

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Fernando Gemelli Eick

**A INTERPRETAÇÃO DO ART. 113 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DA
CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS**

**Porto Alegre
2014**

FERNANDO GEMELLI EICK

**A INTERPRETAÇÃO DO ART. 113 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DA
CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS**

**Monografia apresentada ao Departamento
de Direito Privado e Processo Civil da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.**

**Orientador: Prof^ª. Lisiane Feiten Wingert
Ody**

**Porto Alegre
2014**

FERNANDO GEMELLI EICK

**A INTERPRETAÇÃO DO ART. 113 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DA
CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Ciência
Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody
Orientadora

Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera

Professor Doutor Fabiano Menke

Conceito: _____

Porto Alegre, 09 de dezembro de 2014.

Aos meus pais, Roque e Zelir, que sempre me incentivaram a ir em busca dos meus sonhos e que nunca mediram esforços para que eu alcançasse uma educação profissional de qualidade.

Aos meus irmãos, Marília, Luciana e Eduardo, que estiveram do meu lado desde sempre, contribuindo com a construção do meu caráter.

Aos demais familiares, que, mesmo longe fisicamente, torceram por mim durante esta trajetória.

Aos meus colegas da UFRGS, pelo compartilhamento de toda a sorte de conhecimento – não apenas jurídico – e pela amizade construída, tornando esses anos mais alegres e divertidos.

A minha professora orientadora, Professora Lisiane, pela confiança em mim depositada.

RESUMO

Este trabalho se propõe a contribuir para uma melhor e mais abrangente forma de interpretação dos negócios jurídicos, em especial do contrato, sua mais notável espécie. Buscando inspiração na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980, mais precisamente em seu Art. 9º, buscar-se-á acrescentar um novo critério de interpretação contratual no Art. 113 do Código Civil Brasileiro. O método de pesquisa utilizado é o comparado, auxiliado de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. O resultado do estudo indica que a inclusão de um novo critério de interpretação contratual no Direito Brasileiro terá a potencialidade de guarnecer as relações contratuais de maior segurança.

Palavras-chave: Usos. Costumes. Práticas Comerciais. Poder Vinculativo. Interpretação Contratual.

ABSTRACT

This paper aims to contribute to a better and more comprehensive interpretation of legal transactions, in particular to the contract, its most remarkable species. Seeking inspiration in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980, more precisely in Art. 9, we intend to add a new criterion of contractual interpretation in Art. 113 of the Brazilian Civil Code. The research method used is the compared one with doctrinal and jurisprudential research. The result of the study indicates that the inclusion of a new criterion of contractual interpretation in Brazilian Law will have the potential to provide the contractual relations a greater security.

Keywords: Usages. Customs. Commercial Practices. Binding Power. Contract Interpretation.

ABREVIACÕES

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)
CC/1916	Código Civil Brasileiro de 1916
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CCom/1850	Código Comercial Brasileiro de 1850
CIF	Custo, Seguro e Frete
CISG ou Conveno	Conveno de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias
CLOUT	Jurisprudência nos textos da UNCITRAL
FOB	Livre a Bordo do Navio
INCOTERM	Termos Internacionais de Comércio
OLG	Oberlandesgericht
PECL	Princípios Europeus de Direito Contratual
UCC	Código Comercial Uniforme dos Estados Unidos da América
ULFIS	Lei Uniforme sobre Formao de Contratos de Compra e Venda Internacional
ULIS	Lei Uniforme sobre Compra e Venda de Bens
UNCITRAL	Comissão das Naoes Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificao do Direito Privado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I. OS USOS E AS PRÁTICAS COMERCIAIS NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS - CISG	15
A. Aspectos Gerais sobre os Usos e as Práticas Comerciais na CISG.	15
<i>a. Definição de usos e de práticas comerciais.....</i>	<i>16</i>
<i>b. A validade dos usos e das práticas comerciais.....</i>	<i>18</i>
<i>c. O Art. 7º: a boa-fé na CISG</i>	<i>20</i>
<i>d. Preponderância dos usos e das práticas comerciais na CISG.</i>	<i>23</i>
<i>e. Referência aos usos e às práticas comerciais na CISG de uma maneira geral.....</i>	<i>26</i>
B. Análise do Art. 9º CISG.	27
<i>a. Substrato Teórico do Art. 9º da CISG</i>	<i>28</i>
1. <i>Leis internacionais que influenciaram a redação do Artigo 9º CISG.....</i>	<i>28</i>
2. <i>Teoria de base do artigo 9º CISG</i>	<i>30</i>
b. Aplicação Prática do Art. 9º da CISG	31
1. <i>Usos e práticas comerciais segundo o Artigo 9º(1) CISG</i>	<i>32</i>
<i>a'. Acordo no que diz respeito aos usos</i>	<i>32</i>
<i>b'. Práticas negociais estabelecidas entre as partes.....</i>	<i>35</i>
2. <i>Usos do comércio internacional no Artigo 9º(2) CISG.....</i>	<i>35</i>
<i>a'. Usos que as partes conheçam ou devam conhecer</i>	<i>36</i>
<i>b'. Uso amplamente conhecido no comércio internacional e regularmente observado pelas partes</i>	<i>38</i>
II. OS USOS E AS PRÁTICAS COMERCIAIS COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO	42
A. Aspectos Gerais sobre os Usos, Costumes e Práticas no Direito Brasileiro.	44

<i>a.</i>	<i>O tratamento conferido aos usos, costumes e às práticas comerciais antes do Código Civil de 2002 e os antecedentes históricos do Art. 113</i>	<i>44</i>
<i>b.</i>	<i>Conceito de usos, costumes, circunstâncias e práticas no Direito Brasileiro</i>	<i>49</i>
<i>c.</i>	<i>Os usos e costumes como diretriz para a interpretação dos pactos.....</i>	<i>51</i>
B.	Análise do Artigo 113 do Código Civil Brasileiro.....	53
<i>a.</i>	<i>Substrato Teórico do Art. 113 do Código Civil Brasileiro.....</i>	<i>54</i>
1.	<i>A boa-fé objetiva.....</i>	<i>54</i>
2.	<i>Os usos do tráfego negocial</i>	<i>56</i>
3.	<i>A inclusão de um novo critério de interpretação contratual.....</i>	<i>57</i>
<i>b.</i>	<i>Aplicação Prática do Art. 113 do Código Civil Brasileiro.....</i>	<i>62</i>
	CONCLUSÃO.....	68
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71
	CASOS CONSULTADOS	76

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a contribuir para uma melhor e mais abrangente forma de interpretação dos negócios jurídicos, em especial do contrato, sua mais notável espécie. É sabido que os usos e as práticas comerciais sempre foram colocados em segundo plano pelo Código Civil de 1916, provavelmente pelo seu espírito positivista legalista. Ocorre que, com a vigência do Código Civil de 2002, o qual unificou as obrigações civis e comerciais, foi conferido maior relevo aos usos como critério interpretativo.

Dessa forma, buscando inspiração na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 - CISG, mais precisamente em seu Art. 9º, este pesquisador procurará demonstrar, na primeira parte de seu trabalho, a importância dada pela CISG aos usos e às práticas comerciais no processo obrigacional dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, bem como a relevância destes enquanto critério de interpretação contratual. Nesse sentido, ressalta-se, desde já, a diferenciação básica entre usos e práticas comerciais. Estas dizem respeito a condutas observadas exclusivamente em uma relação comercial estabelecida entre duas partes, ao passo que aqueles dizem respeito ao que se é observado em um determinado âmbito do comércio.

É justamente com esse conhecimento que se buscará, então na segunda parte do trabalho, abranger as fontes interpretativas do negócio jurídico, estas dispostas principalmente no Art. 113 do CC/2002. Nesse sentido, demonstrar-se-á, com base no entendimento da CISG sobre usos e práticas comerciais, que além dos usos a que se refere o legislador no Art. 113 do CC/2002, existem outros recursos que merecem galgar o *status* de fonte interpretativa dos negócios jurídicos.

Para tanto, este pesquisador ressalta que o leitor terá de guiar seu estudo tomando como base o enunciado¹ ao Art. 113 do CC/2002, proposto por Fradera², na V Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal. Segundo o mencionado enunciado, “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé, os usos do lugar de sua celebração e as práticas estabelecidas entre as partes*” (grifos no original). Percebe-se, pois, que Fradera acrescenta uma nova fonte de interpretação contratual, qual seja, as práticas estabelecidas pelas partes. Dessa forma, juntamente com as diretrizes interpretativas já existentes no Art. 113 do

¹ Os Enunciados servem como orientação doutrinária para a interpretação da lei. Sendo assim, há que se salientar o fato de que os enunciados não têm força vinculativa, mas demonstram o pensamento e as orientações de especialistas do Direito em determinada matéria. Sua natureza é de orientação, reconvenção, não impedindo a atividade criadora do juiz, nem o livre convencimento motivado.

² FRADERA, Vera Jacob de. **Enunciado ao Art. 113**. Em: V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJP, 2012.

CC/2002, este pesquisador intenta, ao encontro do entendimento da supracitada autora, alargar a abrangência dos critérios interpretativos dos contratos regulados pelo Direito Brasileiro.

Superada a breve explicação sobre a matéria a ser tratada neste trabalho de conclusão de curso, o leitor pode vir a se perguntar sobre os motivos pelos quais levaram o pesquisador a se dedicar a um estudo de método não apenas comparado, mas principalmente propositivo, em que a CISG pode auxiliar e abranger o nosso sistema interno de interpretação contratual. Nesse sentido, visando a responder este importantíssimo questionamento, há que se tecer as devidas justificativas.

Diante do fato de que a partir de 1º de abril de 2014, o Brasil passou a ser signatário da CISG, é necessário que o operador do direito tome conhecimento sobre o tratamento conferido aos usos e às práticas comerciais no processo obrigacional dos contratos regulados pela CISG, bem como na interpretação contratual. Dessa forma, diante da relevância de tal Convenção, este pesquisador pede espaço para prestar informações históricas, ainda na Introdução deste trabalho, sobre os esforços anteriores à redação da CISG, de modo que o leitor possa ter uma percepção mais acurada sobre os objetivos centrais de tal ordenamento.

Ressalta-se que as raízes da unificação de um direito internacional uniforme de compra e venda de mercadorias data do ano de 1928, quando Ernst Rabel sugeriu uma unificação internacional da lei comercial. Como bem explica Sono³, o trabalho de Rabel foi continuado pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), que tratou de tomar para si a tarefa de redigir uma lei uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias. Ocorre que esses esforços de unificar a lei em questão foram interrompidos entre os anos de 1939 e 1951 em virtude da eclosão da 2ª Guerra Mundial. Após a Guerra, o trabalho foi retomado e, em 1964, foram originadas duas Convenções em Haia, quais sejam, a “*Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*” (ULFIS⁴) e a “*Uniform Law on the International Sale of Goods*” (ULIS).

Contudo, de acordo com Schwenger⁵, essas primeiras leis uniformes não foram capazes de preencher as altas expectativas nelas depositadas. Em que pese a relevância prática dessas

³ SONO, Kazuaki. **The Vienna Sales Convention: History and Perspective**. Em: Petar Sarcevic & Paul Volken eds., *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana. 1986. Reproduzido com a permissão de: Oceana Publications. p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono.html>>. Acesso em 21 jun. 2014.

⁴ Outros autores, como Michael Joachim Bonell, utilizam a abreviação ULFC para se referir ao “Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods”. Outros autores, como Stephan Bainbridge, se referem a este com a abreviação ULF. Este pesquisador fará uso da abreviação ULFIS, utilizada por Ingeborg Schwezer.

⁵ SCHWENZER, Ingeborg. **The CISG in a Globalised World**. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 3, Rio de Janeiro, Jun./Dez., 2008. p. 367.

leis não possa ser subestimada, tão somente nove países se tornaram membros, enquanto que importantes potências econômicas como Estados Unidos da América e França não participaram. Ademais, a doutrinadora de Basel explica que uma das razões para a pouca aderência internacional encontra respaldo no fato de que os chamados países socialistas, bem como os em desenvolvimento, consideraram tais leis excessivamente pró-países industrializados do ocidente⁶.

Ademais, Ly⁷ acrescenta um relevante problema, que justifica a fraca aderência internacional. Explica o supracitado autor que a ULIS e a ULFIS eram muito radicais em seu relacionamento com o direito doméstico. Para Ly, as referidas leis uniformes não davam espaço para o modelo tradicional de intervenção por meio de conflito de regras locais que apontariam para a aplicação de lei doméstica.

Mais tarde, diante da fraca adesão internacional, a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) retomou os trabalhos de unificação usando as Convenções de Haia como base, quais sejam, a ULIS e a ULFIS. Assim, em 1980, delegados de 62 nações deliberaram sobre a CISG na famosa Conferência de Viena. Finalmente, a Convenção entrou em vigor em 1º de Janeiro de 1988, após o depósito do 10º instrumento de ratificação, de acordo com o Art. 99 CISG⁸.

Continuando a responder a pergunta feita nesta Introdução – sobre os motivos que levaram o pesquisador a se voltar ao presente estudo –, ressalta-se que a entrada em vigor da Convenção como um complemento ao ordenamento jurídico brasileiro certamente trará alguns desafios aos profissionais do direito no Brasil. Com algumas exceções, a CISG é, infelizmente, ainda desconhecida para a maioria dos estudantes de direito, advogados, juízes, árbitros e acadêmicos brasileiros.

Neste contexto, com a adesão do Brasil à CISG, deve ser dada uma atenção especial para as situações em que a legislação brasileira é a escolhida pelas partes ou é a aplicável nos termos do conflito de leis. Uma vez que o Estado tenha aderido à Convenção, em conformidade

⁶ Essa visão também é compartilhada por Bainbridge, em BAINBRIDGE, Stephan. **Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions**. Reproduzido com a permissão de 24 Virginia Journal of International Law. 1984. p. 631 e 632. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014, para quem a ULIS era, na opinião de países socialistas e do terceiro mundo, excessivamente pró-países industrializados, além de ter provisões incertas e não familiares.

⁷ LY, Filip de. **Sources of International Sales Law: an Eclectic Model**. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/De%20Ly.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

⁸ SCHWENZER, 2008, p. 367.

com o Art. 99, a CISG torna-se parte da lei de tal Estado contratante⁹, e, mais especificamente, a lei a governar, automaticamente, os acordos de compra e venda internacional de mercadorias. Na medida em que estejam reunidas as outras condições para a aplicação da CISG, o conflito de leis ou as disposições contratuais podem levar à aplicação da Convenção, mesmo que uma das partes seja de um Estado não contratante, o que pode ser um resultado inesperado para as partes que não estejam familiarizadas com a CISG.

Outro desafio a ser superado pela comunidade jurídica brasileira está relacionado à interpretação da Convenção. A exigência de interpretação e aplicação uniforme da CISG significa que os profissionais do direito serão solicitados a conhecer e a levar em conta o corpo cada vez maior de jurisprudência e de comentários à CISG, evitando o desenvolvimento de uma “versão brasileira” da CISG, como resultado de interpretação do seu texto, levando-se em conta princípios e regras locais¹⁰. Exatamente aqui reside o “calcanhar de aquiles”, um dos pontos mais sensíveis, na visão desse pesquisador, no que concerne ao processo de interpretação contratual dos contratos regulados pela CISG, tendo em vista o fato de que o intérprete brasileiro terá de evitar a criação distorcida de uma interpretação própria.

Por conta disso, acreditamos, com estas humildes considerações – que de forma alguma pretendem impor posicionamentos ou esgotar a matéria – que poderá o leitor ser apresentado a um importante tema trazido pela CISG, qual seja, a relevância dos usos e das práticas comerciais no processo obrigacional e no processo de interpretação contratual. Sendo assim, apreendido o estudo da primeira parte deste trabalho, acreditamos que as considerações propostas na segunda parte deste trabalho – que culminam com a proposição de um novo critério de interpretação contratual baseado no Art. 9º da CISG – tornar-se-á mais acessível e compreensível.

Infelizmente, a literatura brasileira referente aos usos, costumes e práticas comerciais, enquanto critério de interpretação contratual é incrivelmente escassa. Poucos doutrinadores se debruçaram sobre ela, e mesmo os Tribunais brasileiros ainda não conseguiram conceber o seu potencial interpretativo, encontrando-se decisões muitas vezes completamente distintas – ora dando prevalência ao texto da lei em detrimento dos usos e das práticas estabelecidas entre as

⁹ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.) **Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht** Munich: Verlag CH Beck, 2008. Artigo 6º, parágrafo 22.

¹⁰ Enquanto a CISG teve um efeito de harmonização dos sistemas de direito dos contratos domésticos, preconceções e princípios de direito interno não devem ser importados ou utilizados para interpretar a Convenção. Ler e interpretar a Convenção através das lentes do direito interno frustraria o objetivo da CISG. Veja HONNOLD, John. **The Sales Convention in Action – Uniform International Words: Uniform Application?**, 8, Journal of Law and Commerce, 1988. p. 207-212.

partes, ora entendendo de maneira diametralmente oposta. É bem verdade que o Art. 113 do CC/2002 – que não possui correspondente no Código Civil de 1916 – possui pouco mais de 10 anos de aplicação, motivo pelo qual o estudo se encontra ainda incipiente na doutrina brasileira.

Contudo, em que pese o Artigo 113 do CC/2002 não tenha correspondente no antigo Código Civil de 1916, o elemento consuetudinário, que incide na interpretação dos negócios jurídicos, não é novidade em nosso ordenamento jurídico, uma vez que já decorria do princípio implícito no Código Comercial de 1850. Isso significa dizer que os usos, costumes e práticas, enquanto critério de interpretação contratual, não são uma completa novidade ao intérprete brasileiro.

Salienta-se o fato de que o Art. 113 do CC/2002 se encontra disposto na Parte Geral do Código Civil, no Capítulo das Disposições Gerais dos Negócios Jurídicos, sendo aplicável a todos os contratos. Por conta disso, necessário que o estudo deste importante artigo seja aprofundado. É o que nos propomos a fazer ao longo das próximas páginas.

Com as devidas ressalvas feitas, há que se iniciar os trabalhos de estudo sobre *(I)* os usos as práticas comerciais na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980, bem como sobre *(II)* a atuação desses enquanto critério de interpretação contratual, segundo o Direito Brasileiro.

I. OS USOS E AS PRÁTICAS COMERCIAIS NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS - CISG

A matéria referente aos usos e às práticas comerciais tem, na CISG, papel relevante não apenas no processo obrigacional, vinculando as partes contratantes, mas também no processo interpretativo dos contratos sob a sua égide. Tendo ciência desse duplo papel, é importante que o leitor tome conhecimento sobre (A) os aspectos gerais no tocante aos usos e às práticas comerciais na CISG, bem como (B) os termos do Art. 9º da CISG, seu maior representante no que concerne ao estudo dos usos e das práticas comerciais. É o que nos propomos a tratar na primeira parte deste estudo.

A. Aspectos Gerais sobre os Usos e as Práticas Comerciais na CISG.

Diante do fato de que a CISG, como demonstrado na Introdução, passou por um processo de construção com base em legislações anteriores a ela, evidente que trouxe consigo as influências sobre a importância dada aos usos e às práticas comerciais no processo obrigacional. Como explica Bonell¹¹, a questão sobre o efeito que deve ser dado aos usos, que se desenvolvem de maneira relativamente espontânea nas práticas comerciais, sempre foi considerada controversa no contexto da legislação uniforme sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Era assim nos tempos anteriores à CISG e segue sendo controversa, em maior ou menor grau, nos dias de hoje.

Neste capítulo A, estudaremos os aspectos gerais sobre os usos e as práticas comerciais de acordo com a CISG. Sendo o Art. 9º o seu mais importante representante, é necessária a apresentação, desde já, de sua exata redação.

“Artigo 9º

(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.

(2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de

¹¹ BONELL, Michael Joachim, em Bianca-Bonell. **Commentary on the International Sales Law**, Giuffrè: Milan .1987. p. 103. Reproduzido com a permissão de: Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em 21 jun. 2014.

mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento”¹².

Inicialmente, para que possa ser entendido o peso dos usos e das práticas comerciais nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, é fundamental que se tenha um entendimento geral sobre os aspectos centrais a respeito dos usos e das práticas comerciais, dispostos na CISG de maneira geral. Sendo assim, neste capítulo, lidaremos com (a) a definição de usos e de práticas comerciais; (b) a validade destes; (c) a boa-fé, de acordo com o Art. 7º; (d) a preponderância dos usos e das práticas comerciais na CISG e; (e) a disposição destes ao longo da Convenção.

a. *Definição de usos e de práticas comerciais*

A questão da definição dos usos e das práticas comerciais na CISG é matéria discutida por grande parte da doutrina, tendo em vista o fato de que não há na Convenção definição expressa a esse respeito. Carlsen lembra que esse é o mesmo caso dos Princípios Europeus de Direito Contratual (em inglês: *Principles of European Contract Law*) (PECL) que, da mesma maneira, não definem os conceitos de usos e de práticas comerciais¹³.

No entanto, ressalta o supracitado autor que a PECL definiu os conceitos quando dos comentários ao Art. 1:105 PECL, diferentemente da CISG, que nunca definiu com exatidão os seus termos. Assim, os comentários ao Art. 1:105 PECL definem “prática” como condutas antecedentes a uma determinada transação ou a um tipo particular de transação entre as partes, que deve ser visto como um comum entendimento. Já os “usos” são definidos como um curso de negociação ou uma linha de conduta, que é, por um determinado espaço de tempo, geralmente adotado por aqueles envolvidos no comércio ou no particular comércio¹⁴.

No mesmo sentido, Bout¹⁵ afirma que ao contrário de diversas outras leis, como o “*Uniform Commercial Code*” (UCC), a CISG não contém definição para usos e práticas.

¹² GREBLER, Eduardo; RADAEL, Gisely. Tradução da CISG. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014. Ressaltamos que todas as traduções de dispositivos da CISG foram retiradas dessa tradução proposta por Eduardo Grebler e Gisely Radael.

¹³ CARLSEN, Anja. **Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 9 CISG**. 2002. p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html#er>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

¹⁴ LANDO, Ole e BEALE, Hugh, **Principles of European Contract Law: Parts I and II**, Kluwer Law International, 2000, p. 104. Apud CARLSEN, op. cit., p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html#er>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

¹⁵ BOUT, Patrick X. **Trade usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Editora: Pace essay, 1998, p. 3. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

Entretanto, segundo o autor, analisando o Art. 9(1) percebemos que os dois conceitos são claramente distinguidos um do outro.

Ferrari¹⁶ assevera que a ausência de definição de usos e de práticas comerciais na CISG não garante a possibilidade de recurso a definições de direito doméstico. Isso porque tal atitude seria contrária à *ratio* da Convenção, que considera que tais conceitos devem ser interpretados de maneira autônoma, sem recorrer a nenhuma lei doméstica.

Por conta disso, para evitar o recurso à utilização de conceitos de direito doméstico, é fundamental que os tribunais da comunidade internacional tenham uma boa noção do conceito de usos e de práticas comerciais, desvincilhando-se de concepções nacionais. Aqui, podemos lembrar o que foi ressaltado quando este pesquisador mencionou o “calcanhar de aquiles” da CISG, na Introdução deste trabalho. Isso significa dizer que quando o contrato de compra e venda entre uma empresa brasileira e uma estrangeira estiver sendo regulado pela CISG, o intérprete brasileiro não poderá se valer de critérios de interpretação contratual domésticos, nem mesmo dos dispostos no Art. 113 do CC/2002, que será estudado na segunda parte deste trabalho.

Outrossim, Bout¹⁷ afirma que há na literatura internacional uma razoável concordância no que diz respeito às práticas comerciais. Como explica o supracitado autor, é possível visualizar a existência de uma prática comercial se em uma relação comercial entre duas partes, estas mesmas partes agirem de maneira similar em circunstâncias similares. Isso porque, para a existência de uma prática comercial, não é necessária uma validade geral no âmbito de um determinado território ou de um ramo da indústria. Evidente, pois, que a prática comercial abarca uma relação comercial específica, válida tão somente para as pessoas nela envolvidas. Ademais, Bout lembra que essa relação deve ter uma determinada duração no tempo, uma vez que para a existência de uma determinada prática é necessário que as partes tenham agido daquela forma em ocasiões anteriores, gerando a expectativa nas partes de que, para os futuros casos, as partes irão agir da mesma forma.

Os problemas conceituais se agravam quando do estudo da definição do conceito de uso comercial. Bout¹⁸ lembra, acompanhando o entendimento de Ferrari, que ao determinar o conceito de usos, não se deve recorrer a conceitos de lei doméstica. Isso porque, além de ser

¹⁶ FERRARI, Franco. **What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG.** Reproduzido pela 25 International Review of Law and Economics. 2005. p. 333-334. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari15.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

¹⁷ BOUT, 1998, p. 3. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

¹⁸ Ibid, p. 3. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

contrário aos princípios da Convenção, muitas vezes esses conceitos variam dentro do próprio sistema legal nacional. Adotar conceitos de ordem de direito nacional seria, na opinião desses autores, uma atitude contrária à necessidade de promoção da uniformidade, de acordo com o Art. 7(1) CISG¹⁹.

Dessa forma, diferentemente das práticas, os usos devem ser definidos de maneira ampla, a fim de evitar uma terminologia antecipada e inaplicável, em função de uma possível limitação do conceito. Assim, de acordo com a ampla definição que deve ser dada ao termo “usos”, entende-se que em um determinado âmbito do comércio é comum agir de acordo com aquele uso em determinadas circunstâncias²⁰.

Nesse tocante, Ferrari afirma que

“[...] usos, na acepção da CISG, incluem todas as ações ou modos de comportamento (incluindo omissões), que são geralmente e regularmente observados no decorrer de transações comerciais em uma área específica de comércio ou em um determinado centro de comércio, independentemente de os círculos comerciais relevantes acreditarem que eles são vinculativos. Em contraste com os usos a que as partes estão vinculadas nos termos do artigo 9(2) CISG, não é necessário que os usos a que se refere o artigo 9(1) sejam “amplamente conhecidos” ou internacionais. Usos locais, regionais ou nacionais também podem ser relevantes se as partes concordaram com eles (tradução livre)”²¹.

Diante do exposto, percebe-se a nítida diferença entre os conceitos de usos e de práticas comerciais. A compreensão das diferenças entre os dois conceitos é fundamental para que um passo adiante possa ser dado, qual seja, o do entendimento da validade destes.

b. A validade dos usos e das práticas comerciais

Como adiante será estudado de maneira pormenorizada, o Art. 9º CISG, por meio de seus dois parágrafos, dispõe sobre os critérios para a determinação da relevância dos usos e das

¹⁹ Artigo 7(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2014.

²⁰ BOUT, 1998, p. 3. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²¹ FERRARI, 2005, p. 333. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari15.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014. No original: “Accordingly, usages within the meaning of the CISG include all those actions or modes of behavior (including omissions), which are generally and regularly observed in the course of business transactions in a specific area of trade or at a certain trade centre, and independently of whether the relevant commercial circles believe that they are binding. In contrast to usages to which the parties are bound under Article 9(2) CISG, it is not necessary that the usages referred to in Article 9(1) be “widely known” or international. Local, regional or national usages may also be relevant if the parties agreed to them”.

práticas comerciais quando da formação e da execução do contrato. Nesse sentido, tal dispositivo especifica as condições segundo as quais as partes estarão vinculadas, considerando um determinado uso ou mesmo prática comercial. Ocorre que nem todas as questões relacionadas aos usos e às práticas comerciais são reguladas na CISG, como a partir de agora será demonstrado.

Como explica Bonell²², a CISG falha ao não lidar com questões ligadas à validade dos usos. Em seu Art. 4º (a), há a expressa referência quanto ao fato de que a Convenção não será aplicada para questões relacionadas à validade dos usos, consoante redação que segue:

“Art. 4º (a) CISG

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

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

(b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas”²³.

Explicando o Art. 4º CISG, Schlechtriem e Schwenger²⁴ fazem a ressalva de que quando determinadas questões não são regidas pela Convenção, elas devem ser tratadas de acordo com a lei doméstica aplicável ao contrato ou com outra lei uniforme em vigor que regule a questão específica.

No mesmo sentido, afirma Bonell²⁵ que a decisão quanto ao fato de um uso ter seu efeito negado diante de uma inconsistência com dispositivos de direito deve ser feita de acordo com a lei nacional aplicável ao contrato. Normalmente, este será o direito próprio do contrato, ou seja, a lei nacional que, na ausência da Convenção, teria regido o contrato como um todo.

Nesse contexto, importante salientar a ressalva feita por Schlechtriem e Schwenger no sentido de que não se pode confundir a validade do uso com a questão sobre se o uso de fato existe em um determinado âmbito do comércio. Nesse sentido, afirmam os autores:

²² BONELL, 1987, p. 110-111. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em 21 jun. 2014.

²³ Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

²⁴ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the international Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford, 2010, p. 77. No mesmo sentido, BONELL, Michael Joachim e LIGUORI, Fabio. Em: **The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law - 1997 (Part 1)**. Reproduzido com a permissão de: *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, 1997. p. 385-395. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/libo4.html>>. Acesso em 6 jul. 2014.

²⁵ BONELL, op. cit., 112. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em 21 jun. 2014.

“A definição de um uso, o seu efeito vinculante para as partes, e sua relação com outras disposições da CISG devem ser tratados nos termos do artigo 9º. Se a lei nacional aplicável aceita que um uso vincule as partes, isso é uma questão de controle judicial sobre o conteúdo do uso em questões correspondentes ao controle judicial sobre cláusulas negociadas individualmente ou cláusulas padrão”²⁶. (tradução livre)

Como bem resume Bonell,

“Um uso pode provar ser inválido ou porque o seu conteúdo é contrário a uma proibição legal ou ordem pública ou porque o consentimento das partes para aplicar esse uso estava com defeito. O último caso ocorre se uma das partes estava enganada sobre o conteúdo do uso ou foi induzida a concordar com o uso diante de fraude, ameaça ou outros meios ilícitos, tais como o abuso de poder de barganha desigual. Mas o uso deve ser um cuja razão de aplicação é encontrada dentro da intenção das partes: em outras palavras, a possibilidade de impugnar um uso por consentimento defeituoso é dada apenas quando tal uso tenha sido expressa ou tacitamente acordado, de acordo com o artigo 9 (1), não onde o uso é aplicável com base na presunção legal do artigo 9 (2)”²⁷. (tradução livre)

Assim, diante do fato de que a Convenção não dispõe sobre a validade dos usos, mais do que isso, expressamente afirma no Art. 4 (a) que não é aplicada para tais questões, Bout chama a atenção para o perigo de se prejudicar a uniformidade que vem sendo conquistada desde que a CISG entrou em vigor. Isso porque, eventualmente cortes nacionais poderão declarar a invalidade de usos internacionais. Considerando que os diferentes sistemas legais domésticos possuem diferentes regras no que diz respeito à autonomia privada e à validade dos usos e das práticas comerciais, Bout afirma que “*este teste nacional tem, talvez, muita influência nos contratos internacionais de comércio*”²⁸.

c. O Art. 7º: a boa-fé na CISG

²⁶ SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010, p. 93. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/libo4.html>>. Acesso em 6 jul. 2014. No original: “The definition of a usage, its binding effect on the parties, and its relationship to other provisions of the CISG are to be dealt with under Article 9. Whether the applicable domestic law accepts a usage to bind the parties is a matter of judicial control over the content of the usage in questions corresponding to the judicial control over individually negotiated terms or standard terms”.

²⁷ BONELL, 1987, p. 112. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014. No original: “A usage may prove to be invalid either because its content is contrary to a legal prohibition or public policy or because the consent of the parties to apply that usage was defective. The latter case occurs if one of the parties were mistaken about the content of the usage or were induced to consent to the usage by fraud, threat or other illegal means, such as the abuse of unequal bargaining power. But the usage must be one whose reason for application is found within the parties' intent: in other words, the possibility of challenging a usage for defective consent is given only where such usage has been expressly or impliedly agreed upon according to Article 9(1), not where the usage is applicable on the basis of the legal presumption of Article 9(2)”.

²⁸ BOUT, 1998, p. 5. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014. No original: “[...] this national test perhaps has too much influence on international contracts of trade”.

A questão da observância dos princípios da boa-fé de forma alguma pode ser desmerecida quando do estudo da aplicação dos usos e das práticas comerciais na formação e na execução do contrato. Contudo, a não ser como um dos meios interpretativos, a boa-fé é escassamente relevante na CISG. Isso porque a maioria dos legisladores da CISG tinham origem na Common Law, que considera a boa-fé como um critério secundário, e apenas interpretativo.

Já que estamos a falar da boa-fé, mister se faz realçar o Art. 7º CISG, para o qual deve ser dada observância à boa-fé no comércio internacional quando da interpretação da Convenção, conforme redação que segue:

“Artigo 7º CISG

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

(2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado”²⁹.

Durante a Conferência para a CISG, o delegado chinês propôs que fosse inserida a palavra “*reasonable*”, em português “razoável”, no Art. 9(2), antes da palavra “uso”³⁰. Por meio dessa tentativa, um uso tão somente seria aplicável se este fosse razoável. Para os apoiadores dessa inserção, o objetivo era proteger as partes que fossem confrontadas com usos a elas desconhecidos, haja vista o fato de que a inserção do termo “razoável” desenvolveria uma maior observância à boa-fé no comércio internacional.

Ocorre que, como muito bem explica Bout³¹, uma das razões para a rejeição de tal proposta foi fundamentada no fato de que um comportamento irrazoável jamais teria condições de se desenvolver de tal forma a construir um uso. Isso porque tal uso seria rejeitado pelo comércio internacional, de modo que nunca teria a potencialidade de se desenvolver em um uso. O delegado alemão entendeu que tal inserção criaria mais problemas, tendo em vista o fato de que o termo “*reasonable*” não estava claramente definido.

²⁹ Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

³⁰ **Report of the First Committee.** Document A/CONF.97/11 [Original: English 7 April 1980]. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries9.html>>. Acesso em: 5 jul. 2014. A proposta do delegado chinês foi recusada com 17 votos contra, 9 a favor e 15 abstenções. A proposta seria acrescentar a palavra “*reasonable*” antes de “*usages*”, no Ar. 9(2). Em inglês: “The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract a reasonable usage of which the parties knew or ought to have known [...]”.

³¹ BOUT, 1998, p. 4. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

Nesse sentido, há que se ressaltar que a literatura internacional encontra problemas e dúvidas quando do estudo do termo “*reasonable*”. Junge³² entende que usos são naturalmente razoáveis e, por conta disso, promovem observância à boa-fé no comércio internacional. De acordo com Junge, os usos provêm de um fundo racional e se desenvolvem em um conduta razoável, em um determinado âmbito do comércio.

Em sentido semelhante, Bonell³³ entende que uma conduta irracional não pode evoluir em usos duvidosos. Além disso, esse autor lembra que o termo “*reasonable*” tem significados diferentes quando comparados em diversos países. Em sua opinião, de acordo com o Art. 9º CISG, os usos podem ser afastados sempre quando forem contrários ao objetivo do Art. 7º CISG. Com essa compreensão, o autor implicitamente tende a dizer que a boa-fé é um critério extra aos usos. Dessa forma, usos não seriam naturalmente razoáveis.

Como afirma Bout³⁴, o ponto de vista defendido pelo delegado alemão pode ser aprovado. Isso porque, para o desenvolvimento de um uso, é necessário que um grande número de participantes no comércio internacional adotem esse uso. Dessa forma, o fato de muitos observarem o mesmo uso indicaria que este não seria um uso irrazoável ou irracional e, portanto, não seria contrário à boa-fé.

O fato é que a boa-fé é escassamente relevante na CISG. Fazendo-se uma rápida análise da Convenção, percebe-se que ela é tão somente citada no art. 7(1) CISG. Um pouco mais pessimistas que este pesquisador, afirmam Folsom, Gordon, Spanogle Jr. e Alstine³⁵, que a doutrina da boa-fé segundo a CISG é muda, haja vista o fato de que a boa-fé é utilizada apenas como um critério de interpretação da própria Convenção, e não do contrato eventualmente celebrado entre as partes.

Evidente, pois, que estamos diante de uma diferença significativa entre a CISG e o Direito Brasileiro. Isso porque, segundo o Direito Brasileiro, a boa-fé exerce diversas funções, dentre elas a de interpretar os negócios jurídicos, como veremos quando da análise do Art. 113 do CC/2002.

³² JUNGE, W. **Das Ubereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG Kommentar**. 1995. p. 110, apud BOUT, 1998, p. 113. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

³³ BONELL, 1987, p.113. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

³⁴ BOUT, 1998, p. 4. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

³⁵ FOLSOM, Ralph; GORDON, Michael Wallace; SPANOGLE JR, John A.; ALSTINE, Michael P. Van. **Principles of International Business Transactions**. West Academic Publishing. 3 Ed. Estados Unidos da América, 2013. p. 31.

Com as devidas ressalvas feitas até o presente momento – com a demonstração da validade dos usos e das práticas comerciais, da importância dada à boa-fé, bem como com a apresentação dos conceitos de usos e de práticas comerciais – acreditamos ser viável o estudo da maneira como estes vinculam as partes e em que medida. Vejamos então.

d. Preponderância dos usos e das práticas comerciais na CISG.

Analisada a CISG de maneira estritamente literal, evidente será a constatação de que não há disposição explícita no sentido de determinar a maneira pela qual os usos e as práticas comerciais devam ser aplicadas quando em oposição a qualquer dispositivo legal da CISG³⁶. Por outro lado, como será visto mais adiante, diferente é o caso da ULIS, que possuía em seu Art. 9(2) disposição expressa conferindo prioridade aos usos na eventualidade de conflito com os dispositivos desta.

Feitas essas ressalvas, a pergunta que naturalmente surge ao leitor é quanto à origem da noção de preponderância dos usos e das práticas comerciais na CISG. Para tanto, deve-se ter em mente que durante a Conferência Diplomática para a CISG, o delegado da Checoslováquia³⁷ propôs dar primazia aos artigos da CISG sobre os usos em caso de não compatibilidade. Contudo, tal proposta não foi aprovada na Conferência. Assim, *a contrario sensu*, asseveram Enderlein e Maskow³⁸ que há motivos suficientes para defender a tese de que os usos e as práticas possuem preferência aos dispositivos da CISG, em que pese não haja disposição expressa nesse sentido.

Ocorre que, como bem ressalta Bout³⁹, apesar de inexistir disposição expressa no sentido de conferir aos usos prevalência sobre os dispositivos da CISG, a questão gera ínfima dúvida quando levada em consideração a opinião da doutrina, bem como dos comentários ao Art. 8º do *Draft* da Convenção (que se transformou no atual Art. 9º). Isso porque, de acordo

³⁶ BOUT, 1998, p. 1. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

³⁷ **Report of the First Committee.** Document A/CONF.97/11 [Original: English 7 April 1980]. Proposta A/CONF.97/C.1/L.40. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries9.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014. De acordo com a versão original, a proposta era acrescentar o seguinte trecho no parágrafo segundo do Art. 8º, que se transformou no atual art. 9º CISG: "*provided the usage is not contrary to this Convention*".

³⁸ ENDERLEIN, Fritz e MASKOW, Diedrich. **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods.** Reproduzido com a permissão de Oceana Publications. 1992. p. 67. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

³⁹ BOUT, op. cit., p. 1, Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun 2014.

com o referido autor, a primazia dos usos e das práticas comerciais está amparada na autonomia privada, de acordo com o Art. 6º CISG.

Prossegue o jurista afirmando que, segundo o Art. 6º CISG⁴⁰, as partes podem livremente excluir a aplicação da CISG ou então moldá-la às suas necessidades individuais. Como bem ressalta o autor, “*um uso contraditório pode, nesse sentido, ser visto como uma adaptação da CISG, acordado entre as partes*”⁴¹.

Outrossim, importante ressaltar que a questão não se encontra apenas doutrinariamente assentada. O entendimento parece ser o mesmo quando a jurisprudência internacional é analisada. Isso porque as decisões das cortes nacionais de diversos países seguem o mesmo entendimento. Vejamos:

De acordo com a Corte Superior da Áustria⁴², usos acordados, práticas estabelecidas entre as partes e os usos amplamente conhecidos e regularmente observados se sobressaem aos dispositivos da CISG. Da mesma forma, o Tribunal Estadual de Saarland⁴³ entendeu que os Arts. 38 e 39 da CISG podem ser derogados pelos usos. Além disso, a Corte da Argentina⁴⁴ afirmou que os usos internacionais do comércio são considerados pela CISG como possuidores de um grau hierárquico superior aos dispositivos da própria Convenção.

Todavia, é importante que seja realçado que nem todas as disposições podem ser derogadas pelos usos e pelas práticas comerciais. Há circunstâncias em que tal questão não é considerada resolvida, como é o caso das provisões mandatórias, que não podem ser derogadas. Tendo em vista esse fato, Pamboukis⁴⁵ estabelece um ranking entre as normas, com as provisões

⁴⁰ Art. 6º CISG na tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominio-temporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov.2014. “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”. No mesmo sentido, BONELL, 1987, reproduzido com a permissão de Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em 21 jun. 2014. p. 104, para quem a referência expressa de que os usos têm prioridade às disposições se torna desnecessária, haja vista o fato de que a primazia daqueles sobre estes, provém automaticamente do art. 6º da CISG.

⁴¹ No original: “A contradictory usage can in that sense be seen as an adaptation of the CISG, agreed between the parties”. Extraído de: BOUT, 1998. p. 1. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁴² CLOUT Case n.º. 425 [Oberster Gerichtshof, Austria, 21 mar. 2000]. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

⁴³ CLOUT Case n.º. 292 [Oberlandesgericht Saarbrücken, Germany, 13 Jan. 1993]. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=180&step=Abstract>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

⁴⁴ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, Argentina, 6 Oct. 1994. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=178&step=Abstract>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

⁴⁵ PAMBOUKIS, Chalarambos. The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods. **Reproduzido com a permissão do 25 Journal of Law and Commerce. 2005-06. p. 110.** Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014. No original: “The hierarchical rank of the applicable rules of law to a contract that falls within the scope of the convention is determined in the following order: a) The mandatory provisions of the applicable national law b) The trade usages that the parties have impliedly made applicable to their contract (Article 9(2)) c) The trade usages to which the parties have explicitly or implicitly agreed or the practices they

mandatórias em seu mais alto posto, seguidas pelos usos comerciais e pelo acordo entre as partes. De acordo com este ranking, as provisões da CISG estariam em 4º lugar na ordem de hierarquia.

No mesmo sentido, Garro⁴⁶ afirma que o Art. 9º CISG falha ao não especificar se os usos superam as provisões da CISG. Para o autor, tal omissão esta provavelmente vinculada às objeções feitas por delegados de países socialistas, que insistiram que os usos não deveriam ter preferência às disposições mandatórias em contrário.

Ademais, mister ressaltar o fato de que o Art. 9º CISG, inserido na Parte I da Convenção (que regula o Campo de Aplicação e as Regras Gerais) tem a função de regular a formação dos contratos (Parte II), bem como os seus efeitos (Parte III). Consequência lógica, portanto, é a referência, no parágrafo segundo do Art. 9º CISG, no sentido de que os usos serão aplicados não apenas ao contrato, mas também a sua formação⁴⁷.

Superada a questão sobre a força dos usos e das práticas comerciais sobre os dispositivos contraditórios da CISG, surge outra questão, qual seja, a de uma possível contradição entre os usos, ou entre estes e as práticas comerciais. Nesse sentido, de acordo com Enderlein e Maskow⁴⁸, na eventualidade de uma contradição entre os usos, os que forem acordados entre as partes terão preponderância sobre aqueles não acordados, como pode ser concluído analisando a primeira metade do parágrafo segundo do Art. 9º CISG.

Aprofundando ainda mais a análise, Bout⁴⁹ assevera que, por vezes, diversos usos e práticas comerciais serão aplicados em um contrato estabelecido entre as partes. É concebível que um ou mais desses usos e dessas práticas comerciais venham a colidir um com o outro. Contudo, uma colisão entre dois usos internacionais parece ser impossível, haja vista o fato de que o uso internacional vai ser frequentemente observado pela maioria das partes envolvidas

have established between themselves (Article 9(1)) d) The provisions of the Convention e) The general principles underlying the Convention (Article 7(1)) f) The law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum state (Article 7(2))”.

⁴⁶ GARRO, Alejandro M. **Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Reproduzido com a permissão de: *23 International Lawyer*, 1989. p. 479. Mesmo assim, o autor considera que, de acordo com o *Draft* da Convenção, bem como com o princípio da autonomia privada, os usos implicitamente ou explicitamente acordados entre as partes superam os dispositivos.

⁴⁷ De acordo com o “Official Records II”. No 7º Encontro, na data de 14 de março de 1980. p. 264. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014. Proposta pelo Estados Unidos da América, apontando a existência de uma discrepância entre as versões em inglês e em francês do Art. 8(2) (transformado, mais tarde, em Art. 9(2)). O resultado da votação foi 19 a favor, 17 contra, e 3 abstenções, no sentido de que o artigo em questão seria aplicável tanto ao contrato, quanto a sua formação.

⁴⁸ ENDERLEIN; MASKOW, 1992. p. 68. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁴⁹ BOUT, 1998, p. 8. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

no específico comércio – isso dificultaria, e muito, a existência de dois usos internacionais para um determinado ramo do comércio.

Mesmo assim, continua o autor, uma colisão entre dois usos internacionais pode ser possível. Há a possibilidade de que usos locais colidam um com o outro. Neste contexto, explica Bonell⁵⁰ que, em um caso como este, a colisão entre os dois usos fará com que um exclua o outro. Neste caso, Bout⁵¹ afirma que a solução terá de ser alcançada por meio da previsão de preenchimento de lacuna, de acordo com o Art. 7º CISG⁵².

Ademais, há que se ter em mente uma possível colisão entre usos e práticas comerciais exclusivamente válidas entre as partes, que, na visão de Keßler e Holl⁵³, é mais comum de ser observada. Neste caso, tendo em vista o fato de que as práticas comumente são mais afetadas com os detalhes da negociação, lógico é que as práticas não acordadas (práticas silentes) terão preferência aos usos não acordados (usos silentes), uma vez que as práticas estão mais intrinsecamente relacionadas ao caso. Contudo, assim que as partes tornarem um uso aplicável ao seu contrato (deixando ele de ser silente), este uso terá preferência à prática silente. Isso porque, ao escolher um uso, as partes afastam o surgimento do conflito.

Vê-se, pois, que os usos e as práticas comerciais ocupam uma posição de destaque na CISG quando comparados com as demais disposições deste ordenamento.

e. Referência aos usos e às práticas comerciais na CISG de uma maneira geral.

Em que pese o Art. 9º seja o dispositivo da CISG com mais relevância no que diz respeito aos usos e às práticas comerciais, ele não é o único artigo a tratar do tema. Consoante

⁵⁰ BONELL, M. J., **Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980**, em Österreichische Juristische Blätter. 1985, p. 391.

⁵¹ BOUT, 1998, p. 9. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁵² Art. 7º CISG na tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov.2014. (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

⁵³ HOLL, V., KESSLER, O., **Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und Einheitsrecht - Die Stellung der Handelsbräuche und Gepflogenheiten im winer UN-Kaufrecht**, em Recht der Internationalen Wirtschaft 1995. p. 458 : "Sofern die entstandenen Gepflogenheiten einen spezieller Charakter aufweisen als die ausdrücklich vereinbarten Gebräuche und demnach zu einer genaueren Regelung des konkreten Vertragsverhältnisses beitragen, so gehen sie vor." Apud: BOUT, op. cit., p. 9. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

Bout⁵⁴, tais referências são feitas ora de maneira direta, ora de maneira indireta. Por exemplo, o Art. 8(3)⁵⁵ dispõe que para determinar a intenção da parte ou a compreensão de uma pessoa razoável, as devidas considerações devem ser dadas às práticas e aos usos, entre outras coisas, como adiante veremos em nosso estudo sobre o Art. 113 do CC/2002. Além disso, práticas e usos podem ser aplicáveis no momento da aceitação da oferta, de acordo com o Art. 18(3)⁵⁶. Nesses dois artigos, percebemos a referência direta aos usos e às práticas comerciais.

Ocorre que as referências aos usos e às práticas comerciais também podem ser verificadas de maneira indireta. Esse é o caso do Art. 32(2)⁵⁷, que determina que o transporte deve ser feito de acordo com os termos usuais. Outra referência indireta pode ser encontrada no art. 35(2)(a)⁵⁸ referente à conformidade das mercadorias. Segundo este artigo, as mercadorias devem ser adequadas ao uso normal, a menos que acordado de maneira diversa.

Diante de todo o exposto até agora, com a apresentação dos aspectos gerais sobre os usos e as práticas comerciais de acordo com a CISG, acreditamos ser possível a análise pormenorizada do Art. 9º da CISG.

B. Análise do Art. 9º CISG.

Uma vez considerados os aspectos gerais dos usos e das práticas comerciais, é possível fazermos um estudo pormenorizado do Art. 9º da CISG. Sendo assim, dividiremos este Capítulo B em duas partes, de modo a demonstrar o (a) substrato teórico do Art. 9º, bem como a (b) aplicação prática do mesmo.

⁵⁴ BOUT, 1998, p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁵⁵ Art. 8(3): Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

⁵⁶ Art. 18(3): Se, todavia, em decorrência da proposta, ou de práticas estabelecidas entre as partes, ou ainda dos usos e costumes, o destinatário da proposta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que esse ato for praticado, desde que observados os prazos previstos no parágrafo anterior. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

⁵⁷ Art. 32(2): Se o vendedor estiver obrigado a providenciar o transporte das mercadorias, deverá celebrar os contratos necessários para que tal transporte seja efetuado até o lugar previsto, por meios adequados às circunstâncias e nas condições usuais para tanto. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

⁵⁸ Na versão original do Art. 35(2)(a): (2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se: (a) forem adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

a. *Substrato Teórico do Art. 9º da CISG*

Finalmente, o leitor será apresentado ao estudo dos usos e das práticas comerciais, de acordo com o Art. 9º CISG, seu mais importante dispositivo nesse tocante. Nesse sentido, há que se reiterar a redação do referido artigo.

“(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.

(2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou deveriam ter conhecimento”.

Honnold⁵⁹ afirma que o Art. 9º CISG lida com três diferentes situações, quais sejam, usos que as partes acordaram (Art. 9(1)); práticas comerciais que ambas as partes estabeleceram entre si (Art. 9(1)); e usos que se tornaram parte do contrato em função dos critérios dispostos no Art. 9(2).

Além disso, há que se ter em mente a função normativa dos usos e das práticas comerciais na CISG. Sem titubear, Honnold afirma que “*uma das mais importantes características da Convenção é o efeito legal que ela dá aos usos e às práticas comerciais*”⁶⁰. Conforme Pamboukis⁶¹, a Convenção prescreve uma dupla função no que diz respeito aos usos comerciais, quais sejam, uma de função interpretativa, tendo como principal exemplo o Art. 8(3), que será estudado na segunda parte desse trabalho, e outra de função normativa, tendo como principal exemplo o Art. 9º.

Todavia, antes de adentrarmos ao estudo dos dois parágrafos que compõe o Art. 9º, algumas definições gerais sobre este artigo terão de ser apresentadas, são elas: (1) as leis internacionais que o influenciaram e a (2) teoria de base do Art. 9º da CISG.

1. *Leis internacionais que influenciaram a redação do Artigo 9º CISG.*

⁵⁹ HONNOLD, John. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. Reproduzido com a permissão de Kluwer Law International, The Hague. 3 Ed., 1999. p. 125. Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>. Acesso em: 25 jun. 2014.

⁶⁰ Ibid, p. 124. Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>. Acesso em 25 jun 2014. Na versão original do trecho citado: “one of the most important features of the Convention is the legal effect it gives to commercial usages and practices”.

⁶¹ PAMBOUKIS, 2006, p. 110. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

A elaboração do texto final da CISG sofreu a influência de leis internacionais anteriores a ela, como a ULIS e a ULFIS, que representaram os primeiros esforços no sentido de elaborar uma lei internacional no tocante à compra e venda internacional de mercadorias.

De acordo com Bonell⁶², o antecedente ao Art. 9º CISG é encontrado no Art. 9º ULIS⁶³. Nesse tocante, este pesquisador chama a atenção para o fato de que o Art. 9º ULIS era dividido em três parágrafos. O primeiro deles possuía redação quase idêntica ao parágrafo primeiro do Art. 9º da CISG, substituindo tão somente o termo em inglês “*shall be*”⁶⁴ pela termo “*are*”. Percebe-se, pois, que, semanticamente, ambos os parágrafos conferem a mesma força vinculativa, tendo em vista o fato de que os dois termos possuem o mesmo peso, qual seja, o de compelir as partes a respeitar os usos acordados, bem como as práticas comerciais estabelecidas entre elas.

Prossegue Bonell⁶⁵ explicando que o parágrafo segundo do Art. 9º ULIS expressamente determinava que, na eventualidade de conflito com a ULIS, os usos deveriam prevalecer, a menos que as partes tivessem acordado de maneira diversa. Tal disposição não consta no Art. 9º CISG. Contudo, como bem leciona o referido autor, isso não significa que os efeitos dos usos tenham sido menosprezados na CISG, como já ressaltamos anteriormente quando da análise da preponderância dos usos e das práticas comerciais sobre as disposições contraditórias da CISG.

Ademais, lembra o autor que tanto o Art. 9(3) ULIS, quanto o Art. 13(2) ULFIS possuíam disposição sobre a maneira de interpretar as expressões, provisões ou formas contratuais comumente utilizadas nas práticas comerciais; provisão esta que não está presente no Art. 9º CISG⁶⁶.

⁶² BONELL, 1987, p. 103-104. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em 21 jun. 2014.

⁶³ Na versão original do “Art. 9 ULIS: 1. The parties shall be bound by any usage which they have expressly or impliedly made applicable to their contract and by any practices which they have established between themselves. 2. They shall also be bound by usages which reasonable persons in the same situation as the parties usually consider to be applicable to their contract. In the event of conflict with the present Law, the usages shall prevail unless otherwise agreed by the parties. 3. Where expressions, provisions or forms of contract commonly used in commercial practice are employed, they shall be interpreted according to the meaning usually given to them in the trade concerned”.

⁶⁴ De acordo com o Dicionário “Wordreference”, disponível em <<http://www.wordreference.com/enpt/shall>>, acesso em 23 jun. 2014, o termo “*shall*” exprime uma obrigação, um comando. Da mesma forma é o caso do termo “*are*” no sentido em que está sendo empregado no parágrafo em questão.

⁶⁵ BONELL, op. cit., 103-104. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em 21 jun. 2014.

⁶⁶ Na versão original em inglês, tanto o Art. 9(3) ULIS, quanto o Art. 13(2) ULFIS possuem a mesma redação, conforme segue: “Where expressions, provisions or forms of contract commonly used in commercial practice are employed, they shall be interpreted according to the meaning usually given to them in the trade concerned. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

Por fim, Bonell⁶⁷ lembra que a ULFIS não continha disposição semelhante à do Art. 9º ULIS, mas dava o mesmo efeito aos usos em conexão com a formação do contrato. Mesmo assim, não há como olvidar da importância dada aos usos na ULFIS. Tal fato pode ser claramente observado no Art. 13(1) ULFIS que definia usos como “*qualquer prática ou método de negociação, que pessoas razoáveis, na mesma posição das partes, usualmente consideram ser aplicável à formação do seu contrato*”⁶⁸. Tal definição tem importância, tendo em vista o fato de que, como já demonstrado, não há na CISG definições exatas do conceito de usos e de práticas comerciais.

2. Teoria de base do artigo 9º CISG

O Art. 9º CISG está baseado em duas teorias no que diz respeito à influência dos usos e das práticas comerciais. A primeira delas é a teoria subjetiva, por meio da qual tão somente os usos acordados entre as partes podem ser aplicados. Como afirma Carlsen⁶⁹, de acordo com essa teoria, usos desconhecidos por qualquer das partes não serão aplicáveis ao contrato firmado entre estas.

Em sentido contrário, há que se ressaltar a teoria objetiva, segundo a qual usos são aplicáveis se eles representarem uma norma legal. Nesse sentido, de acordo com a teoria objetiva, usos desconhecidos para ambas as partes podem vir a ser aplicáveis, mesmo sem o conhecimento das partes.

Mesmo assim, como bem explana Carlsen, as duas teorias concordam que tais usos devem ser de tal maneira reconhecidos, que os contratantes saibam ou devam saber de sua existência quando do momento da formação ou da execução do contrato⁷⁰. Além disso, ao comentar sobre as teorias subjetiva e objetiva, Pamboukis⁷¹ afirma que, de alguma forma, ambas as teorias estão presentes no Art. 9º CISG.

⁶⁷ BONELL, 1987, p. 103-104. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

⁶⁸ Na redação original do “Art. 13(1)ULFIS: 1. Usage means any practice or method of dealing, which reasonable persons in the same situation as the parties usually consider to be applicable to the formation of their contract”. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

⁶⁹ CARLSEN, 2002, p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html#er>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

⁷⁰ Ibid, p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html#er>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

⁷¹ PAMBOUKIS, 2006, p. 109. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

Entretanto, não há como olvidar do fato de que estas teorias muito se diferem uma da outra. A esse respeito, Bout⁷² assevera que as diferenças entre as duas teorias podem ser percebidas já nos trabalhos preparatórios da redação do Art. 9º CISG. Durante os trabalhos preparatórios da CISG, delegados dos países socialistas e dos em desenvolvimento eram contrários à aceitação de usos baseados unicamente no poder normativo objetivo. Isso porque, a grande maioria dos usos internacionais teve sua origem em países industrializados do ocidente.

Seguindo essa linha de raciocínio, tomando como base apenas a teoria objetiva, as partes provenientes de países subdesenvolvidos ou socialistas teriam desvantagem, tendo em vista o fato de que não teriam um conhecimento tão apurado sobre esses usos. Justamente por esse motivo é que Bonell⁷³ afirma que o Art. 9(2) CISG é visto como um acordo entre as teorias subjetiva e objetiva. Contudo, Enderlein e Maskow divergem, em parte, de Bonell nesse tocante, porquanto consideram que, na realidade, o Art. 9(2) CISG espelha preponderantemente a teoria objetiva.

Divergências à parte, o certo é que o Art. 9º CISG, por meio de seus dois parágrafos, confere relevância às duas teorias. Isso porque, mesmo que venha a se considerar, como Enderlein e Maskow sugerem, que o parágrafo segundo é preponderantemente permeado pela teoria objetiva, excluindo de certa forma a teoria subjetiva, não há como desconsiderar a presença da teoria subjetiva no parágrafo primeiro, ao dispor que as partes se obrigam aos usos convencionados e às práticas estabelecidas, ou seja, apenas os usos acordados serão aplicados.

Vencidas as questões relativas às influências históricas que deram surgimento ao Art. 9º da CISG, bem como às teorias que fundamentam tal artigo, é chegada a hora de se analisar a aplicação prática do mesmo.

b. Aplicação Prática do Art. 9º da CISG

No presente tópico buscaremos demonstrar, como base em julgados, os pormenores aplicativos do Art. 9º, analisando, primeiramente, os (1) usos e práticas comerciais de acordo com o art. 9(1) CISG, e depois os (2) usos do comércio internacional de acordo com o Artigo 9º(2) CISG.

⁷² BOUT, 1998, p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁷³ BONELL, 1987. Acesso em: 21 jun. 2014, p. 105-110. No mesmo sentido, BOUT, op. cit., p. 2. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

1. Usos e práticas comerciais segundo o Artigo 9º(1) CISG

De acordo com o Art. 9(1) CISG, as partes estarão vinculadas a qualquer uso a que tenham convencionado e a qualquer prática estabelecida entre elas. Assim, antes de adentrarmos ao estudo do parágrafo primeiro, há que se lembrar a sua redação:

“(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si”.

Dessa forma, como será demonstrado neste momento, o Art. 9(1) permite concluir que tal dispositivo lida com duas situações. São elas: (*a'*) usos que as partes acordaram; (*b'*) e práticas comerciais que ambas as partes estabeleceram entre si.

a'. Acordo no que diz respeito aos usos

Consoante o Art. 9(1) CISG, as partes estarão vinculadas a qualquer uso que tenham acordado. Todavia, a questão sobre como exatamente o termo “uso” deve ser entendido, no sentido empregado no parágrafo primeiro, é irrelevante. Isso porque, segundo os professores Schlechtriem e Schwenzler⁷⁴, qualquer regra que as partes venham a se referir com suficiente clareza, mas não necessariamente de forma explícita, será aplicável ao contrato, de acordo com o Art. 8º CISG⁷⁵. Dessa forma, o Art. 9º teria uma função puramente declaratória.

Sendo assim, entendem estes autores que a questão sobre a aplicabilidade de um uso, segundo o parágrafo primeiro do Art. 9º, é determinada de acordo com as regras gerais da Convenção, presentes, por exemplo, no Art. 8º CISG. Assim, a ausência de um acordo (sobre um determinado uso, por exemplo) não excluiria a observância destes usos quando da interpretação das declarações. Isso provém do parágrafo terceiro do Art. 8º CISG. Tem-se, pois,

⁷⁴ SCHLECHTRIEM; SCHWENZLER, 2010, p. 185.

⁷⁵ Artigo 8 (1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

que, segundo estes autores, mesmo o acordo implícito no que diz respeito aos usos é suficiente ao Art. 9(1) CISG⁷⁶.

Versando sobre os acordos explícitos estabelecidos entre as partes, Pamboukis lembra que a regra do Art. 9(1), segundo a qual as partes estarão vinculadas aos usos que acordarem, deriva do princípio da autonomia privada, princípio esse estabelecido no Art. 6º CISG. Nesse contexto, Bonell⁷⁷ faz a importante ressalva de que as partes devem negociar todos os termos dos seus contratos, ou simplesmente se referir a outras fontes, incluindo os usos. Dessa forma, os usos passariam a fazer parte do contrato. As partes teriam, por conta disso, a liberalidade de escolher quais usos seriam aplicáveis a sua situação concreta. Aqui, o uso seria aplicável por estar expressamente previsto no contrato.

Audit⁷⁸ afirma que o parágrafo primeiro do Art. 9º CISG, ao tratar sobre os usos, protege principalmente os usos explicitamente escolhidos pelas partes. Este é o caso das cláusulas que expressamente se referem às INCOTERMs, como as cláusulas FOB, CIF, que recebem, a partir dessa incorporação, o efeito de dispositivo contratual convencionado. Ademais, ressalta Audit que em um caso como esse, onde cláusulas FOB ou CIF venham a ser utilizadas, questões relacionadas ao lugar de entrega ou alocação de risco vão ser decididas analisando-se os usos acordados, e não as regras da Convenção.

Ademais, considerando o princípio da autonomia da vontade, Bonell⁷⁹ assevera que as partes podem se utilizar de um uso praticado em outra região, ou outro setor do comércio, onde nenhuma das partes esteja inserida, ou a um uso relacionado a um diferente tipo de contrato. Isso corrobora com o entendimento de que as partes possuem liberalidade para escolher os usos aos quais querem estar vinculadas.

Do mesmo modo, Bout⁸⁰ afirma que as partes estão vinculadas aos usos se elas acordarem com eles. Ocorre que esse acordo pode supor um consentimento tanto expreso, quanto tácito. Mesmo é o entendimento de Bonell⁸¹, que traz o exemplo de um caso onde as partes deliberadamente agem em conformidade com um determinado uso local. Sendo assim, o

⁷⁶ SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, op. cit., p. 185.

⁷⁷ BONELL, 1987, p. 107. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

⁷⁸ AUDIT, Bernard. **The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria**. Em *Lex Mercatoria & Arbitration* 173-194. Thomas E. Carbonneau ed., 1998. p. 177. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

⁷⁹ BONELL, op. cit., p. 107. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

⁸⁰ BOUT, 1998, p. 5. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁸¹ BONELL, op. cit., p. 107. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

acordo implícito na aplicação de um determinado uso pode ser inferido quando uma determinada declaração de uma das partes possa ser interpretada como referência implícita ao uso, e a outra parte se abstém de expressamente negá-lo.

Enderlein e Maskow⁸² acompanham os demais autores no sentido de aceitar a possibilidade de vinculação de usos implicitamente acordados. Mesmo assim, os referidos autores fazem a ressalva de que a hipótese de que há acordo implícito no que diz respeito aos usos, de acordo com o parágrafo primeiro, não pode ser demasiadamente ampliada; do contrário, o parágrafo segundo perderia a sua função e os adicionais requisitos mencionados no Art. 9(2) (que adiante serão estudados) poderiam ser evitados. É por conta disso que os referidos autores acreditam que a combinação dos dois parágrafos nesse tocante, proposta por Bonell⁸³, não seria convincente.

De maneira diametralmente oposta, Eörsi⁸⁴ afirma que, segundo o parágrafo primeiro do Art. 9º CISG, as partes somente estarão vinculadas aos usos e às práticas comerciais que expressamente acordarem. Na opinião deste jurista, a razão para tanto encontra respaldo no fato de que o parágrafo segundo prevê as circunstâncias segundo as quais as partes poderão estar implicitamente vinculadas. Dessa forma, em sua visão, o Art. 9(1) não permitiria a vinculação a usos ou mesmo práticas comerciais implicitamente consideradas.

É evidente que as dúvidas se esvaem quando considerarmos um uso expressamente acordado. Nesse caso, haverá pouca dificuldade em determinar que o uso é aplicável de acordo com a CISG. O único problema que poderia surgir seria se uma ou ambas as partes acordaram com o uso em bases impróprias. Nos demais casos, assim como Pamboukis, Bout lembra que *“as partes são independentes e basicamente podem acordar com todos os usos que queiram acordar, baseadas na autonomia dada a elas no artigo 6º da CISG^{85”}*.

⁸² ENDERLEIN, MASKOW, 1992, p. 68. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁸³ BONELL, 1987, p. 107. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em 21 jun. 2014. Bonell afirma que ao interpretar as declarações das partes, a teor do Art. 9(1), apenas os usos que preenchem os requisitos do Art. 9(2) deverão ser empregados.

⁸⁴ EÖRSI, Gyula. Em Galston & Smit ed., **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender**. 1984, Ch. 2, p. 9. Reproduzido com a permissão de: Juris Publishing. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi1.html>>. Acesso em: 7 jul. 2014. Ao entender que o Art. 9(1) CISG vincula as partes apenas nos casos em que há expressa previsão, o autor faz uma diferenciação deste dispositivo com o Art. 9(1) ULIS, que dispõe ser possível a vinculação aos usos de maneira expressa ou implícita. Na versão original do Art. 9 ULIS: 1. The parties shall be bound by any usage which they have expressly or impliedly made applicable to their contract and by any practices which they have established between themselves.

⁸⁵ BOUT, 1998, p. 5. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014. No original: The parties are autonomous and basically can agree to every usage they wish to agree to, based on the autonomy given to them in article 6 CISG.

Ademais, Bout lembra que o fato de um uso ser objetivamente não aplicável ao contrato, porque o uso é tão somente aplicável a acordos em um determinado lugar ou em outro ramo do comércio tem pouca influência. Isso porque, quando as partes acordam com um determinado uso, este uso passa a fazer parte do contrato, vinculando as mesmas⁸⁶.

*b'. Práticas negociais estabelecidas entre as partes*⁸⁷

De acordo com o Art. 9(1) CISG, as partes estarão igualmente vinculadas às práticas comerciais que estabelecerem entre si. Nesse sentido, Schlechtriem e Schwenzler⁸⁸ ressaltam que somente as práticas observadas entre as partes terão relevância. Aqui, temos, em realidade, a vinculação das práticas que as partes estabelecerem entre si. Diz respeito tão somente a elas, não podendo ser confundida com os usos, os quais possuem uma abrangência reconhecida pela sociedade, ou, ao menos, por um grupo de comerciantes.

2. Usos do comércio internacional no Artigo 9º(2) CISG

Como foi possível observar pelo estudo da aplicação do parágrafo primeiro do Art. 9º CISG, a intenção das partes é fator decisivo na determinação sobre a aplicabilidade ou não de um determinado uso, ou prática comercial. Contudo, como a partir de agora será demonstrado, este não é o caso do parágrafo segundo. Ademais, há que se fazer a ressalva de que, diferentemente do parágrafo primeiro, o Art. 9(2) não dispõe sobre práticas comerciais, mas tão somente sobre usos – estes implicitamente aplicáveis.

Dessa forma, tratar-se-á, a partir de agora, dos usos que se tornam parte do contrato em função dos critérios estabelecidos no Art. 9(2) CISG. Para facilitar o entendimento, pede-se espaço para a repetição da redação do parágrafo segundo.

(2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou deveriam ter conhecimento.

⁸⁶ BOUT, 1998, p. 5. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁸⁷ Considerando o fato de que na segunda parte desse trabalho buscaremos acrescentar um novo critério de interpretação contratual pautado nas práticas estabelecidas entre as partes, optamos por desenvolver mais o tema quando da análise do Art. 113 do CC/2002.

⁸⁸ SCHLECHTRIEM; SCHWENZLER, 2010, p. 185.

A aplicação implícita do Art. 9(2) pode ser vista como um consenso fictício. As partes não acordaram expressamente com um determinado uso, mas baseadas nas circunstâncias do caso, se entende que elas supostamente assim agiram. Diante disso, Bout afirma que “*isso demonstra que o fator decisivo no Art. 9(2) CISG não é a intenção das partes, mas o poder normativo de um uso para o qual a própria Convenção vincula as partes*”.⁸⁹

Assim, para que um determinado uso vincule as partes, de acordo com o parágrafo segundo, ele deverá preencher as condições estabelecidas neste parágrafo. Como afirma Holl e Kessler⁹⁰, essa é única maneira de explicar o porquê de o Art. 9(2) mencionar que as partes poderão excluir a aplicação de determinado uso que seria aplicável segundo as condições estabelecidas neste mesmo parágrafo.

Como afirma Bonell⁹¹, o parágrafo segundo dá a impressão de que a sua finalidade é de tão somente qualificar ainda mais o parágrafo primeiro. Contudo, como adiante se demonstrará, um exame mais apurado revela que tal impressão não é correta. Isso porque, os critérios para a identificação dos usos, cuja aplicação se justifica na presunção de uma intenção implícita das partes, são de dois tipos. Bout⁹², Bonell⁹³, Pamboukis⁹⁴ afirmam que dois são os requisitos que deverão ser preenchidos para que um determinado uso possa vincular automaticamente as partes. São eles: (a) que as partes conheçam este uso ou devam conhecê-lo, e (b) que o uso seja amplamente conhecido no comércio internacional e regularmente observado pelas partes.

a'. Usos que as partes conheçam ou devam conhecer

Partindo do primeiro requisito, qual seja, o de que as partes conheçam (elemento subjetivo) ou devam conhecer (elemento objetivo)⁹⁵ o determinado uso, Bout⁹⁶ assinala que

⁸⁹ BOUT, 1998, p. 5. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014. No original: “This shows that the decisive factor in article 9(2) CISG is not the will of the parties, but the normative power of a usage to which the Convention itself binds the parties”.

⁹⁰ HOLL, KESSLER, 1995, p. 459.

⁹¹ BONELL, 1987, p. 6. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em 21 jun. 2014.

⁹² BOUT, op. cit., p. 6. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23/06/2014.

⁹³ BONELL, op. cit., p. 108-110. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

⁹⁴ PAMBOUKIS, 2006, p. 118-124. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

⁹⁵ Ibid., p. 119. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

⁹⁶ BOUT, op.cit., p. 6. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

quando as partes conhecem o determinado uso, é comum que não haja problemas. Como afirma o supracitado autor, os problemas surgem quando o uso não é conhecido pelas partes, mas deveria ser. Em casos como esse, determinado uso poderá ser aplicado, demonstrando que as partes podem vir a estar vinculadas a usos que elas nunca tenham tomado conhecimento.

Em casos como esse, o determinado comércio no qual as partes estão envolvidas, bem como o tipo de contrato vão ser determinantes quando da aplicação dos usos. Bout concluiu essa explicação, assinalando para o fato de que os novatos em um determinado ramo do comércio poderão ser facilmente confrontados com usos por estes desconhecidos. Mesmo assim, Enderlein e Maskow⁹⁷ asseveram que, em casos excepcionais, a alegação de desconhecimento do uso poderá ser reconhecida. Esse seria, *e.g.*, o caso de um produtor que somente uma vez, por questão de necessidade, teve de fazer uma negociação internacional e, por conta disso, foi surpreendido com usos desconhecidos do seu mercado local.

Pamboukis⁹⁸ afirma que tal requisito destina-se a esclarecer que sempre haverá uma conexão entre a aplicação de um uso e a intenção das partes. Entretanto, esclarece o autor que este será o caso se ambas as partes conhecerem o uso, de modo a legitimar essa interferência, na ausência de disposição em sentido contrário. Ou seja, as partes tacitamente acordam com o uso, tendo em vista o fato de que mesmo conhecendo a existência deste, não se manifestaram de maneira contrária a ele. Entretanto, o mesmo não pode ser dito quando ambas, ou apenas uma das partes deveriam conhecer o uso. Neste caso, é a própria Convenção que dará a força vinculativa ao uso.

Dessa forma, entende Bonell que

“Só assim é explicável que a regra prevista no parágrafo (2) é expressamente redigida sujeita a um acordo contrário entre as partes (“Salvo acordo em contrário, considera-se que as partes tenham implicitamente tornado aplicável ...) (grifo nosso). Na verdade, faria pouco sentido estabelecer que não há nenhum acordo contratual relativo à aplicação dos usos, se as partes acordarem em sentido contrário. Apenas se for aceito que a justificação para a aplicação dos usos se encontra na própria lei, pode-se entender por que a lei prevê, simultaneamente, que as partes em cada caso têm liberdade ou para excluir totalmente a prevista aplicação dos usos ou para fazê-lo dependente de condições mais estritas ou menos rigorosas do que as estabelecidas no Artigo 9(2)”⁹⁹

⁹⁷ ENDERLEIN, MASKOW. **Kommentierung edr Konvention der vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf vom 11.4.1980**. Em *Internationales Kaufrecht*. 1991. p. 70.

⁹⁸ PAMBOUKIS, 2006, p. 118. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

⁹⁹ BONELL, 1987, p. 107. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014. No original: After all only in this way is it explicable that the rule laid down in paragraph (2) is expressly made subject to a contrary agreement between the parties («the parties are considered, *unless otherwise agreed*, to have impliedly made applicable ...) (emphasis added). Actually it would make little sense to provide that there is no contractual agreement concerning the application of the usages, if the parties agreed otherwise. Only if one accepts that the justification for the application of the usages lies in the law itself, can one understand

Assim, quanto ao primeiro requisito, Schlechtriem¹⁰⁰ resume afirmando que a Convenção adotou a construção legal de que usos são vinculantes em função de acordo implícito entre as partes. Destarte, o uso é vinculante quando as partes sabiam ou deveriam saber da sua existência. Esta disposição, conclui este jurista, produz o mesmo efeito dado pela primeira frase do Art. 9(2) ULIS e Art. 13(1) ULFIS.

b'. Uso amplamente conhecido no comércio internacional e regularmente observado pelas partes

Quanto ao segundo requisito, qual seja, o de que o uso deve ser amplamente conhecido no comércio internacional e regularmente observado (requisito objetivo, segundo Bonell¹⁰¹), há que se fazer a ressalva de que o uso não precisa ser universalmente reconhecido, haja vista o fato de que tal exigência inviabilizaria a própria formação de um uso, tendo em vista o fato de que dificilmente um uso seria comum em todos os países da comunidade internacional.

É necessário que o uso seja regularmente observado, a fim de que este seja vinculativo. Bout¹⁰² traz o exemplo de um uso, proveniente de países ocidentais, ser conhecido dos países em desenvolvimento, mas não vir a ser observado por estes. Em um caso como este, entende Enderlein e Maskow¹⁰³ que tal uso não poderá ser automaticamente aplicado às partes, visto que não é regularmente observado pelas outras.

Além disso, Schlechtriem¹⁰⁴ realça que a última parte do parágrafo segundo, qual seja, a de que o uso deve ser amplamente conhecido e regularmente observado no comércio internacional, caso fosse considerada literalmente, significaria que esta teria pouco efeito. Ocorre que a parte final especifica também que os usos são definidos com referência ao ramo do comércio envolvido e às partes de uma maneira geral que celebram contratos semelhantes.

why the law simultaneously provides that the parties in each case are free either to exclude entirely the envisaged application of the usages or to make it contingent upon stricter or less stringent conditions than those set forth in Article 9(2).

¹⁰⁰ SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Published by Manz, Vienna: 1986, p. 40-41. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

¹⁰¹ BONELL, 1987, p. 108. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

¹⁰² BOUT, 1988, p. 6. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

¹⁰³ ENDERLEIN, MASKOW, 1991, p. 70.

¹⁰⁴ SCHLECHTRIEM, 1986. p. 41. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

Sendo assim, pode-se imaginar a situação onde deva ser dada relevância aos usos existentes, *e.g.*, em uma transação comercial internacional de grãos, seguida pela parte que compra e vende o grão no comércio internacional. Desse exemplo conclui-se que é irrelevante que o uso seja internacionalmente conhecido em um setor fora do setor de grãos. Este segundo requisito, portanto, entende que os usos devem ser regularmente observados dentro do âmbito do comércio ao qual as partes pertencem (por exemplo, o comércio de máquinas, automóveis e etc) e para os contratos do tipo envolvidos. Isso corresponde ao nosso já conhecido Art. 9(2) ULIS, como bem assinala Bonell. A novidade se encontra justamente no requisito adicional de que o uso deve ser amplamente reconhecido no comércio internacional.

A exigência de que o uso deve ser amplamente conhecido no comércio internacional tem a finalidade, segundo Schlechtriem¹⁰⁵, de evitar que usos aplicados apenas a vendas internas sejam aplicadas em transações com comerciantes estrangeiros. Nesse sentido, *e.g.*, caso a GERDAU venha a comercializar aço com uma empresa alemã, aquela não poderá se basear nos usos do comércio brasileiro para comercializar com a empresa tedesca, mesmo que tal uso seja amplamente conhecido no Brasil e mesmo que a empresa alemã tenha conhecimento ou, pelo menos, deveria ter tido conhecimento deles¹⁰⁶.

Contudo, em que pese o parágrafo segundo do Art. 9º expressamente mencione que o uso deve ser internacional, segundo Schlechtriem e Schwenger¹⁰⁷, isso não significa que usos regionais ou locais nunca venham a ser aplicados. Em casos como esse, afirma Carlsen que o uso será aplicável mesmo sendo um uso local, se esse uso for regularmente observado em transações internacionais e uma grande parte dos participantes estrangeiros, no âmbito comercial em questão, conhecerem esse uso. Nesse sentido, já se manifestou a Corte de Apelação Austríaca¹⁰⁸, no ano de 1995, afirmando que o Art. 9(2) CISG não deve ser interpretado no sentido de barrar a aplicação dos usos locais.

Ademais, ainda sobre os usos de acordo com o Art. 9(2) CISG, há que se ressaltar como fica a distribuição do ônus da prova. Na visão de Schlechtriem e Schwenger¹⁰⁹, a questão sobre

¹⁰⁵ SCHLECHTRIEM, 1986, p. 41. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

¹⁰⁶ Mesmo assim, RÉCZEI entende que um empresário, em país estrangeiro, que venha a contratar diversas vezes com este país, estará vinculado aos usos locais referentes a este contrato. RÉCZEI, László. **The Rules of the Convention Relating to Its Field of Application and to Its Interpretation**. Problems of Unification of International Sales Law, Working papers submitted to the Colloquium of the International Association of Legal Science, Potsdam, August 1979, Oceana Publications. 1980 p. 84. Reproduzido com a permissão de: Oceana. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/reczei2.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

¹⁰⁷ SCHLECHTRIEM, SCHWENZER, 2010, p. 191.

¹⁰⁸ Áustria 9 November 1995 OLG [Appellate Court] Graz. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951109a3.html>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

¹⁰⁹ SCHLECHTRIEM, SCHWENZER, *op.cit.*, p. 192.

a existência de um uso é uma questão de fato, assim como a determinação de seu exato conteúdo. No mesmo sentido, Pamboukis¹¹⁰ afirma que para aqueles sistemas legais que consideram os usos como sendo uma questão de fato – assim como no caso dos usos acordados e das práticas estabelecidas entre as partes a teor do Art. 9(1) – a parte que alega a existência de um uso nos termos do Art. 9(2), terá igualmente o ônus de provar a existência desse uso. Provado determinado uso pelas partes, afirma Bonell¹¹¹ que o juiz decide se o uso será ou não aplicado ao determinado contrato como questão de direito.

Tal questão já foi decidida pela Corte Suprema da Áustria¹¹² no ano de 2000. Na ocasião, a corte entendeu que a questão sobre o reconhecimento de um uso no âmbito do setor comercial de madeira era uma questão de fato e não de direito. Sendo assim, não poderia ser decidido o caso perante a Corte Suprema¹¹³.

Contudo, lembra Pamboukis¹¹⁴ que pode acontecer de o juiz reconhecer de ofício um determinado uso. No entanto, este mesmo autor faz a ressalva de que dificilmente as cortes nacionais reconhecem o uso dessa forma. Isso porque, de maneira geral, os usos são específicos a determinado setor do comércio, não sendo, por conta disso, de conhecimento do próprio magistrado.

Mesmo assim, complementa o autor afirmando que isso não parece ser um problema nos casos decididos por meio do processo arbitral, tendo em vista o fato de que os árbitros escolhidos pelas partes conhecem os usos do âmbito do comércio sobre o qual foram chamados a decidir. Dessa forma, portando tal conhecimento, os árbitros podem declarar que certos usos de um setor específico venham a ser aplicados ao caso. Conseqüentemente, a existência de um uso nesse caso não precisaria ser provado por nenhuma das partes.

O certo é que, de maneira geral, caso a parte que tem o ônus de provar a existência de um uso falhar na sua incumbência, o uso não será vinculante. Por conta disso, assinala Schlechtriem e Schwenzler¹¹⁵ que a parte que alegar a existência do uso terá de provar que os

¹¹⁰ PAMBOUKIS, 2006, p. 124. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014

¹¹¹ BONELL, 1987, p. 111. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

¹¹² CLOUT Case No. 425 [Oberster Gerichtshof, Áustria, 21 Mar. 2000]. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=Abstract>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

¹¹³ Assim como os Tribunais Superiores no Brasil, a Corte Suprema da Áustria não julga matéria de fato. Para mais informações: <<http://www.ogh.gv.at/de/ogh/der-oberste-gerichtshof>>. Acesso em: 14 jul. 2014

¹¹⁴ PAMBOUKIS, op.cit., p. 125. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

¹¹⁵ SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZLER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the international Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford, 2010, p. 192.

requisitos do parágrafo segundo do Art. 9º estão presentes, quais sejam, a existência do uso e as circunstâncias que demonstram que a outra parte implicitamente sabia desse uso.

Por todo o exposto até agora, resta evidente a importância dos usos e das práticas comerciais para os contratos de compra e venda internacionais de mercadorias que estiverem regulados pela CISG. Não é demais reiterar que a força normativa destes, bem como o seu auxílio enquanto critério de interpretação contratual resta claro. Diante disso, é chegada a hora de se analisar os usos e as práticas comerciais enquanto critério de interpretação contratual no Direito Brasileiro.

II. OS USOS E AS PRÁTICAS COMERCIAIS COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

A segunda parte deste trabalho procurará fazer uma reflexão sobre a relevância dos usos e das práticas comerciais no que concerne ao processo de interpretação contratual, utilizando-se, para tanto, além dos princípios e diretrizes inseridos no Art. 113 do CC/2002, uma base de inspiração pautada na CISG.

De modo a limitar o campo de atuação da pesquisa, chama-se a atenção para o fato de que o estudo terá como objetivo final a análise dos usos segundo o cânone interpretativo do Art. 113 do CC/2002, visando a acrescentar uma nova fonte de interpretação contratual, qual seja, as práticas estabelecidas pelas partes, conforme sugerido por Fradera¹¹⁶ no seu enunciado ao Art. 113 do CC/2002, publicado na V Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal; enunciado este fortemente baseado no Art. 9º da CISG.

Inicialmente, cumpre esclarecer o momento em que a interpretação contratual passa a ser indispensável para a resolução de controvérsias. Nesse sentido, Lucca¹¹⁷ entende que o acordo de vontades estabelecido entre as partes pode gerar duas consequências diretas. Uma delas – que é mais visada pelas partes – é a de execução completa do contrato, demonstrando a perfeita simetria entre o que as partes desejaram, por ocasião da avença, e a posterior expectativa dos direitos e obrigações por elas assumidos. Ocorre que a interpretação contratual tem espaço, na realidade, quando essa simetria deixa de ser verificada, frustrando as expectativas das partes quanto ao sentido e ao alcance das cláusulas, sendo, por conta disso, imprescindível a interpretação do contrato.

No mesmo sentido, Betti¹¹⁸ afirma ser da incumbência do Direito Civil enunciar as condições abstratas para que uma transação econômica venha a ser verificada no mundo dos fatos. Em paralelo, ainda segundo o mesmo autor, são as perspectivas concretas dos contratantes que definirão se o Direito reconhecerá validade ao negócio, ou se este será maculado com o signo da ilegalidade. De qualquer modo, visando a atingir os anseios das partes que contratam, diretrizes interpretativas terão de ser consideradas. Isso significa dizer que para que essa transação econômica seja verificada no mundo dos fatos – como lembra Betti – é necessário o auxílio de critérios de interpretação contratual.

¹¹⁶ FRADERA, 2012.

¹¹⁷ LUCCA, Newton de. **Normas de interpretação contratual no Brasil**. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São Paulo/SP, v. 81. p. 31, Bimestral jan. e fev./2007.

¹¹⁸ BETTI, Emílio. **Diritto, metodo. Ermeneutica**. Milano: Giuffrè, 1991, p. 326-340.

Nas palavras de Reale, “*em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema*”¹¹⁹. Para o supracitado autor, tal artigo-chave é o Art. 113 do CC/2002, como adiante passaremos a demonstrar.

Contudo, em que pese o Artigo 113 do CC/2002 não tenha correspondente no antigo Código Civil de 1916, o elemento consuetudinário, que incide na interpretação dos negócios jurídicos, não é novidade em nosso ordenamento jurídico, uma vez que já decorria, segundo Moser e Sudbrack¹²⁰, do princípio implícito no Código Comercial de 1850. Por conta disso, dada a escassez de trabalhos referentes ao Art. 113 do CC/2002 e aos usos e práticas como cânone interpretativo, analisar-se-á também o Código Comercial de 1850, aplicado aos contratos mercantis até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o qual unificou as obrigações civis e comerciais.

Como bem ressaltou Roppo¹²¹, os critérios de interpretação dos contratos – que, em bem verdade, são critérios de escolha entre vários significados possíveis – são estabelecidos pela lei, por meio de uma série de normas que constituem para o intérprete prescrições juridicamente vinculantes. Isso significa dizer que o ato de interpretar não é uma simples sugestão dada ao intérprete; bem pelo contrário, haja vista o fato de que os critérios de interpretação obrigam o intérprete – vinculam este.

Resta, pois, saber quando o cânone interpretativo baseado nos usos e nas práticas comerciais passa a ser relevante. Nesse sentido, leciona Roppo, em estudo sobre o direito italiano, que a interpretação de um contrato deve ser iniciada pelo critério subjetivo, buscando “*fixar a ‘comum intenção’ das partes sob a base de declarações e comportamentos imediatamente referidos às próprias partes*”¹²². Segue o referido autor explicando que quando o intérprete não conseguir encontrar essa comum intenção, ele terá de realizar uma interpretação objetiva, não procurando mais encontrar a “comum intenção”, “*mas simplesmente dar ao contrato o sentido, entre os expostos em juízo pelas partes, que melhor corresponda a valores de objeta sensatez, equidade e funcionalidade*”¹²³.

¹¹⁹ REALE, Miguel. **Um artigo-chave do Código Civil**, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2014. Ademais, ver TIMM, Luciano Benetti. **Direito de Empresa e Contratos: estudos dos impactos do Novo Código Civil**. Porto Alegre: IOB, 2004. p. 28. Este autor também considera que o Art. 113 é uma inovação no código civil brasileiro, tendo em vista o fato de que ao impor a boa-fé e os usos do lugar na interpretação contratual, este concretiza o pilar da eticidade.

¹²⁰ MOSER, Luiz Guilherme Meira; SUDBRACK, Gustavo Mendonza. **A força normativa dos usos e costumes na hermenêutica contratual**. Revista Síntese Direito Empresarial. Ano VI, n. 34. Set/Out 2013

¹²¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 170.

¹²² Ibid, p. 172.

¹²³ Ibid, p. 172.

Sendo assim, frustrada a tentativa de se encontrar a comum intenção das partes, Roppo analisa o contrato segundo a boa-fé, o princípio da conservação do contrato, do sentido mais favorável ao aderente ou com base nos usos. É exatamente nesse último critério que se concentrará o nosso estudo.

No entanto, não podemos esquecer, como afirma Bulgarelli, que para reconstruir a comum intenção quando da celebração do pacto, “(...) *deve valorar-se o comportamento conjunto observado pelas partes, mesmo posteriormente a conclusão do contrato (...)*”¹²⁴ incluindo, e por que não, a análise dos usos, costumes e práticas estabelecidas entre as partes.

Dessa forma, a segunda parte desse trabalho (A) buscará apresentar aspectos gerais sobre os usos, costumes e práticas no direito brasileiro – enquanto cânone interpretativo –, incluindo suas bases históricas, para, em um segundo momento, (B) analisar, de maneira pormenorizada, o Art. 113 do CC/2002.

A. Aspectos Gerais sobre os Usos, Costumes e Práticas no Direito Brasileiro.

Neste capítulo, apresentar-se-á aspectos gerais sobre os usos, costumes e práticas no Direito Brasileiro, enquanto critério de interpretação contratual. Considerando o fato de que essas diretrizes possuem as suas influências históricas, haja vista o fato de que não surgiram no Direito Brasileiro apenas com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, este pesquisador voltar-se-á inicialmente (a) ao estudo de suas influências históricas no Código Comercial de 1850, aplicado aos contratos mercantis até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o qual unificou as obrigações civis e comerciais. Em um segundo momento, (b) conceitos serão apresentados, de modo que seja melhor compreendida, então em um terceiro momento, (c) a diretriz interpretativa baseada nos usos e costumes¹²⁵.

a. O tratamento conferido aos usos, costumes e às práticas comerciais antes do Código Civil de 2002 e os antecedentes históricos do Art. 113

As mais famosas regras de interpretação contratual – dentre elas a da boa-fé e a dos usos – foram sistematizadas por Pothier, editadas em 1761 e traduzidas para a língua portuguesa em

¹²⁴ BULGARELLI, Waldirio. **Contrato Mercantis**. 4 Ed. São Paulo: Atlas. 1987, p. 143.

¹²⁵ Ressaltamos que o tópico “c”, nesse momento referido, analisa os usos e costumes enquanto critério interpretativo. Sendo assim, nesse tópico não serão analisadas as práticas estabelecidas entre as partes como critério de interpretação contratual, haja vista o fato de que essa diretriz interpretativa – que objetivamos incluir no Art. 113 – será melhor estudada no capítulo B, desta segunda parte do trabalho.

1835 por Corrêa Telles. Regras essas que claramente influenciaram o nosso Visconde de Cairu e, dessa forma, acabaram positivadas nos Arts. 130 e 131 do CCom/1850¹²⁶, como adiante veremos.

Com a finalidade de restringir o âmbito de aplicação da pesquisa, e até para haver um paralelismo mais adequado com o Art. 113 do CC/2002, que dispõe que “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”, deteremo-nos às influências históricas de dois critérios interpretativos, quais sejam, o da boa-fé e o dos usos.

Sobre esse relevante tema, Forgioni¹²⁷ assevera, ao explicar as regras de Pothier, que mais do que meras máximas de experiência, as regras de Pothier assumem uma exigência ética de correção social. Isso significa dizer que a atividade interpretativa tem uma diretiva determinada, que exprime um juízo de valor útil à interpretação mercantil.

Diante da evidente relevância das regras de Pothier relativas à interpretação contratual, analisar-se-á duas delas, quais sejam, a quarta e a quinta regras, as quais, de alguma forma, trazem ao estudo os usos comerciais.

De acordo com a quarta regra de Pothier, “*a expressão ambígua interpreta-se segundo o que é de uso no país*”¹²⁸. A respeito dessa regra, Forgioni afirma que:

“Dentro de um critério de racionalidade, de proteção da boa-fé, da confiança e, conseqüentemente, da legítima expectativa da outra parte, não se pode compreender que um contrato tenha interpretação diversa da práxis, base do sistema de direito comercial. **Essa regra de Pothier deixa claro que os usos e costumes, no direito comercial, não ocupam lugar apenas como fonte de direito (ou seja, como polo emanador de normas jurídicas vinculantes) mas também como pauta de interpretação dos contratos**”¹²⁹ (nossos destaques).

Sendo assim, conclui a jurista paulista, que a “*objetivação social dos efeitos típicos*”¹³⁰ de um contrato torna-os previsíveis pelas partes, autorizando a interpretação conforme a práxis. Considerando que a previsibilidade é um requisito muito apreciado pelos comerciantes, tal fato

¹²⁶ FORGIONI, Paula A. **Apontamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais: Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850**. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro, n. 141. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Editora Malheiros. Ano XLII. Janeiro-março. 2006. p. 33 e 34. No mesmo sentido, recomenda-se a leitura de BULGARELLI, 1987, p. 143. A respeito desse tema, Bulgarelli afirma que “obviamente, serviu-se o legislador de 1850 das 14 regras de Pothier, que ainda continuam bastante oportunas”.

¹²⁷ Ibid, p. 34.

¹²⁸ Esta tradução foi retirada da obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Revista e atualizada por Regis Fichtner. 15. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 45.

¹²⁹ FORGIONI, op. cit., p. 36.

¹³⁰ Ibid, p. 36.

confere maior segurança, “*dando lugar a um melhor cálculo de jogadas*”¹³¹. Vê-se, pois, que, segundo o Código Comercial de 1850, os usos e costumes possuem, além da função propagadora de normas vinculantes, uma função de interpretação contratual. Justamente essa função interpretativa auxilia a segurança jurídica das relações comerciais dos comerciantes que celebram contratos.

Outrossim, deve-se considerar o fato de que Pothier faz menção ao “*uso no país*”. Isso quer dizer que os efeitos provenientes de um contrato são aqueles específicos de um grupo de pessoas. Sobre isso, Forgioni afirma que “*nada adianta perquirir qual o impacto de uma cláusula de exclusividade no mercado norte-americano, se aqueles do nosso sistema forem diversos*”¹³². Ademais, não há como deixar de mencionar a similaridade entre essa regra de Pothier com o então Art. 113 do CC/2002, que também menciona, como adiante veremos, que os usos a serem observados serão aqueles do lugar da celebração do contrato.

Ocorre que não apenas a quarta regra faz menção aos usos. A quinta regra de Pothier também o faz. De acordo com esta última, “*devem-se considerar implícitas em todo contrato as cláusulas de uso – In contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudini*”¹³³.

Diferentemente do que pode ser observado na quarta regra, aqui o usos têm uma função de integração contratual, preenchendo lacunas eventualmente verificadas. Tal função se encontra expressamente definida no Art. 133¹³⁴ do CCom/1850.

Sobre esta regra, Forgioni afirma que:

“Aquilo que é comum integra-se ao regramento particular, como se toda a praxe fosse acoplada ao negócio. Essa regra básica de interpretação corrobora a ideia de que a legítima expectativa da outra parte, baseada naquilo que normalmente ocorre no mercado, há de ser reservada. Sua *ratio* somente pode ser entendida tendo em mente a facilitação dos negócios: no processo interpretativo deve-se ter em conta aquilo que geralmente acontece e que as partes, racionalmente, incorporam como base para estimar a atuação de determinado comportamento da outra”.¹³⁵

No mesmo sentido, o nosso Visconde de Cairu destaca as seguintes lições quanto à interpretação contratual calcada nos usos e costumes comerciais; lições essas, que, como dissemos anteriormente, encontram-se baseadas nas regras de Pothier.

¹³¹ FORGIONI, 2006, p. 36.

¹³² Ibid, p. 36.

¹³³ Esta tradução foi retirada da obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Revista e atualizada por Regis Fichtner. 15. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 45.

¹³⁴ Art. 133: “Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”.

¹³⁵ FORGIONI, op. cit., p. 36.

“Havendo dúvida sobre a intelligencia e força de hum Contrato mercantil, deve-se interpretar a mente dos contrahentes segundo o uso, ou Estatuto da Praça e lugar em que se fez o mesmo contrato; e bem assim o Juízo dos Commerciantes costumados a praticar essa espécie de negocio, ainda que, aliás, as palavras do trato, ou escripto diversamente signifiquem: pois sempre a boa-fé e o estylo mercantil he que deve prevalecer e reger, e não o estreito significado dos termos e menos ainda as intelligencias cavilosas e contrarias ao verdadeiro espirito do contrato”¹³⁶.

Sobre esse trecho, visando a analisar tão somente o ponto relativo aos usos e costumes, há que se fazer, novamente, menção ao entendimento de Forgioni, para quem “*a vontade dos contratantes deve ser interpretada de acordo com os usos e costumes comerciais*”. Ainda explicando os ensinamentos de Cairu, a referida autora segue afirmando que para Cairu e para os modernos doutrinadores europeus “*os usos e costumes devem ser ligados à boa-fé; agir conforme a boa-fé é respeitar os usos e costumes do mercado, o “estilo” comercial. Ou seja, os usos e costumes aportam uma objetividade que corrigiria o elemento subjetivo da boa-fé*”¹³⁷.

Versando tão somente sobre a boa-fé objetiva, Lucca¹³⁸ afirma que o Código Comercial de 1850 já continha claramente a adoção da chamada boa-fé objetiva, muito tempo depois consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, onde há referência direta à boa-fé objetiva em dois dispositivos, quais sejam, no art. 4º, III e no art. 51, IV¹³⁹.

Ademais, o supracitado autor assevera que, com a vigência do Art. 113 do CC/2002, a boa-fé tornou-se um princípio não mais apenas de direito comercial e de direito consumerista, mas de toda a ordenação jurídica, tendo em vista a função central que inquestionavelmente passou a exercer¹⁴⁰.

¹³⁶ LISBOA, José da Silva. **Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha**, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Typografia Acadêmica, 1874, pp. 469 e ss. Apud: FORGIONI, Paula Andrea. **Apontamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais: Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850**. Em Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro. Nº 141. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Editora Malheiros. Ano XLII. Janeiro-março/2006. p. 38.

¹³⁷ FORGIONI, 2006, p. 38-39.

¹³⁸ LUCCA, 2007, p. 50.

¹³⁹ Objetivando limitar o âmbito de abrangência deste trabalho de conclusão de curso, este estudante ressalta que não serão analisadas as influências do Código de Defesa do Consumidor sobre o Art. 113 do CC/2002. Mesmo assim, entendemos e concordamos com a influência. Para mais informações sobre esse relevante ponto, recomenda-se a leitura de: MOREIRA ALVES, José Carlos. **A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro**. Roma e America: diretto romano comune. Roma: Mucchi, n.7, 1999. Além disso: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

¹⁴⁰ LUCCA, op.ci, p. 54.

No mesmo sentido, lembra Oliveira¹⁴¹ e Pereira¹⁴² que o Código de 1916 não continha regra de caráter geral sobre a boa-fé em relação aos atos jurídicos ou mesmo aos contratos. Isso era objeto de estranheza, considerando o fato de que outras codificações, que, sabidamente influenciaram a nosso código de 1916, já contemplavam tal princípio.

Um exemplo disso pode ser observado no § 157 do BGB¹⁴³, que dispõe que os contratos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé, atendendo-se aos usos e costumes. No mesmo sentido, o Código de Napoleão, promulgado no princípio do século XIX, estatui, em seu Art. 1.134, que os contratos devem ser executados de boa-fé. Ademais, não podemos esquecer que o nosso Código Comercial em seu Art. 131, I, como será demonstrado, dispunha sobre a boa-fé.

Ademais, Oliveira traz importante ressalva sobre essa questão:

“Cumpre, ainda, ter em conta uma outra circunstância. A exigência da boa-fé é considerada como um princípio jurídico, e a Lei de Introdução, no artigo 4º, insere os princípios gerais de direito entre as fontes de que o juiz se valerá, à minguada de disposição legal. Previsão análoga acha-se no artigo 126 do Código de Processo Civil. Embora ao contrário dos sistemas legais citados, fosse regulada como fonte de direito, e não como critério interpretativo, já fornecia ao aplicador algum amparo para considerá-la”.¹⁴⁴

Diante de todo o exposto nesse tópico, percebe-se que não é novidade para o Direito Brasileiro a aplicação da boa-fé e dos usos e costumes como critério interpretativo. Isso porque, o antigo Código Comercial Brasileiro de 1850 já previa essa possibilidade, como pode ser observado nos Arts. 130 e 131, em sua exata redação, que segue:

Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo **o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.**

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

¹⁴¹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo.** Vol II. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 249.

¹⁴² PEREIRA, 2011, pp. 45 e 46.

¹⁴³ Na redação original: § 157 Auslegung von Verträgen: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 250.

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - **o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;**

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

Segundo Forgioni¹⁴⁵, é possível extrair desse texto normativo os seguintes princípios cardiais de interpretação dos negócios jurídicos; são eles: (i) boa-fé, (ii) força normativa dos usos e costumes, (iii) vontade objetiva e desconsideração da vontade individual de cada contratante, (iv) comportamento das partes visando à formação de uma vontade comum, (v) interpretação em favor do devedor e (vi) respeito à autonomia privada. No mesmo sentido, Bulgarelli¹⁴⁶ afirma que, no que diz respeito às diretrizes hermenêuticas, o Art. 131 do CCom/1850 arrolava esses menos seis critérios, os quais constituíam um verdadeiro guia para o intérprete.

Sendo assim, evidente que as regras de interpretação contratual previstas no Art. 113 do CC/2002 não representam algo absolutamente novo no Direito Brasileiro, visto que já presentes no Código Comercial de 1850. Mesmo assim, não há como olvidar da relevância desse artigo, que inclusive se encontra disposto na parte geral do Código Civil de 2002, sendo aplicável a todos os contratos, sem descuidar das particularidades que cada um venha a ter.

Dadas as bases históricas, há que se fazer breves considerações conceituais a respeito dos usos, costumes e circunstâncias no Direito Brasileiro.

b. Conceito de usos, costumes, circunstâncias e práticas no Direito Brasileiro

Segundo Moser e Sudbrack, o costume é uma prática repetida, contínua e espontânea, proveniente do tecido social, o qual “*reclama a reunião de dois elementos fundantes: o uso efetivo da prática e a consciência da coletividade em torno de sua observância, o que a reveste de força normativa*”¹⁴⁷. Tem-se, aqui, os usos com *status* de regra jurídica; regra essa que exige a imposição da coletividade, por meio do uso prolongado e sem trégua.

¹⁴⁵ FORGIONI, Paula A. “**A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro**”. Em: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. Nº 130. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Editora Malheiros. Ano XLII. Abril-junho/2003. p. 24 e 25.

¹⁴⁶ BULGARELLI, Waldirio. **Questões atuais de direito empresarial**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 129.

¹⁴⁷ MOSER, SUDBRACK, 2013, p. 225.

Sobre esse mesmo assunto, nota-se que Pontes de Miranda¹⁴⁸ tem um entendimento um pouco mais amplo. Isso porque, para o grande jurista brasileiro, os usos e costumes, quer se tratem de usos e costumes regras jurídicas, quer se tratem de simples usos e costumes que preenchem conteúdo de negócios jurídicos, podem ser interpretativos. Logo, podem ser regras jurídicas de interpretação, ou enunciados que dizem como se entendem as manifestações de vontade.

Fazendo uma reflexão sobre esse entendimento, Moser e Sudbrack concluem que os usos e costumes convocam o julgador do caso concreto a realizar uma averiguação empírica, visando a abstrair a “*concepção espontânea de juridicidade oriunda do tecido social*”¹⁴⁹.

No mesmo sentido, mas desenvolvendo o estudo para trazer o conceito de “circunstâncias do caso” entende Ludwig que “*os usos e costumes forcem o aplicador do direito a realizar um exame empírico, ou melhor, a averiguar a concepção espontânea de juridicidade oriunda do seio de um certo agrupamento social*”¹⁵⁰. De maneira relativamente distinta, o supracitado autor afirma que as circunstâncias dizem respeito ao âmbito concreto dos fatos, “*sem que tal recurso se possa confundir com a aplicação do elemento consuetudinário*”¹⁵¹. Quando comparadas ao estudo realizado na primeira parte desse trabalho, percebemos que as “circunstâncias” mencionadas por Ludwig, em muito se assemelham às “práticas estabelecidas entre as partes”, tendo em vista o fato de que ambas levam em consideração as particularidades do caso, não se reportando a critérios consuetudinários.

Para fins comparativos, reitera-se o entendimento de Bout¹⁵² no que diz respeito às práticas estabelecidas entre as partes, de acordo com o Art. 9º da CISG. Consoante o supracitado autor, para que as práticas sejam verificadas no caso concreto, é necessário que haja uma relação comercial entre duas partes. Sendo assim, para a existência de uma prática comercial, não é necessária uma validade geral no âmbito de um determinado território ou de um ramo da indústria. Evidente, pois, que a prática comercial abarca uma relação comercial específica, válida tão somente para as pessoas nela envolvidas.

Percebe-se, pois, que não podemos confundir tais conceitos, tendo em vista o fato de que os primeiros brotam da prática reiterada que se enraíza no tecido social da comunidade, ao

¹⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 38, 1962, p. 80.

¹⁴⁹ MOSER, SUDBRACK, 2013. p. 226.

¹⁵⁰ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e Costumes no Processo Obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 116.

¹⁵¹ Ibid, p. 116.

¹⁵² BOUT, 1998, p. 3. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

passo que os segundos tomam por base o reconhecimento do princípio da autonomia privada, um dos alicerces do direito privado. Assim, com os devidos conceitos firmados, é chegada a hora de se analisar os usos e costumes como critério de interpretação dos contratos.

*c. Os usos e costumes como diretriz para a interpretação dos pactos*¹⁵³

Como apreendido do conceito de usos e costumes, principalmente daquele sugerido por Pontes de Miranda, o elemento consuetudinário, em sua atuação como modelo de interpretação dos pactos, participa do processo de elucidação, tanto do significado de termos indeterminados, quanto do sentido de dispositivos e condutas, seja na relação de um texto normativo, seja na interpretação de um negócio jurídico.

Como muito bem explicou Ludwig¹⁵⁴, a interpretação não se revela influenciada pelo elemento consuetudinário tão somente na exegese de textos legislativos, mas é também de suma importância para a análise da manifestação da vontade nos negócios jurídicos; dos contratos. Percebe-se, pois, como conclui David, que o “*costume faz-se importante não somente quando o instrumento contratual a ele fizer remissão, mas sempre que se quiser determinar o alcance e o conteúdo de determinada cláusula contratual*”¹⁵⁵.

A análise do elemento costumeiro remete à repetição de condutas. Nas palavras de Betti:

“(...) o valor normativo do costume baseia-se não na constância exterior do comportamento, considerado isoladamente, separado da convicção e da avaliação que o animam e o vivificam, mas sim justamente nessa convicção, enquanto e até quando for sustentada e reforçada, por sua vez, pela constância do comportamento, ambos considerados num círculo de reciprocidade indissolúvel”¹⁵⁶.

Pois bem, o Código Civil Brasileiro de 2002 abraçou, no Art. 113, os usos como um elemento de interpretação contratual, como pode ser observado na exata redação que segue: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.

David conclui, ao analisar o referido artigo, que o exegeta colocou o negócio jurídico “*em sintonia com a normatização do princípio da confiança e do valor lealdade e, ao mesmo*

¹⁵³ Remete-se o leitor à nota de rodapé 125.

¹⁵⁴ LUDWIG, 2005, p. 106.

¹⁵⁵ DAVID, Tiago Bitencourt de. **Usos e costumes no Código Civil de 2002: em defesa das expectativas legítimas**. Revista de Direito Privado. Ano 12, v. 48, Out.-Dez., 2011. p. 53.

¹⁵⁶ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

tempo, conectou o conteúdo contratual ao meio onde foi realizado o respectivo pacto”¹⁵⁷. O Art. 113 do CC/2002 serve como critério hermenêutico para que o intérprete observe as práticas comerciais e, desse modo, preencha eventuais lacunas do contrato. Urge a necessidade de verificação do contexto em que se insere a relação contratual, para assim adequá-la a esta função hermenêutico-integrativa da boa-fé objetiva.

Ademais, ainda sobre esse ponto, o autor faz uma interessante comparação com o Art. 1.368 do código civil italiano, o qual dispõe: “*As cláusulas ambíguas devem ser interpretadas segundo a prática do lugar de conclusão do contrato*”. Dessa forma, assim como o Art. 113 do CC/2002, o Art. 1.368 do código civil italiano dá aos usos uma função de interpretação contratual¹⁵⁸.

Contudo, em que pese os usos tenham sido englobados pelo Art. 113 do CC/2002, o mesmo não pode ser dito sobre os costumes, haja vista o fato de que estes estão previstos no Art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiras, cuja redação é a que segue: “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”.

Sobre tal ponto, David faz uma nova comparação; agora em relação ao Art. 1.374 do código civil italiano, que dispõe: “*O contrato obriga as partes não somente em relação ao que está expresso, mas também a todas as consequências que lhe derivam segundo a lei, ou, na falta desta, segundo os usos e a equidade*”. Percebe-se, nesse caso, que os costumes possuem força normativa integradora, cujas funções são a de limitar o conteúdo dos contratos e de assegurar sua validade conforme os bons costumes e ao mesmo tempo revelar previsões não elaboradas pelas partes quando da conclusão do ajuste¹⁵⁹.

No mesmo sentido, leciona Ludwig que o Art. 4º da LINDB, conjugado com o Art. 5º, II, da Constituição Federal¹⁶⁰, reafirma o primado da lei, mas, ao mesmo tempo, indica a incompletude do ordenamento jurídico. Isso porque “[...] *há, de fato, omissões na lei, porquanto esta não pode tudo reger* [...]”¹⁶¹.

O Art. 4º da LINDB dispõe que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”. Deixando de lado o

¹⁵⁷ DAVID, 2011, p. 54.

¹⁵⁸ Ibid, p. 55. Ademais, ressalta-se que a tradução do Art. 1.368 do código civil italiano foi retirada dessa obra.

¹⁵⁹ Ibid, p. 55. Ademais, ressalta-se que a tradução do Art. 1.374 do código civil italiano foi retirada dessa obra.

¹⁶⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹⁶¹ LUDWIG, 2005. p. 158.

estudo da analogia e dos princípios gerais do direito¹⁶² e, focando o estudo na referência legislativa dos costumes, percebe-se que os costumes terão espaço sempre que houver um lacuna legislativa. Infelizmente, tal compreensão não foi sempre defendida no Direito Brasileiro.

Por meio de simples análise do Art. 1.807 do CC/1916¹⁶³, percebe-se a nítida diferença deste com o Art. 4º da LINDB. A verdade é que, quando da entrada em vigor do Código Civil de 1916, não havia contradição entre o Art. 1.807 do CC/1916 e a lei de introdução da época. Isso porque, a primeira Lei de Introdução ao Código Civil não fazia menção alguma aos costumes, haja vista o fato de que o seu Art. 7º limitava-se a ordenar que, nos casos de omissão legislativa, se aplicariam “*as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais do direito*”. A contradição iniciou, em realidade, com a entrada em vigor da Lei de Introdução de 1942, momento em que foram acrescentados os costumes ao rol de procedimentos cabíveis no preenchimento de lacunas legislativas. A partir desse momento, o Direito Brasileiro passou a viver essa contradição, haja vista o fato de que a disposição do então Art. 4 da LICC¹⁶⁴ ia de encontro ao disposto no Art. 1.807 do CC/1916. Tal contradição foi tão somente eliminada com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Sendo assim, defende David, com base no direito italiano e nos Art. 113 do CC/2002 e no art. 4º da LINDB que “*em face dos usos do local se interpreta e em face dos costumes se integra o pacto de modo a agregar-lhe disposições e, conseqüentemente, prescrições às partes*”¹⁶⁵. Vê-se, pois, que confusão não há que ser feita entre os usos e costumes, uma vez que, como no capítulo B desta segunda parte veremos, o Art. 113 do CC/2002 faz menção aos usos, e não aos costumes.

B. Análise do Artigo 113 do Código Civil Brasileiro

Neste tópico, realizar-se-á uma análise do Art. 113 do CC/2002. Considerando o fato de que o referido artigo prevê dois critérios de interpretação contratual, quais sejam, o da boa-fé,

¹⁶² Essa exclusão é feita, de modo a limitar o estudo. Para mais informações sobre a analogia e os princípios gerais do direito, recomenda-se a leitura de LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e Costumes no Processo Obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 158-159.

¹⁶³ Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 23 out. 2014.

¹⁶⁴ Ressalta-se que a referência à LICC é proposital. Lembra-se que a lei 12.367, de 30 de dezembro de 2010, alterou a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942, para tão somente mudar o nome para “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

¹⁶⁵ DAVID, 2011, p. 55.

e o dos usos do local da celebração, este estudante fará um breve estudo sobre a boa-fé, para, então sim, concentrar-se nos usos, bem como para propor um novo critério de interpretação contratual – referimo-nos às práticas estabelecidas entre as partes. Para tanto, procuraremos fazer uma análise do (a) substrato teórico do Art. 113 do CC/2002, para, em um segundo momento, (b) fazer um estudo de casos em relação ao mesmo artigo.

a. Substrato Teórico do Art. 113 do Código Civil Brasileiro

O Art. 113 do CC/2002 determina sejam os negócios jurídicos “*interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”. Percebe-se, pois, claramente, a presença de dois critérios de interpretação dos contratos. Nosso objetivo, baseados no enunciado ao Art. 113 do CC/2002, proposto por Fradera¹⁶⁶, é o de acrescentar um novo critério de interpretação contratual – as práticas estabelecidas entre as partes –, por meio do qual as relações contratuais seriam guarnecidas de maior segurança. Vejamos, pois, este interessante artigo, o qual é, para Reale¹⁶⁷, um artigo-chave do Código Civil.

1. A boa-fé objetiva

Segundo o Art. 113 do CC/2002, os contratos¹⁶⁸ serão interpretados conforme a boa-fé.¹⁶⁹ De acordo com Oliveira, a boa-fé objetiva não leva em conta o que é percebido e apreendido na mente dos sujeitos contratantes, mas se consideram determinados parâmetros ligados à convivência social. Na realidade, explica o supracitado autor, há uma vinculação “*ao dever de lealdade que se pode razoavelmente esperar de quem participa do comércio jurídico*”¹⁷⁰. Sanseverino afirma que, na modalidade objetiva, a boa-fé constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe “*a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade*”¹⁷¹.

¹⁶⁶ FRADERA, 2012.

¹⁶⁷ REALE, 2003, Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 8 nov. 2014.

¹⁶⁸ Lembramos que o nosso objetivo é o de estudar os contratos, e não os negócios jurídicos, que são um gênero do qual os contratos são espécie, motivo pelo qual mencionamos “contratos”, em que pese a exata redação do Art. 113 mencione “negócios jurídicos”.

¹⁶⁹ Ressalata-se que a boa-fé subjetiva corresponde a um estado psicológico. De acordo com esta, o sujeito crê estar agindo em conformidade com o ordenamento jurídico, com o juridicamente exigível, quando em realidade pode estar agindo de maneira diversa. Ocorre que é assente na doutrina e jurisprudência que o Art. 113 do CC/2002 não está a tratar desse estado psíquico. O artigo não considera a intenção do agente, sua convicção íntima.

¹⁷⁰ Ibid., p. 252.

¹⁷¹ SANSEVERINO, 2010, p. 63.

No mesmo sentido, Martins-Costa, em sua obra “A Boa-Fé no Direito Privado” versa, em tópico especial, sobre a dicotomia entre boa-fé objetiva e subjetiva. Para a jurista da escola gaúcha, assim como para os demais autores, a boa-fé subjetiva supõe a intenção psicológica do agente, e acrescenta:

“Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por esse modelo objeto de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo”¹⁷².

Nesse sentido, percebe-se que o Código contemplou a boa-fé objetiva como critério de interpretação dos negócios jurídicos em geral. Ademais, não podemos nos esquecer que o Código Civil de 2002 voltou a contemplar a boa-fé nas disposições gerais sobre os contratos, considerando-a como um dever cuja observância se impõe, em sua conclusão e execução, como dispõe o art. 422¹⁷³¹⁷⁴.

Conclui Oliveira afirmando que as regras de interpretação dos negócios jurídicos devem ser consideradas conjuntamente. O princípio da autonomia da vontade, posto em relevo no Art. 112¹⁷⁵ do CC/2002, pode encontrar restrição decorrente do que se contém no Art. 113 do CC/2002. Lembra bem Martins¹⁷⁶ que, eventualmente, a verdadeira intenção das partes consistirá em algo que contrarie a boa-fé e, em tal caso, não deverá prevalecer, pois não pode o princípio que a consagra ser afastado pela vontade dos interessados.

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

¹⁷³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

¹⁷⁴ Considerando o fato de que não temos o objetivo de fazer um estudo sobre todas as funções da boa-fé objetiva, eis que o estudo se limita ao cânone interpretativo, deixamos de analisar as outras funções. Para fins de explicação, recomendamos a leitura de SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**, São Paulo: Renovar, 2005. p. 80, que traz a importante diferenciação sobre a boa-fé objetiva em suas mais variadas formas: “Sob o ponto de vista dogmático, tem-se, por toda a partes, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico, a saber: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; (iii) a função restritiva do exercício de direitos”.

¹⁷⁵ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

¹⁷⁶ MARTINS, Flávio Alves. **A Boa-Fé Objetiva e sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 23. Apud: OLIVEIRA, Eduardo ribeiro de. **Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo**. Vol II. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 254.

Compreendido o critério de interpretação contratual pautado na boa-fé objetiva, passemos a analisar a segunda diretriz interpretativa constante no Art. 113 do CC/2002 – estamos nos referindo aos usos do local da celebração do contrato.

2. Os usos do tráfego negocial

De acordo com o Art. 113 do CC/2002, os contratos serão interpretados conforme “os usos do lugar de sua celebração”. Vejamos, pois, a relevância dos usos e costumes como critério de interpretação contratual.

Antes de qualquer coisa, uma importante distinção deve ser feita. Como acentua Martins-Costa, a atuação dos usos, também conhecidos como “usos do tráfego jurídico” não pode ser confundida com a sua operatividade como norma consuetudinária, nem como fonte de produção normativa, haja vista o fato de que, para os efeitos aqui examinados nesse Art. 113, a sua função é interpretativa.

No mesmo sentido, afirma Oliveira que:

“Não se pode confundir simples usos com o costume. Este, em nosso ordenamento, constitui fonte do direito, revestindo-se, pois, de força obrigatória. O artigo 4º da Lei de Introdução prevê deva o juiz decidir com base nos costumes, se omissa a lei e o recurso à analogia não propiciar solução adequada. Norma com o mesmo sentido encontra-se na segunda parte do artigo 126 do Código de Processo Civil”¹⁷⁷.

Sendo assim, Martins-Costa assevera que os usos, na dicção do Art. 113 do CC/2002, têm uma função de interpretação contratual. Nesse sentido, os usos abrangem, “*elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial; as práticas comerciais de um determinado setor; cláusula habitualmente utilizadas em determinados setores da economia ou ‘ramos do comércio’ ou por categorias profissionais*”¹⁷⁸.

Acompanhando o entendimento da professora gaúcha, Oliveira¹⁷⁹ afirma que para que o contrato seja interpretado segundo os usos do local de sua celebração, basta que o intérprete verifique se no local da celebração do contrato existe determinada prática, com caráter de uniformidade e permanência. Se um determinado modo de agir é o usual, o negócio jurídico será entendido levando em conta essa circunstância.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, 2012. p. 255.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **O método do concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil**. Em: NANNI, Giovanni Ettore. Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. Estudo em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 496.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 255.

Percebe-se, pois, que os usos, coligados à boa-fé objetiva (como já estudado no tópico acima), terão uma função hermenêutica e, inclusive, integrativa do contrato, neste caso colmatando lacunas e, inclusive, como afirma Martins-Costa¹⁸⁰, possibilitando que esses usos venham a derogar normas dispositivas.

Não é demais reiterar que os usos já foram plenamente acolhidos nas famosas 14 regras de Pothier. A quarta regra, por exemplo, é determinativa de atribuição de sentido “*conforme os usos do país*”. Sobre essa regra, Martins-Costa afirma que caso venhamos a atualizá-la, considerando esses tempos de globalização, podemos dizer, como faz o Art. 113 do CC/2002, que a boa-fé nos contratos deve ser interpretada conforme os usos habituais no local da contratação ou, como faz o § 242 do BGB¹⁸¹, “conforme os usos do tráfico jurídico”. A quinta regra volta-se à integração de lacunas, situando como critério também os usos que devem ser subentendidos, como verdadeiramente deve ser subentendido o contexto em cada texto, em cada trecho de qualquer linguagem.

Deve, pois, o intérprete, ou com base nas regras comuns de experiência ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática, em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual¹⁸².

Dada a análise dos dois critérios de interpretação contratual, que constam no Art. 113 do CC/2002, é chegada a hora de se propor um novo critério de interpretação contratual, este pautado principalmente no Art. 9(1) da CISG, conforme sugerido por Fradera.

3. *A inclusão de um novo critério de interpretação contratual*

Neste tópico demonstraremos, com base nos Arts. 8(3) e 9(1) da CISG, que estes artigos podem representar uma relevante contribuição da CISG para a interpretação dos negócios jurídicos. Com base no já mencionado enunciado ao Art. 113 do CC/2002, proposto pela Professora Fradera, intentamos acrescentar as “*práticas estabelecidas entre as partes*” como novo cânone interpretativo a ser inserido no Art. 113, juntando-se aos já mencionados critérios de interpretação, quais sejam, o da boa-fé objetiva e o dos usos do local da celebração do negócio jurídico.

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, 2008, p. 496.

¹⁸¹ Na versão original em alemão: § 242 Leistung nach Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

¹⁸² MARTINS-COSTA, op.cit., p. 497.

Nesse sentido, gostaríamos de, primeiramente, reiterar a exata redação dos artigos acima mencionados:

“Artigo 8

(3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes”.

“Artigo 9

(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si”.

Já tivemos a oportunidade de estudar, quando da apresentação do Art. 9 (1) da CISG, na primeira parte desse trabalho, que as partes estarão vinculadas às práticas que vierem a estabelecer entre si. Procuraremos neste tópico fazer um estudo aprofundado sobre tais artigos, que servem de base para a nossa proposição.

De acordo com o Art. 9(1) CISG, as partes estarão vinculadas às práticas comerciais que estabelecerem entre si. Nesse sentido, Schlechtriem e Schwenger¹⁸³ ressaltam que somente as práticas observadas entre as partes terão relevância. Sendo assim, uma observância mais abrangente, na opinião dos autores supracitados, seria insignificante.

Mesmo assim, tal prática comercial não pode ser considerada aquela manifestada apenas uma vez, haja vista o fato de que uma certa duração e frequência será sempre necessária. Na visão desses dois grandes estudiosos da CISG, as práticas não podem ser estabelecidas entre as partes sem um precedente contato comercial¹⁸⁴.

Honnold¹⁸⁵ contribui com essa discussão afirmando que a prática deve gerar a justificada expectativa de que as partes agirão da mesma forma no futuro. Nesse sentido, corroborando com o entendimento de Honnold, Schlechtriem e Schwenger¹⁸⁶, bem como Pamboukis¹⁸⁷ afirmam que isso nada mais é do que a vedação, na Convenção, do *venire contra factum proprium*.

Todavia, as práticas comerciais não necessariamente vincularão as partes até o fim de contrato, atando estas e impedindo a suas novas declarações de vontade. Ocorre que para que os contratantes possam se desobrigar das práticas anteriormente estabelecidas, eles deverão preencher certos requisitos. Dessa forma, como resume Fradera,

¹⁸³ SCHLECHTRIEM, SCHWENZER, 2010, p. 185.

¹⁸⁴ Ibid., p. 185.

¹⁸⁵ HONNOLD, 1999, p. 126. Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>. Acesso em: 25 jun. 2014.

¹⁸⁶ SCHLECHTRIEM, SCHWENZER, op. cit., p. 187.

¹⁸⁷ PAMBOUKIS, 2006, p. 113-116.

“em determinado momento, é possível que as partes venham a desinteressar-se pela manutenção de uma prática, desta sorte, deverão realizar uma mudança de comportamento no seu agir contratual. Se a renúncia a determinada prática ocorrer de maneira unilateral, isso importará mudança apenas em relação ao futuro. Para alterar-se a prática no curso do contrato, é preciso o acordo de ambos os participantes do contrato”¹⁸⁸.

No mesmo sentido, Pamboukis¹⁸⁹ complementa afirmando que exceto nos casos em que a parte expressamente exclui a aplicação de uma prática comercial para o futuro, as práticas de negociação serão automaticamente vinculantes não apenas na suplementação dos termos, das disposições contratuais, mas também, em consonância com o Art. 8, contribuindo para evidenciar a intenção das partes.

Ademais, este autor afirma que ao estudar as práticas comerciais duas questões surgem. A primeira delas sobre o que seriam práticas estabelecidas e a segunda sobre quando estas práticas se estabelecem.

Respondendo à primeira indagação, Pamboukis traz ao estudo alguns casos para análise. Em um tribunal arbitral¹⁹⁰, a entrega imediata de peças de reposição se tornou uma prática normal, tal como definido no Art. 9(1) CISG, e, por conta disso, o vendedor estava obrigado a observar essa prática, haja vista o fato de que assim havia agido em outros momentos. Em outro caso, este proveniente da Corte Suíça¹⁹¹, entendeu-se que, uma vez considerada as trocas de correspondências entre as partes, era possível concluir que um contrato poderia ser estabelecido por meio de uma carta de confirmação, já que era uma prática estabelecida entre as partes, de acordo com o Art. 9(1) CISG.

Respondendo à segunda indagação feita, a saber, sobre quando é possível se falar em práticas comerciais, Pamboukis¹⁹² afirma que não há na Convenção nenhum dispositivo específico nesse sentido. Por conta disso, é necessário que o relacionamento comercial das partes exista há algum tempo e que as partes já tenham celebrado diversos contratos.

Cientes disso, o questionamento que naturalmente surge é o de se haveria um número mínimo de repetições de determinada prática para que ela fosse automaticamente vinculante. A resposta para tal indagação parece não existir, segundo a opinião desse pesquisador.

¹⁸⁸ FRADERA, 2012. No mesmo sentido, é o entendimento de SCHLECHTRIEM, SCHWENZER, 2010, p. 187.

¹⁸⁹ PAMBOUKIS, 2006, p. 115.

¹⁹⁰ Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, Case No. 8611, 23 Jan. 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

¹⁹¹ CLOUT Case No. 95 [Zivilgericht Kanton Basel, Switzerland, 21 Dec. 1992]. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921221s1.html>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

¹⁹² PAMBOUKIS, op.cit., p. 115. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

Doutrinadores de maneira geral entendem que a prática deve ter ocorrido com certa frequência. No entanto não entram em detalhes no que diz respeito a um número mínimo de repetições¹⁹³.

Em 30 de Janeiro de 2004, o Oberlandesgericht de Düsseldorf¹⁹⁴, na Alemanha, manifestou-se no sentido de que circunstâncias repetidas uma vez entre as partes são insuficientes para a formação de uma prática comercial que vincule estas.

Em outro caso, a Corte Suíça¹⁹⁵ rejeitou a alegação do vendedor de que a indicação na fatura da conta bancária do vendedor teria estabelecido uma prática entre as partes segundo a qual o comprador deveria pagar no banco do vendedor. Nesse sentido, a corte entendeu que os dois contratos celebrados entre estas partes eram insignificantes para estabelecer uma prática comercial automaticamente vinculante. Tem-se, pois, que, na realidade, tal questão deverá ser decidida analisando o caso concreto.

Todavia, em oposição a todos estes casos, que chamam a atenção da necessidade de estabelecimento de uma relação comercial duradoura entre as partes, a fim de que determinada prática comercial seja reconhecida como automaticamente vinculante, a Corte Austríaca¹⁹⁶ determinou que é possível que intenções expressadas por uma das partes em fase pré-negocial sejam consideradas práticas, de acordo com o Art. 9º CISG. Isto, no entanto, requer, no mínimo, que o parceiro de negócios perceba a partir dessas circunstâncias que o seu contratante só está disposto a entrar em um contrato, sob certas condições, ou de uma certa forma.

O certo é, como conclui Pamboukis¹⁹⁷, que o pré-requisito de haver uma relação comercial duradoura está correto, haja vista o fato de que não seria aceitável obrigar as partes a uma relação circunstancial, que não tem a potencialidade de gerar uma prática comercial. Caberá apenas à parte que alegar a existência de determinada prática comercial, o ônus de provar o que afirma.

Percebe-se, pois, trazendo o entendimento de Ferrari¹⁹⁸, que a prática, ao contrário dos usos, não resulta de uma praxe no interior de um específico setor do tráfico, mas sim do

¹⁹³ No mesmo sentido: SCHWENZER, Ingeborg; FOUNTOULAKIS, Christiana; DIMSEY, Mariel. **International Sales Law: a guide do the CISG**. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2012. p. 73.

¹⁹⁴ OLG Düsseldorf, 30 de Janeiro de 2004. CISG-online 821. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=821>>. Acesso em: 8 jul. 2014

¹⁹⁵ CLOUT Case No. 221 [Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, Switzerland, 3 Dec. 1997]. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=372&step=Abstract>>. Acesso em: 12 jul. 2014

¹⁹⁶ CLOUT Case n°. 176 [Oberster Gerichtshof, Austria, 6 Feb. 1996]. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>. Acesso em: 12 jul 2014.

¹⁹⁷ PAMBOUKIS, 2006, p. 115. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

¹⁹⁸ FERRARI, Franco. La rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. **Contrato e Impresa**, anno X, n.1, 1994, p. 239 e segs., sobretudo p. 245, apud FRADERA, 2012.

comportamento individual, próprio e exclusivo dos contratantes, mantido pelas próprias partes por ocasião de anteriores relações negociais.

Vencidas as explicações sobre as práticas de acordo com Art. 9(1) CISG, há que se fazer um breve estudo também sobre estas, segundo o critério interpretativo do Art. 8(3) CISG. Analisando-se o Art. 8º da CISG¹⁹⁹ em sua integralidade, percebe-se que a função interpretativa das práticas, que será agora analisada, é mencionada tão somente no parágrafo terceiro.

Percebe-se, pois, que as práticas estabelecidas entre as partes tem a função de auxiliar na determinação da intenção das partes. Sendo assim, afirmam Enderlein e Maskow²⁰⁰ que o elemento subjetivo da intenção das partes é, de alguma forma, objetivado nesse artigo. Isso porque, em primeiro lugar, uma reserva secreta de uma das partes será considerada irrelevante quando a outra parte não souber disso e nem tiver a obrigação de saber. Em segundo lugar, esse critério tem a função de contribuir com a determinação da visão de uma pessoa razoável.

Assim, para aferir a intenção comum das partes, terá o intérprete de se voltar para alguns critérios – que são objetivos – interpretativos dessa comum intenção; dentre eles, as práticas estabelecidas entre as partes.

Ressaltam Schlechtriem e Schwenzner²⁰¹ que o artigo é claro no sentido de que as práticas estabelecidas entre as partes têm de ser consideradas quando da interpretação dos contratos regulados pela Convenção. Segundo os autores, tais práticas também incluem os significados que as partes tenham dado a elas em cláusulas similares. É por isso que, segundo os supracitados autores as:

“Práticas desempenham, com frequência, um importante papel nas decisões judiciais e arbitrais: por exemplo, os efeitos de acordos framework foram estendidas para implementação de operações daquele tipo. Por outro lado, a rejeição de uma oferta para formar um acordo framework implicou a rejeição de uma prática em relação os termos padrão contidas. Frequentemente em questão, é a extensão das disposições de contratos anteriores para contratos subsequentes. Isso tem sido presumido, por exemplo, para antes, especialmente acordados períodos de aviso ou cláusulas de entrega e, ocasionalmente, até mesmo para termos padrão como um todo. Um contrato subsequente também pode ser entendido como *ex works* se os contratos anteriores

¹⁹⁹Artigo 8 (1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2014

²⁰⁰ ENDERLEIN, MASKOW, 1992. p. 66. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²⁰¹ SCHLECHTRIEM, SCHWENZNER, 2010, p. 168.

foram realizadas em conformidade e o comprador não fez objeção. Se era usual entre as partes de uma relação comercial duradoura, que o vendedor faria sempre a entrega, imediatamente após o comprador efetuar o pedido, sem confirmar, então o silêncio por parte do vendedor para obter mais encomendas pode ser visto como aceitação, ao contrário do artigo 18 (1)”²⁰².

Por fim, entendem Enderlein e Maskow²⁰³ que as práticas estabelecidas pelas partes, mencionadas no Art. 8(3) CISG, são práticas que foram desenvolvidas entre duas partes ao longo de um considerável período de tempo em que essas mesmas partes mantiveram uma relação comercial. Ademais, tais práticas se referem a questões específicas, que não foram reguladas de maneira expressa no contrato.

Prestados os devidos esclarecimentos sobre esse novo critério de interpretação contratual que se está a propor, é importante que o leitor não confunda este com a boa-fé objetiva, tentando incluir aquele dentro desta. Isso porque, na feição interpretativa, a boa-fé objetiva representa um comportamento compatível com as regras do comércio em geral.

Diferente é o que se observa quando se analisa as práticas estabelecidas entre as partes. Como bem menciona Fradera em seu enunciado, estas dizem respeito a práticas exclusivas daquelas partes, no seu contrato, e praticada exclusivamente por elas. Tendo isso em evidência, evita-se a confusão de tentar incluir as práticas dentro do conceito de boa-fé, haja vista o fato de que a boa-fé é outro critério interpretativo, externo às partes e também de uso geral.

Percebe-se, pois, com base nos julgados trazidos nesse tópico, que a inclusão de um novo critério de interpretação contratual terá a potencialidade de guarnecer as relações comerciais de maior segurança. Vejamos agora alguns julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que fizeram referência aos usos e costumes como critério interpretativo, bem como um que, de forma indireta, se refere a anteriores práticas estabelecidas entre as partes como um critério de interpretação contratual.

b. *Aplicação Prática do Art. 113 do Código Civil Brasileiro*

²⁰² SCHLECHTRIEM, SCHWENZER, 2010, p. 168. No original: “Practices have quite frequently played a role in court and arbitration decisions: for instance, the effects of framework agreements have been extended to implementation transactions that way. Conversely, the rejection of an offer to form a framework agreement implied the rejection of a practice concerning the standard terms contained therein. Frequently at issue is the extension of provisions from prior contracts to subsequent contracts. This has been presumed, for instance, for prior, specially agreed upon notice periods or delivery clauses, and occasionally even for standard terms as a whole. A subsequent contract can also be understood as ex works if the prior contracts were carried out accordingly and the buyer did not object. If it was usual between parties in a lasting business relationship for the seller to always deliver directly after the buyer placed an order, without confirming it, then silence on the part of the seller for further orders can be viewed as acceptance, contrary to Article 18(1)”.

²⁰³ ENDERLEIN, MASKOW, 1992. p. 66. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

Neste último tópico, analisaremos três julgados prolatados pelo Emérito Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Como já mencionamos em nosso estudo, considerando o fato de que os critérios de interpretação contratual baseados no Art. 113 do CC/2002 possuem uma base consolidada, há muito, no Direito Brasileiro em função dos Art. 130 e 131 do CCom/1850, não podemos dizer que o intérprete do direito brasileiro ficou frente a algo completamente novo quando da entrada em vigência do Código Civil Brasileiro de 2002.

O fato é que com a disposição do Art. 113 na Parte Geral do Código Civil, no capítulo relativo às disposições gerais dos negócios jurídicos, o legislador determinou a aplicação de tais princípios a todos os contratos, e não apenas aos contratos mercantis, anteriormente regulados pelo Código Comercial de 1850. Sendo assim, como pode ser observado ao longo de todas essas páginas, os usos e as práticas comerciais – sempre colocadas em segundo plano pelo Código Civil de 1916 – devido ao Art. 113, passaram a ter um relevo enquanto critério de interpretação contratual.

O problema é que o intérprete do direito, provavelmente ainda arraigado à formação positivista-legalista do Código de 1916, ainda tem dificuldades para perceber como os usos – e mesmo as práticas comerciais estabelecidas entre as partes – podem ser de maneira mais inteligente utilizados.

Diante desse cenário, contribuiremos com o estudo de três casos: *(i)* um primeiro, que deu prevalência ao texto em detrimento dos usos; *(ii)* um segundo, que deu prevalência aos usos em detrimento do texto; *(iii)* e um terceiro, que, de maneira reflexa, interpretou o contrato com base nas práticas estabelecidas entre as partes. A metodologia aplicada agora será a do estudo de casos. Aproveitamos a oportunidade para ressaltar que o estudo de caso enseja cautela na generalização das conclusões apresentadas, tendo uma função ilustrativa de argumentos. Vejamos então esses casos:

No primeiro caso²⁰⁴, que deu prevalência ao texto em detrimento dos usos, o autor (freteiro) ajuizou ação de indenização por danos patrimoniais em desfavor de uma empresa

²⁰⁴ **APELAÇÃO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERNACIONAL. ROUBO DA CARGA E DO CAMINHÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA PELO TRANSPORTADOR CONTRA A CONTRATANTE DO SERVIÇO. IMPROCEDÊNCIA.** Descabe responsabilizar-se a empresa ré, contratante do serviço de transporte da carga, pelos prejuízos suportados pelo transportador autor, que foi vítima de roubo à mão armada durante a execução do serviço. Alegação do demandante de que caberia à ré, uma vez que exportava carga de valor vultoso para a Argentina, a contratação de escolta. Incumbência que não foi, entretanto, demonstrada nos autos. Contrato de transporte firmado sem qualquer exigência ou ressalva. Riscos que são imputáveis ao transportador e não ao contratante. **Apelo provido, por maioria.** (grifos no original) (Apelação Cível nº 70028894954, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 07 de maio de 2009).

transportadora para a qual havia prestado serviço. Relatou que transportava, em seu caminhão, carga de propriedade da empresa requerida, no valor aproximado de US\$ 108.000,00 (cento e oito mil dólares), quando foi abordado por três indivíduos armados. Na ocasião, além de ter a carga roubada, caminhão e carreta foram igualmente levados pelos assaltantes, sendo que o caminhão foi localizado abandonado em via pública, completamente avariado.

Como ponto central da avença, discutia-se se o contrato celebrado entre as partes obrigava a disposição de “batedores” ou “custódia” para acompanhar o carregamento contratado, tendo em vista o valor da mercadoria transportada.

Em sede de primeiro grau, o MM. Juízo da Comarca de Uruguaiana julgou procedente o pedido postulado pelo autor, condenando a requerida ao pagamento dos prejuízos suportados pelo autor, bem como os lucros cessantes pelo tempo que ficou sem poder trabalhar.

Irresignada, a empresa ré apelou da sentença alegando, fundamentalmente, a inexistência de uma cláusula expressa obrigando a ré a contratar o serviço de custódia. Por maioria, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu por julgar procedente a apelação, frente às razões demonstradas pela empresa ré.

O entendimento vencido do Relator – ao qual nos filiamos – julgou no sentido de que em que pese o evento danoso tenha sido causado por terceiro (os assaltantes) estranho à atividade desempenhada, *“a transportadora ré efetivamente concorreu para a produção do evento, ao violar o dever de custódia, quando inobservou deveres de segurança, em razão da vulnerabilidade da carga transportada”*²⁰⁵.

Isso porque, os depoimentos e demais provas juntadas aos autos demonstraram a habitualidade de se escoltar os caminhoneiros no trajeto contratado pela empresa, haja vista o fato de não raro haver assaltos no trajeto fronteiro Brasil-Argentina. Explicando esse julgado, Moser e Sudbrack afirmam que essa *“circunstância deslocava, na contratação desse tipo comercial, a obrigação de disponibilizar a “custódia” para a empresa transportadora, porquanto a ela interessava a incolumidade da carga, independentemente de cláusula expressa”*²⁰⁶. Além disso, a prova trazida aos autos demonstrou que os valores envolvidos na transação entre freteiro e empresa ré impediam aquele de contratar escolta, tendo em vista o fato de que receberia R\$ 900,00 (novecentos reais), ao passo que o valor da carga transportada, como referido, alcançava US\$ 108.000,00 (cento e oito mil dólares).

Por esses motivos, com base no Art. 113 do CC/2002, entendeu o relator o que segue:

²⁰⁵ Trecho do voto vencido. Apelação Cível nº 70028894954, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 07 de maio de 2009.

²⁰⁶ MOSER, SUDBRACK, 2013, p. 230.

[...] em função da boa-fé contratual e do dever de se conduzir os contratos de acordo com os costumes do local, a requerida inobservou sua obrigação e, via reflexa, obrou em imprevidência, ao não disponibilizar a escolta do caminhão até seu destino²⁰⁷.

Ainda analisando o presente julgado, afirmam Moser e Sudbrack que o entendimento adotado pelo relator do acórdão foi o mais acertado, tendo em vista o fato de que interpretou o negócio jurídico entabulado entre as partes com base na realidade do local de sua celebração; com base nos usos e costumes da prática de transporte de mercadorias²⁰⁸.

Ocorre que este não foi o entendimento defendido pelos demais desembargadores, os quais julgaram no sentido de defender a já mencionada tradição positivista-legalista. No entender dos nobres desembargadores, a ausência de previsão contratual expressa sobre a contratação de escolta para o transporte inviabilizaria a procedência do pedido entabulado pela parte autora.

No segundo caso²⁰⁹, que deu prevalência aos usos, em detrimento do texto, diz respeito, fundamentalmente, à interpretação do prazo de pagamento. A demandante adquiriu equipamentos de informática junto à ré, em 13.06.2003, para pagamento em 11.07.2003, por meio de “doc” bancário. Deste documento, constava instrução dirigida ao Banco do Brasil, possibilitando a quitação do documento dentro de 3 dias após o vencimento. Superado esse prazo, o título deveria ser encaminhado ao cartório de protestos.

Ocorre que a demandante entendeu que esse prazo era de três dias úteis, e como o vencimento ocorreu em 11.7.2003 (uma sexta-feira), tentou efetuar o pagamento junto ao Banco em 16.7.2003. Ocorre que este teria se negado a receber o pagamento.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como base no Art. 113 do CC/2002, entendeu que, apesar de a instrução dirigida aos bancos ser no sentido de “protestar no 3º dia após o vencimento”, em virtude dos usos e costumes comerciais, os prazos em dias geralmente se referem a dias úteis.

²⁰⁷ Trecho do voto vencido. Apelação Cível nº 70028894954, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 12ª Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 7 de maio de 2009.

²⁰⁸ MOSER, SUDBRACK, op. cit., p. 230.

²⁰⁹ APELAÇÃO CÍVEL. PROTESTO INDEVIDO. 1. INTERPRETAÇÃO DAS INSTRUÇÕES CONSTANTES DO TÍTULO PROTESTADO. Prazo de 3 dias úteis para pagamento após o vencimento, com encargos, antes de encaminhamento ao cartório de protestos. Inteligência do art. 113 do novo Código Civil. 2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DE UM VALOR ADEQUADO. Juízo de equidade atribuído ao prudente arbítrio do juiz. Compensação à vítima pelo dano suportado. Punição ao infrator, consideradas as condições econômicas e sociais do agressor, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério de aferição subjetivo. Hipótese em que a conduta da demandante também contribuiu para o dano, circunstância considerada para fixação do *quantum* indenizatório. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (Apelação Cível nº 70008874265. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 6ª Câmara Cível. Relator: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Julgado em: 29 de setembro de 2004).

Sendo assim, o TJ/RS entendeu que o último dia do prazo para pagamento, com encargos contratuais, antes do encaminhamento do documento a protesto, era realmente 16.7.2003. Isso significa que os usos tiveram prevalência em detrimento do exato texto contratual.

Com relação ao terceiro caso²¹⁰, que, como mencionou Fradera em seu enunciado, interpretou o contrato com base nas práticas estabelecidas entre os contratantes ao longo do tempo, ressalta-se que o Requerente ajuizou ação de resolução contratual de contrato de cessão de direito de comercialização de 460 jazigos; contrato este celebrado com a Requerida no dia 09 de janeiro de 1987. Ressalta-se que este instrumento conferiu ao autor o direito de comercializá-los mediante contratos vitalícios com terceiros. Diante do resultado de parcial procedência, ambas as partes recorreram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O resultado foi no sentido de negar provimento ao recurso do autor e de dar provimento ao recurso da ré.

Para entender melhor o caso, é necessário analisarmos as relações comerciais estabelecidas entre as partes ao longo dos anos. Nesse sentido, salienta-se que em 26 de julho de 1971, o Requerente e a Requerida, juntamente com outras empresas e pessoas físicas, celebraram contrato de promessa de compra e venda e outras avenças, no qual, em resumo ao que interessa, se alienava propriedade onde se edificou uma necrópole. De acordo com esse contrato, a empresa do qual o Requerente é sócio majoritário faria a construção, e a Requerida seria a mantenedora. Ademais, nesse mesmo contrato, havia previsão admitindo a incidência tanto da cessão provisória (de incumbência exclusiva da Requerida), quanto da perpétua.

Outrossim, foi prevista a existência de duas classes de jazigos quanto à sua locação. Eles seriam de locação perpétua ou de locação a termo. Ainda nesse contrato, ficou determinado que a mantenedora ficaria com 20% dos jazigos que fossem construídos (que admitiam locação a termo), ao passo que os outros 80% seriam destinados à locação perpétua. Ressalta-se, ainda, que a Requerida poderia proceder a locações perpétuas, mas tal apenas após se ter implementado a comercialização dos 80%.

²¹⁰ **AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. CESSÃO DE DIREITOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE JAZIGOS. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO CONVENCIONAL EXPRESSO QUANTO À SITUAÇÃO TRANSITÓRIA. COMPORTAMENTO DAS PARTES. NE VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM.** Não tendo as partes cuidado de regrar situação transitória, relativamente ao interregno situado entre contrato e implemento de condição suspensiva, cumpre observar o comportamento delas, como fator revelador da composição de interesses e respectiva normatização que terminou por se estabelecer, dando a melhor interpretação possível ao que fora pactuado. (grifos no original). (BRASIL, TJRS, Apelação Cível n. 70008000275, 20ª Câmara Cível. Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa. Julgado em 03 de mar. de 2004).

Posteriormente, em 13 de março de 1987, a Requerida e a empresa da qual o Requerente é sócio majoritário, celebraram contrato, tendo por mote básico a construção de novos blocos de jazigos. Aqui, foi mantida a divisão da locação dos jazigos em perpétua e temporária.

Como muito bem ressaltou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o que chama a atenção no contrato, que dá margem à disputa (qual seja, o contrato celebrado em 09 de janeiro de 1987), está em que não há regramento expresso quanto ao interregno situado entre a sua data e o momento em que os jazigos poderiam ser comercializados. Além disso, não há nele, em termos expressos, a possibilidade de locações temporárias serem convertidas em definitivas.

Ocorre que – e aqui percebemos a importância das práticas estabelecidas entre as partes como critério de interpretação contratual – o Tribunal percebeu que foi mantida a estrutura negocial em reservar à Requerida a possibilidade das locações a termo.

Verdade é que o ajuste de janeiro de 1987 deixou em branco a situação intermediária situada entre a sua data e o momento em que a verdadeira condição suspensiva (o esgotamento dos 80%) viesse a se implementar. Mesmo assim, concluiu o Tribunal que esta série de circunstâncias leva a que se estabeleça convicta definição quanto ao exato teor do contrato celebrado em 09 de janeiro de 1987, traçada pelo que há de mais representativo: “*a conduta das partes ao longo de uma década*”²¹¹.

²¹¹ Trecho do voto. Apelação Cível n. 70008000275, 20ª Câmara Cível. Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa. Julgado em 03 de mar. de 2004.

CONCLUSÃO

Por meio de toda a discussão doutrinária e jurisprudencial nesse trabalho apresentada, resta evidente que o tratamento conferido aos usos, costumes e práticas comerciais possui um peso diferente na CISG quando comparado com a sua representatividade no Direito Brasileiro. Isso passa a ser um problema a partir do momento em que o Brasil se torna signatário da CISG. Nesse novo e desafiante cenário, o operador do direito – no Brasil – deverá abraçar o estudo de um novo ordenamento, a fim de tomar conhecimento do tratamento conferido aos usos e às práticas comerciais no processo obrigacional e interpretativo dos contratos que forem regulados pela CISG; não podendo este se voltar a conceitos de direito doméstico, tendo em vista o fato de que tal atitude seria contrária a própria Convenção²¹².

Nesse sentido, o trabalho teve como objetivo central mais do que apenas comparar a atuação dos usos, costumes e práticas comerciais na CISG e no Direito Brasileiro, seja no processo de interpretação contratual, seja no processo obrigacional. Buscou-se, igualmente, desenvolver um estudo – que de maneira alguma pretende impor posicionamentos ou esgotar a matéria – que poderá auxiliar o aplicador do Direito Brasileiro, preparando-o para possíveis questionamentos futuros.

Ademais, buscando inspiração na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, nos voltamos à análise do Art. 9º da CISG, de modo a contribuir para uma melhor e mais abrangente forma de interpretação contratual, visando a propor um novo critério de interpretação contratual – as práticas estabelecidas entre as partes.

Sendo assim, na primeira parte de nosso trabalho, procuramos apresentar aspectos gerais sobre os usos e as práticas comerciais de acordo com a CISG. Logo de início, foi necessário fazer uma diferenciação entre os conceitos de usos e de práticas comerciais. Em que pese tais conceitos não estejam definidos na Convenção, estes podem ser distinguidos quando a CISG é analisada. As práticas comerciais dizem respeito ao que se observa nas relações comerciais estabelecidas entre duas partes – não é necessária, por conta disso, uma validade geral no âmbito de um determinado território ou de um ramo da indústria. De maneira distinta, os usos são

²¹² Sobre essa questão, ver: SCHWENZER, Ingeborg. **The CISG in a Globalised World**. Em Revista Semestral de Direito Empresarial nº3. Rio de Janeiro. Junho/Dezembro de 2008. p. 373. Sobre essa necessidade de compreensão da CISG, a referida autora menciona que um dos grandes problemas são os operadores do direito, que se negam a aplicar a CISG – em inglês: “the old dogs unwilling to learn new tricks”.

definidos como um curso de negociação ou uma linha de conduta, que é, por um determinado espaço de tempo, geralmente adotado por aqueles envolvidos em um particular comércio.

Outrossim, foi possível observar que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência internacional defendem a tese de que há motivos suficientes para se afirmar que os usos e as práticas possuem preferência aos dispositivos da CISG, em que pese não haja disposição expressa nesse sentido.

Adentrando aos pormenores explicativos do Art. 9º CISG, foi possível perceber que este artigo regula três diferentes situações. A primeira delas diz respeito aos usos que as partes acordaram (Art. 9(1)). A segunda concerne às práticas comerciais que ambas as partes estabeleceram entre si (Art. 9(1)). Como foi possível perceber, essas duas situações estão vinculadas ao princípio da autonomia privada – princípio este estabelecido no Art. 6º CISG. Já a terceira situação diz respeito aos usos que se tornaram parte do contrato em função dos critérios dispostos no Art. 9(2), que são dois: que as partes conheçam o uso ou devam conhecê-lo, e que o uso seja amplamente conhecido no comércio internacional e regularmente observado pelas partes. Nessa terceira situação, as partes não acordaram expressamente com um determinado uso, mas baseadas nas circunstâncias do caso, se entende que elas supostamente assim agiram.

Com toda a carga apreendida na primeira parte do estudo, foi possível conduzir o leitor à análise dos usos e das práticas comerciais enquanto critério de interpretação contratual, de acordo com o Art. 113 do CC/2002. Para fins de paralelismo com a primeira parte do trabalho, procuramos apresentar aspectos gerais sobre os usos, costumes, circunstâncias e práticas no Direito Brasileiro.

É bem verdade que o Art. 113 do CC/2002 não possui correspondente no Código Civil de 1916. Mas isso é perfeitamente explicável quando analisamos o espírito positivista-legalista do antigo código civil brasileiro. A mudança passou a ser observada com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que unificou as obrigações civis e comerciais, conferindo uma maior relevância aos usos, costumes e práticas comerciais.

Mesmo assim, não pode o intérprete brasileiro alegar completo desconhecimento dos usos e das práticas comerciais enquanto critério de interpretação contratual. Isso porque o Código Comercial de 1850 já previa essa possibilidade. Sendo assim, procuramos conduzir o leitor aos antecedentes históricos do Art. 113 do CC/2002, bem como dos usos, costumes e práticas comerciais enquanto cânone de interpretação contratual; estes dispostos, fundamentalmente, nos Arts. 130 e 131 do CCom/1850.

Com a apresentação dos aspectos gerais, foi possível fazer um análise detalhada das diretrizes interpretativas dispostas no Art. 113 do CC/2002 – a boa-fé objetiva e os usos do lugar da celebração do contrato.

Ocorre que nenhum desses dois critérios, seja a boa-fé objetiva, sejam os usos do lugar da celebração do contrato, abrangem as práticas que foram estabelecidas exclusivamente entre as partes, no seu contrato, e praticadas exclusivamente por elas. Por conta disso, buscando inspiração na segunda parte do parágrafo primeiro do Art. 9º da CISG, bem como no parágrafo terceiro do Art. 8º da CISG, procuramos inserir um novo critério de interpretação contratual no Art. 113 do CC/2002, de modo a guarnecer de maior segurança aquelas relações comerciais, que estão pautadas em práticas exclusivas, estabelecidas entre as partes contratantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUDIT, Bernard. **The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria**. Em *Lex Mercatoria & Arbitration* 173-194 (Thomas E. Carbonneau ed., 1998). Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

BAINBRIDGE, Stephan. **Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions**. Reproduzido com a permissão de: 24 *Virginia Journal of International Law*, 1984. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

BETTI, Emílio. **Diritto, metodo. Ermeneutica**. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONELL, Michael Joachim, in Bianca-Bonell. **Commentary on the International Sales Law**, Giuffrè: Milan (1987). Reproduzido com a permissão de: Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____;LIGUORI, Fabio. **The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law - 1997 (Part 1)**. Reproduzido com a permissão de: *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, 1997. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/libo4.html>>. Acesso em: 06 jul. 2014.

_____. **Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980**, em *Österreichische Juristische Blätter*, 1985.

BOUT, Patrick X. **Trade usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Editora: Pace essay, 1998. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

BULGARELLI, Waldirio. **Contrato Mercantis**. 4 Ed. São Paulo: Atlas. 1987.

_____. **Questões atuais de direito empresarial**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARLSEN, Anja. **Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 9 CISG**, 2002. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html#er>>. Acesso em: 25 jun. /2014.

DAVID, Tiago Bitencourt de. **Usos e costumes no Código Civil de 2002: em defesa das expectativas legítimas**. *Revista de Direito Privado*. Ano 12, v. 48. Out.-Dez./2011.

ENDERLEIN, Fritz e MASKOW, Diedrich. **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods**. Reproduzido com a permissão de Oceana Publications, 1992. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Diedrich. **Kommentierung der Konvention der vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf vom 11.4.1980**. Em Internationales Kaufrecht. 1991.

EÖRSI, Gyula. Em Galston & Smit ed., **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Matthew Bender, 1984, Ch. 2. Reproduzido com a autorização de: Juris Publishing. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi1.html>>. Acesso em: 7 jul. 2014.

FICHTNER, Régis. **Responsabilidade Civil Pré-Contratual**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRARI, Franco. **What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG**. Reproduzido com a permissão de: 25 International Review of Law and Economics, 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari15.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

_____. **La rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili**, em Contrato e Impresa, ano X, n.1, 1994.

FOLSOM, Ralph; GORDON, Michael Wallace; SPANOGLE JR, John A. e ALSTINE, Michael P. Van. **Principles of International Business Transactions**. West Academic Publishing. 3 Ed. Estados Unidos da América, 2013.

FORGIONI, Paula A. **Apontamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais: Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850**. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro, n.141. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Editora Malheiros. Ano XLII. Janeiro-março/2006.

_____. **A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro**. Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, n.130. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Editora Malheiros. Ano XLII. Abril-junho/2003.

FRADERA, Véra Jacob de. **Enunciado ao Art. 113**. Em: V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012.

GARRO, Alejandro M. **Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Reproduzido com a permissão de: 23 International Lawyer, 1989.

GREBLER, Eduardo; RADAEL, Gisely. Tradução da CISG. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 15/11/2014.

HOLL V., KESSLER O., **Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft' und Einheitsrecht - Die Stellung der Handelsbräuche und Gepflogenheiten im winer UN-Kaufrecht**, em Recht der Internationalen Wirtschaft. 1995.

HONNOLD, John. **The Sales Convention in Action – Uniform International Words: Uniform Application?** 8 Journal of Law and Commerce, v. 208, 1988.

_____. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention.** Reproduzido com a permissão de: Kluwer Law International, The Hague. 3ª Edição, 1999. Disponível em: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>. Acesso em: 25 jun. 2014.

JUNGE, W. **Das Ubereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG Kommentar**, 1995.

LANDO, Ole e BEALE, Hugh, **Principles of European Contract Law: Parts I and II**, Kluwer Law International, 2000.

LISBOA, José da Silva. **Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha**, 6. ed. Rio de Janeiro: Typografia Acadêmica, 1874.

LUCCA, Newton de. **Normas de interpretação contratual no Brasil.** Em Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São Paulo/SP. Bimestral jan. e fev./2007. V. 81.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e Costumes no Processo Obrigacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LY, Filip de. **Sources of International Sales Law: an Eclectic Model.** Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/De%20Ly.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

MARTINS, Flávio Alves. **A Boa-Fé Objetiva e sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado.** São Paulo: Revista do Tribunais, 1999.

_____. **O método do concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil.** In: NANNI, Giovanni Ettore. Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. Estudo em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro.** Roma e America: diretto romano comune. Roma: Mucchi, n.7, 1999.

MOSER, Luiz Guilherme Meira; SUDBRACK, Gustavo Mendonza. **A força normativa dos usos e costumes na hermenêutica contratual.** Revista Síntese Direito Empresarial. Ano VI. nº 34,Set/Out., 2013.

Official Records II. No 7º Encontro, na data de 14 de março de 1980. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>>. Acesso em: 23/06/2014.

OLIVEIRA, Eduardo ribeiro de. **Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo.** Vol II. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PAMBOUKIS, Chalarambos. **The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods.** Reproduzido com a permissão de: 25 Journal of Law and Commerce. 2005-06.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, v. 38, 1962.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Revista e atualizada por Regis Fichtner. 15. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

REALE, Miguel. **Um artigo-chave do Código Civil.** Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

RÉCZEI, László. **The Rules of the Convention Relating to Its Field of Application and to Its Interpretation.** Problems of Unification of International Sales Law, Working papers submitted to the Colloquium of the International Association of Legal Science, Potsdam, August 1979, Oceana Publications, 1980. Reproduzido com a permissão de: Oceana. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/reczei2.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

Report of the First Committee. Document A/CONF.97/11 [Original: English 7 April 1980]. Proposta A/CONF.97/C.1/L.40. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries9.html>>. Acesso em: 23/06/2014.

Report of the First Committee. Document A/CONF.97/11 [Original: English 7 April 1980]. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries9.html>>. Acesso em: 05/07/2014.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor.** 3ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

SCHLECHTRIEM, Peter. **Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods.** Published by Manz, Vienna: 1986. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Org.) **Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht** (Munich: Verlag CH Beck, 2008), Artigo 6º, parágrafo 22 (Franco Ferrari).

_____. **Commentary on the UN Convention on the international Sale of Goods (CISG).** 3. ed. Oxford, 2010.

SCHWENZER, Ingeborg. **The CISG in a Globalised World**. Em Revista Semestral de Direito Empresarial nº3. Rio de Janeiro. Junho/Dezembro de 2008.

SCHWENZER, Ingeborg; FOUNTOULAKIS, Christiana; DIMSEY, Mariel. **International Sales Law: a guide do the CISG**. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**, São Paulo: Renovar, 2005.

SONO, Kazuaki. **The Vienna Sales Convention: History and Perspective**. Em Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito de Empresa e Contratos: estudos dos impactos do Novo Código Civil**. Porto Alegre: IOB, 2004.

CASOS CONSULTADOS

ALEMANHA, CLOUT. Case No. 292 [Oberlandesgericht Saarbrücken, Alemanha, 13 Jan. 1993]. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=180&step=Abstract>. Acesso em: 24/06/2014.

ALEMANHA, Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. Case No. 8611, 23 Jan. 1997. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html>. Acesso em: 12/07/2014.

ALEMANHA, OLG Düsseldorf, 30 de Janeiro de 2004. CISG-online 821. Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=821>. Acesso em: 08/07/2014.

ARGENTINA, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, Argentina, 6 Oct. 1994. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=178&step=Abstract>. Acesso em: 24/06/2014.

ÁUSTRIA, OLG [Appellate Court] Graz, 9 November 1995. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951109a3.html>. Acesso em: 12/07/2014.

ÁUSTRIA, CLOUT. Case No. 176 [Oberster Gerichtshof, Austria, 6 Feb. 1996]. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>. Acesso em: 12/07/2014.

ÁUSTRIA, CLOUT. Case No. 425 [Oberster Gerichtshof, Austria, 21 Mar. 2000]. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=Abstract>. Acesso em: 14/07/2014.

BRASIL, TJRGS, Apelação Cível nº 70028894954, 12ª Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 07 de maio de 2009.

BRASIL, TJRGS. Apelação Cível nº 70008874265, 6ª Câmara Cível. Relator: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Julgado em 29 de setembro de 2004.

BRASIL, TJRGS, Apelação Cível nº 70008000275, 20ª Câmara Cível. Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa. Julgado em 03 de março de 2004.

SUIÇA, CLOUT. Case No. 95 [Zivilgericht Kanton Basel, Switzerland, 21 Dec. 1992]. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921221s1.html>. Acesso em: 12/07/2014.

SUIÇA, CLOUT. Case No. 221 [Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, Switzerland, 3 Dec. 1997]. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=372&step=Abstract>. Acesso em: 12/07/2014.

