

COMENTÁRIOS A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

(Artigo 7)¹

Francisco Augusto Pignatta²

INTERPRETAÇÃO E DISPOSIÇÕES GERAIS

É no capítulo II da Convenção de Viena que se encontram as regras referentes a sua interpretação como também outras regras de cunho geral concernentes às partes contratantes e ao contrato propriamente dito. Estas disposições estão previstas nos artigos 7 a 13 do texto convencional.

As regras contidas nestes artigos são de suma importância pois, de um certo modo, é delas que dependem a boa aplicação do direito e o sucesso da Convenção.

Temos, nos dois primeiros artigos que serão analisados (7 e 8), regras concernentes à interpretação da Convenção; no artigo 9 temos a consagração dos usos e costumes no âmbito do comércio internacional; o artigo 10 prevê regras complementares ao artigo 1º referentes ao estabelecimento das partes; a liberdade de forma está prevista nos artigos 11 e 13 e, enfim, o artigo 12 trata das reservas que os países podem fazer ao ratificar a Convenção.

Regras concernentes à interpretação da Convenção

Os dois artigos que tratam da interpretação da CISG são os artigos 7 e 8. Eles visam um dos objetivos principais da Convenção, isto é, sua harmônica interpretação.

Art. 7º

1. Na interpretação da presente Convenção ter-se-á em conta o seu caráter internacional bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional.

2. As questões respeitantes às matérias reguladas pela presente Convenção e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional privado.³

¹ Para citação: PIGNATTA, Francisco A., “Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 7” [in](http://www.cisg-brasil.net) www.cisg-brasil.net, outubro/2012.

² Doutor em Direito Internacional Privado pelas Universidades de Estrasburgo (França) e UFRGS, professor IICS-SP, advogado/consultor no Brasil, Portugal e França (Cabinet Ducrey – Paris), 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. 7: (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa-fé no comércio internacional.

O artigo 7 encontra-se no centro da questão interpretativa da CISG. É por isso que certo autor comentou que é “*a disposição de onde depende o futuro sucesso da Convenção*”⁴.

Esta regra é, entretanto, silenciosa em relação aos métodos propriamente ditos de interpretação. Porém, ela coloca uma diretiva clara – levar em conta o caráter internacional da Convenção – e uma finalidade: a uniformização de sua aplicação e o respeito da boa-fé.

Para uma boa interpretação do texto convencional, o intérprete deve, primeiramente, se ater à letra da disposição, a qual deve ser inserida no sistema da Convenção. É necessário verificar, também, em que lugar está localizado determinado artigo diante do conjunto do texto convencional⁵. É de se notar que existem seis versões oficiais do texto da CISG e todas têm igual valor⁶.

O intérprete deve, também, procurar a finalidade da norma, isto é, sua interpretação teleológica. A doutrina propõe o recurso aos trabalhos preparatórios, instrumento útil para compreender melhor o sentido da norma. Mas o recurso aos trabalhos preparatórios não é tão simples como pode parecer, pois ele deve levar em conta uma apreciação exata do alcance das exclusões⁷. As exclusões do texto convencional são feitas normalmente por razões diversas. Ora é por uma questão de conteúdo, ora por uma imprecisão em sua formulação, ora por uma questão procedimental, ora por se achar que a nova proposição é supérflua, pois já prevista em outra disposição do mesmo texto⁸. Porém, a consulta aos trabalhos preparatórios é, no mais das vezes, de muita utilidade. Ela ajuda descobrir, por exemplo, que a exclusão da CISG pode se fazer de modo tácito⁹ ou se são permitidas cláusulas exoneratórias de responsabilidade.

Enfim, é necessário ter em mente o que bem escreveu o Prof. WITZ: “*É necessário ler e reler a Convenção: três quartos dos erros de interpretação feitos pelos juízes poderiam ser*

(2) *As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.*

⁴ KONERU, Phanesh, “*The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: an Approach Based on General Principles*”, www.cisg.law.pace.edu, *apud* WITZ, Claude, “*CVIM: Interprétation et questions non couvertes*”, RDAI, n. 3/4, 2001, p. 253.

⁵ WITZ, Claude, “*CVIM: Interprétation et questions non couvertes*”, art. cit, p. 255.

⁶ As versões oficiais são em inglês, francês, espanhol, árabe, chinês e russo. A língua portuguesa não faz parte destas seis versões. Isto significa que é necessário tomar certo cuidado com as versões portuguesas pois não são oficiais. Sempre que possível é bom conferir o texto em português com alguma versão oficial. Segundo alguns autores, em caso de dúvida, deve-se privilegiar a versão inglesa pois foi ela a empregada de forma preponderante durante os trabalhos preparatórios (FERRARI, Franco *in* SCHLECHTRIEM, Peter, “*Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*”, 3ª edição, C. H. Beck, Munique, 2000, art. 7, p. 121; MAGNUS, Ulrich *in* STAUDINGER, J. Von, “*Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*”, Sellier-de-Gruyter, Berlim, 1999, art. 7, p. 147). Contra a preferência à versão inglesa sob alegação que todas têm o mesmo valor: NEUMAYER, Karl H. e MING, Catherine, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Ed. Cedidac, Lausanne, 1993, p. 100.

⁷ PLANTARD, Jean-Pierre, “*Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*”, JDI 1988, p. 311.

⁸ NEUMAYER e MING, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, op. cit., p. 98.

⁹ V. nossos comentários ao artigo 6. V. também WITZ, Claude, “*L’exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties*”, D., 1990, chroniques, p. 107.

evitados se os juízes e advogados tivessem tomado o cuidado de ler atentamente a Convenção”¹⁰.

O caráter internacional da Convenção

A fim de atingir a finalidade da CISG, isto é, a sua aplicação uniforme, é necessário levar em consideração seu caráter internacional. Para isto é necessário que o juiz considere a prática de outras jurisdições. Valer-se do repertório de jurisprudências de jurisdições estrangeiras que aplicaram a Convenção é uma das maneiras preconizadas para atingir seu caráter internacional.

O juiz, ao se deparar com um contrato internacional de compra e venda, deverá consultar o estágio da jurisprudência em nível internacional. Nada adianta à uniformização se o juiz brasileiro, por exemplo, tem uma posição totalmente diferente do entendimento do juiz francês ou do juiz japonês, e vice-versa. A interpretação da Convenção deve ser guiada pela jurisprudência já estabelecida e pelos comentários da doutrina especializada. Para isto, vários repertórios de jurisprudência foram organizados para facilitar esta tarefa, sob os auspícios de instituições de renome. São alguns exemplos os sites da Pace University nos Estados Unidos¹¹, da Faculdade de Direito da Universidade de Basel (Suíça)¹², da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL)¹³, do site organizado pelo Prof. Michael Joachim BONELL (Unilex – Itália)¹⁴ e do site organizado pelo Prof. Claude WITZ (CISG – France)¹⁵.

Entretanto, um ponto de equilíbrio deve ser encontrado, pois, mesmo levando-se em consideração a jurisprudência internacional, o juiz não pode simplesmente inclinar-se diante dela. Assim, o julgamento de uma Corte Suprema de um determinado país não terá força de precedente em relação a um juiz de primeiro grau de outro país. Entretanto, ela terá uma autoridade persuasiva¹⁶.

Vejamos um exemplo sintomático:

Jurisprudência

“A Corte Federal de Justiça Alemã¹⁷, ao julgar um litígio envolvendo a aplicação do artigo 39 seguiu uma proposição doutrinária que sugeria como regra geral o prazo de um mês para denunciar o defeito da mercadoria¹⁸. Segundo esta proposição, este prazo seria considerado um justo compromisso entre tradições jurídicas diferentes. Muitas jurisprudências alemãs seguiram este mesmo entendimento como também uma Corte de Apelação Suíça¹⁹. O mais sintomático é que o Tribunal Supremo da Áustria²⁰, mesmo considerando um outro prazo para a denúncia da mercadoria defeituosa (15 dias), se referiu

¹⁰ WITZ, Claude, “*CVIM: Interprétation et questions non couvertes*”, art. cit., p. 256.

¹¹ <http://www.cisg.law.pace.edu>.

¹² <http://www.globalsaleslaw.org>.

¹³ <http://www.uncitral.org>.

¹⁴ <http://www.unilex.info>.

¹⁵ <http://www.cisg-france.org>.

¹⁶ WITZ, Claude, “*CVIM: Interprétation et questions non couvertes*”, art. cit., p. 257.

¹⁷ Bundesgerichtshof, 03/11/1999, n. VIII ZR 287/98, Dalloz, 2000, Som., p. 434, obs. WITZ.

¹⁸ SCHWENZER, Ingeborg, *apud* SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg, “*Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*”, Ed. Oxford, 2010, art. 39, § 17.

¹⁹ Obergericht Kanton Luzern, 08/01/1997, n. 11 95 123/357, Dalloz, 1998, Som., p. 315

²⁰ Oberster Gerichtshof, 16/10/1998, 2 Ob 191/98 X, www.unilex.info.

ao julgamento da Corte Federal de Justiça Alemã para afastar o prazo de um mês pois “as circunstâncias particulares” do caso assim o exigiam.”

O caráter internacional da Convenção está intimamente ligado à uniformidade na aplicação do texto convencional.

Uniformidade da aplicação da Convenção

O objetivo da criação de um direito uniforme reside em uma idéia simples: a de facilitar o tráfico jurídico seja ele em pequena, em média ou em grande escala. No caso da compra e venda internacional de mercadorias, com suas regras consubstanciadas na Convenção de Viena de 1980, a busca é de uma uniformização em grande escala. Não entrando aqui em julgamento de valor para saber da conveniência ou não de um sistema de regras uniformes, o fato é que este sistema facilita em muito o comércio internacional²¹. Saber que o contrato celebrado entre pessoas de países diferentes será regido por uma mesma regra ou pelos mesmos princípios, quebra a barreira do desconhecido e impulsiona as partes a contratar.

Entretanto, o maior desafio para que a uniformização das regras do comércio internacional tenha sucesso é o modo como é feita sua interpretação. Para que haja a uniformização não basta que exista somente um corpo de regras uniformes adotadas por todos os países. É necessário que a interpretação dessas normas seja também uniforme. Assim, *“mesmo havendo uma uniformidade exterior, a aplicação uniforme destas regras não é de nenhum modo garantida, pois, na prática, diferentes países irão inevitavelmente interpretar de modo diferente o mesmo texto”*²².

Deste modo, é na interpretação que mora um perigo que ameaça o direito uniforme e que, se não controlado, rischia de miná-lo a todo instante²³. É como bem disse o professor MARQUIS, a interpretação é como uma “espada de Dâmocles” suspensa sobre o direito uniforme²⁴.

A CISG tomou cuidados em evitar que esta “espada de Dâmocles” caia sobre o direito uniforme. Para limitar, portanto, o perigo de interpretações diversas por tribunais de diferentes países, os redatores da CISG previram que, para interpretar a Convenção, é necessário levar em conta, além do seu caráter internacional, *“a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação”*.

O intérprete tem, assim, um papel fundamental neste esforço uniformizador. Além de seguir o previsto no artigo 7, ele deve se esforçar em motivar plenamente sua interpretação. Ele deve expressar sua visão das coisas com um *“consensus capacity”*²⁵ suficiente e que possibilite a tornar-se um *“international consensus”*. Este mecanismo é fundamental para se alcançar com sucesso a uniformização.

²¹ Sobre a uniformidade da CISG, v. PIGNATTA, Francisco, *“Uniformização: solução às divergências na aplicação das regras de Direito Internacional Privado?”*, no prelo.

²² MUNDAY, R.J.C., *“Comment – The Uniform Interpretation of International Conventions”*, 27 ICLQ 450, 1978 *apud* FERRARI, Franco, *“CISG Case Law: A new challenge for interpreters?”*, RDAI, 1998, n. 4/5, p. 495.

²³ MARQUIS, Louis, *“L’interprétation du droit commercial international uniforme: un modèle personifié par Marc-Antoine”*, RIDC, 2002, p. 97.

²⁴ *Idem*, p. 97.

²⁵ VAN ALSTINE, M., *“Dynamic Treaty Interpretation”*, (1998), 146, U. Pa. L. Rev., p. 788.

Mas o fato é que, ao prevenir o risco de interpretações divergentes pelo viés de diretivas de interpretação e a previsão do preenchimento de lacunas, a Convenção deve ser considerada como um sistema completo e autossuficiente²⁶. Ela não depende, portanto, de outros sistemas jurídicos para ser aplicada.

Assim, a interpretação da CISG deve ser realizada de modo autônomo, sem interferência do direito interno do foro. É a forma de se alcançar a uniformização da interpretação da Convenção respeitando seu caráter internacional. Alguns autores, entretanto, relativizam esta máxima em determinadas situações²⁷.

Em nosso ponto de vista, a tentação maior do intérprete ao analisar o texto convencional é a de fazê-lo tendo somente em mente seu direito nacional. É importante, assim, ter enorme cuidado no manuseio da Convenção para não ceder a esta tentação. Alguns julgados, entretanto, caíram neste erro. Eles mostram, de forma negativa, o que se deve evitar²⁸. Vejamos um deles:

Jurisprudência

“O Direito Francês faz uma diferença entre contratos de compra e venda e contratos de locação de serviços (“contrat d’entreprise”). O contrato de locação de serviços difere do contrato de compra e venda, pois naquele, uma pessoa, “A”, confia a uma outra, “B”, a fabricação de um produto que não corresponde a modelo pré-estabelecido, mas que satisfaz às necessidades particulares exprimidas pela primeira pessoa, “A”²⁹.

Já vimos, na análise do artigo 3, que a CISG utiliza de uma certa forma esta diferença, mas prevê que, somente em determinadas situações o contrato não poderá ser considerado como de compra e venda e excluir-se-á a aplicação do texto convencional.

A Cour d’appel de Chambéry³⁰, porém, não fez a devida qualificação da relação jurídica e afastou a aplicação da CISG³¹ diante de um contrato realizado entre uma empresa francesa (fabricante de conectores) e uma empresa italiana (sua cliente) cujo objeto seria a fabricação de conectores segundo esquemas e normas fornecidas pela empresa italiana. Esta qualificação da Corte Francesa não levou em conta o previsto pela CISG a qual considera o fornecimento de planos técnicos, desenhos, fórmulas ou outras especificações como sendo um contrato de compra e venda³². O que fez a Corte Francesa foi qualificar o contrato segundo o critério interno francês de distinção entre compra e venda e contrato de locação de serviços³³.

Ao lado da necessidade de promover a uniformidade da aplicação da CISG, outro objetivo perseguido por ela é o de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional.

²⁶ AUDIT, Bernard, “Présentation de la Convention” in DERAIS, Yves et GHESTIN, Jacques, “La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms”, LGDJ, p. 31.

²⁷ FERRARI, Franco, “CISG Case Law: A new challenge for interpreters?”, art. cit., p. 495. WITZ e SCHLECHTRIEM consideram que o recurso ao direito nacional só é possível quando um conceito ou uma solução prevista na Convenção foi visivelmente influenciado por um sistema jurídico determinado. Neste caso, para melhor o compreender, poderá o juiz se basear no “direito nacional fonte” para solucionar o caso concreto (SCHLECHTRIEM e WITZ, “Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises”, Ed. Dalloz, 2008, p. 59)

²⁸ Cour d’appel d’Aix-en-Provence, 21/11/1996 in www.cisg-france.org; Cour d’appel de Paris, 21/05/1999, D., 2000, Som., p. 422, obs. WITZ.

²⁹ Cour de cassation, Ch. com., 07/11/2006, Bulletin, 2006, IV, n. 215, p. 241.

³⁰ 25/05/1993, Revue de jurisprudence commerciale, 1995, p. 242, obs. WITZ.

³¹ A Corte Francesa considerou que: “à evidência não se trata de um contrato de compra e venda internacional segundo a Convenção de Viena, a qual não é aplicável”.

³² V. art. 42, letra “F” da CISG.

³³ WITZ, Claude, “CVIM: Interprétation et questions non couvertes”, art. cit, p. 256.

O respeito da boa-fé no comércio internacional

O respeito da boa-fé no comércio internacional foi previsto expressamente no texto convencional em seu artigo 7, alínea 1^a. Entretanto, da análise dos trabalhos preparatórios percebe-se o quanto sua inclusão foi controvertida. Para se chegar à redação do artigo 7, no que concerne a boa-fé, foi preciso alcançar um compromisso entre as delegações dos países participantes da conferência de Viena. As divergências provinham, sobretudo, dos delegados oriundos dos sistemas jurídicos da *Common Law* e os da *Civil Law*. O sistema jurídico da *Common Law* não conhece este princípio da mesma forma como é consagrado em vários sistemas jurídicos da *Civil Law*, razão pela qual as posições não convergiam a um denominador comum. Esta divergência não se verificou somente durante os trabalhos preparatórios; após a entrada em vigor da CISG, a doutrina continuou a divergir.

Sem dúvida a previsão do princípio da boa-fé é o ponto mais controvertido de toda a Convenção. Que este princípio foi consagrado pela Convenção, ninguém discute. As divergências referem-se a seu alcance. Pelo fato deste princípio ser fruto de um compromisso, é que se dificulta encontrar um denominador comum entre as opiniões. Neste sentido, é sintomática a afirmação do Prof. Farnsworth: “*a perversion of the compromise to let a general principle of good faith in by the back door*”³⁴.

O princípio da boa-fé do artigo 7, alínea 1^a

No que se refere à alínea 1^a, o princípio da boa-fé foi erigido como uma regra de interpretação e que se direciona preferencialmente ao juiz, pois é dele a função de interpretar o texto convencional. Assim, a alínea 1^a não prevê regras de conduta que se impõem às partes durante a conclusão e a execução do contrato, apesar da constatação de que uma série de normas previstas na Convenção consagra este princípio principalmente sob a alcunha do termo “razoável”.

Os redatores da CISG debateram longamente sobre a questão de saber se o princípio da boa-fé deveria ou não ser consagrado como uma norma geral de comportamento das partes contratantes. Chegaram eles a conclusão de que não seria possível esta solução³⁵, pois temiam que houvesse interpretações díspares deste princípio segundo cada juiz nacional. O receio dos redatores da Convenção foi que, no momento de aplicar o princípio da boa-fé, o juiz iria procurar em seu próprio ordenamento jurídico qual deveria ser a noção de boa-fé a considerar devido ao fato da inexistência de um conceito universal de boa-fé. Esta diversidade poderia produzir resultados diferentes na interpretação da Convenção de Viena³⁶. É o problema da interpretação de um princípio geral segundo as “lentes” de cada sistema jurídico nacional.

Outros argumentos foram levantados à época, e o são ainda hoje, para não se aplicar diretamente o princípio da boa-fé às partes e fazer deste princípio somente uma diretriz de interpretação.

³⁴ FARNSWORTH, Allan E., “*Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles. Relevant International Conventions and Nations Laws*”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 1994, p. 47.

³⁵ SCHLECHTRIEM e WITZ, “*Convention de Vienne sur les Contrats de vente internationale de marchandises*”, op. cit, p. 60.

³⁶ EÖRSI, Gyulia, “*Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*”, *American Journal of Comparative Law*, n. 27, p. 311.

Assim, segundo uma corrente, o domínio de aplicação do artigo 7, alínea 1^a, seria restrito. Diante de uma matéria que não é expressamente consagrada pela Convenção, a interpretação não poderia ser um instrumento criador de novas normas. O juiz não poderia misturar a alínea primeira com a alínea segunda com o único objetivo de uniformizar a interpretação e aplicar o respeito da boa-fé em matérias que não são expressamente resolvidas pela Convenção. Por esta razão, “*não se deve permitir a imposição de funções adicionais a caráter positivo às partes*”³⁷.

Muitas consequências poderiam ser tiradas deste ponto de vista: primeiramente, a aplicação do princípio da boa-fé seria reservada somente aos juízes e não as partes. A razão é que, se ela dependesse das partes, ela poderia ser excluída seguindo o previsto no artigo 6 – autonomia da vontade – o que não é desejável. Assim, a boa-fé do artigo 7, alínea 1^a, não seria nada mais que um critério adicional ou simplesmente uma ferramenta de interpretação à disposição dos juízes para neutralizar os perigos de resultados injustos³⁸.

Ademais, a CISG prevê, em outros de seus artigos, certos casos específicos do respeito à boa-fé³⁹. Fora destes casos previstos, não se poderia aplicar tal princípio.

Para responder a estes argumentos, uma corrente doutrinária, minoritária, considera que há meios de rebater estas críticas e aplicar diretamente o princípio da boa-fé segundo a alínea 1^a do artigo 7.

Segundo esta corrente, é necessário primeiro, verificar o que vem a ser a interpretação de um contrato de acordo com o princípio da boa-fé. Para isto, deve-se considerar que, para “*interpretar um texto jurídico como um contrato, um tratado ou uma lei, segundo o princípio da boa-fé, é interpretá-lo segundo seu espírito e não como um direito restrito*”⁴⁰. Assim, se a boa-fé fosse somente uma ferramenta para neutralizar resultados injustos, sua inclusão no artigo 7 seria supérflua, pois esta função é preenchida pela equidade a qual se impõe a todos os juízes de todos os sistemas jurídicos ou a todos os árbitros. Sua inclusão teria somente um efeito decorativo, exterior a todo alcance prático e real, o que certamente não teria sido a vontade dos redatores da Convenção.

Em segundo lugar, a ideia da exclusão da boa-fé pelas partes não seria, também, concebível. Este princípio foi erigido para ser um princípio geral e sua exclusão não poderia ser concebida em nenhuma situação⁴¹. Tendo a característica de uma cláusula geral⁴², este princípio é a coluna do sistema sobre o qual está baseado o texto convencional e, sobretudo, a derrogação à aplicação da boa-fé pelas partes significaria, no fundo, que as partes poderiam agir de má-fé, o que não é aceitável.

³⁷ FELEMEGAS, John, “*The United Nations Convention on Contracts the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*”, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Ed. Kluwer Law International (2000/2001), p. 115.

³⁸ Idem, p. 115.

³⁹ Artigos 16.2.b., 29.2., 40, 77, 85 a 88 etc.

⁴⁰ ZOLLER, Elisabeth, “*Bonne-foi*”, Dictionnaire de la culture juridique, Ed. PUF e Ed. Lamy, 2003.

⁴¹ Sustentando que a boa-fé do artigo 7 não pode ser excluída pela vontade das partes, v. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “*El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*”, 2001, § 143, www.cisg.law.pace.edu, BONELL *in* BIANCA e BONELL, “*Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*”, Ed. Giuffrè, Milão, 1987, p. 60.

⁴² FRADERA, Véra Maria Jacob de, “*A saga da uniformização da compra e venda internacional: da Lex Mercatoria à Convenção de Viena de 1980*” *in* “*O Direito Internacional e o Direito Brasileiro*”, Estudos em homenagem de José Francisco Resek, Ed. Unijuí, 2004, p. 809.

Ademais, a Convenção pode ser considerada como um *standard* de comportamento exigido das partes⁴³ e é somente em caso de litígio que os juízes são chamados a interpretar as disposições convencionais. Os atores do comércio internacional são os comerciantes e não os magistrados. Como bem assinala o Prof. BONELL, “a Convenção de Viena impôs às partes a obrigação de adotar (...) uma atitude conforme as exigências da boa-fé. Assim, toda deslealdade (...) constituiria uma falta às obrigações que a Convenção coloca às partes”⁴⁴.

O receio de haver interpretações diversas por juízes nacionais, uma das críticas já mencionadas, refere-se a todos os textos internacionais. Este perigo pode aparecer, também, na interpretação de todas as outras noções gerais que se encontram no texto da CISG. A idéia de “razoável”, por exemplo, (homem ou pessoa razoável⁴⁵, prazo razoável⁴⁶, irrazoável⁴⁷ etc.) é um conceito não explicitado pela Convenção e que o juiz deve interpretar se baseando em noções pessoais.

Sabemos que a jurisprudência tem um papel uniformizador criando contornos mais objetivos a noções imprecisas. Assim, o pseudo-perigo de haver decisões diversas em relação a um mesmo conceito será certamente diminuído pela jurisprudência crescente. Que seja necessário dar ao princípio da boa-fé contornos mais concretos e objetivos, não há dúvida. Mas, este é o grande desafio da jurisprudência⁴⁸.

A pretensa insegurança, devida à aplicação das regras convencionais é, também, desmentida pela prática. Como bem diz o Prof. OSMAN, “a aparente insegurança que pode suscitar o recurso a conceitos gerais é igualmente sentida como um inconveniente mínimo pelos operadores do comércio internacional”⁴⁹. De outra parte, a utilização pela CISG de termos não tão precisos como “usos do comércio internacional” e “homem razoável”, entre outras, legitima o recurso aos princípios gerais como é o caso da boa-fé, princípio universal em sua essência⁵⁰. Como bem assinalou a delegação da Holanda, durante as discussões preparatórias do texto convencional, mesmo se a noção de boa-fé for vaga e puder criar incertezas na aplicação da Convenção de Viena, este inconveniente é mais que compensado pelo fato da noção ser conforme à equidade⁵¹.

Enfim, a CISG foi elaborada como um documento de teor civilista. Ela não é um modelo de legislação do direito costumeiro, apesar do fato de que ela comporta, também, noções e

⁴³ Segundo o *rapport* arbitral da Câmara de Comércio e Indústria da Hungria de 17/11/1995 (www.unilex.info), o artigo 7 rege o comportamento das partes durante a execução do contrato. V. PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar, “*El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*”, “op. cit”, § 142.

⁴⁴ BONELL, Michael Joachim, “*Vertragsverhandlungen und Culpa in contrahendo nach dem Wienwe Kaufrechtubereinkommen*”, p. 693 *apud* HEUZÉ, Vincent, “*La formation du contrat selon la CVIM: quelques difficultés*”, RDAI, n° 3/4, 2001, p. 285.

⁴⁵ Artigos 8.2 e 8.3; 25; 35.2.b; 60; 72.2; 75; 77; 79.1; 85; 86; 88.2.

⁴⁶ Artigos 18.2; 33.c; 39.1; 43.1; 47.1; 48.2; 49.2.a, b; 63.1; 65.1; 73.2; 75.

⁴⁷ Artigos 34; 37; 48.1; 87; 88.2.

⁴⁸ Em um caso julgado pela Corte Federal de Justiça Alemã (31/10/2001, D., 2003, Jur., p. 2362, nota Limbach), os juízes sustentaram que “*seria contrário ao princípio da boa-fé no comércio internacional (art. 7, al. 1ª, CISG), como também ao dever geral de cooperação e de informação das partes, impôr ao contratante a incumbência de pesquisar o conteúdo de cláusulas não enviadas e de o fazer suportar os riscos e os inconvenientes ligados às condições gerais não conhecidas dele*”.

⁴⁹ OSMAN, Filali, “*Les principes généraux de la ‘Lex Mercatoria’*”, Ed. LGDJ, Paris, 1992, p. 29.

⁵⁰ LALIVE, Pierre, “*Sur la bonne foi dans l’exécution des contrats*”, Mélanges Raymond Vander Elst, Ed. Nemesis, Bruxelas, 1986, t. 1, p. 436.

⁵¹ *Rapport A/CN.9/146*, § 72, Anuário da CNUDCI, vol. VII, 1976.

conceitos vindos do sistema da *Common Law*⁵². Deste modo, é normal encontrar certa reticência dos autores oriundos deste sistema jurídico em relação à existência de princípios gerais que se impõem ao juiz e, também, às partes. Mas, se a escolha foi de elaborar uma convenção com estes contornos, não se poderá agora desnaturá-la para que ela possa “entrar em uma forma anglo-saxã”. Por outro lado, é necessário reconhecer a dificuldade dos juristas, dos juízes e das partes habituadas ao sistema jurídico da *Common Law* no momento de aplicar uma convenção do tipo da CISG. O sistema dos precedentes não está presente, ao menos não do mesmo modo⁵³, e o juiz deve visar a uniformidade em escala mundial. Mas isto não pode impedir de analisar a Convenção de Viena no sentido civilista do termo, isto é, como uma “*exposição metódica e dedutível de um ramo do direito*”⁵⁴.

Encontramos, nas discussões referentes à aplicação ou não do princípio da boa-fé, argumentos consistentes em ambos os polos de pensamento⁵⁵. É por esta razão que, segundo nosso entendimento, o mais sensato será buscar uma solução, seja ela de modo subsidiário ou não, que fuja da aplicação da alínea 1ª do artigo 7.

A aplicação do princípio da boa-fé pelo viés do artigo 7, alínea 2ª

Corroboramos a análise do Prof. WITZ, segundo a qual a discussão sobre a aplicação do princípio da boa-fé segundo o artigo 7, alínea 1ª é de pouco alcance, tendo em vista que o princípio da boa-fé pode, e deve, ser aplicado sob o fundamento do artigo 7, alínea 2ª, isto é, pelo viés dos princípios gerais inspiradores da Convenção⁵⁶.

Desta forma, todas as matérias reguladas pela CISG, mas que não são expressamente resolvidas por elas poderão ser decididas segundo o princípio da boa-fé, não segundo a alínea 1ª do artigo 7, mas, de acordo com sua alínea 2ª, isto é, como parte dos princípios gerais inspiradores da CISG.

Para se compreender a aplicação do sistema dos princípios gerais, necessário se faz conhecer, antes, o que são as lacunas da CISG.

As lacunas na Convenção de Viena

Da análise dos trabalhos preparatórios e da final aprovação do texto convencional, descobre-se que sobre diversas matérias não houve um posicionamento claro por parte dos redatores da CISG. Muitas vezes houve mesmo “silêncios”. Estes “silêncios” da Convenção são chamados também de “zonas cinzentas” onde não aparece claro a razão pela qual não houve um posicionamento do redator do texto convencional. Estas “omissões” são consideradas pela

⁵² O Prof. BONELL mostra, por exemplo, a semelhança entre o artigo 8 da CISG e o parágrafo 1-205 do “*Uniform Commercial Code*” dos Estados Unidos (BIANCA e BONELL, “*Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*”, “op. cit.”, p. 105).

⁵³ Segundo o artigo 7, tomando em consideração a finalidade da uniformização, as decisões anteriores referentes ao texto convencional devem ser levadas em consideração pelo juiz no momento de julgar o caso novo. Entretanto, a decisão anterior não tem um caráter vinculante. Este sistema tem uma pálida semelhança com o sistema de precedentes utilizados pela “*Common Law*”.

⁵⁴ AUDIT, Bernard, “*La vente internationale de marchandises*”, Ed. LGDJ, 1990, p. 50, nota 1.

⁵⁵ Sobre a aplicação do princípio da boa-fé à fase pré-contratual, v. PIGNATTA, Francisco, “*La phase précontractuelle sous l’empire de la Convention de Vienne de 1980: une étude comparative avec les droits français et brésilien*”, Ed. Nomos, 2011.

⁵⁶ SCHLECHTRIEM e WITZ, “*Convention de Vienne sur les Contrats de vente internationale de marchandises*”, op. cit, p. 61.

doutrina como “lacunas”. A doutrina tem o hábito de considerar como lacuna um ponto sobre o qual a lei, silenciosa ou insuficiente, tem necessidade de ser completada por aquele que a aplica ou a interpreta⁵⁷.

Na CISG é necessário distinguir dois gêneros de lacunas existentes: as lacunas externas e as lacunas ditas internas.

As lacunas externas, que correspondem às matérias expressamente ou implicitamente excluídas do texto convencional, já foram tratadas quando da análise dos artigos 4 e 5.

As lacunas internas são aquelas cuja questão concerne uma matéria prevista pela Convenção, mas que não foi suficientemente tratada em seus artigos. Para preencher uma lacuna interna, será necessário recorrer, como prescreve o artigo 7 alínea 2, aos princípios gerais nos quais a CISG se inspira e, subsidiariamente, se socorrer da lei aplicável designada pela regra de conflito de leis.

Assim, diante de uma matéria que faz parte do campo de aplicação da Convenção, mas que não foi suficientemente resolvida por ela, devemos nos apoiar nos princípios gerais inspiradores da Convenção.

O sistema dos princípios gerais

O sistema dos princípios gerais na CISG busca evitar que os aplicadores do direito se inclinem sobre suas tradições respectivas no momento de preencher uma lacuna convencional, pois o direito uniforme e o direito nacional são dois campos diversos com regras e princípios diversos. Diante de um contrato de compra e venda internacional, o juiz deve utilizar as “lentes” do direito uniforme; diante de um contrato interno ele deve utilizar as “lentes” do direito interno. Esta difícil manobra deve ser continuamente exercida pelo juiz sob pena de desfigurar o arcabouço da uniformização.

Ademais, este sistema foi a forma utilizada pelos redatores da CISG para que ela adquira uma certa auto-suficiência, sem depender dos sistemas jurídicos nacionais⁵⁸. Assim, sua estrutura interna a deixa capaz de se adaptar e de evoluir. O sistema dos princípios gerais confere ao direito uma dimensão viva e progressiva, evitando o vazio jurídico diante de situações novas⁵⁹.

Mas quais são estes princípios gerais que inspiram a Convenção?

Segundo o Prof. WITZ⁶⁰, os princípios gerais podem ser divididos em três categorias: os princípios diretamente colocados pela Convenção ela mesma, os princípios implícitos no texto convencional e o princípio geral de boa-fé. Podemos elencar, também, outros princípios de alcance mais limitado.

Os princípios expressamente previstos pela Convenção são os princípios da liberdade contratual, consagrado pelo artigo 6, e o princípio da liberdade de forma do contrato, consignado no artigo 11. O caráter geral destes princípios fica patente seja pelo conteúdo das

⁵⁷ CORNU, Gérard, “*Vocabulaire juridique*”, Ed. PUF, 2001.

⁵⁸ VAN ALSTINE, M., “*Dynamic Treaty Interpretation*”, “*art. cit.*” p. 788.

⁵⁹ *Idem*, p. 788.

⁶⁰ WITZ, Claude, “*CVIM: Interprétation et questions non couvertes*”, “*art. cit.*”, p. 256.

normas mencionadas, seja por sua inserção no capítulo 2 da Convenção consagrado às disposições gerais⁶¹.

Os princípios implicitamente previstos pela Convenção, exclusão feita do princípio da boa-fé já analisado, têm vocação a reger questões neutras. O primeiro deles, e de um alcance geral, é o da força obrigatória do contrato. Várias disposições convencionais o deixam entrever, especialmente os artigos 30 e 53 que prevêm as obrigações das partes e o artigo 79 que define as condições estritas de exoneração da responsabilidade⁶².

Temos, por fim, o princípio geral da boa-fé cuja aplicação deve ser considerada, principalmente, pelo viés do artigo 7, alínea 2ª da Convenção e não de aplicação imediata segundo o artigo 7, alínea 1ª. Neste aspecto, é interessante notar que as regras de conduta oriundas das práticas do comércio internacional, seja de maneira geral, seja de um ramo específico, levam a observância do princípio da boa-fé pelas partes. Ademais, muitos instrumentos internacionais consagram esta prática, como é o caso dos princípios UNIDROIT referentes aos contratos do comércio internacional, os *Incoterms*, certos “contratos-tipos”⁶³ ou ainda as regras da CCI sobre os créditos documentários⁶⁴.

Na prática, a aplicação do princípio da boa-fé pelo viés do artigo 7.2 não muda em nada seu alcance, porém exige do juiz a consideração do que se convencionou chamar a “*Lex Mercatoria*”. A jurisprudência tende a aplicar o princípio da boa-fé, mas de maneira prudente. Ela aplica este princípio, sobretudo, referindo-se à interdição de se contradizer em detrimento de outrem (*venire contra factum proprium*)⁶⁵ e a obrigação de cooperação entre as partes⁶⁶. Os poucos julgamentos que excluem o princípio da boa-fé como paradigma de comportamento das partes⁶⁷ o fizeram sob o fundamento da alínea 1ª do artigo 7. Mas eles constituem uma exceção.

Outros princípios, de alcance mais limitado, podem, também, ser assim elencados:

- O lugar de execução da obrigação de pagar um valor em dinheiro é o do estabelecimento do vendedor. Segundo o artigo 57, o preço deve ser pago, exceto estipulação em contrário, no estabelecimento do vendedor.

- O ônus da prova segue o princípio geral segundo o qual incumbe a parte de provar que as condições de aplicação da norma em seu favor estão reunidas (artigo 79). Do mesmo modo,

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem.

⁶³ “Contrato-tipo” do GAFTA (The grain and Feed Trade Association) referente ao fornecimento de grãos e forragem (www.gafta.com).

⁶⁴ V. www.cci.fr.

⁶⁵ Tribunal Arbitral da Câmara Federal Econômica da Áustria, 15/06/1994, RIW, 1995, p. 591; Oberlandesgericht Karlsruhe, 25/06/1997, D. 1998, Somm. p. 310. Sobre este princípio v. POPP, Carlyle, “*Responsabilidade civil pré-negocial*”, Ed. Juruá, 2002, p. 125; FICHTNER PEREIRA, Regis, “*A responsabilidade civil pré-contratual*”, Ed. Renovar, 2001, p. 84; MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e, “*Da boa-fé no direito civil*”, Ed. Almedina, 1984, p. 742

⁶⁶ Mencionado de modo implícito pela *Cour d’appel de Grenoble*, 21/10/1999, JDI 2000, p. 1016.

⁶⁷ Sentença CCI, aff: 8611/HV/JK (www.jura.uni-freiburg.de). Nesta decisão, o árbitro afirma que “*as obrigações secundárias a cargo das partes não podem nascer da exigência da boa-fé do artigo 7, alínea 1ª, pois esta norma é destinada somente a interpretação da Convenção*”.

aquele que invoca o benefício de uma exceção a uma regra de princípio, deve provar que esta exceção pode ser aplicada (exemplos: artigo 2.a., artigo 35, 2.b.)⁶⁸.

Outros autores mencionam outros princípios que podem ser considerados como gerais e que obrigam as partes. O Prof. HEUZÉ menciona o princípio segundo o qual as partes devem adotar uma atitude razoável durante a relação contratual e o princípio da preferência à manutenção do contrato em detrimento de sua dissolução⁶⁹.

O Prof. AUDIT, por sua vez, acrescenta, também, o princípio de informação que é traduzido pela máxima do dever de comunicar uma informação quando ela é importante ao negócio. Porém, o Prof. AUDIT considera que, antes mesmo de se socorrer dos princípios gerais, o intérprete deve utilizar um raciocínio por analogia. Ele menciona o caso do artigo 81.2 que deve ser solucionado por analogia segundo os artigos 57 e 58⁷⁰ não havendo necessidade de recorrer aos princípios gerais.

E por finalizar a análise do artigo 7, veremos seu último ponto: o recurso ao método de direito internacional privado.

Uma solução subsidiária: o recurso às regras de direito internacional privado

Os redatores da Convenção, cientes de que ela não poderia prever todas as situações referentes à compra e venda, previram uma solução subsidiária: o recurso ao método de conflito de leis do direito internacional privado.

Assim, caso os princípios gerais inspiradores da Convenção não resolvam o caso litigioso, deve o intérprete se socorrer do método de conflito de leis e aplicar a lei nacional que tem vocação a regir o negócio jurídico.

Para se aplicar o método de direito internacional privado deve o juiz, primeiramente, qualificar a relação jurídica, depois encontrar o elemento de conexão, isto é, descobrir a lei nacional aplicável para, em seguida, aplicar o direito vigente neste local⁷¹.

Ocorre que, muitos contratos celebrados no âmbito internacional são contratos complexos ou contratos simples, mas com questões jurídicas diversas a resolver. Nestes casos, é possível que determinada matéria jurídica entre no campo de aplicação da Convenção e determinada matéria seja excluída de sua análise.

Nestes casos, o juiz deverá proceder ao que se chama de “*dépeçage*”, isto é, um desmembramento das matérias relativas ao contrato no momento de aplicar a lei competente: ao que é do domínio de aplicação da CISG, aplicam-se as regras da Convenção; ao que está fora de seu domínio de aplicação, aplica-se o direito nacional competente utilizando-se o método de conflito de leis do direito internacional privado.

Assim, o recurso às regras de direito interno deve ter como condição o fato da Convenção não resolver a questão litigiosa nem de maneira explícita nem implícita, nem por seus princípios gerais. Em outros termos, o artigo 7, alínea 2, refere-se às questões que, mesmo fazendo parte

⁶⁸ WITZ, Claude, “*CVIM: Interprétation et questions non couvertes*”, “*art. cit.*”, p. 256.

⁶⁹ HEUZÉ, Vincent, “*La vente internationale de marchandises – Traité des contrats*”, Ed. LGDJ, 2000, p. 89.

⁷⁰ AUDIT, “*La vente internationale de marchandises*”, *op. cit.*, p. 50 e 51.

⁷¹ Sobre o método de direito internacional privado ver, dentre outros, DOLINGER, Jacob, “*Direito Internacional Privado – Parte Geral*”, Ed. Renovar, 6ª edição, 2002; BUREAU, Dominique e MUIR WATT, Horatia, “*Droit international privé – Tome I – Partie générale*”, Ed. PUF/Thémis, 2007.

do domínio de aplicação da Convenção, foram “*negligenciadas durante as deliberações (dos trabalhos preparatórios) ou, mesmo que discutidas não foram solucionadas, seja porque se quis deixar a decisão à discreção da jurisprudência futura, seja porque não se podia simplesmente chegar a um acordo sobre a matéria*”⁷². O artigo 7, alínea 2, não se refere, portanto, a questões exteriores ao domínio de aplicação da CISG.

Como já assinalado, esta solução é subsidiária, isto é, somente será aplicada caso a Convenção não resolva de forma satisfatória a matéria em questão. Por esta razão, não pode o juiz, por mero capricho ou facilidade, aplicar diretamente as regras de conflito de leis sem indagar se a questão entra ou não no domínio de aplicação da CISG.

Esta última ressalva é importante na medida em que, diante de determinada situação, o juiz terá tendência em aplicar diretamente as regras de conflito de leis, pois, em última análise, estará aplicando sua lei nacional. É a solução mais fácil, porém em desacordo com o proposto pela Convenção.

Outra ressalva importante ao juiz brasileiro é o modo pela qual serão aplicadas as regras de direito internacional privado. Não habituado à utilização deste método, o juiz nacional poderá ter dificuldades em sua manipulação. É por isso que certo rigorismo na análise e qualificação do elemento jurídico em questão é fundamental. Uma boa qualificação é um grande passo para uma boa solução da regra de conflitos. Para isto, o estudo de bons autores nacionais e estrangeiros facilitará a boa aplicação do método de direito internacional privado.

Uma possível solução para se alcançar com mais segurança a uniformidade da aplicação da CISG seria a existência de um Tribunal Supremo Internacional aplicado ao comércio, cuja vocação primeira seria a de assegurar a igual aplicação da lei. Devido à dificuldade de se chegar a este patamar, alguns autores propuseram, como alternativa, a criação de Tribunais Supremos Regionais, que englobassem comunidades econômicas de âmbito supranacional como a União Européia, o Mercosul, a Alca, etc.

Pensamos, entretanto, que não foi este o objetivo primeiro da Convenção e, talvez, não seria desejável a existência de um Tribunal deste tipo, pois o comércio internacional é por demais dinâmico e variado devendo imperar certa liberdade de manobras características deste setor.

É por esta razão que a CISG cuidou em se socorrer dos princípios gerais inspiradores do texto convencional para solucionar as matérias não expressamente resolvidas por ela. Este sistema tem a grande vantagem de traçar linhas diretivas gerais aplicadas a certo ramo do direito sem produzir entendimentos estanques e vinculativos como seria o caso de haver um Tribunal Supremo Internacional.

⁷² NEUMAYER e MING, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, “*op. cit.*”, p. 105.