*La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*”, RIDC, 1, 2001, p. 141.

²⁸ U.S. Court of Appeals, 9th Circuit, 16/11/2007, *Barbara Berry, S.A. de C.V. c/ Ken M. Spooner Farms, Inc.*, www.unilex.info; US District, Northern District of Illinois Court, 30/03/2005, *Caterpillar c/ Usinor Industeel*, Dalloz, 2007, Pan. 530; Oberster Gerichtshof (Áustria), 07/09/2000, 8 Ob 22/00v, www.unilex.info; Oberlandesgericht Köln (Alemanha), 21/05/1996, n. 22 U 4/96, www.unilex.info.

²⁹ HONNOLD, John, « *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* », Ed. Kluwer, 1989, p. 299.

³⁰ SCHLECTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg (org.), “*Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*”, op. cit, p. 92.

³¹ Oberlandesgericht Köln, 21/05/1996, in www.unilex.info.

³² 13/02/2007, n. 05-13.538, RTD. civ. 2007, p. 302, nota REMY-CORLAY e www.unilex.info.

Jurisprudência

Uma concessionária comprou um automóvel usado de um profissional do mesmo ramo e o revendeu a um cliente. Este último descobriu que o hodômetro havia sido modificado. O automóvel continha, portanto, uma quilometragem maior que a demonstrada no painel. A concessionária foi condenada a perdas e danos e entrou com uma ação contra o vendedor inicial pedindo ressarcimento do valor pago. A base jurídica para esta ação foi a CISG.

Como contestação, o vendedor inicial alegou a presença de uma cláusula excluindo sua responsabilidade.

A Corte considerou que a Convenção exclui de seu domínio de aplicação a validade de uma cláusula exoneratória e que esta questão deve ser regida pela lei nacional competente.

Por outro lado, dependendo da qualificação feita pelo Juiz, podemos ter um resultado diverso. Neste sentido, uma decisão da Corte de apelação americana³³ é sintomática:

Jurisprudência

Uma empresa americana vendeu mudas de pés de framboesas a uma empresa Mexicana. Desde a chegada das mercadorias, a compradora pagou o preço acordado. Nas caixas que continham as mudas havia de forma bem visível uma frase, também reproduzida nas notas fiscais, pela qual a vendedora era exonerada de qualquer responsabilidade em relação às mercadorias.

Por um problema nas plantas, a compradora intentou uma ação contra a vendedora por defeito de conformidade da mercadoria. A vendedora contestou invocando a presença da cláusula de exclusão.

O Tribunal de primeira instância considerou que esta cláusula deveria ser interpretada segundo o direito nacional aplicável e afastada a CISG pelo conteúdo do seu artigo 4.

A Corte de apelação, entretanto, considerou a decisão de primeira instância equivocada, pois primeiro o Tribunal deveria perquirir se a cláusula contida nas embalagens fazia ou não parte do contrato.

Em relação a esta decisão, é de se notar que a Corte de apelação, antes mesmo de indagar em quais condições a cláusula exoneratória seria ou não aceitável, se pergunta a respeito da inclusão ou não desta cláusula no contrato. Se ela não faz parte da relação contratual, ela não é cláusula contratual e, portanto, não oponível ao comprador. Somente em caso dela ser considerada parte integrante do contrato é que se analisará sua validade, mas segundo as regras do direito nacional aplicável, excluindo a CISG.

Cláusula surpresa ou imprevista

A problemática da “cláusula surpresa” é estranha à doutrina e jurisprudência brasileiras. Ela é de origem germânica e contemplada nos Princípios UNIDROIT³⁴. No artigo 2.1.20 dos Princípios UNIDROIT está previsto que: “*uma cláusula reproduzindo uma cláusula-tipo é sem efeito quando ela é de natureza tal que a outra parte não podia razoavelmente esperar vê-la figurar no contrato, a menos que a tenha expressamente consentido. Para determinar se*

³³ U.S. Court of Appeals, 9th Circuit, 16/11/2007, *Barbara Berry, S.A. de C.V. c/ Ken M. Spooner Farms, Inc.*, www.unilex.info.

³⁴ Os princípios UNIDROIT representam um sistema de princípios e de regras de direito dos contratos que são comuns aos sistemas jurídicos nacionais existentes ou que são mais bem adaptados às condições especiais dos operadores do comércio internacional. Eles foram concebidos sob os auspícios da UNIDROIT (Instituto Internacional pela Unificação do Direito Privado – organização intergovernamental independente). Eles podem ser utilizados pelas partes de diversas formas: como lei do contrato; como manifestação dos princípios gerais do direito e da *Lex Mercatoria*; como meio de interpretar ou de completar instrumentos de direito internacional uniforme (ex. CISG); como meio de interpretar e de completar o direito nacional; etc. A última versão destes princípios data de 2010. V. www.unidroit.org.

uma cláusula é desta natureza, tomar-se-á em consideração seu conteúdo, a linguagem empregada ou sua apresentação”.

A questão da aplicabilidade ou não da CISG divide a doutrina e, de certo modo, a jurisprudência. Uns consideram que o controle deste tipo de cláusula se equipara ao controle da validade ou não de uma cláusula contratual e é afastada do domínio de aplicação da Convenção pelo artigo 4³⁵. Outros sustentam que esta questão se refere à formação do contrato e, portanto, deve ser aplicada a CISG³⁶. É em favor da aplicação da Convenção que se pronunciou mais recentemente um Tribunal Alemão³⁷: “*Deve-se, segundo o artigo 8, alínea 2 (CISG), e de acordo com o princípio da boa-fé, verificar se a cláusula (surpresa) se afasta das legítimas expectativas da outra parte de maneira tão radical que ela (a parte) se encontra dispensada de considerá-la razoavelmente*”.

Porém, como bem afirma o Prof. WITZ, este controle deve ser exercido com muita prudência e seguindo parâmetros inspirados pelos Princípios UNIDROIT³⁸.

Ônus da prova

Em geral, todas questões que se referem ao direito processual não entram no domínio de aplicação da CISG³⁹. Entretanto, apesar da Convenção não ser expressa em prever a quem incumbe o ônus da prova, a maioria da doutrina e uma parte da jurisprudência consideram que esta questão entra no domínio de aplicação da CISG. Segundo um Tribunal Italiano (Vigevano)⁴⁰, a questão do ônus da prova “*deve ser regida pela Convenção, apesar de ela não a prever expressamente*”. Deste constato, o Tribunal considera que esta questão deve ser resolvida “*pela aplicação dos princípios gerais*” da Convenção, isto é, que aquele que alega o fato deve aportar a prova que apoie sua pretensão⁴¹. Este princípio, segundo a decisão italiana, “*pode ser deduzido dos termos do artigo 79.1 da CISG que prevê expressamente que a parte que alega um impedimento deve provar as circunstâncias que a exoneram de sua responsabilidade e, portanto, confirma implicitamente que incumbe à outra parte de provar que houve inexecução*”⁴².

Prescrição da ação

³⁵ SCHROETER, Ulrich *in* SCHLECTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg (org.), “*Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*”, op. cit, p. 276 que menciona algumas jurisprudências, em especial Oberlandesgericht Zweibrücken, Alemanha, 31/03/1998, CISG-online n. 481.

³⁶ WITZ, Claude, *Droit uniforme de la vente internationale de marchandises*, Recueil Dalloz, 2010, p. 921.

³⁷ Landgericht Landshut, Zivilkammer, 12/06/2008, 43 O 1748/07, CISG-online n. 1703.

³⁸ WITZ, Claude, *Droit uniforme de la vente internationale de marchandises*, art. cit, p. 921

³⁹ NEUMAYER, Karl Heinz e MING, Catherine, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*”, op. cit., p. 77.

⁴⁰ Tribunale de Vigevano (Itália), 12/07/2000, *Rheinland Versicherungen c/ S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p.a.* *in* www.unilex.info; FERRARI, Franco, RDAI, 2001, p. 224.

⁴¹ V. também : Tribunale di Rimini (Itália), 26/11/2002, *Al Palazzo S.r.l. c/ Bernardaud S.A.* *in* www.unilex.info; FERRARI Franco, *International sale law and the inevitability of forum shopping; a comment on Tribunale di Rimini 26 novembre 2002*, Journal of Law and Commerce, 2004, p. 169 ;

⁴² “*Art. 79.1. : Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações se provar que tal inexecução foi devida a um impedimento alheio à sua vontade e que não era razoável esperar que ela o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o superasse, ou que prevenisse ou superasse as suas consequências*”.

A prescrição da ação em justiça, nascida de uma compra e venda, é excluída da análise da Convenção⁴³. A existência de uma Convenção internacional (Convenção de Nova York de 1974), também elaborada sob os auspícios da Comissão das Nações Unidas pelo Direito Comercial Internacional (CNUDCI sigla em francês e UNCITRAL em inglês), que uniformiza as regras dos prazos de prescrição em nível internacional prevalece nesta matéria. A Convenção de Nova York de 1974, complementada por um protocolo adicional de 1980, é aplicada para dirimir questões relativas à prescrição da ação aos países que a ratificaram. Como o Brasil não a ratificou, a questão da prescrição da ação relativa a um contrato de compra e venda internacional fica submetida ao direito nacional aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

⁴³ É necessário não confundir a prescrição da ação e o prazo previsto pela Convenção, em seu artigo 39, da denúncia dos defeitos da mercadoria pelo comprador e o prazo de prescrição da ação em justiça pela não conformidade da mercadoria. O que está previsto no artigo 39 refere-se somente à prescrição da ação em relação à conformidade da mercadoria e não em relação à compra e venda.