

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO “O NOVO DIREITO INTERNACIONAL”**

MARIA CAROLINA GUARIENTI PINTO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRANSFERÊNCIA DO RISCO NA
CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980**

Porto Alegre

2014

MARIA CAROLINA GUARIENTI PINTO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRANSFERÊNCIA DO RISCO NA
CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do grau de Especialista em
Direito Internacional.

Professor Orientador: Silvio Javier Batello
Calderón

Porto Alegre

2014

Para meus pais, Francisco e Iane, minha
irmã, Maria Victória e meu namorado,
Natan.

Obrigada!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais, Francisco e Iane e minha irmã, Maria Victoria, pelo amor, apoio e incentivo durante o curso de especialização, especialmente no desenvolvimento deste estudo, e em tudo mais que eu realizei até hoje.

Agradeço a meu namorado, Natan, pelo apoio, amor, ajuda, incentivo e paciência incondicionais na elaboração deste trabalho e pela fé que sempre tem em mim.

Agradecimento especial ao Professor Silvio Batello, pela orientação e dedicação, por dividir seus conhecimentos e pela sugestão do tema.

Agradeço também aos colegas pelo companheirismo até os momentos finais da Especialização.

RESUMO

A recente submissão do Brasil à Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional de mercadorias impõe a incorporação de suas normas ao ordenamento jurídico interno, devendo adaptar-se o sistema brasileiro às disposições da Convenção, quando tratar-se a relação jurídica de um contrato internacional de compra e venda de mercadorias. Saber a quem recai o risco de eventuais danos ou mesmo a perda dos produtos durante toda a execução do contrato é de extrema relevância para que seja garantida sua máxima efetividade, bem como a segurança jurídica na compra e venda. Por isso, a Convenção de Viena detém-se a impor o risco à determinada parte, de acordo com a situação originada pelo contrato, de acordo com o princípio da Boa-Fé objetiva. No Brasil, apesar da brevidade do Código Civil ao tratar sobre o tema, bem como de divergências conceituais a determinar a transferência ou não do risco, o referido diploma também baseia-se na boa-fé, de forma a reduzir a relevância das disparidades entre os dois textos, o que deverá diminuir a dificuldade em sua aproximação e na recepção das normas convencionais pelo Brasil.

Palavras-chave: Convenção de Viena. Risco. Transferência.

ABSTRACT

The recent submission of Brazil to the Vienna Convention of 1980 on the international sale of goods requires the incorporation of their standards by the domestic legal system, the Brazilian system must adapt itself to the provisions of the Convention, when the legal relationship is an international agreement of purchase and sale of goods. Knowing who bears the risk of any damage or even loss of the products throughout the execution of the contract is extremely important to guarantee their maximum effectiveness and legal certainty in buying and selling. Therefore, the Vienna Convention imposes the risk to a certain party, according to the situation arising out of the contract, in accordance with the principle of objective good faith. In Brazil, despite the brevity of the Civil Code when dealing on the issue, as well as conceptual differences to determine whether or not the risk passes, that diploma is also based on good faith, so as to reduce the significance of differences between the two texts, which should ease the difficulties in their approach and in receipt of conventional norms by Brazil.

Key-words: Vienna Convention. Risk. Passing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 COMPRA E VENDA E COMÉRCIO INTERNACIONAL	9
1.1 A COMPRA E VENDA E OS “RISCOS” NO ÂMBITO INTERNACIONAL	9
1.2 A TRANSFERÊNCIA DO RISCO E A SUA REGULAMENTAÇÃO NOS INCOTERMS.....	11
1.3 A VALIDADE JURÍDICA DOS INCOTERMS NO BRASIL.....	16
1.4 A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980	17
2 AS REGRAS GERAIS DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE OS RISCOS	19
2.1 A RESPONSABILIDADE DAS PARTES QUANTO ÀS MERCADORIAS.....	19
2.2 A TRANSFERÊNCIA DO RISCO NOS CONTRATOS QUE ENSEJEM TRANSPORTE	25
3 AS REGRAS ESPECIAIS DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE OS RISCOS ...	33
3.1 A TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS DAS MERCADORIAS EM TRÂNSITO	33
3.2 A TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS QUANDO NÃO HÁ TRANSPORTE.....	40
3.3 RISCO E INADIMPLENTO CONTRATUAL	48
3.3.1 Situações específicas	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

Dentre as relações humanas, as relações comerciais têm grande importância, contribuindo de forma decisiva para o desenvolvimento da sociedade e circulação da economia.

O contrato de compra e venda, o mais frequente em tais situações, é considerado pela doutrina como o mais importante dos contratos, motivo pelo qual é aqui estudado, conforme preceitua Silvio de Salvo Venosa: “Em singela síntese, a compra e venda pode ser definida como a troca de uma coisa por dinheiro. Nesse contexto, cumpre fixar que inexistente na sociedade moderna contrato mais importante e mais utilizado”.¹

As formas de negociação e execução da compra e venda vêm sofrendo adaptações com o decorrer dos anos e com a evolução da sociedade, moldando-se à realidade e às necessidades de cada sujeito e de cada época.

Assim, com o advento da tecnologia, as relações contratuais de compra e venda internacional – aquelas que apresentam o chamado “elemento de estraneidade” – tornam-se cada vez mais presentes em nosso contexto social. Da mesma forma, quanto mais comuns tais transações maiores as chances de eventuais divergências entre os contratantes, aumentando portanto a necessidade de amparo jurídico para estas questões.

Considerando-se o referido elemento de estraneidade, não raro os diplomas legais internos dos países de origem das partes não se prestam a dirimir o problema, dados os limites de aplicabilidade de leis domésticas no cenário internacional, bem como os limites impostos pelos próprios países à aplicação de leis estrangeiras em seu território.

Em razão de tal lacuna, surgiram os acordos e órgãos internacionais, encarregados de promover, tanto quanto possível, uma uniformização das normas

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 25.

utilizáveis em contratos internacionais de compra e venda mercantil, a exemplo das INCOTERMS, adiante analisadas.

Entretanto, tais normas não possuíam caráter vinculativo aos países e entidades que a eles se submetessem, consistindo sim em propostas de diretrizes a serem analisadas para facilitar a resolução dos problemas, quando estes ocorressem.

Daí a relevância do presente tema, a Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias, por tratar-se de acordo internacional recepcionado pelo ordenamento jurídico interno dos Estados assinantes, dentre os quais o Brasil recentemente se enquadrou.

A Convenção de Viena preocupa-se, em seus artigos 66 a 70, em determinar de forma unificada entre seus adeptos a transferência do risco sobre as mercadorias submetidas à compra e venda internacional, questão deveras relevante, inclusive por ser capaz de inspirar maior segurança jurídica.

O instituto do risco e, portanto, a determinação do momento de sua transferência, aponta a quem tocará a responsabilidade (sobretudo financeira) sobre a mercadoria em caso de extravio, deterioração ou qualquer outra situação adversa à qual possa acabar submetida.²

Em virtude da recente incorporação pelo Brasil das normas convencionais, em vigor desde o dia 1º de abril de 2014, é que analisamos suas disposições concernentes à transferência do risco, de modo a averiguar se o Código Civil brasileiro encontra-se apto a receber tais regras, ou se um processo de adaptação, tanto da lei pátria quanto dos juristas, se fará necessário.

² Aproximando-se da noção de caso fortuito ou força maior, instituídas pelo Código Civil de 2002.

1 COMPRA E VENDA E COMÉRCIO INTERNACIONAL

1.1 A COMPRA E VENDA E OS “RISCOS” NO ÂMBITO INTERNACIONAL

O risco concernente aos contratos de compra e venda é tema complexo. Não apenas a definição do risco por si só, como também, levando-se em conta o ordenamento jurídico brasileiro, sua incidência a respeito das partes envolvidas na relação contratual.

Um contrato de compra e venda vincula duas partes em um sinalagma: o vendedor, o qual obriga-se a transferir a propriedade do objeto do contrato e o comprador, obrigado a pagar o preço acordado pelo bem como contraprestação. Neste sentido, Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves: “Note-se que as obrigações são recíprocas, residindo aí a bilateralidade do contrato, onde a obrigação de uma das partes é a causa da obrigação da outra”.³

A noção da bilateralidade do contrato de compra e venda será essencial mais adiante, no estudo da quebra do contrato por uma das partes.

A questão do risco inerente aos contratos de compra e venda apresenta-se na possibilidade de perda, perecimento ou avaria do bem antes do adimplemento das obrigações.

Risco, portanto, é a possibilidade de ocorrerem danos ao objeto antes que se conclua o contrato, antes que as obrigações de ambas as partes estejam quitadas. Não o dano em si, mas sim a mera possibilidade de sua implementação.

Resta determinar sobre qual das partes recairá o risco, caso os danos venham de fato a ocorrer.

³ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. 5:** do direito das obrigações. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 741.

Observando-se o sistema brasileiro⁴, nota-se que, resguardadas as raras exceções, o risco normalmente recai sobre o devedor, eis que até o cumprimento do contrato é ele o proprietário do objeto.

Esta determinação faz-se adequada ao sistema brasileiro, eis que, para nós, o contrato de compra e venda “(...) produz, como regra geral, unicamente a obrigação de o vendedor entregar a coisa ao comprador”.⁵

O Direito brasileiro adotou como fator capaz de determinar a transferência da propriedade a tradição, herdada do Direito Romano⁶. A entrega do bem, desta forma, é o que marca a transferência da coisa do patrimônio do vendedor ao do comprador.

Deste modo, para regular o risco sobre as mercadorias, o sistema pátrio também valeu-se de herança romana:

O art. 492 (antigo, art. 1.127) coroa o princípio, já presente nas obrigações de coisa certa, da *res perit domino*: ‘até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador’.⁷

A transferência do risco no Brasil, portanto, vem atrelada à transferência da propriedade.

Esta singela solução oferecida pelo Código Civil pátrio, entretanto, é potencialmente causadora de desequilíbrios na relação, podendo onerar demasiadamente o vendedor, especialmente em casos de contratos cuja natureza exija que a execução se estenda no tempo.

⁴ Artigos 481 ao 532 do Código Civil Brasileiro. (VADE MECUM. Organização: Nylson Paim de Abreu Filho. 10. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014).

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 26.

⁶ Sobre a compra e venda no Direito Romano, ver: ARGUELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 297 e ss.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 53.

Apontam ainda Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves⁸, citando Orlando Gomes, que, em nosso sistema, da mesma forma que ocorre com a Convenção de Viena, as partes têm plena liberalidade para disporem das regras acerca da transferência do risco (e ao mesmo tempo, da propriedade, no Brasil) conforme melhor lhes convier. As regras do Código Civil aplicar-se-ão, portanto, em caso de silêncio contratual sobre o tema.

Ocorre que, tratando-se de contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, os quais normalmente envolvem o transporte das referidas mercadorias entre um Estado e outro, o risco é mais evidente, dado o maior período de tempo necessário para que ambas as obrigações sejam devidamente quitadas e a frequente exposição das mercadorias a situações adversas.

Diretamente proporcional à presença do risco na relação é a importância da definição de qual das partes deverá suportar eventuais danos que a carga possa sofrer, em outras palavras a qual dos contratantes tocará o risco da operação de compra e venda internacional.

Considerando-se ainda o cenário internacional, deparamo-nos com outro impasse: qual será o sistema jurídico a apontar a quem caberá o risco?

1.2 A TRANSFERÊNCIA DO RISCO E A SUA REGULAMENTAÇÃO NOS INCOTERMS

A prática comercial consagrou como diretrizes ao longo dos anos os chamados *International Commercial Terms (Incoterms)*, ou Termos Internacionais do Comércio, em português.

Sua organização é realizada pela Câmara Internacional do Comércio (CCI), a qual, desde 1936, busca reunir as condições utilizadas pelos comerciantes internacionais a respeito do risco, objetivando conferir maior uniformidade e segurança a tais relações.

⁸ GOMES, Orlando, *apud* ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. 5:** do direito das obrigações. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 765.

A evolução da tecnologia veio facilitar e agilizar a comunicação entre longas distâncias, bem como trazer meios mais ágeis e seguros de transporte de mercadorias. O conteúdo dos Incoterms, portanto, tratando-se de resultado da prática reiterada entre comerciantes, acaba por sofrer adaptações, de forma a receber tais adventos tecnológicos e costumeiros, ensejando sua revisão periódica pela CCI, de forma a mantê-las sempre atualizadas e garantir sua máxima utilidade.

Sua última alteração data de 2010, tendo entrado em vigor no dia 1º de janeiro de 2011, sendo referida pela doutrina como os “Novos Incoterms”.

O sistema, assim, convencionou determinadas siglas, as quais referem-se às condições em que o contrato deverá ser cumprido por ambas as partes, estabelecendo regras concernentes ao risco anteriormente referido, como por exemplo forma e local de entrega das mercadorias e inclusive determinando o momento em que o risco sobre a carga transfere-se do vendedor para o comprador (eis que a maior parte dos contratos internacionais de compra e venda envolvem o transporte das mercadorias, normalmente realizado por via marítima), variando tal momento de acordo com a sigla contemplada no contrato, a cargo das partes.

Percebemos acentuada discrepância entre o sistema dos Incoterms e o sistema brasileiro quanto às obrigações das partes no contrato de compra e venda, apesar de aplicarem-se em situações diferentes – os Incoterms devem ser expressas no contrato, enquanto que as leis brasileiras aplicam-se caso não haja cláusula contratual em contrário.

Enquanto os Incoterms apresentam grande flexibilidade, adaptando-se facilmente tanto às mais variadas naturezas de contratos de compra e venda quanto à vontade e conveniência das partes, o Código Civil brasileiro apresenta normas consideravelmente mais sucintas e rígidas.

Conforme coloca Fábio Ulhoa Coelho, a lei pátria coloca como obrigações do vendedor “Além de sua obrigação principal de transferir o domínio da coisa, o

vendedor tem mais quatro: arcar com as despesas da tradição e com os débitos que gravem a coisa, bem como responder por vícios ocultos e evicção”.⁹

Já ao comprador cabem duas obrigações: “a de pagar em dinheiro o preço contratado e a de arcar com as despesas da escritura e registro”.¹⁰

Os encargos do vendedor, em um contrato de compra e venda doméstico, geram, sem dúvida, maior onerosidade e dispêndio de recursos e de esforços do que as obrigações do comprador, ao contrário do sistema convencional, o qual busca o equilíbrio entre ambos os contratantes e atribui o risco à parte em melhores condições de arcar com tal responsabilidade, conforme veremos.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa,

A CCI divide os *Incoterms* em quatro grupos básicos: *E-terms*, que são os que iniciam com a vogal *E* e geram a menor obrigação ao vendedor; *F-terms* são os que dão ao vendedor a obrigação de entregar o produto a um transportador indicado e custeado pelo comprador, pelo qual se responsabiliza; os *C-terms*, nos quais o vendedor tem a maior obrigação, ou seja, entregar o produto custeando o transportador e responsabilizando-se por ele; e os *D-terms*, que representam cláusulas de maior responsabilidade do vendedor.¹¹

Desta forma, consagrando-se no contrato internacional de compra e venda a sigla EXW, os comerciantes remetem à aplicação da cláusula chamada “Ex Works”, a qual determina a extinção da responsabilidade do vendedor uma vez que as mercadorias sejam disponibilizadas ao comprador no domicílio do primeiro, não havendo mais quaisquer obrigações exigíveis do vendedor, tais como embarque dos produtos e desembaraço para exportação.¹²

A sigla FCA refere-se à cláusula *Free Carrier*: as obrigações do vendedor consideram-se cumpridas na entrega das mercadorias, já desembaraçadas, ao comprador, pessoa por ele apontada ou ao transportador.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3**: contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3**: contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 72.

¹² De acordo com a Resolução n. 21 de 7 de abril de 2011, a qual recepcionou as INCOTERMS de 2010 no âmbito brasileiro, em caso de cláusula EXW, tratando-se de contrato que acarrete exportação por parte do comerciante brasileiro, este deverá arcar com o desembaraço da mercadoria, uma vez que o estrangeiro não possui condições práticas de realizá-lo por si próprio.

Segundo a cláusula *Free Alongside Ship* (FAZ) –, o vendedor exime-se da responsabilidade sobre eventuais danos, perda ou deterioração ao entregar a carga ao lado do navio onde será transportada, também já desembaraçada a suas expensas e apta a exportação.¹³

Free On Board (FOB) – indica a transferência do risco quando da entrega e embarque das mercadorias no navio e porto indicados pelo comprador, naturalmente já desembaraçada.¹⁴

Note-se que, determinadas contratualmente as condições da sigla CFR, *Cost and Freight*, a qual constitui-se em uma espécie de complementação da cláusula FOB, por abranger suas normas, adicionam-se às obrigações do vendedor as despesas com o frete e demais operações inerentes ao transporte do objeto do contrato até o porto apontado pelo comprador, caso encontre-se distante do referido porto.¹⁵

Da mesma forma, abrangendo as disposições da cláusula FOB, impondo ainda outras obrigações ao vendedor, há a cláusula *Cost, Insurance and Freight* (CIF), que coloca como responsabilidade do vendedor, além do desembarço e embarque da mercadoria comercializada, o frete e o seguro dos produtos, até sua chegada ao porto de destino.¹⁶

O contrato de compra e venda pode ainda apontar como dever do vendedor arcar com a contratação e pagamento do frete e demais despesas relativas ao transporte dos produtos até o local previamente acordado, tratando-se esta da sigla CPT *Carriage Paid To* –, a qual, semelhante às duas predecessoras, vem ampliar o rol de obrigações impostas ao vendedor pela cláusula FCA, já referida, bem como a sigla CPT *Carriage and Insurance Paid To*, que vem como complemento da FCA e da própria CPT, no sentido de, além do já estudado, responsabilizar o vendedor também pelo seguro sobre a carga transportada.

¹³ Observe-se a aplicação de tal sigla apenas em contratos que envolvam transporte na forma aquaviária, marítima ou fluvial.

¹⁴ Utilizável apenas em transporte aquaviário.

¹⁵ Utilizável apenas para contratos que envolvam transporte aquaviário de mercadorias.

¹⁶ Utilizável apenas para contratos que envolvam transporte aquaviário de mercadorias.

Já a sigla DAT, abreviação de *Delivered At Terminal*, coloca como momento de transferência do risco sobre os produtos comercializados aquele em que o vendedor os coloca à disposição do comprador em data ou prazo e local previamente estipulados pelas partes, descarregados, porém sem obrigatoriedade do vendedor quanto ao desembarço.

Delivered At Place (DAP) diferencia-se da anterior quanto ao modo de disponibilização das mercadorias: enquanto de acordo com a cláusula DAT elas devem ser descarregadas do veículo transportador às expensas do vendedor, pactuada pelas partes a sigla DAP, tal obrigação não impõe-se ao vendedor, que deixará de responder pelo risco no momento em que disponibilizar os produtos em local¹⁷ e data ou prazo já determinados, aptos a serem descarregados do veículo transportador, às expensas do comprador.

Observe-se a sutileza teórica na distinção entre tais siglas, contrapondo-a aos aspectos práticos que daí advém.

Não são incomuns acidentes envolvendo carga e descarga de mercadorias, especialmente quando comercializadas em grandes quantidades, o que pode vir a gerar danos ou mesmo a perda de parte ou da integridade dos produtos.

Assim, um detalhe aparentemente de carácter teórico, é apto a decidir a qual das partes incumbirá a reparação de eventuais danos, de forma a desestimular e mesmo inviabilizar conflitos entre as partes, que poderiam acabar por comprometer o cumprimento do contrato e a realização de operações internacionais.

Ambos os termos DAT e DAP foram recepcionados na versão mais recente das Incoterms, datada de 2010.

Optando os comerciantes pela cláusula *Delivered Duty Paid* (DDP) –, o vendedor responderá pelos riscos até disponibilizar a carga ao comprador em local

¹⁷ Excluem-se os terminais.

determinado no país deste, não arcando, contudo, com os custos e o risco de arriamento.

1.3 A VALIDADE JURÍDICA DOS INCOTERMS NO BRASIL

Entretanto, apesar de satisfatórias e específicas quanto ao tema da transferência do risco, os Incoterms não são impostas pela CCI aos contratos de compra e venda internacional: tratam-se de uma proposta de uniformização das relações mercantis, não existindo qualquer obrigatoriedade em sua utilização. São, portanto, um exemplo de Direito Consuetudinário observado na atualidade.

A questão da não obrigatoriedade, contudo, acaba por emanar situação inusitada no Brasil, no âmbito da prática comercial.

A Câmara de Comércio Exterior, por meio da Resolução nº 21 de 7 de abril de 2011¹⁸, exigiu, ao contrário do costume internacional, a utilização dos Incoterms em exportações e importações envolvendo partes brasileiras.

Entretanto, em resolução posterior, de nº 33, em 18 de maio de 2011, a mesma instituição determinou a suspensão da norma supracitada, pelo prazo de 60 dias.

Apesar de já superado o referido lapso temporal, determinando novamente a obrigatoriedade na aplicação dos Incoterms, tal norma ainda pode ser questionada, considerando-se o fato de a natureza de tais termos não apontar a necessidade de sua aplicação. Não tratam-se de leis, visto que emanam de um órgão internacional de ordem privada – CCI, e portanto não podem ser impostas pelo Estado Brasileiro.

A prática comercial no Brasil, como referido, vem submetendo-se à Resolução nº 21¹⁹, exigindo a utilização dos Incoterms como condição básica para que o contrato possa ser executado em território pátrio.

¹⁸ BRASIL. Câmara de Comércio Exterior. **Resolução nº 21, de 7 de abril de 2011**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1311715093.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2014.

¹⁹ BRASIL. Câmara de Comércio Exterior. **Resolução nº 21, de 7 de abril de 2011**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1311715093.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2014.

1.4 A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

A questão envolvendo a definição do momento da transferência do risco sempre esteve presente em contratos internacionais de compra e venda, devido à sua extrema relevância, eis que a possibilidade de ocorrerem danos ou a perda da mercadoria sempre preocupa os contratantes.

Entretanto, até décadas atrás, definir o momento em que o risco transfere-se do vendedor ao comprador poderia resultar em algo complicado e abstrato, caso as partes não mencionassem nenhuma sigla dos Incoterms, em virtude de o contrato, então, envolver dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos, e não raro conflitantes entre si.

Nas palavras de Véra Jacob Fradera e Luiz Gustavo Meira Moser:

As características do comércio internacional e a necessidade de uniformização das trocas para facilitar o comércio fizeram com que organizações internacionais, como a UNCITRAL, tomassem a iniciativa de promover a elaboração de Convenção sobre a compra e venda internacional de mercadorias, com o objetivo de uniformizar as regras relativas ao *mais importante de todos os contratos*.²⁰

Assim, em 1980, vem a Convenção da ONU sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, conhecida como Convenção de Viena, para uniformizar o desenvolvimento das relações de compra e venda internacional de mercadorias, instituindo um sistema a ser aplicado a tais relações, dispensando a escolha de um ordenamento jurídico interno de um dos Estados envolvidos caso ocorram controvérsias a respeito do contrato, bem como impondo-se em caso de silêncio contratual a respeito dos Incoterms.

Em razão da força normativa adquirida pelos costumes no âmbito do comércio internacional ao longo dos anos, a Convenção de Viena de 1980 estabeleceu sua própria incidência como subsidiária aos costumes ou disposições consagradas ou não pelas partes no contrato de compra e venda, disposições estas que deverão orientar o desenvolvimento e o cumprimento das obrigações.

²⁰ FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias**: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6.

Tal subsidiariedade resta clara na redação do artigo 6º da Convenção: “*The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions*”.²¹

A Convenção de Viena vigora há algumas décadas em vários países, inclusive países-membros do MERCOSUL, como Argentina e Uruguai, tendo considerável expressão no cenário internacional.

O Brasil submeteu-se recentemente de maneira formal a tais disposições, apesar de já existirem contratos envolvendo partes brasileiras regrados pela Convenção, uma vez que o segundo sujeito da relação resida em país assinante.

O texto convencional, portanto, incorporará nosso sistema jurídico a partir do dia 1º de abril de 2014, de acordo com o Decreto Legislativo nº 538/2012²², o qual o aprovou, possuindo caráter de lei ordinária. Obedecendo-se o critério da lei mais recente, leis ordinárias anteriores sobre o tema que contrariem as disposições da Convenção de Viena restam por ela revogadas de forma tácita.

Desta forma, tal Convenção inevitavelmente integrará o sistema jurídico pátrio, vinculando definitivamente comerciantes brasileiros à sua observação, especialmente no tocante à questão de situar o risco, razão pela qual é objeto de análise.

²¹ Tradução do original: "As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do artigo 12, derrogar ou modificar o efeito de qualquer das suas disposições". (CONVENÇÃO DE VIENA. **Compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-66.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014).

²² BRASIL. **Decreto Legislativo nº 538/2012, de 18 de outubro de 2012**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-convencao-137911-pl.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

2 AS REGRAS GERAIS DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE OS RISCOS

2.1 A RESPONSABILIDADE DAS PARTES QUANTO ÀS MERCADORIAS

O artigo 66 da Convenção de Viena²³ é mencionado por autores como o artigo mais relevante a respeito da transferência do risco em compra e venda internacional de mercadorias.

Isto se deve, particularmente, à preocupação do dispositivo em contemplar a responsabilidade pelas mercadorias em situações alheias ao comprador, ainda que o risco já recaia sobre ele, preocupação esta pertinente em razão da alta frequência da utilização do transporte marítimo, bem como do fato de alguns Incoterms delegarem ao vendedor a obrigação de providenciar o transporte da carga.

De acordo com Rhodrigo Deda Gomes e Frederico E. Z. Glitz,

(...) o dispositivo não se limitaria a delimitar o momento de transmissão dos riscos, custos e ônus, mas principalmente a atribuir responsabilidade, sendo, portanto, bastante útil como ferramenta para dirimir controvérsias, dar segurança jurídica e garantir a eficiência do sistema da convenção.²⁴

Assim posicionam-se os autores devido ao fato de o artigo não colocar o momento exato em que a transferência do risco deverá ocorrer, mas sim dispor a respeito das consequências atinentes às partes caso ocorram danos ou perda de mercadorias.

De acordo com a Convenção, o comprador, em regra, não exime-se de pagar o preço acordado caso não receba as mercadorias ou as receba em não conformidade com o contrato quando o risco tiver sido transferido a ele. A exceção

²³ No original: “*Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller*”. Tradução do original: “Perda ou dano às mercadorias após a passagem do risco para o comprador não isenta da sua obrigação de pagar o preço, a não ser que a perda ou o dano seja devido a um ato ou omissão do vendedor”. (CONVENÇÃO DE VIENA. **Compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-66.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014).

²⁴ GLITZ, Frederico E. Z.; GOMES, Rhodrigo Deda. **Revista de Direito Empresarial: RDEmp**, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 1, p. 20, jan./abr. 2012.

apontada pelo próprio artigo é o caso em que tal desconformidade seja consequência de um ato ou omissão do vendedor.

Tal disposição assemelha-se à lei brasileira no tocante à responsabilidade civil quanto ao estado da mercadoria comercializada.

Como já colocado, no Brasil, a noção de transferência do risco encontra-se intrínseca à transmissão da propriedade, a qual se dá com a tradição. Os riscos a que nos referimos são aqueles aqui contemplados como resultados da ocorrência de caso fortuito ou força maior, situações além do controle de qualquer das partes contratuais.

Ao determinar que o comprador não pode recusar-se a quitar sua obrigação caso o risco já tenha sido transferido a ele, o texto convencional aproxima-se às disposições de nosso Código Civil, eis que no Brasil, uma vez o comprador responsável pelas mercadorias, deverá suportar as consequências de eventual ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Como referido, o artigo 66 não aponta expressamente o momento em que o risco deve transferir-se do vendedor ao comprador. Tal definição pode ser resultado de acordo entre as partes, estabelecido no próprio contrato, ou, a forma mais comum, através de diretrizes contempladas pela prática comercial, sobretudo os Incoterms.

Ora, trata-se da transferência do risco em sua forma mais objetiva: a partir do momento em que o risco sobre perda ou dano à carga lhe tocar, o comprador deverá prestar a obrigação pactuada, sem, em regra, qualquer possibilidade de abatimento no valor ou reclamação à outra parte.

Menciona-se na doutrina a opinião de alguns juristas no sentido de o artigo 66 onerar demasiadamente o comprador, em casos de utilização de Incoterms, como por exemplo as cláusulas FOB e CIF, que estipulam a transferência do risco antes mesmo da saída das mercadorias do porto de embarque.

Considerando-se a natureza frequentemente secundária que assume a Convenção de Viena perante as cláusulas contratuais e a liberdade de ambas as partes na instituição de tais cláusulas, incluindo os Incoterms, entendemos não haver desequilíbrio na relação de compra e venda originado pelo referido artigo, eis que o momento da transferência do risco pode ser determinado unicamente pelos sujeitos envolvidos no negócio, o que confere ao comprador ampla liberdade para deliberar os ônus que a ele recairão, bem como para posicionar-se contrário a cláusulas que considere prejudiciais a si.

Em relação ao sistema brasileiro percebemos, aqui sim, a potencialidade em onerar demasiadamente, neste caso, o vendedor, mantendo-se o risco sob sua responsabilidade até o momento da tradição. Entretanto, a lei pátria também abre aos contratantes a alternativa de pactuarem de forma distinta, determinando as regras de transferência do risco específicas para aquele negócio jurídico que então instituem, porque as normas civis a este respeito não se tratam de regras cogentes.

Nota-se ainda a respeito do artigo 66 que a transferência do risco não pressupõe necessariamente a entrega das mercadorias, novamente, devido à utilização frequente dos Incoterms. Tratam-se pois de momentos distintos, e muitas vezes sem qualquer relação ao tratar-se a relação contratual de uma compra e venda internacional de mercadorias.

Neste sentido:

As for the rules on passing of risk, there are two principal types of legal technique. One is to link the passing of risk to delivery and provide that risk passes on delivery (with certain exceptions). The other is to provide separate rules on delivery and on passing of risk. Both the Convention and the Incoterms employ the latter technique. The rules of the Convention on passing of risk (Articles 66-70) do not contain any reference to delivery.²⁵

²⁵ Tradução do original: “Quanto às regras da transferência do risco, há dois tipos principais de técnica jurídica. Um deles é para ligar a transferência do risco à entrega e proporcionar a passagem do risco no momento da entrega (com algumas exceções). A outra é fornecer regras específicas relativas à entrega e à transferência do risco. Tanto a Convenção e os Incoterms empregam a última técnica. As regras da Convenção sobre transferência do risco (artigos 66-70) não contém qualquer referência à entrega” (HELLNER, Jan. **The Vienna Convention and standard form contracts**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hellner.html#iv>>. Acesso em: 19 fev. 2014).

Assim, ainda que silente o contrato quanto aos Incoterms e, por conseguinte, ao momento da transferência do risco, não existirá qualquer relação entre aquele e a entrega das mercadorias ao comprador, eis que a Convenção de Viena também optou por dissociar tais conceitos.

Tal ressalva é presente na doutrina, observando-se que difere do sistema jurídico brasileiro, o qual baseia-se na herança do Direito Romano, colocando a tradição como fator determinante da responsabilidade perante o bem em questão – *res perit domino*. “Ressalte-se, o conceito de transferência de risco não equivale, necessariamente, ao conceito de entrega (tradição), como no Direito brasileiro (...)”.²⁶

Sob esta perspectiva, observa-se um conceito jurídico que em muito contradiz o sistema pátrio, sendo que, este último, uma vez em vigor a Convenção de Viena no Brasil, deverá recepcionar o texto do referido acordo, complementando assim as disposições legais a respeito de contratos de compra e venda, quando apresentarem natureza internacional, admitindo noções e diretrizes referentes à transmissão do risco dissociada da transferência da propriedade.

Entretanto, necessário ressaltar a ressalva instituída pelo próprio texto do artigo, ao remeter-nos à análise de situações em que a perda ou dano às mercadorias ocorram em razão de um ato ou omissão do vendedor.

Em caso de ilicitudes por parte do vendedor que reflitam nas mercadorias, portanto, ainda que já transferido o risco sobre a carga ao comprador, este poderá recusar-se a pagar o preço acordado.

Observa-se que a segunda parte do artigo 66 da Convenção de Viena apresenta uma relação mais estreita com o ordenamento jurídico brasileiro, eis que aproxima-se da responsabilidade civil, exonerando o comprador de sua obrigação

²⁶ GLITZ, Frederico E. Z.; GOMES, Rhodrigo Deda. **Revista de Direito Empresarial: RDEmp**, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 1, p. 18, jan./abr. 2012.

caso o vendedor não implemente a sua da forma acordada, abrangendo tanto a responsabilidade contratual quanto a extracontratual.²⁷

Assim, uma vez considerados ilícitos atos ou omissões imputados ao vendedor em razão de causarem danos às mercadorias, deverá ele arcar com o prejuízo, ainda que o risco já incida sobre o comprador.

Manifesta-se a doutrina no sentido de considerar o referido comportamento por parte do vendedor ilícito, o que justificaria a ressalva ora analisada, eis que a definição de a quem cabe o risco aplica-se apenas a casos acidentais, inevitáveis, normalmente intempéries naturais ou ações de terceiros.²⁸

Importa ainda ressaltar as consequências que recairão sobre o vendedor, de acordo com a legislação pátria, que comportar-se de maneira culposa, culminando em avarias ou perda da carga: “Se a perda ou deterioração decorrer de culpa do vendedor, responderá ele pelo valor da coisa mais perdas e danos (art. 234; antigo art. 865)”.²⁹

Note-se que o princípio da boa-fé objetiva foi recepcionado pelos dispositivos da Convenção de Viena, inclusive presente na segunda parte do artigo 66, em razão de tratar-se de preceito extremamente relevante na maior parte dos ordenamentos jurídicos internos, ao tratarem a respeito do Direito Contratual ou, de acordo com Flávio Tartuce, “todas as codificações modernas importantes”.³⁰

Sob este aspecto, percebemos uma semelhança entre a legislação contratual brasileira³¹ e o texto convencional, uma vez que ambos exigem comportamento ilibado e boa-fé de ambas as partes durante e mesmo após a execução de sua obrigação.

²⁷ SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Manuel Moura. **Contratos internacionais**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 169.

²⁸ GLITZ, Frederico E. Z.; GOMES, Rhodrigo Deda. **Revista de Direito Empresarial: RDEmp**, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 1, p. 19-20, jan./abr. 2012.

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 53.

³⁰ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007, p. 197.

³¹ Artigos 113 e 422 do Código Civil brasileiro. (VADE MECUM. Organização: Nylson Paim de Abreu Filho. 10. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014).

Ora, absolutamente pertinente a exceção prevista pelos legisladores da Convenção. O fato de o risco não mais recair sobre o vendedor não deve garantir-lhe impunidade sobre eventuais atitudes suas potencialmente prejudiciais ao comprador.

Neste sentido afirma Wellington Pacheco Barros:

A boa-fé sempre esteve presente na história do contrato a partir de sua origem romana e não é diferente nos contratos brasileiros. Acreditar que a outra parte está agindo de forma correta e que o objeto do contrato é lícito é algo integrante do bom relacionamento entre as pessoas.³²

Assim, ainda que não mais responda por eventuais avarias à carga, em razão de pactuados Incoterms que definam a transferência do risco antes da efetiva entrega, o vendedor não deve receber o preço caso seu comportamento demonstre negligência ou má-fé, sob pena de onerar excessivamente – e injustamente – o comprador.

Exemplo comum na doutrina trata de casos, não raros, de compra e venda de mercadorias cuja natureza exija condições especiais de transporte, comumente bens perecíveis, as quais, de acordo com alguns Incoterms, devem ser providenciadas pelo vendedor.

Tais bens, caso transportados de forma inadequada em razão de um ato ou omissão da parte responsável pelo transporte, restarão inutilizados ou gravemente danificados. A mera transferência do risco não exime qualquer das partes de cumprir suas obrigações e especialmente de agir com boa-fé, motivo pelo qual, em casos semelhantes, ao comprador é garantido o direito de insurgir-se contra o pagamento no momento da cobrança, no valor total do negócio ou proporcionalmente aos danos causados pela má conduta do vendedor.

Da mesma forma, no Direito brasileiro, ainda que as partes definam a transferência do risco ao comprador em momento anterior à tradição, caso o vendedor comporte-se de forma contrária ao princípio da boa-fé, este deverá suportar o prejuízo que daí advém.

³² BARROS, Wellington Pacheco. **Contratos**: estudos sobre a moderna teoria geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 38.

Percebemos ainda, ao estudar a ressalva instituída pelo próprio artigo 66, a relevância que o legislador convencional a confere ao deixar de restringir “ato ou omissão do vendedor” apenas a comportamento que caracterize quebra de contrato, como o exemplo citado acima, mas abrangendo mesmo os menores descuidos por parte do vendedor, ainda que este não deixe de cumprir suas obrigações pactuadas, conforme demonstra Leif Sevón:

If the contract were on FOB terms, the risk would normally pass when the goods pass the ship's rail. If the seller causes damage to the goods at the port of discharge while he or she is recovering the containers, the damage to the goods may be considered not a breach of the contract, but rather a tort. The Convention provides that the buyer would, nevertheless, not be obliged to pay the price but would have a right to deduct the damages to which he or she might be entitled, as they would be calculated under the applicable law of tort. Several authors seem to support this view.³³

Desta forma, a intenção de causar danos (ou sua ausência) é fator irrelevante ao determinar-se a inversão da regra geral do artigo 66: qualquer dano imposto à carga oriundo de ação ou omissão do vendedor, ainda que não constitua quebra essencial do contrato, atrairá a incidência da segunda parte do texto, devendo portanto o prejuízo recair sobre a parte responsável por sua ocorrência, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, recepcionado pela Convenção de Viena.

2.2 A TRANSFERÊNCIA DO RISCO NOS CONTRATOS QUE ENSEJEM TRANSPORTE

O artigo 67 da Convenção de Viena refere-se especificamente àqueles contratos que envolvam o transporte das mercadorias³⁴ e à transferência do risco nesses casos.

³³ Tradução do original: “Se o contrato fosse em termos FOB, o risco normalmente passaria quando as mercadorias transpusessem a amurada do navio. Se o vendedor causa danos aos bens no porto de descarga, enquanto ele ou ela está resgatando os contêineres, os danos aos bens podem ser considerados não uma violação do contrato, mas sim um delito. A Convenção estabelece que o comprador, no entanto, não será obrigado a pagar o preço, mas que tem o direito de deduzir os prejuízos a que ele ou ela pode ter direito, uma vez que seria calculado nos termos da lei aplicável. Vários autores parecem apoiar este ponto de vista” (SEVÓN, Leif. **Passing of risk**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>>. Acesso em: 13 maio 2014).

³⁴ Também conhecidos como *Shipment Contracts*.

Naturalmente, o transporte das mercadorias é, na grande maioria das situações, inerente à transação internacional, eis que normalmente envolve duas partes em territórios distintos, justificando a preocupação do legislador convencional em ater-se a tal questão.

Assim, submetem-se a tais disposições os contratos de compra e venda cujo transporte enseje outra relação contratual, com a parte responsável por levar a carga ao local de seu destino final, onde deverá ser recebida pelo comprador.³⁵

Preceitua o artigo:

(1) If the contract of sale involves carriage of the goods and the seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place. The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passage of the risk.

(2) Nevertheless, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.³⁶

À primeira vista percebe-se que o dispositivo subdivide-se, de forma a abranger situações distintas, razão pela qual será apreciado de forma semelhante.

Em sua primeira parte, a Convenção direciona-se a contratos que, apesar de ensejarem o referido contrato de transporte, não determinem um local específico onde o vendedor deva disponibilizar a carga ao transportador.

³⁵ O contrato de seguro sobre a mercadoria trasladada independe do contrato de transporte terceirizado; não há qualquer empecilho para a constituição de um contrato de seguro caso o transporte seja realizado pelas próprias pessoas do comprador ou do vendedor.

³⁶ Tradução do original: "(1) Se o contrato de compra e venda envolve o transporte das mercadorias e o vendedor não é obrigado a entregá-las em um lugar particular, o risco é transferido para o comprador quando a mercadoria é entregue ao primeiro transportador para transmissão ao comprador, de acordo com o contrato de compra e venda. Se o vendedor é obrigado a entregar os bens a um transportador em um determinado lugar, o risco não passa para o comprador até que as mercadorias sejam entregues ao transportador naquele lugar. O fato de que o vendedor é autorizado a reter documentos que controlam a disposição dos bens não afeta a passagem do risco.

(2) No entanto, o risco não passa para o comprador até que as mercadorias sejam claramente identificadas de acordo com o contrato, seja por marcação nos produtos, através de documentos de transporte, mediante notificação ao comprador ou de outra forma" (CONVENÇÃO DE VIENA. **Compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/txt/e-text-67.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014).

Portanto, o risco será suportado pelo comprador a partir do momento em que os bens forem disponibilizados ao primeiro sujeito responsável por sua condução.

Ressalte-se que esta situação abrange transportadores terrestres que porventura o vendedor contrate para levar a carga até o porto de embarque. O comprador passará a responder pelo risco, então, antes mesmo de os bens chegarem ao porto (forma mais comum de transporte internacional de mercadorias).

Conforme John O. Honnold³⁷, esta disposição remonta a uma época anterior, antes da utilização de contêineres para a condução da carga.

Daí a transferência do risco quando da entrega ao primeiro transportador, diferindo de regras mais recentes e já enraizadas na prática comercial, como os próprios Incoterms, sendo que algumas das quais concentram a transferência do risco ao comprador no momento em que a carga é colocada no navio, visto tratar-se o embarque de um processo delicado.

Parece-nos um tanto desequilibrada tal definição, eis que o comprador acaba por assumir o risco durante a quase totalidade da execução do contrato, apesar de não encontrar-se, do ponto de vista prático, na melhor posição para tal, vez que, quando da entrega ao primeiro transportador, não possui controle e acesso adequados sobre a carga que justifiquem que sobre ele recaia o risco de avarias ou perda.

O próprio instituto visa impor o risco àquele que encontrar-se em melhores condições de proceder à recuperação da carga, caso perdida ou avariada, ou de tomar quaisquer outras providências necessárias. Como mencionado, tal não ocorre no caso, considerando-se a maior proximidade do vendedor com o transportador das mercadorias.

O Código Civil brasileiro enfrenta o tema de forma parecida, apesar de relacionar sempre o risco com a tradição. A entrega da mercadoria ao primeiro

³⁷ HONNOLD, John O. **Risk of loss**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold5.html#802>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

transportador também é considerada por tal diploma, como colocam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Claro está que se a coisa é expedida para lugar diverso ou é entregue a terceiros para que seja o portador, ambas as situações por determinação do comprador, este passará a assumir a responsabilidade pela integridade da mesma, até chegar ao seu local de destino. Em caso como este, interessa a celebração de um contrato de seguro, para prevenir o adquirente de eventuais prejuízos.³⁸

Ocorre que o sistema brasileiro admite também uma modalidade de tradição em particular, a “tradição ficta”, nas palavras de Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves:

(...) veja-se que a hipótese legal estabelece uma forma de tradição ficta ao determinar que, posta a coisa à disposição do comprador, por conta dele correm os riscos decorrentes de caso fortuito ou força maior, muito embora a coisa ainda possa em realidade estar na posse do vendedor (...).³⁹

Nota-se então a aproximação dos diplomas analisados, os quais, apesar de critérios e bases diversas, preocupam-se em enfrentar diversas questões em comum, como ora demonstrado. O momento da transferência do risco em casos de contratos que envolvam transporte da carga é, pode-se dizer, o mesmo, a despeito das referidas divergências de conceitos.

Na segunda parte do primeiro parágrafo, o artigo continua instituindo que, caso as partes acordem que a mercadoria deve ser entregue ao responsável pelo transporte em local específico, será este o momento de passagem do risco para o comprador.

Havendo necessidade de condução até o ponto referido, esta gerará riscos ao vendedor.

Araken de Assis aponta disposição semelhante em nosso Código Civil:

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2008, v. IV, p. 20.

³⁹ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. 5: do direito das obrigações**. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 766.

Parece-nos indubitável que se o vendedor, atendendo a pedido do comprador, remeter a coisa vendida para local diverso do avençado no contrato ou do local onde aquela se encontrava, a tradição se operará no momento em que a coisa vendida for entregue ao transportador, transferindo-se ao comprador a partir deste momento os riscos a que a coisa estiver sujeita, nada podendo o comprador reclamar do vendedor, salvo se este estiver afastado das orientações daquele (...), ou seja, o vendedor só estará exonerado de responder pelos riscos da coisa se entregar a coisa ao transportador, em obediências às ordens do comprador.⁴⁰

Ressalte-se não haver qualquer determinação no texto convencional sobre os tipos de transporte abarcados pelo artigo 67, o que leva naturalmente à conclusão de que o modo de transporte utilizado não exerce influência sobre os efeitos da transferência do risco.

Ainda na primeira parte do artigo, o legislador convencional especifica que a transferência do risco não sofrerá qualquer alteração caso o vendedor entenda por bem reter os documentos referentes à mercadoria (e, por conseguinte o controle sobre ela).

Tal prerrogativa assiste ao vendedor, de acordo com a Convenção de Viena, como medida preventiva. A retenção dos documentos vem como uma garantia de pagamento ao vendedor, o qual pode, caso lhe pareça necessário, formalizar a entrega da carga apenas após o comprador efetuar o pagamento acordado.

Consideramos tal disposição absolutamente pertinente, pois além de, como mencionado, constituir uma garantia ao vendedor, trata-se de um instrumento de manutenção da boa-fé na relação de compra e venda internacional, desestimulando eventual inadimplência do comprador.

Por conseguinte, justo é que nestas circunstâncias, em que o risco já recai sobre o comprador, este continue arcando com possíveis avarias ou extravio dos bens, de forma a evitar que o vendedor, tendo já entregado a mercadoria antes do pagamento, reste prejudicado em razão do negócio.

⁴⁰ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. 5:** do direito das obrigações. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 768-769.

Observem-se ainda situações em que o próprio vendedor providencia a condução dos bens, seja até outro transportador, seja até o próprio comprador.

Bem coloca John O. Honnold: “*The seller does not ‘hand over’ the goods when he loads his own truck, and those trucks are not a ‘carrier’*”.⁴¹

Neste caso, as circunstâncias estabelecidas como momento da transferência do risco pelo artigo 67 não se implementam. O risco, portanto, permanece sobre o vendedor.

O sistema jurídico brasileiro, como apontamos, considera como fator determinante para a transferência do risco – ainda que não seja tema muito frequente – a propriedade, e como pressuposto desta, a tradição.

Apesar disso, a jurisprudência brasileira vem conseguindo dissociar-se das noções de Direito interno em contratos que apresentem elementos de estraneidade, admitindo os Incoterms, quando presentes, como diretrizes para a definição de desavenças relativas ao negócio.

Assim foi o julgamento da apelação nº 0189269-45.2006.8.26.0100, apreciada pela 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁴². Trata-se de contrato internacional de compra e venda de cebolas, as quais, segundo as apelantes, chegaram ao porto de destino, após o pagamento do preço avençado, em más condições para consumo e comercialização.

O Incoterm definido pelas partes limitava a responsabilidade do vendedor ao momento de embarque da mercadoria no porto de origem, já desembarçada para exportação – *Cost, Insurance and Freight (CIF)*.

⁴¹ Tradução do original: "O vendedor não 'entrega' os bens quando carrega seu próprio caminhão, e estes caminhões não são um "transportador" (HONNOLD, John O. **Risk of loss**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold5.html#802>>. Acesso em: 11 mar. 2014).

⁴² SÃO PAULO. 9ª Vara Cível. **Apelação com revisão nº 990.10.267816-4. Processo: 583.00.2006.189269-8**. Comarca: São Paulo. Prolator: Juiz Guilherme Santini Teodoro. Apelantes: Companhia Brasileira de Distribuição e outro. Apelado: Handelsmaatschppij J. P. Beemsterboer B. V. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

Ora, apesar de obrigado a arcar com as expensas do transporte da mercadoria, o risco a respeito de perda ou deterioração será imputado ao vendedor logo após o embarque da carga.

Logo, no caso em análise, a pretensão das requeridas deveria ter sido direcionada à transportadora contratada, de modo a reivindicar dela eventual reparação, caso as avarias fossem de fato resultado de má conservação.

Neste sentido expressou-se o relator da sessão:

A prova dos autos evidencia que as mercadorias foram embarcadas pela autora nos termos do contratado (cebola classe II) e de acordo com as normas que regulam a qualidade do produto. Além disso, a pactuação da cláusula “CIF” torna de responsabilidade das demandadas o transporte após o desembarço para a exportação, excepcionando a regra estabelecida pelo Código Civil e comportando observância face ao princípio do ‘pacta sunt servanda’.

Já a segunda parte do artigo coloca ainda outra condição para que o risco passe ao comprador: a devida e clara identificação das mercadorias como referentes àquele contrato de compra e venda específico.

A exigência de identificação demonstra-se pertinente quando entre as partes em questão existe mais de um contrato, o que não raro ocorre.

Além disso, de acordo com o Compêndio das Nações Unidas a respeito dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias: “*La finalidad de esta disposición es descartar la posibilidad de que el vendedor identifique las mercaderías perdidas o dañadas después del accidente*”.⁴³

Quanto à forma, o legislador convencional menciona três identificações que se prestam para tal, em um rol, contudo, aberto. Qualquer procedimento adotado

⁴³ Tradução do original: “A finalidade desta disposição é descartar a possibilidade de o vendedor identificar as mercadorias perdidas ou danificadas após o acidente” (NAÇÕES UNIDAS. **Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.** A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/67. p. 4. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/G/EN/V04/555/08/PDF/V0455508.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

pelo vendedor capaz de identificar as mercadorias e relacioná-las a um contrato de compra e venda específico atende à exigência do artigo 67.

Importa ressaltar novamente o artigo 6º da Convenção de Viena, o qual confere às partes a opção de afastar suas disposições caso acordem de forma distinta, aplicando-se também, naturalmente, às regras do artigo 67 quanto à transferência do risco.

3 AS REGRAS ESPECIAIS DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE OS RISCOS

3.1 A TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS DAS MERCADORIAS EM TRÂNSITO

A Convenção preocupa-se também com situações de venda de mercadoria que já encontre-se em trânsito à época da transação.

O artigo 68 pode ser tomado como exemplo do caráter prático que assume a Convenção de Viena, direcionando seu texto a situações comuns no âmbito da compra e venda internacional. Diante da ocorrência frequente da compra e venda de mercadorias em trânsito, portanto, importa definir a quem tocará o risco.

Entretanto, apesar da intenção prática do legislador convencional, a disposição do presente artigo resta um tanto abstrata ao utilizar critérios indefinidos, abrindo espaço para comentários doutrinários e uma interpretação abrangente por parte dos juristas, bem como dificultando sua aplicação em diversas ocasiões.

Assim, é instituída a regra geral para estes casos, a qual possui caráter mais concreto do que o restante do texto: o risco será transferido para o comprador no momento da celebração do contrato.

O problema resultante de tal texto é de ordem prática, ironicamente, contrariando o propósito da Convenção. Considerando-se que eventuais danos à mercadoria são normalmente constatados quando de sua chegada ao porto de destino, resta extremamente difícil determinar-se a data em que tais avarias ocorreram - antes ou depois da celebração do contrato de compra e venda -, de forma a saber a qual das partes deverá ser imputado o risco.

Ora, apesar de oferecer uma disposição concreta e relativamente simples à primeira vista, a Convenção de Viena acaba por dificultar a aplicação do artigo 68, o qual inclusive, em razão mostrar-se tão abstrato, potencializa controvérsias entre comprador e vendedor quanto à questão do risco.

Nesse sentido:

The alternative would be to make the risk pass only from the time of conclusion of the sales contract. The practical inconvenience of this latter solution is that it is very difficult to determine when damage occurred to the goods in transit. Therefore, such a rule leads to disputes.⁴⁴

Salientamos a acentuada escassez a respeito do tema no que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na doutrina.

O Código Civil atém-se muito brevemente à questão, em seus artigos 529 e seguintes, e de forma bastante abrangente.

No Brasil, as mercadorias, ao serem comercializadas quando já encontrarem-se em trânsito, serão, por assim dizer, substituídas pelos documentos mercantis a elas correspondentes, para fins de posse e propriedade sobre os produtos.

O único artigo do diploma a referir-se à transferência do risco em tais casos é o artigo 531, o qual transcrevemos:

Se entre os documentos entregues ao comprador figurar apólice de seguro que cubra os riscos do transporte, correm estes à conta do comprador, salvo se, ao ser concluído o contrato, tivesse o vendedor ciência da perda ou avaria da coisa.

Mais uma vez o legislador brasileiro vinculou a transferência do risco à transferência da propriedade sobre as mercadorias, neste caso, à entrega dos documentos pertinentes, bem como recepcionou o princípio da boa-fé objetiva, impedindo que o risco e suas consequências recaiam sobre o comprador em caso de venda de produtos já avariados, dos quais o vendedor tivesse prévio conhecimento.

Assim a Convenção de Viena vem complementar as disposições do Código Civil de 2002 sobre o assunto, visto que o legislador brasileiro manifestou-se de forma bastante genérica.

⁴⁴ Tradução do original: “A alternativa seria fazer o risco passar apenas a partir do momento da conclusão do contrato de compra e venda. O inconveniente prático desta última solução é que é muito difícil determinar quando ocorreu o dano durante o trânsito. Portanto, essa regra leva a disputas” (VON HOFFMANN, Bernd. **Passing of risk in international sales of goods**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html#i2>>. Acesso em: 8 abr. 2014).

Observe-se que o artigo sob análise também apresenta uma exceção a sua regra geral, como o anterior: quando as circunstâncias assim determinarem, o comprador suportará o risco de perda ou deterioração a partir do momento em que as mercadorias foram entregues ao transportador, remetendo-nos à regra do artigo 67.

A referida norma, contudo, é inaplicável a contratos de compra e venda de mercadorias em trânsito pois, como visto, baseia-se no momento da entrega da carga ao primeiro transportador, o que, nos casos ora analisados, ocorre antes da celebração do contrato.

Nas palavras de Barry Nicholas: “*The ordinary rule in Article 67(1) cannot apply, for when the goods were handed over to the carrier, they were not handed over «for transmission to the buyer»*”.⁴⁵

O artigo 68, de acordo com a doutrina, foi alvo de ferrenhas discussões quando de sua concepção.

Inicialmente, tomou-se como regra a ideia do artigo 99, ULIS (*Uniform Law of International Sale of Goods*), acordo internacional precedente à Convenção de Viena, que estabelecia como norma única para casos de venda de mercadorias em trânsito a transferência retroativa do risco para o comprador.

Manifestaram-se contra este dispositivo especialmente comerciantes provenientes de países em desenvolvimento, considerando-se prejudicados.

As críticas afirmavam que tal regra não levava em consideração a situação destes países, onerando demasiadamente seus cidadãos caso figurassem em relação comercial como a ora estudada.

⁴⁵ Tradução do original: “A regra comum no artigo 67 (1) não pode ser aplicada, pois, quando os bens foram entregues ao transportador, eles não foram entregues “para transmissão ao comprador” (NICHOLAS, Barry. **Bianca-Bonell commentary on the international sales law**. Giuffrè: Milan, 1987, p. 496-501. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>>. Acesso em: 21 mar. 2014).

De acordo com Barry Nicholas, “*The grounds of criticism were that it was both irrational and unjust to put the risk on the buyer before the moment when the contract was made, and also that the buyer could have no insurable interest until that moment*”.⁴⁶

Segundo Bernd Von Hoffmann⁴⁷, a crítica mais expressiva foi no sentido de a retroatividade do risco criar uma situação de injustiça para o comprador quando a mercadoria não tiver sido objeto de um contrato de seguro durante o período anterior à celebração do contrato.

Apesar disto, era já prática comercial, respaldada pelo referido artigo 99 da ULIS, de forma que as relações comerciais já seguiam este preceito, fazendo da retroatividade do risco, além de um acordo internacional, um costume entre comerciantes.

Ainda, mencionou-se a favor o argumento de que qualquer transtorno sofrido pelo comprador em razão do risco retroativo poderia refletir no preço final, visto tratar-se de um contrato que pressupõe negociações.⁴⁸

Assim, a Convenção de Viena, salomonicamente, determinou como regra geral a transferência do risco no momento da celebração do contrato, sem entretanto excluir a ocorrência da retroatividade, abordando-a como exceção.

A referida regra geral, entretanto, é potencial causadora de divergências entre as partes envolvidas no contrato, pois, como referido, há casos em que resta impossível saber-se a que ponto do caminho ocorreu o dano – exemplo comum na doutrina são danos causados pela água do mar –, gerando incerteza quanto a quem

⁴⁶ Tradução do original: “Os motivos de críticas eram de que era tanto irracional e injusto colocar o risco do comprador antes do momento em que o contrato foi feito, e também que o comprador não poderia ter interesse segurável até aquele momento” (NICHOLAS, Barry. **Bianca-Bonell commentary on the international sales law**. Giuffrè: Milan, 1987, p. 496-501. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>>. Acesso em: 21 mar. 2014).

⁴⁷ VON HOFFMANN, Bernd. **Passing of risk in international sales of goods**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html#ii2>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

⁴⁸ NICHOLAS, Barry. **Bianca-Bonell commentary on the international sales law**. Giuffrè: Milan, 1987, p. 496-501. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

deverá suportar o risco e, especialmente, acentuada insegurança jurídica na transação.

Assim afirma John O. Honnold: *“This problem is less serious when damage results from an identifiable event—a fire, a storm at sea, a train wreck or a truck collision, but is difficult when damage results from water seepage, overheating or the like”*.⁴⁹

Como referimos, a redação convencional restou abstrata e suscetível a ampla interpretação, eis que não determina o momento específico em que o risco passará ao comprador.

Ao admitir uma exceção, o legislador convencional não foi claro quanto a sua incidência, determinando apenas que o risco sobre a carga será transferido de forma retroativa – a partir da entrega da mercadoria ao transportador que emitiu os documentos referentes ao transporte⁵⁰ –, quando a situação o justificar.

Naturalmente, a questão que segue é “quais situações ensejam a transferência retroativa do risco?”

Não há disposição que determine tais circunstâncias, dificultando ainda mais a aplicação do dispositivo, bem como ensejando potenciais controvérsias entre os comerciantes, de sorte a, reiteramos, contrariar o próprio sentido da Convenção de Viena.

O legislador convencional, assim, delega à prática comercial a definição de quando se faz cabível a exceção do artigo 68.

⁴⁹ Tradução do original: “Este problema é menos grave quando o dano resulta de um evento identificável - um incêndio, uma tempestade no mar, um desastre de trem ou uma colisão de caminhão, mas é difícil quando o dano resultar de infiltração de água, sobreaquecimento ou similar” (HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3.ª ed. 1999, p. 409-412. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho68.html>>. Acesso em: 19 mar. 2014).

⁵⁰ Para transporte marítimo o documento referente ao contrato firmado com o transportador é denominado “Bill of Lading”.

De acordo com John O. Honnold⁵¹, há uma situação comum que pode ser tomada como exemplo de circunstâncias que indiquem a transferência retroativa do risco: o envio ao comprador dos documentos pertinentes ao transporte da carga, incluindo uma apólice a ele endossada, tornando-o a única pessoa capaz de reivindicar a posse das mercadorias no momento de sua chegada.

Note-se que não há qualquer menção à necessidade de acordo entre comprador e vendedor que expresse o ânimo das partes em transferir o risco de forma retroativa, eis que a redação do artigo não institui qualquer condição para sua implementação.

Entretanto, da mesma forma como não exige composição quanto à transferência do risco, a Convenção de Viena não a proíbe, de acordo com o artigo 6º do diploma. Desta forma, não há qualquer empecilho a que, ainda que não exista condição que indique o risco retroativo ao comprador, este o assuma em razão de prévia combinação com o vendedor.

Bem observa Jan Ramberg quanto à questão: em aspectos práticos, a exceção colocada pela segunda frase do artigo acaba por ser substituída quando utilizada o Incoterm CIF, a qual trará os mesmos resultados que prevê a exceção do artigo 68, vez que imputa ao comprador o risco sobre as mercadorias quando do embarque no navio de transporte, restando ao vendedor a obrigação de arcar com o transporte da carga – exatamente o que ocorre quando é realizada a venda de mercadorias em trânsito.⁵²

Ressalte-se a incidência do artigo 68, aplicável não só a casos de mercadorias transportadas pela via marítima, mas também nas demais circunstâncias em que a carga esteja já submetida a um contrato de transporte, como por exemplo por via terrestre ou ferroviária.⁵³

⁵¹ HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3. ed. 1999, p. 409-412. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho68.html>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

⁵² RAMBERG, Jan. **To what extent do INCOTERMS 2000 Vary Articles 67(2), 68 and 69?** Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ramberg.html#iii>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

⁵³ SEVON, Leif. **Passing of risk**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>>. Acesso em: 13 maio 2014.

Ainda, necessário retermo-nos na última parte do artigo, que coloca uma terceira situação como exceção à regra tida como geral: se, quando da celebração do contrato, ou seja, momento da transferência do risco, existirem danos que o vendedor conheça ou deva conhecer e não comunicar o comprador, o risco sobre tais eventos será imputado ao primeiro.

Evidencia-se novamente a forte presença do princípio da boa-fé nas disposições da Convenção de Viena, aspecto em que concorda com o Código Civil pátrio.

Ora, a última frase do artigo 68 nada mais exige do vendedor do que uma conduta transparente e honesta, impondo-lhe o prejuízo caso aja de forma contrária, priorizando também, através da exigência de boa-fé, a segurança jurídica.

Interessante observação a respeito fazem Adolfo A. N. Rouillon e Daniel F. Alonso, manifestando-se no sentido de considerarem a disposição supérflua ao texto convencional: “*Su carácter superfluo deriva del hecho que, de haber pérdida o deterioro de la cosa al momento de la celebración del contrato, no hubiera mediado consentimiento sobre el objeto de la contratación (art. 19)*”.⁵⁴

Pertinente a manifestação dos autores, também em razão de, como já apontamos, a Convenção de Viena recepcionar a boa-fé, princípio contrariado pelo comportamento descrito na última frase do artigo.

Entretanto, apesar de soar redundante a uma primeira análise, julgamos apropriada tal previsão como forma de evitar eventuais conflitos e inclusive disputas judiciais, o que ensejaria a interpretação do sistema pelo julgador, ora dispensada em virtude de haver uma norma expressa.

Assim, apesar de gerar certo desequilíbrio na relação comercial, a norma colocada pelo artigo 68 como exceção é sempre preferível à regra geral, em razão

⁵⁴ Tradução do original: “Seu caráter supérfluo deriva do fato que, ao haver perda ou deterioração da coisa no momento da celebração do contrato, não havia autorização para a mediada sobre o objeto de contratação (art. 19)” (ROUILLON, Adolfo A.N.; ALONSO, Daniel F. **Código de Comercio**: comentado y anotado. 1. ed. Tomo 1. La Ley: Buenos Aires, 2005, p. 790).

de ser menos suscetível a desencadear divergências entre as partes, proporcionando maior segurança jurídica ao contrato quando este envolver mercadorias em trânsito.

3.2 A TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS QUANDO NÃO HÁ TRANSPORTE

A doutrina refere-se ao artigo 69 como “the general rule”, expressando assim um artigo destinado às situações que não estejam abrangidas nem pelo artigo 67 e nem pelo artigo 68.

A “não abrangência” constitui-se em contratos que não exijam o transporte da carga, sendo estes a minoria dos contratos internacionais de compra e venda, fato que justifica a noção de regra residual.

Tais contratos, conforme coloca Johan Erauw⁵⁵, teriam aparência de contratos domésticos.

Esta noção deriva da ideia de proximidade geográfica entre as partes, eis que, como colocado, não existe a necessidade de providenciar-se o transporte das mercadorias, possibilitando ao comprador que as retire diretamente no local onde está o vendedor.

Isto demonstra desde já afinidade entre o artigo ora estudado e as normas pátrias aplicáveis a casos semelhantes, pois o Código Civil de 2002 preocupa-se predominantemente, se não totalmente, com contratos de compra e venda domésticos, presumindo a não necessidade de um contrato de transporte na maioria dos casos.

Subdividido em duas regras aplicáveis ao caso, a primeira determina a própria regra residual aos contratos internacionais de compra e venda: quando, segundo o contrato, as mercadorias devem ser retiradas pelo comprador no domicílio do vendedor – o que ocorrerá inclusive quando o contrato silenciar quanto ao local-, o

⁵⁵ ERAUW, Johan. **CISG Articles 66-70: the risk of loss and passing it**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html#iv>>. Acesso em: 13 maio 2014.

risco será transferido a partir do momento em que o comprador as recebe. O risco sobre perda ou deterioração, a partir daí, deverá ser suportado por ele.

Ressalte-se que o momento da transferência do risco será o momento da retirada das mercadorias pelo comprador, independentemente de o comprador fazê-lo antes do prazo ou da data pactuados: *“If, on the other hand, the buyer takes over the goods before the agreed date of delivery, the risk passes to the buyer when he or she takes over the goods”*.⁵⁶

Percebemos daí que a Convenção encara os referidos casos de forma parecida à do Direito Romano, base do sistema civil pátrio: a transmissão do domínio sobre a coisa, a tradição romana, encontra-se fortemente ligada à transferência do risco na presente regra.

Casos em que é disponibilizado um prazo para retirada da carga também sofrem a incidência da primeira parte do artigo 69, da mesma forma como descrito acima. Até o recebimento dos bens pelo comprador, ainda que dentro do prazo determinado, o risco sobre quaisquer danos, perda ou demais imprevistos a respeito do objeto do contrato permanece sobre o vendedor.

Razoável tal disposição, eis que condiz com a lógica instituída pela Convenção de Viena no que concerne à transferência do risco: priorizar o risco ao sujeito que tiver controle sobre as mercadorias, ou sobre aquele que tiver mais facilidade de tomar as devidas providências em casos de ocorrência de danos ou perda. Nos casos a que se destina o artigo 69, o vendedor é quem encontra-se nesta posição.

Considera Bernd von Hoffmann⁵⁷, com quem concordamos, ser o artigo 69 preferível à INCOTERM Ex Works, apesar da notável semelhança entre as duas regras, a qual impõe o risco ao comprador no momento em que os bens são postos

⁵⁶ Tradução do original: “Se, por outro lado, o comprador assume a mercadoria antes da data de entrega acordado, o risco é transferido para o comprador quando ele ou ela aceita as mercadorias” (SEVON, Leif. **Passing of risk**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>>. Acesso em: 13 maio 2014.

⁵⁷ VON HOFFMANN, Bernd. **Passing of risk in international sales of goods**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html#ii2>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

à sua disposição, pelas mesmas razões expostas acima: enquanto detiver a posse do objeto do contrato, o vendedor encontra-se em melhor situação para lidar com possíveis imprevistos.

Ponto curioso a respeito de tal tema reside na redação do artigo, o qual limita a transferência do risco em função de quebra da obrigação contratual⁵⁸ apenas à falha específica do comprador em retirar as mercadorias dentro do prazo ou na data determinadas.

Qualquer outra violação contratual por parte do comprador, portanto, desde que este reclame a carga dentro do prazo acordado, não ensejaria a transferência do risco.

Bem exemplifica Bernd von Hoffmann:

*A typical case of such a breach of contract may occur when the buyer is bound to make payment on delivery but refuses to do so. In this situation, the buyer does not fail to take delivery, but it is the unpaid seller who refuses to deliver to the buyer.*⁵⁹

No caso acima, de acordo com a regra estabelecida pelo artigo 69, apesar de o comprador não cumprir com sua obrigação contratual – o pagamento no momento da retirada dos bens-, o risco permanecerá a cargo do vendedor, eis que a violação contratual não trata-se de atraso na reivindicação da carga.

Menciona ainda o autor⁶⁰ que a delegação alemã, quando da elaboração do texto convencional, propôs uma emenda ao artigo 69, segundo a qual a regra estudada aplicar-se-ia a qualquer violação contratual por parte do comprador, a qual restou rejeitada.

⁵⁸ “Breach of contract”, no texto da Convenção.

⁵⁹ Tradução do original: “Um caso típico de tal quebra de contrato pode ocorrer quando o comprador é obrigado a fazer o pagamento no momento da entrega, mas se recusa a fazê-lo. Nesta situação, o comprador não deixa de receber, mas é o vendedor não remunerado que se recusa a entregar ao comprador” (VON HOFFMANN, Bernd. **Passing of risk in international sales of goods**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html#ii2>>. Acesso em: 08 abr. 2014).

⁶⁰ VON HOFFMANN, Bernd. **Passing of risk in international sales of goods**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html#ii2>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

Partilhamos uma vez mais de sua posição, no sentido de considerar a referida emenda perfeitamente coerente com o restante do sistema convencional, tomando-se o risco como ferramenta encorajadora ao comprador, para que este cumpra suas obrigações contratuais em sua integralidade, sob pena de arcar com os riscos de mercadorias que não encontram-se ainda em seu poder e também, particularmente, para instituir a justiça e equilibrar a relação, desonerando o vendedor cumpridor de sua parte no acordo.

Também neste sentido manifestou-se o legislador brasileiro, conforme Caio Mário da Silva Pereira: “A *mora accipiendi* importa em inversão do risco. Posta a coisa à disposição do comprador, em tempo oportuno e modo ajustado, se não a levanta suporta os riscos, e não se pode queixar do dano a que se exponham”.⁶¹

Ainda, no sentido de equilibrar a relação comercial, faz-se oportuno o exemplo colocado por Leif Sevón:

*The Convention seems to provide that if the seller should have delivered the goods on November 18, but is capable of delivering only on November 26, and the buyer actually takes over the goods on November 29, after being informed that the goods are available, the risk passes when the goods are actually taken over by the buyer, i.e., on November 29.*⁶²

Ora, perfeitamente razoável a norma da primeira parte do artigo 69 também sob este aspecto, de forma que, como mencionado acima, desonera a parte cumpridora do acordo, impedindo a transferência do risco ao comprador quando este cumpre suas obrigações contratuais mas não pode retirar os bens em razão de descumprimento por parte do vendedor.

Quanto à segunda parte do artigo, este destina-se às situações em que o comprador também deverá retirar as mercadorias diretamente, entretanto em local

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 194.

⁶² Tradução do original: “A Convenção parece prever que se o vendedor deveria ter entregue a mercadoria em 18 de novembro, mas é capaz de entregar apenas em 26 de novembro, e que o comprador realmente aceita as mercadorias em 29 de novembro, depois de ser informado de que os produtos estão disponíveis, o risco é transferido quando a mercadoria é efetivamente assumida pelo comprador, ou seja, em 29 de novembro” (SEVON, Leif. **Passing of risk**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>>. Acesso em: 13 maio 2014).

previamente acordado, que não o local de negócios do vendedor, como na primeira parte.

A distinção ocorre no momento da transferência do risco ao comprador, a qual ocorrerá mais cedo: de acordo com a segunda parte do artigo 69, o risco será do comprador no momento em que a entrega for devida e ele restar ciente de que as mercadorias estão à sua disposição para retirada no local estipulado no contrato.

Maior neste caso a semelhança da disposição convencional com o Incoterm Ex Works, em razão de ambos proporcionarem a transferência do risco ao vendedor precocemente em relação às demais regras, antes mesmo – e independentemente – de o comprador encontrar-se em posse da carga.

O fato central, portanto, é a ciência por parte do comprador, a qual, de acordo com Leif Sevón⁶³, não necessariamente deverá ocorrer a partir do vendedor, eis que a redação do artigo assim não especifica.

Restando o comprador ciente de que a mercadoria está apta a ser retirada e disponível para tal, seja por meio de contato com o vendedor ou outros meios – como exemplifica o autor, pelo transportador-, este deverá arcar com o risco sobre as mercadorias.

A distinção entre tais regras vem do fato de o local neste caso ser qualquer outro que não o local de negócios do vendedor – normalmente são determinados locais como depósitos ou armazéns específicos para este fim.

A legislação brasileira também dispõe a respeito, no mesmo sentido:

Entende-se como tradição e, portanto, deslocamento do risco para o comprador, o fato de a coisa ter sido posta à disposição deste. Suporta ele, então, o risco das coisas que se recebem contando, pesando, medindo, ou assinalando, mesmo que o fortuito ocorra no ato de contar, marcar ou assinalar, se nessa oportunidade já estiverem à disposição do adquirente.⁶⁴

⁶³ SEVON, Leif. **Passing of risk**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>>. Acesso em: 13 maio 2014.

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 194.

A transferência do risco, de acordo com a lei brasileira para tais situações, ocorrerá no mesmo momento colocado pelo legislador convencional.

Considerando-se novamente a noção de controle sobre a mercadoria, na qual as regras de transmissão de risco da Convenção de Viena são calcadas, percebemos que, não encontrando-se os bens sob a posse do vendedor (em seu local de negócios), este não terá, como presume-se na primeira parte do artigo 69, controle sobre eles de forma a colocá-lo em situação mais prática a providenciar sua manutenção, seguro e eventual reparação.

Desta forma, nota-se o grande desequilíbrio na compra e venda caso a norma da primeira parte do artigo fosse aplicada a casos semelhantes, eis que como referimos, o vendedor então não encontra-se em posição melhor do que a do comprador para arcar com os riscos sobre a carga.

Justifica-se portanto a transferência do risco no momento colocado, pois, respeitando-se o tempo razoável que coloca o legislador convencional para que o comprador retire as mercadorias ou o prazo determinado no contrato, ele é quem terá melhores condições de zelar pela manutenção da mercadoria, em lugar do vendedor, como anteriormente.

Pertinente a colocação de Barry Nicholas⁶⁵ ao esclarecer a relevância da distinção entre o momento de entrega da carga no local acordado e o momento em que o comprador toma conhecimento de tal entrega, da disponibilidade para retirada. Somada à ciência do comprador, o legislador convencional exige também que a entrega seja devida, como pressuposto para disponibilidade.

Ainda segundo o autor, dentre outros casos, o texto da segunda parte do artigo 69, sob uma interpretação rígida, poderia gerar problemas de ordem prática, cujos resultados viriam a contrariar a lógica do sistema da Convenção.

⁶⁵ NICHOLAS, Barry. **Bianca-Bonell commentary on the international sales law**. Giuffrè: Milan, 1987, p. 496-501. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

Segundo ele, a condição de que a entrega da mercadoria seja devida ao tempo de sua retirada por parte do comprador estipulada para transferência do risco é potencial causadora de dificuldades na aplicação do artigo. Bastaria o vendedor disponibilizar as mercadorias e cientificar o comprador antes do prazo ou data contratual para tal e que o comprador as retirasse também mais cedo. A letra da Convenção manteria o risco sob a pessoa do vendedor, ainda que as mercadorias já estivessem sob a posse do comprador.

Naturalmente a situação elencada contraria os princípios convencionais, vez que o comprador então teria melhores condições de garantir as mercadorias contra perdas ou deteriorações.

O doutrinador determina, com razão, que em casos semelhantes deva ser observado o princípio geral, o propósito da regra, admitindo-se então a transferência do risco ao comprador no momento em que a carga encontre-se em seu poder, ainda que fora do prazo firmado em contrato.

Consideramos também a possibilidade de o contrato firmado entre as partes não determinar de forma objetiva o prazo dentro do qual o comprador, ciente da entrega das mercadorias, deverá retirá-las.

A doutrina menciona que as partes envolvidas no negócio deverão respeitar um lapso de tempo razoável para tal. A interpretação resta naturalmente dificultosa quanto a essa questão, em razão da subjetividade do termo “razoável”.

Importa ainda ressaltar o terceiro parágrafo do artigo 69, o qual exige a identificação das mercadorias como objeto do contrato específico, à semelhança do artigo 67, já analisado.

O último parágrafo do artigo impõe tal exigência a ambas as regras anteriores como condição para a transferência do risco e sobretudo para o desenvolvimento satisfatório da relação comercial. A carga só poderá ser considerada como “à disposição do comprador” quando estiver identificada como relativa ao contrato em questão.

Julgamos a mencionada regra, como o fizemos com a do artigo 67, absolutamente cabível nos casos submetidos ao artigo 69, basicamente pelas mesmas razões.

Quanto ao primeiro parágrafo, ainda que exista contato direto entre as duas partes envolvidas na compra e venda, eis que o comprador dirige-se ao local de negócios do comprador para retirar as mercadorias, estas deverão estar apropriadamente identificadas como referentes a determinado contrato, especialmente em casos nos quais as partes estabeleçam outros contratos de compra e venda, a respeito de outros objetos, bem como em razão da possibilidade de o vendedor firmar contratos com outros compradores, e por esta razão armazenar diferentes mercadorias em seu estabelecimento.

Já quando à regra especial, ainda mais relevante se faz a identificação das mercadorias, obviamente, eis que o comprador deverá retirá-las em local estranho a ambas as partes, como referimos, normalmente estabelecimentos específicos para este fim, como armazéns ou depósitos os quais, presume-se, são também utilizados por outros comerciantes, alheios ao contrato em questão, inclusive de forma simultânea.

Assim, dada a importância da adequada e clara identificação das mercadorias, reiteramos sua plausibilidade como pressuposto para a transferência do risco, somada às demais condições já elencadas para situação sob a égide do artigo 69 da Convenção de Viena.

Portanto, vêm o artigo 69 e seus parágrafos demonstrar coerência quanto ao sistema e ao critério geral da Convenção, eis que a transferência do risco nos casos analisados baseia-se, como nos demais artigos, na questão do controle sobre a carga, determinando-se assim quem deverá suportar o risco, bem como dissociando a noção de risco e sua transferência da propriedade sobre os bens, como vem fazendo o legislador convencional até então.

3.3 RISCO E INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

A Convenção também preocupa-se em regular situações em que a compra e venda acaba por não implementar-se, no caso específico do artigo 70, em razão de violação fundamental do contrato por parte do vendedor.

O comprador prejudicado, de acordo com tal prescrição, tem garantidos a si os remédios previstos pelo texto da Convenção – inclusive a resolução do contrato - em caso de inadimplemento substancial por parte do vendedor, independente de ter-se operado a transferência do risco de acordo com um dos artigos anteriores.

Assim, ainda que o risco sobre danos ou perda da mercadoria já seja a si imputado, se tais danos originarem-se de uma quebra fundamental do contrato efetuada pelo vendedor, o comprador não será impedido de buscar a reparação de tais danos, ou mesmo a resolução do contrato, caso seja este seu interesse.

Da mesma forma, o legislador brasileiro também instituiu alternativas à parte do contrato prejudicada em razão de comportamento culposos da outra, dentre elas, como na Convenção de Viena, a resolução do negócio.

As soluções para problemas em casos em que as mercadorias foram entregues são enumeradas na própria Convenção, conferindo ao comprador um amplo rol de alternativas para compensar o dano que sofrera em razão de comportamento inadequado do vendedor.

O artigo 70, por sua vez, tem redação bastante específica, determinando expressamente que tais remédios estariam disponíveis ao comprador em caso de quebra fundamental do contrato, conceito central para análise da aplicação deste preceito.

Portanto, caso a perda ou deterioração da mercadoria ocorra após a transferência do risco, mas devido à quebra fundamental do contrato, a dita

transferência não constituirá empecilho à parte lesada para que esta rescinda o negócio.⁶⁶

O conceito de “quebra fundamental do contrato” remete-nos ao estudo do artigo 25 da Convenção de Viena, o qual determina quando o comportamento do vendedor⁶⁷ poderá ser assim considerado.

Apesar da visível intenção do legislador convencional em primar pela objetividade, a utilização de termos abrangentes exige um estudo detalhado do texto, de forma a capacitar-nos a compreender o próprio conceito e por conseguinte, o âmbito de incidência do artigo 70.

A compreensão do referido artigo 25 faz-se necessária em razão de, dentre outros remédios, autorizar a rescisão do negócio jurídico devido à quebra fundamental por uma das partes. A rescisão, por sua vez, frequentemente acarretará imprescindivelmente o transporte das mercadorias, armazenamento, seguro, dentre outras providências, situações em que se deverá especificar qual dos sujeitos envolvidos deverá suportar o risco de perda ou perecimento.

Neste sentido explica Johan Erauw, apresentando também o rol de remédios disponíveis ao comprador eventualmente lesado:

The buyer's remedies for fundamental breach with respect to delivered goods are: requiring delivery of substitute goods (Article 46(2)), asking repair (Article 46(3)), reducing the price (Article 50), avoiding the contract (Article 49(1)(a)) and claiming damages (Articles 74 to 77). If a buyer either avoids the contract or demands substitute goods, the original delivered goods are returned to the seller (Articles 81(2) and 82), hence the risk also goes back to the seller.⁶⁸

⁶⁶ SEVON, Leif. **Passing of risk**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>>. Acesso em: 13 maio 2014.

⁶⁷ Há referências à quebra contratual por parte do comprador, entretanto não são os casos mais comuns.

⁶⁸ Tradução do original: “São remédios do comprador para violação fundamental no que diz respeito aos produtos fornecidos são: requerer a entrega de bens substitutos (artigo 46 (2)), pedido de reparação (artigo 46 (3)), a redução do preço (artigo 50), resolução do contrato (artigo 49 (1) (a)) e alegação de danos (artigos 74 a 77). Se um comprador ou resolve o contrato ou exige bens substitutos, os produtos originais entregues são devolvidos ao fornecedor (artigos 81 (2) e 82), portanto, o risco também vai voltar para o vendedor” (ERAUW, Johan. **CISG Articles 66-70: the risk of loss and passing it**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html#iv>>. Acesso em: 13 maio 2014).

Os fatores chaves colocados pelo artigo 25, portanto, são a) a quebra, para ser considerada fundamental, deve privar a outra parte substancialmente daquilo que esperava auferir em função da relação contratual e b) a impossibilidade de previsão, por uma pessoa razoável, da situação que levou à referida quebra.

Assim, observamos a possibilidade de existirem situações de quebra contratual que não se adaptem à descrição acima estudada. Nestes casos, a resolução do contrato não será um remédio disponível à parte que se considerar lesada, sem prejuízo dos demais remédios disponibilizados pela Convenção, acima elencados.

Ressaltamos daí, novamente, a importância em retermo-nos momentaneamente na análise do conceito de “quebra fundamental do contrato” e demais disposições do artigo 25.

A noção de quebra fundamental vem amparada, como referido, por um conjunto de circunstâncias, cuja coexistência autoriza a parte lesada a requerer a resolução do contrato.

Não há quebra fundamental, portanto, sem que reste demonstrado o prejuízo – substancial- sofrido por uma das partes como consequência de comportamento diverso do esperado imputado à outra.

O prejuízo será a chave para determinar-se se ocorreu de fato uma quebra fundamental do contrato ou meramente uma quebra contratual. Esta última apresenta-se em casos de descumprimento de determinadas obrigações contratuais as quais, entretanto, não acarretam maiores danos ao outro contratante, como bem exemplifica Cyro Faria Annes: “Por exemplo, quando um vendedor não atende à obrigação de empacotar os bens, mas estes chegam intactos ao comprador, não haveria prejuízo”.⁶⁹

⁶⁹ ANNES, Cyro Faria, *apud* FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias**: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 182.

De forma específica, o legislador convencional dispõe que o prejuízo capaz de embasar eventual resolução do contrato é o prejuízo substancial.

O interesse básico da Convenção de Viena como sistema é a manutenção da relação contratual, reconhecendo-se sua função social e garantindo a segurança jurídica aos contratantes. Por isso notamos maior rigidez em razão à caracterização da quebra fundamental e, por conseguinte, à alternativa de rescindir-se o contrato.

Entretanto, analisamos o caso em que eventual descumprimento acarrete à outra parte o desinteresse na execução do negócio, eis que em virtude do comportamento diverso do esperado, as expectativas em relação ao contrato não poderão ser realizadas. O desinteresse caracteriza o prejuízo substancial, aquele que impede a parte lesada de auferir aquilo que justamente esperava do contrato, em razão de seus termos.

Ambos doutrina e jurisprudência pacificaram o entendimento a respeito do tema, ligando diretamente a definição de prejuízo substancial às expectativas da parte prejudicada.

Ressalta ainda Cyro Faria Annes⁷⁰ que as dimensões dos danos causados pelo descumprimento não podem ser limitados a danos exclusivamente materiais ou mesmo a danos diretamente relacionados com o contrato em questão, podendo naturalmente abranger prejuízos causados à parte em outras relações comerciais (como em casos de revenda de mercadorias), bem como danos extrapatrimoniais.

Em contrário vem o Código Civil brasileiro, conforme dispõe Maria Helena Diniz:

Se houver deterioração, o comprador terá a opção de resolver o contrato ou aceitar a coisa no estado em que se achar, com abatimento no preço; se o fato se deu por culpa do alienante (CC, art. 236), poderá pedir, ainda, indenização por perdas e danos.⁷¹

⁷⁰ ANNES, Cyro Faria, *apud* FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias**: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 182.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 3º volume**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 193.

Percebemos divergência notável entre os dois sistemas: ainda que o inadimplemento não se dê em razão de culpa do vendedor, o comprador poderá resolver o contrato caso julgue conveniente. A alternativa concedida ao comprador em caso de culpa do devedor é a perseguição de perdas e danos, o que invariavelmente levará o dissídio ao âmbito judicial.

Assim, em contratos de compra e venda domésticos, ainda que os danos ou a perda sejam resultado unicamente de caso fortuito ou força maior, sem qualquer contribuição do vendedor para tal, o credor terá a opção de resolver o negócio, sendo a culpa, e não o prejuízo substancial⁷², o conceito utilizado como critério para o cabimento da medida.

O ônus da prova da existência do prejuízo substancial, na Convenção de Viena, é, naturalmente, da parte prejudicada, a qual deverá demonstrar objetivamente o nexo causal entre o descumprimento contratual do outro contratante e os prejuízos que teve de suportar.

Preceitua também o artigo 25 que, para caracterizar-se a quebra como fundamental, esta deve advir de situação previsível por pessoa razoável da mesma espécie nas mesmas circunstâncias.

Esta parte do artigo impõe outra condição à definição da substancialidade do prejuízo – e portanto do caráter fundamental da quebra – a previsibilidade.

A *contrario sensu*, caso arguido o prejuízo substancial por um dos contratantes, após a prova da ocorrência efetiva de danos, o ônus sofre uma inversão, recaindo então sobre a parte faltante. Caso seja capaz de provar que as circunstâncias que levaram ao descumprimento de suas obrigações não eram consideradas previsíveis, dentro da definição do artigo, a substancialidade do prejuízo sofrido pelo primeiro é afastada, bem como a possibilidade de resolução do contrato em razão do referido prejuízo.

⁷² E, portanto, a quebra fundamental do contrato, nos termos da Convenção de Viena.

Depreende-se então que, caso o resultado – prejuízo substancial – não fosse absolutamente imprevisível – por pessoa ponderada da mesma espécie nas mesmas condições –, o descumprimento contratual seria ainda considerado uma quebra por parte do contratante, entretanto, não terá a natureza de quebra fundamental.

O legislador convencional, adiante, conferiu imprecisão a respeito da resolução do contrato em razão da quebra fundamental, exigindo a prova da ocorrência de imprevisibilidade, conceito extremamente abstrato, por, como dissemos, pessoa ponderada da mesma espécie nas mesmas condições, noção também altamente abstrata.

A respeito do tema houve discordâncias já à época da elaboração da Convenção de Viena, bem como divergências doutrinárias que até os presentes dias subsistem. Cyro Faria Annes⁷³ bem cita a observação de Véra Jacob de Fradera e Luiz Gustavo Meira Moser, quem atribuiu as críticas ao fator da imprevisibilidade ao fato de demonstrar-se uma potencial ferramenta de estímulo ao descumprimento contratual, eis que, segundo afirmou-se, bastaria a alegação de imprevisibilidade do resultado para eximir a parte faltante das consequências. Ainda segundo a jurista, em contrapartida, estudiosos afirmaram que a necessidade de prova concreta de que o resultado seria de fato imprevisível impossibilitaria locupletação da parte de má-fé, vez que não são raras as ocasiões em que a prova não é facilmente demonstrada.

Ainda coloca-se a menção a “pessoa ponderada da mesma espécie nas mesmas circunstâncias” como vaga, no sentido de apresentar grande dificuldade na determinação efetiva de quem e como seria uma “pessoa razoável”, vez que tratamos com um cenário internacional que abrange diversos fatores divergentes, e simultaneamente relevantes a tal definição, ocorrendo o mesmo com a expressão “nas mesmas circunstâncias”.⁷⁴

⁷³ ANNES, Cyro Faria, *apud* FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias**: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 184.

⁷⁴ FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias**: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 186.

Face à acirrada divergência doutrinária e à extrema vagueza dos termos empregados pela Convenção de Viena, chegamos naturalmente à conclusão a que chegou a doutrina: a aplicação da norma abstrata caberá à apreciação casuística.

Desta forma, analisando-se novamente o artigo 70, observamos que não existe qualquer menção por parte do legislador convencional a respeito do risco sobre as mercadorias em caso de aplicação de um dos remédios disponíveis ao comprador prejudicado, em especial a rescisão contratual.

Como referimos, entretanto, saber quem suporta o risco é de extrema importância em qualquer relação comercial, levantando assim um problema a ser enfrentado.

Johan Erauw⁷⁵ manifesta-se neste sentido, colocando que em caso de invocação de um dos remédios do comprador, o risco sobre os produtos passará ao vendedor, de forma retroativa, vez que imputam-se a ele as consequências pelo descumprimento contratual.

Coloca ainda o autor situações em que, de acordo com os artigos 82 e 83 do texto convencional, o comprador perderia o direito de invocar os remédios de rescisão contratual e substituição das mercadorias. O comprador então, embora suporte uma quebra contratual por parte do vendedor, ainda estará obrigado a pagar o preço. Apesar disso, segundo o jurista, não haveria empecilhos a que o comprador reclamasse, como exemplifica, outros remédios que ainda restam a sua disposição, como um abatimento no preço acordado em razão de perda ou deterioração. O comprador que permaneça em posse das mercadorias enquanto aguarda providências do vendedor, portanto, não será submetido ao risco sobre elas, meramente responderá pelas obrigações inerentes a sua manutenção e armazenamento.

Apontam ainda, sobre o risco em tais situações, Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos:

⁷⁵ ERAUW, Johan. **CISG Articles 66-70: the risk of loss and passing it**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html#iv>>. Acesso em: 13 maio 2014.

Concretamente no que toca ao direito de resolução (...), poderia pôr-se um problema. O de, estando a sua utilização condicionada pela possibilidade de restituição, em estado idêntico, das mercadorias ao vendedor (artigo 82, parágrafo 1), saber se tal faculdade não ficaria precludida pelo facto de se ter operado a perda ou deterioração das mercadorias após a transferência do risco para o comprador. Em todos os demais casos, o direito de resolução não é prejudicado, ainda que a perda ou desaparecimento das mercadorias resulte de caso fortuito.⁷⁶

Perceba-se, no problema considerado pelos autores, que o sentido geral, a lógica do texto convencional não permitiria solução diversa, pois, como já ressaltado, a quebra fundamental do contrato é pressuposto ao exercício do direito de rescisão contratual, nos termos do artigo 70 c/c artigo 25.

Desta forma, caso incorra o vendedor em uma quebra fundamental, natural é a transferência do risco sobre as mercadorias durante o lapso temporal até a efetiva rescisão do acordo a si, eis que foi ele quem descumpriu com suas obrigações, causando assim prejuízos ao comprador.

3.3.1 Situações específicas

Importa ainda ressaltar situações comumente analisadas pela doutrina que, de acordo com fatores variáveis, poderão ou não configurarem-se em quebra fundamental, tanto por parte do vendedor quanto por parte do comprador.

A demora na entrega dos bens, por si só, não representa, em tese, uma quebra fundamental por parte do vendedor.

Voltamos à análise do conceito de quebra fundamental para justificarmo-nos: a simples entrega intempestiva da carga não gera, em regra, prejuízo substancial ao comprador⁷⁷, e, portanto não serve como única circunstância basilar para a rescisão contratual.

Entretanto, o exame casuístico pode apresentar situações em que outros fatores, aliados ao atraso, comprovem o prejuízo imposto ao comprador. A doutrina

⁷⁶ SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Manuel Moura. **Contratos internacionais**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 184-185.

⁷⁷ De forma geral, pois apesar do atraso, as mercadorias foram afinal entregues.

cita, especialmente, casos em que a natureza do produto comercializado exija pontualidade na entrega, por tratar-se de bem perecível ou mesmo sazonal.⁷⁸

A entrega após a data máxima estipulada pode também operar quebra fundamental do contrato, de acordo com Cyro Faria Annes, quando “(...) os bens deveriam ser entregues em uma determinada data, e esta data era determinante do ponto de vista do comprador, sendo que o vendedor sabia disso, haveria quebra fundamental no caso de atraso na entrega dos bens”.⁷⁹

Encontram-se na doutrina outros vários exemplos de situações semelhantes, todos colocando como critério de avaliação da eventual existência de quebra fundamental a relevância para o comprador da data combinada para entrega. Reiteramos: o estudo sempre remeterá à noção de prejuízo substancial. Caso a demora na entrega não gere sérios prejuízos, a quebra em questão não terá caráter fundamental, não ensejando, portanto medida tão drástica quanto à rescisão.

Importa ainda atermo-nos à questão do risco, nas palavras de Adolfo A. N. Rouillon e Daniel F. Alonso:

Por ende, en caso de entrega tardía y destrucción posterior antes que el comprador se hiciere cargo de las mercaderías sin comunicar su intención de resolver, la pérdida debe ser soportada por el vendedor, aun cuando éste ya no era responsable por el riesgo, en la misma inteligencia de transición retroactiva de aquél con motivo del incumplimiento (arts. 70 y 81).⁸⁰

O mesmo ocorre em situações inversas. Caso o comprador incorra em demora no pagamento do preço estipulado, o entendimento doutrinário é que tal atraso não configura por si só uma quebra de natureza fundamental.⁸¹

⁷⁸ ANNES, Cyro Faria, *apud* FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias**: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 188-189.

⁷⁹ ANNES, Cyro Faria, *apud* FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias**: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 188.

⁸⁰ Tradução do original: “Assim, em caso de atraso na entrega e posterior destruição antes de o comprador tomar posse das mercadorias sem comunicar a sua intenção de rescindir, a perda deve ser suportada pelo vendedor, mesmo não sendo mais responsável pelo risco, em mesma inteligência que transmissão retroativa do risco (arts. 70 e 81)” (ROUILLON, Adolfo A. N.; ALONSO, Daniel F. **Código de Comercio**: comentado y anotado. 1.ª ed. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 794).

⁸¹ Observe-se que o não pagamento, de acordo com a doutrina, constituirá de pronto quebra fundamental. (FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A compra e venda**

Será sempre necessário analisarem-se os casos individualmente, levando-se em consideração suas especificidades sob o critério de avaliação principal, como já colocado: a ocorrência ou não do prejuízo substancial.

Assim, dada a distinção entre “quebra” e “quebra fundamental” do contrato, percebemos a acentuada relevância que possui tal diferença⁸², a qual reside na natureza dos danos causados pela parte faltante – prejuízo substancial - e da situação que acarretou o descumprimento, sendo a quebra fundamental, como já destacado, a única capaz de embasar a resolução do negócio jurídico, nos termos do artigo 70 c/c artigo 25 da Convenção de Viena.

internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 192).

⁸² E, por conseguinte a análise conjunta dos artigos 70 e 25 da Convenção de Viena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas da Convenção de Viena pretendem disponibilizar maior facilidade e segurança jurídica aos contratantes, conforme mencionado, através da centralização das disposições concernentes à compra e venda internacional de mercadorias.

Quanto à transferência do risco, nos artigos convencionais ora estudados são abordadas as principais situações em que potencialmente irão encontrar-se os comerciantes internacionais, sempre imputando o risco a comprador ou vendedor, utilizando-se o critério de maior controle sobre a carga para determinar quem arcará com os prejuízos em caso de perda ou danos.

Já o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ater-se à questão no Código Civil de 2002, o fez de forma mais breve, sem entretanto deixar de apresentar grandes e relevantes semelhanças com os artigos convencionais.

Notável é, dentre tais semelhanças, a recepção do princípio da Boa-Fé objetiva em ambos os sistemas, eis que a intenção do contratante ao agir é sempre considerada, bem como a prévia ciência de que suas ações são potencialmente danosas e também eventual negligência em cumprir com sua parte do acordo.

Seja de acordo com o legislador convencional, seja de acordo com o legislador brasileiro, portanto, em caso de uma das partes agir de forma negligente ou em má-fé, causando assim danos ou perda das mercadorias (e, naturalmente, prejuízos ao outro contratante), ter-se já operado a transferência do risco ou não é matéria irrelevante, eis que o comerciante de boa-fé, cumpridor de suas obrigações, não deverá suportar os prejuízos a ele impostos de tal forma. Ainda que o risco não mais incida sobre si, o contratante de má-fé responderá pela perda ou decréscimo, seja por pagar o preço, caso seja o comprador, seja por não recebê-lo, caso vendedor.

Assim, o princípio basilar a orientar o desenvolvimento da relação mercantil deverá ser o da Boa-Fé, o que pode ser observado no decorrer da leitura de ambos

os textos na matéria concernente à compra e venda, especialmente à transferência do risco.

Em contrapartida, diferem Convenção e Código Civil ao determinarem o conceito central a ser levado em consideração para, de forma prática e objetiva, decidir a qual das partes tocará o risco sobre a transação mercantil.

O Código Civil como sistema tem por origens as normas romanas, segundo as quais *res perit domino*, ou seja, a coisa perece para seu dono.

Trata-se de uma forma de fato mais objetiva e em contrapartida demasiado simplista de colocar que o fator a determinar quem deverá suportar eventuais danos ou a perda do bem em uma relação de compra e venda, no Brasil, será o proprietário.

A propriedade, por sua vez, é estritamente ligada ao instituto da posse, passando o comprador a figurar como dono somente após a tradição. Tal definição, como apontamos, vem a onerar demasiadamente o vendedor, eis que é ele o proprietário até que a mercadoria chegue às mãos do comprador, o que, em uma transação internacional, pode tomar um grande espaço de tempo, durante o qual, seja qual for a situação⁸³, *res perit domino* – o vendedor deverá responder por danos ou perda ou, como quer a lei pátria, caso fortuito ou força maior.

Já a Convenção de Viena opta por dissociar os institutos da posse e da propriedade, admitindo que o comprador torne-se o dono antes mesmo da chegada da carga ao bem de destino, colocando como centro para a transferência do risco uma noção mais subjetiva: deverá arcar com os riscos aquele que estiver em melhores condições de tomar as providências cabíveis em caso de danos ou perda.

Apesar de tal disparidade conceitual, como mencionamos, o princípio a direcionar e embasar ambos os sistemas é a Boa-Fé, exigindo-se idoneidade de ambos os contratantes do início ao fim da relação contratual.

⁸³ À exceção da má-fé.

Assim, em termos práticos, os sistemas exercem função muito semelhante, amparando a parte de boa-fé contra eventuais quebras contratuais por parte do outro acordante, diminuindo a importância e incidência da disparidade acima mencionada.

Portanto, apesar de existentes, as distinções conceituais não exercem influência sobre o resultado final, sobre as diretrizes e sobre a base dos dois diplomas, não representando um óbice relevante à recepção das normas convencionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, a qual não deverá, acreditamos, ensejar maiores infortúnios.

REFERÊNCIAS

ARGUELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1992.

ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. 5: do direito das obrigações**. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROS, Wellington Pacheco. **Contratos: estudos sobre a moderna teoria geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Câmara de Comércio Exterior. **Resolução nº 21, de 7 de abril de 2011**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1311715093.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2014.

_____. **Decreto Legislativo nº 538/2012, de 18 de outubro de 2012**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-convencao-137911-pl.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONVENÇÃO DE VIENA. **Compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-66.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

_____. **Compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-67.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ERAUW, Johan. **CISG Articles 66-70: the risk of loss and passing it**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html#v>>. Acesso em: 13 maio 2014.

FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

GLITZ, Frederico E.Z.; GOMES, Rhodrigo Deda. **Revista de Direito Empresarial: RDEmp**, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 1, p. 13-27, jan./abr. 2012.

HELLNER, Jan. **The Vienna Convention and standard form contracts**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hellner.html#iv>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

HONNOLD, John O. **Risk of loss**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold5.html#802>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

_____. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3. ed. (1999), p. 409-412. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho68.html>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. **Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias**. A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/67. p. 4. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/555/08/PDF/V0455508.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

NICHOLAS, Barry. **Bianca-Bonell Commentary on the international sales law**. Giuffrè: Milan, 1987. p. 496-501. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RAMBERG, Jan. **To what extent do INCOTERMS 2000 Vary Articles 67(2), 68 and 69?** Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ramberg.html#iii>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

ROUILLON, Adolfo A. N.; ALONSO, Daniel F. **Código de Comercio: comentado y anotado**. 1. ed. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2005.

SÃO PAULO. 9ª Vara Cível. **Apelação com revisão nº 990.10.267816-4. Processo: 583.00.2006.189269-8**. Comarca: São Paulo. Prolator: Juiz Guilherme Santini Teodoro. Apelantes: Companhia Brasileira de Distribuição e outro. Apelado: Handelmaatschppij J. P. Beemsterboer B. V. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

SEVON, Leif. **Passing of risk**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>>. Acesso em: 13 maio 2014.

SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Manuel Moura. **Contratos internacionais**. Coimbra: Almedina, 1995.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007.

VADE MECUM. Organização: Nylson Paim de Abreu Filho. 10. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VON HOFFMANN, Bernd. **Passing of risk in international sales of goods**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html#ii2>>. Acesso em: 08 abr. 2014.