

Transferência do risco, Convenção de Viena (CISG) e análise econômica do direito contratual – Breves ponderações

Rhodriago Deda Gomes

Pós-graduando em Direito Empresarial pela UNICURITIBA.
Advogado e jornalista. E-mail: <rhodrigodeda@gmail.com>.

Frederico E. Z. Glitz

Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR).
Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em
Direito Empresarial (IBEJ). Professor dos cursos de graduação e
pós-graduação *lato sensu* e convidado do Programa de Mestrado
do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor do
Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade
Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Advogado.
E-mail: <frederico@fredericoglitz.adv.br>.

Resumo: A distribuição dos riscos contratuais é tema de extrema relevância para o contrato de compra e venda. A Convenção de Viena de 1980, apresentada como instrumento uniformizador dos contratos de compra e venda internacionais de mercadoria, aborda a questão de forma ligeiramente distinta daquela adotada pelo Direito brasileiro. Os casos analisados neste trabalho permitiram constatar não só a existência de certo padrão de requisitos, mas a adequação do art. 66 da CISG às premissas mais gerais da uniformização como ferramenta de redução de custos de transação comerciais.

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

Sumário: 1 Introdução – 2 Os casos analisados – 3 O art. 66 da CISG – 4 Uma breve análise econômica do art. 66 da CISG – 5 Notas conclusivas – Referências

1 Introdução

O Congresso Nacional editou em 19 de outubro de 2012 o Decreto Legislativo que aprova a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional

de Mercadorias assinada em Viena em 1980 (CISG). A importância da introdução da CISG no Ordenamento jurídico brasileiro reside no papel uniformizador da Convenção e no fato de reger a maior parte do fluxo do comércio internacional de mercadorias. Assim, ao aderir ao seu texto, o Brasil adota, pelo menos teoricamente, padrões juridicamente previsíveis para as relações contratuais internacionais de trocas de mercadorias.

Talvez este seja, justamente, o aspecto mais relevante da aplicação da CISG: sua autonomia em relação aos Ordenamentos nacionais, padronizando as regras de contratos de compra e venda internacionais de mercadorias, tornando mais calculável e seguro¹ o comércio internacional.

Dentro de uma perspectiva econômica, o contrato é percebido como um instrumento de gestão de riscos, que define as responsabilidades que cada um dos contratantes assume. Ele pode também permitir ganhos de eficiência, ao permitir que o risco possa vir a ser assumido por quem pode suportar menores custos, em troca de uma compensação adequada. No caso da responsabilidade pelo transporte internacional de mercadorias, vendedores e compradores possuem simples instrumento para administrar tais riscos. Tratam-se dos mecanismos de transferência de risco existentes na CISG.

Embora a análise de transmissão de risco seja de grande relevância, é oportuno lembrar que até pouco tempo as atenções de estudiosos estavam voltadas essencialmente para as vantagens e eventuais desvantagens da ratificação da CISG pelo Brasil, para a sua aplicação e para suas possíveis incongruências com o Código Civil Brasileiro. Pouco tem se pesquisado no país a respeito das regras de transferência de risco, sendo raro encontrar artigos referentes ao tema.

O problema sobre quem deva suportar os riscos, arcar com o prejuízo pela perda ou deterioração das mercadorias por fatos imprevistos é um dos mais importantes disciplinados pela Convenção. Muito embora os riscos de prejuízos possam ser cobertos por contratos de seguro, as regras existentes na CISG, para a distribuição de riscos, por vezes complementadas com o uso dos termos comerciais internacionais (Incoterms), podem determinar o comportamento econômico das partes na execução do contrato (condicionando investimentos e a realização de despesas).

¹ FONSECA. O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional. *Revista Forense*.

Para tais constatações, o presente artigo parte do estudo dos quatro casos constantes do banco de dados do Unilex,² em que o artigo 66³ da CISG serviu de fundamento de uma decisão arbitral ou judicial. Esta análise, ainda que qualitativa, serve para indicar se haveria algum padrão decisório e se os elementos apreciados para se decidir possuíam alguma regularidade.

Utiliza-se, ainda, como fundamento teórico, em um primeiro momento, autores que examinam a estrutura da norma do art. 66, da CISG. Posteriormente, vale-se de alguns conceitos originários da Análise Econômica do Direito (AED) para embasar algumas de suas conclusões — digam-se, provisórias — a respeito da utilidade do referido dispositivo, tanto no que se refere à redução de custos de transação e de custos de litígio, como no que se refere à possibilidade de permitir aos agentes econômicos a tomada de decisões otimizadas. Esta escolha metodológica, embora não seja suficiente para explicar todo o fenômeno contratual, permitirá importantes observações complementares⁴ sobre a eficiência das normas contratuais. Lembre-se, ademais, que embora o contrato seja um conceito jurídico, ele a isso não se limita.⁵

Portanto, nesse sentido, a utilização de uma abordagem econômica-contratual é, no mínimo, instigante para se verificar: a) se, de fato, o uso de normas padronizadas internacionais permite uma redução de custos de transação entre as partes envolvidas; b) se o uso de normas padronizadas internacionais torna previsível o resultado do julgamento de demandas, c) se isso reduz o custo de litígios; d) se o uso de normas internacionais padronizadas é útil para o comércio global. Tratar-se-ia, talvez, de outro nível de ponderação, um mais próximo da “reavaliação do lado funcional do contrato”.⁶

2 Os casos analisados

O **caso nº 1** é o mais recente. Em 14 de dezembro de 2006, o Tribunal Regional Superior de Koblenz, na Alemanha, decidiu⁷ pela possibilidade de resolução

² Trata-se de banco de dados internacional cujo objetivo é colacionar casos de relevo que envolvam em sua fundamentação temas abordando a CISG e os Princípios UNIDROIT dos Contratos comerciais internacionais. Disponível em: <www.unilex.info>.

³ “A perda ou a deterioração das mercadorias ocorrida após a transferência de risco ao comprador não o libera da obrigação de pagar o preço, salvo se for decorrente de ato ou omissão do vendedor” (tradução oficial, Decreto Legislativo nº 538/2012).

⁴ ARAÚJO. *Análise econômica do contrato*, p. 14.

⁵ ROPPO. *O contrato*, p. 7.

⁶ ARAÚJO. *Análise econômica do contrato*, p. 16.

⁷ Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1165>>. Acesso em: 1º ago. 2012.

contratual por falta de conformidade do produto entregue pelo vendedor. Neste caso específico, o art. 66 da CISG serviu de fundamento para decisão, sendo a responsabilidade do vendedor avaliada com base na possibilidade de sua ação ou omissão ter gerado deterioração (e contaminação) da mercadoria transportada.

O **caso nº 2** traz situação similar. Em 1995, a Comissão Chinesa de Arbitragem Comercial Internacional (CIETAC) decidiu⁸ pela responsabilidade do vendedor pela deterioração de mercadoria sensível ao calor, mais uma vez sob o fundamento do art. 66 da CISG. O fator chave teria sido a omissão do vendedor em instruir adequadamente o transportador sobre as "condições especiais" do transporte e acondicionamento.

Já no **caso nº 3**, a Câmara Húngara de Comércio e Corte de Arbitragem Industrial entendeu pela aplicação do art. 66 da CISG mesmo em situação considerada como de força maior.⁹

Por fim, no **caso nº 4**, a Câmara Nacional de Apelações Comerciais argentina decidiu pela obrigação de o comprador arcar com o preço, uma vez que a deterioração da mercadoria teria ocorrido após a transmissão dos riscos, sem que se pudesse imputar ao vendedor qualquer omissão.¹⁰

Preliminarmente, deve-se destacar que os casos mencionados foram julgados por câmaras arbitrais ou tribunais de quatro diferentes países. Além disso, pelo menos sete nacionalidades estiveram envolvidas nesses mesmos julgamentos. Apesar disso, aparentemente, o procedimento adotado para apreciar cada um desses mesmos casos foi bastante semelhante.

Poder-se-ia, então, a partir desta análise sumária, perceber certas nuances na aplicação do artigo 66 da CISG. O primeiro ponto a ser destacado é que nos quatro casos foi fundamental a constatação da existência de cláusula contratual que determinava o momento da transmissão de risco. Além disso, em três deles se fez menção explícita aos Incoterms.¹¹

⁸ Disponível em: <www.unilex.info/case.cfm?id=210>. Acesso em: 1º ago. 2012.

⁹ Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=424>>. Acesso em: 1º ago. 2012.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=226>>. Acesso em: 1º ago. 2012.

¹¹ Estes termos padronizados seriam: a) são condições contratuais padrão do comércio internacional de mercadorias; b) em que se identifica o momento de transferências dos riscos, (e, portanto custos) sobre a mercadoria; c) são extremamente práticos e evitam falhas de compreensão; d) além do custo da transferência de risco regulam a distribuição de custos de transporte entre compradores e vendedores, o fornecimento de licenças, o desembaraço aduaneiro e, em alguns casos, a obrigação de contrato de seguro da mercadoria (GLITZ. Transferência do risco contratual e Incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. In: CORTIANO JUNIOR et al. (Coord.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo II: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*).

O segundo ponto a ser observado, é que, nos quatro casos, foi essencial também ser possível aferir o momento em que ocorreu a perda ou a deterioração da mercadoria transportada. A constatação de qual dos contratantes detinha a responsabilidade pelos riscos quando ocorre a deterioração ou perda da mercadoria pode ser simplificada pelo estabelecimento, por exemplo, de cláusula específica (Incoterms) e a verificação do momento da transferência de riscos.

O terceiro ponto que é imprescindível fazer menção nesta análise dos casos refere-se à questão da possibilidade de atribuição de culpa ao vendedor pela perda ou deterioração da mercadoria. Em três dos quatro casos é curioso notar que os tribunais ou câmaras arbitrais analisam se houve ato ou omissão do vendedor que tenha provocado a deterioração das mercadorias transportadas (nos próprios termos do art. 66 da CISG).

Essa preocupação, por exemplo, fica bastante evidente nos casos nºs 1, 2 e 4: desde a constatação de que o exportador embalou indevidamente as mercadorias (caso nº 1), passando pela ausência de informação sobre as condições específicas em que o transporte deveria se realizar (caso nº 2) até a ausência de provas de que os danos ocorreram por ato ou omissão culposa do exportador (caso nº 4).

O quarto, e último, ponto a ser destacado trata da alegação de força maior para afastar a cláusula de transmissão de risco pactuada. No caso nº 3, por exemplo, considerou-se que mesmo que fosse considerada a existência de dano causado por força maior, ainda assim, o prejuízo deveria ter sido suportado por quem teve para si transferido o risco.

Pode-se, então, afirmar que, da análise dos quatro casos, depreende-se a importância do artigo 66 da CISG para a tomada de decisão em controvérsias envolvendo mercadorias no comércio internacional. O referido dispositivo foi fundamento decisório para todos os casos apresentados e prevaleceu inclusive quando houve a alegação de motivo de força maior. Neste sentido, afirmar-se-ia que, uma vez transferido o risco, não haveria justificativa para o inadimplemento da parte em cumprir a sua obrigação (no caso, o pagamento do preço).

Por outro lado, um dos efeitos da aplicação do art. 66 da CISG é a necessidade de reflexão, por parte de exportadores e importadores, a respeito de qual é o momento mais conveniente de se transmitir o risco (e, por consequência, quais os custos que esta decisão gera). A preocupação com a adoção de cláusulas contratuais de transmissão de risco, termos comerciais internacionais, ou mesmo o exame dos demais artigos atinentes à transmissão de risco existentes na CISG (artigos 67, 68, 69 e 70), deve ser motivo de análise aprofundada, a fim de se administrar o risco, com a menor probabilidade de prejuízo à prática comercial.

Dada a relevância do artigo 66, CISG, analisa-se no próximo tópico a estrutura do referido dispositivo legal.

3 O art. 66 da CISG

Como os casos analisados demonstraram, o artigo 66 da CISG é um dispositivo que consegue de forma objetiva atribuir a responsabilidade pela deterioração ou perda da mercadoria transportada ao comprador ou vendedor, bastando para isso identificar como os contratantes estipularam a cláusula de transferência de risco e os fatos que deram ensejo à deterioração ou perda da mercadoria.

Em primeiro lugar, convém destacar que o artigo trata da consequência da perda ou deterioração da mercadoria após o risco ter sido transferido ao importador. Pelo texto do artigo, assim que o risco é transferido, qualquer caso de deterioração ou perda do bem transacionado terá de ser arcado pelo importador, que não estará liberado de adimplir com o preço pactuado. O risco, aqui, deve ser entendido como a possibilidade de perda ou deterioração resultante de qualquer acidente com as mercadorias, desde que não haja ato ou omissão da parte exportadora.¹²

Ressalte-se, o conceito de transferência de risco não equivale, necessariamente, ao conceito de entrega (tradição), como no Direito brasileiro, ou, como esclarece Schlechtriem, a transferência dos riscos deve obedecer a certos requisitos, estabelecidos pela própria CISG (arts. 67 a 70) ou pelo contrato.¹³ Desta forma, segundo Barry, quando se declara que o risco é transmitido ao importador a partir de determinado momento (não necessariamente coincidente com a entrega), isso significa que a partir daquele momento o comprador passará a suportar essa perda e deve executar sua obrigação, ainda que a mercadoria se perca ou se deteriore, não lhe cabendo a recusa nesta execução ou a adoção de qualquer medida de exoneração.¹⁴

Como se observa, a CISG preceitua de forma rígida a obrigação do comprador em pagar o preço da mercadoria, independentemente dos danos que ela venha a ter sofrido após o momento em que lhe foi transmitido o risco. Sobre

¹² NICHOLAS. Article 66. In: BONELL. *Commentary on the International Sales Law*, p. 484-485.

¹³ SCHLECHTRIEM. Uniform Sales Law: the UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

¹⁴ NICHOLAS, Barry. Article 66: Loss of or Damage to the Goods After the Risk has Passed to the Buyer does not Discharge him from his Obligation to Pay the Price, Unless the Loss or Damage is Due to an act or Omission of the Seller. In: BONELL. *Commentary on the International Sales Law*, p. 484-485.

a possibilidade de se entender que a norma é muito rígida com o comprador, afirma John O. Honnold:

At first glance the result may seem harsh but the result responds to pragmatic considerations. It is feasible and customary for transit loss to be covered by insurance. Moreover, loss or damage is usually discovered at the end of the carriage; the buyer usually is in a better position than the seller to assess the damage, make a claim against the insurer and salvage the usable goods.¹⁵

Em princípio, a obrigação do comprador de pagar o preço do bem transacionado depende do desempenho do vendedor no cumprimento de suas obrigações.¹⁶ Ou seja, toda vez que o exportador realiza a sua parte da obrigação, o importador deve pagar, mesmo que os bens posteriores sejam destruídos ou deteriorados. Entretanto, como se observa da parte final do artigo 66, CISG, há uma exceção a essa regra para o caso do dano ter sido cometido por ato ilícito — ação ou omissão — do próprio vendedor.

Casos como o referido acima excederiam o âmbito da transferência de risco,¹⁷ que está limitado pela distribuição de riscos para casos de perda ou deterioração ocorridos por acidentes.

Nonetheless, the seller's act which leads to the loss of the goods will almost always constitute a breach of contract. That is the case when the goods are not packaged correctly, or a defect causes further deterioration and destroys the goods after the risk has passed. However, these problems exceed the scope of the rule on the passing of risk, which is limited to the distribution of risk for accidental loss. The exception concerning loss or damage due to the seller's act may apply even where the seller is not responsible in the sense of Article 79(1) and (2). *If the seller is "responsible" for the destruction of the goods, his act not only releases the buyer from his obligation to pay but also may permit the buyer to claim damages for breach of contract (or for non-contractual liability under domestic law).*¹⁸ (grifos nossos)

¹⁵ Tradução livre: "À primeira vista, o resultado pode parecer duro, mas o resultado responde às considerações pragmáticas. É possível e habitual que a perda no transporte possa ser coberta por seguro. Além disso, perda ou dano é geralmente descoberto ao final do transporte; o comprador geralmente está em uma melhor posição do que o vendedor para avaliar os danos, demandar contra o segurador e salvar os bens utilizáveis" (HONNOLD. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Kluwer Law International, p. 452).

¹⁶ SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, p. 86.

¹⁷ SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸ Tradução livre: "... o ato do vendedor que leva à perda da mercadoria será quase sempre constituído por uma violação do contrato. Esse é o caso quando as mercadorias não são embaladas

Dada a responsabilidade do vendedor por atos ou omissões que causem dano à mercadoria, fica bastante claro que a transferência de riscos se aplica apenas a perdas e danos acidentais, o que, segundo Lookofsky,¹⁹ inclui tanto causas naturais, como intempéries climáticas, quanto atos de terceiros (ladrões, vândalos e piratas).

Destaque-se, ainda, que a própria CISG proíbe que o exportador seja negligente com a mercadoria, mesmo em momento posterior à transferência de risco ao importador.

Alguns autores, como Lookofsky²⁰ e Perales Viscasillas²¹ consideram que as regras de transferência de riscos da CISG acabam, contudo, sendo secundárias frente à miríade e a ampla utilização dos termos comerciais internacionais. Embora tal conclusão possa ser sustentada pelo disposto no art. 6º da CISG (que faculta às partes excluir a aplicação da Convenção, ou derrogar qualquer de seus dispositivos, sempre que entenderem convenientes) e pareça compreensível no que se refere aos artigos 67, 68, 69 e 70 da Convenção, não se poderia dizer o mesmo quando se tratasse do artigo 66. Isso porque o dispositivo não se limitaria a delimitar o momento de transmissão dos riscos, custos e ônus, mas principalmente a atribuir responsabilidade, sendo, portanto, bastante útil como ferramenta para dirimir controvérsias, dar segurança jurídica e garantir a eficiência do sistema da convenção.

Superada a fase de apresentação do dispositivo analisado, convém realizar a análise econômica do artigo 66 da CISG, a fim de avaliar qual a relevância do preceito da convenção para a realização de contratos de compra e venda no comércio internacional.

corretamente, ou quando um defeito faz com que uma maior deterioração destrua as mercadorias após a transferência do risco. No entanto, estes problemas excedem o âmbito da regra sobre a transferência de risco, que é limitada à distribuição do risco de perda acidental. A objeção relativa a perda ou danos devido a ato do vendedor pode ser aplicada mesmo quando o vendedor não é responsável, no sentido do artigo 79 (1) e (2). *Se o vendedor é 'responsável' pela destruição das mercadorias, seu ato não só libera o comprador de sua obrigação de pagar, mas também pode permitir que o comprador reclame uma indenização por quebra de contrato (ou pela responsabilidade extra-contratual no direito interno)*" (SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, p. 86).

¹⁹ LOOKOFSKY. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Published. In: HERBOTS (Ed.); BLANPAIN (General Ed.). *International Encyclopaedia of Laws: Contracts*, Suppl. 29, p. 140.

²⁰ *Op. cit.*, p. 141.

²¹ VISCASILLAS. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias.

4 Uma breve análise econômica do art. 66 da CISG

Embora o fenômeno contratual não possa ser reduzido à sua faceta jurídica ou econômica, convém destacar que algumas de suas características, especialmente quando considerado como reflexo de operação econômica,²² permitiram a compreensão da CISG como importante instrumento de uniformização legislativa, dentro de uma das premissas desse fenômeno: a redução dos custos de transação.

Segundo Sztajin, Zylbersztajn e Azevedo a essência econômica do contrato é o de uma promessa, de modo que “para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas”.²³ Em resumo, portanto, o contrato (na acepção econômica) não só potencializaria as trocas econômicas, como reduziria custos e riscos. É neste mesmo ponto que toca Rodrigues,²⁴ a credibilidade (de que aquela promessa será cumprida) é que permite que as partes façam investimentos cuja rentabilidade depende do cumprimento contratual.

Parece claro, portanto, que a definição da responsabilidade, ou seja, da possibilidade de se exigir o adimplemento, seria de grande importância na noção de gestão de riscos, manutenção de estabilidade e o empenho na consecução dos objetos contratuais.²⁵ Além disso, destaca Araújo que se trata também de incentivo e, portanto, um jogo de eficiência: “gestão de riscos entre as partes”, “alinhamento de incentivos” e “redução dos custos de transação”.²⁶

²² ROPPO. *O contrato, passim*.

²³ SZTAJIN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*, p. 103-104.

²⁴ “A confiança que as partes depositam no cumprimento do contrato altera os riscos em que cada uma incorre. De facto, num certo sentido, o contrato é essencialmente um instrumento para gerir o risco, para definir as responsabilidades que cada um assume perante determinadas eventualidades. Como os agentes econômicos não tem a mesma atitude em relação ao risco — isto é, como a utilidade de cada um não é afectada da mesma forma pelo risco — nem têm todos a mesma capacidade para o prevenir e para suportar as suas consequências, a possibilidade de transferir negocialmente essas responsabilidades, através do contrato permite ganhos de eficiência: permite que o risco seja assumido por quem o pode suportar ao menor custo, em troca de uma compensação adequada. Em síntese, o argumento anterior mostra que, em geral, o Estado deve fazer valer os acordos que, no momento em que foram celebrados, as partes desejassem ver cumpridos: se as partes são racionais, como a Economia assume que são, só assumirão compromissos que lhes proporcionem um acréscimo de utilidade” (RODRIGUES. *Análise econômica do direito: uma introdução*, p. 128-129).

²⁵ ARAÚJO. *Teoria econômica do contrato*, p. 106.

²⁶ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 106.

O contrato, portanto, na visão de Araújo, permite a transferência de riscos, a fim que as partes definam claramente as responsabilidades que assumirão o que permitiria ganhos de eficiência. Explique-se: o ganho de eficiência ocorre porque o risco vai ser assumido por aquele que considera que pode o suportar ao menor custo, em troca de uma compensação adequada nos termos do contrato.

Neste sentido estrito, o contrato teria a função de reduzir custos de transação, bem como de reduzir custos de litigância. Por essa razão, as regras da CISG inscritas entre os artigos 67 a 70, bem como as cláusulas contratuais ou termos comerciais internacionais, que estabelecem entre as partes o momento da transferência de risco, têm enorme relevância quando da aplicação do artigo 66 da CISG. Pois, com base nessas cláusulas ou termos, importadores e exportadores têm para si muito claras quais as regras do jogo e como poderão se comportar frente a imprevistos com as mercadorias ou com litígios que vierem a ter de enfrentar.

Além disso, convém lembrar que a CISG é instrumento harmonizador, ou seja, trata-se de tratado internacional que pretende criar direito uniforme envolvendo os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. Desta forma, tendo sido adotado pelo Brasil, este seria o direito aplicável àqueles contratos uma vez que se invocasse o ordenamento jurídico nacional. A uniformização, por si só, como aponta Gama Jr.,²⁷ teria por condão a redução dos custos associados ao planejamento, monitoramento e interação dos agentes contratuais.

Enfatiza Rodrigues²⁸ que a proteção legal conferida a contratos desempenha papel essencial em economias de mercado quando asseguram a credibilidade dos compromissos assumidos. Segundo esse autor, é a crença que os compromissos assumidos serão cumpridos que permite mais especificamente que as partes façam investimentos cuja rentabilidade depende do cumprimento contratual:

A celebração de um contrato entre agentes racionais é evidência de que os compromissos envolvidos constituem, para as partes uma melhoria de Pareto: se cada uma delas se vincula ao contrato é porque considera que não ficaria melhor não o fazendo. Assim se justifica o princípio geral que o Estado deve fazer valer os acordos que no momento em que foram celebrados, as partes desejassem ver cumpridos.²⁹

²⁷ GAMA JR. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: 1980: essa grande desconhecida. *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 135.

²⁸ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 128-129.

²⁹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 129.

Note-se, embora a análise realizada por Rodrigues tenha como foco o direito interno de um Estado, suas conclusões não são invalidadas para o âmbito do comércio internacional. A diferença, porém, é que Estados e câmaras arbitrais internacionais devem, em conjunto, buscar um regramento padrão, a fim de fazer valer os contratos estabelecidos pelas partes. Por óbvio, as dificuldades estão justamente em conseguir estabelecer uma normatização supranacional.

Fernando Araújo, ao analisar o contexto internacional e o esforço de harmonização, trata da relativa debilidade da tutela internacional dos contratos. Segundo o autor, essa debilidade é uma componente importante dos “custos de transação” nas trocas internacionais e contribui para que o comércio internacional continue a ser menos abundante que o comércio interno dos países.³⁰ A fim de não se ver a contração da atividade comercial internacional, afirma Araújo, compreendem-se os esforços para a harmonização normativa internacional:

... em especial em termos de promoção de eficiência, de abaixamento de custos de transação e de favor *conventionis* — ao menos se descontarmos o doutrinarmismo e o zelo regulador que tantas vezes a eles preside, devendo reconhecer-se em contrapartida que as assinaladas debilidades da ordem internacional reclamam que entidades dotadas de alguma autoridade quebrem o impasse de descoordenação que faria com que cada um ficasse à espera da iniciativa reguladora dos outros (em síntese, também aqui a regulamentação apresenta características de bem público).³¹

Não por outra razão, Araújo elogia os instrumentos internacionais, entre eles, a CISG, para a regulação do comércio entre agentes econômicos sediados em diferentes nações:

Pense-se no apreciável sucesso da Convenção de Viena de 1980, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG), um instrumento de unificação elaborado sob os auspícios da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), fruto de um processo longo de elaboração, e que hoje é a referência normativa para os contratos internacionais entre os signatários que representam aproximadamente 2/3 do comércio mundial. Uma referência que, complementada por outros instrumentos de natureza tão diversa como os Princípios do Direito Europeu dos Contratos, de 1998, ou os UNIDROIT

³⁰ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 137.

³¹ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 138-139.

Principles of International Commercial Contracts, de 2004 (revendo os de 1994), é crescentemente reconhecida como o regime supletivo da contratação internacional (com distintos intentos normativos e à margem por vezes de processos de aprovação e ratificação, e por isso com alguns laivos de Direito Internacional Comum), cada vez mais importante à medida que vai se aprofundando o processo da globalização. (grifos nossos)

Essa posição nos parece razoável, dada a necessidade que se tem de as trocas comerciais ocorrerem em um ambiente normativo previsível, que permita aos agentes econômicos firmar contratos com boa margem de segurança, a fim de que possam reduzir custos de transação e planejar suas atividades de forma eficiente. A aplicação da CISG no âmbito internacional parece desempenhar um papel importante em garantir a credibilidade dos compromissos assumidos pelos agentes econômicos contratantes.

Disso depreende-se, inclusive, dos casos que foram colacionados neste estudo que é possível afirmar que, embora os julgamentos tenham ocorrido em diferentes países, os elementos analisados pelas cortes, bem como o procedimento decisório, foram muito similares. Isso possibilita que haja uma uniformidade na forma de julgamento dos tribunais ou câmaras arbitrais de países que já adotaram a CISG. Ao aplicar o artigo 66 da CISG, os mesmos parâmetros foram utilizados nos quatro casos. Isso gera segurança jurídica e possibilidade de as partes poderem reduzir custos de litígio, vez que há grandes probabilidades de poderem prever os resultados dos julgamentos.

5 Notas conclusivas

Nos quatro casos trazidos à colação, a aplicação do artigo 66 da CISG, foi clara. Os julgadores primeiro examinaram quais as regras, cláusulas ou termos comerciais internacionais foram adotados em contratos para fins de transferência de riscos, para, em um segundo momento, verificarem a quem, no momento da deterioração ou perda da mercadoria, havia sido transferido o risco. Por fim, analisaram se a deterioração ou perda da mercadoria se deu por ato ou omissão do vendedor. Até mesmo quando, no caso nº 3, o comprador tentou alegar motivo de força maior como defesa para o descumprimento da obrigação de pagar o preço, ainda assim, os julgadores decidiram que ele deveria cumprir com o pagamento, haja vista o risco ter sido transferido a ele, no momento em que ocorreu o suposto motivo de força maior.

As quatro decisões analisadas, embora originárias de quatro tribunais ou câmaras arbitrais distintas, todos sediados em diferentes localidades, envolvendo

sete países diferentes, seguiram o mesmo padrão de aplicação do artigo 66 da CISG. Nenhuma dessas Cortes apreciou as questões tratadas de forma a inovar na interpretação jurídica do referido dispositivo, e em nenhuma delas houve interpretações divergentes do texto da norma da convenção.

Ao que parece, isso ocorre porque a regra do artigo 66 da CISG não daria margens a ambiguidades. A precisão de linguagem do referido dispositivo facilitaria a compreensão da forma como a regra seria aplicada. Assim, há estabilidade na orientação decisória que seria dada para o artigo, nos mais diversos países em que a CISG fosse adotada. Claramente isto é decorrente da necessidade do fato de se tratar de um instrumento uniformizador em que diferentes culturas e tradições jurídicas estão envolvidas.

Portanto, o artigo 66, da CISG, é economicamente útil, porque sua aplicação tende a não produzir decisões com interpretação divergente, o que traz segurança jurídica acerca das consequências atinentes à transmissão de risco, deterioração ou perda de mercadorias e adimplemento contratual. Sua eficiência reside na previsibilidade da solução dada para a controvérsia, o que, por sua vez, reduz os custos de litígio e permite aos contratantes se comportarem de modo a diminuir seus prejuízos por inadimplemento de contratos. Em termos singelos, diminuem-se os custos de transação. Note-se, ainda, que a parte final do artigo 66 da CISG, ao tratar de ato ou omissão do vendedor que resulta em perda ou deterioração de mercadoria, tem outra utilidade precisa: “evitar comportamentos ineficientes”.³²

Portanto, em termos estritamente econômicos, a eficiência do texto da CISG reside em: (i) sua aplicação uniforme permitiria que as partes firmassem um contrato com menor custo de transação, dada a previsibilidade do comportamento esperado/assegurado; (ii) que otimizassem suas atividades e evitassem o comportamento adverso da outra parte; (iii) porque os contratantes podem ajustar a transferência de risco em contrato de modo a distribuir os riscos para aquele que pode assumi-lo com menor custo.

Dentro de uma perspectiva econômica, a análise dos casos aqui apresentados, no qual tribunais ou câmaras arbitrais aplicaram o artigo 66 da CISG, sugere que o referido dispositivo tem utilidade para: a) garantir a segurança jurídica das decisões, reduzindo custos de litígio; b) seria eficiente, já que permitiria a redução de custos de transação, pois dada segurança que inspiraria, permitiria aos contratantes gerir melhor os riscos que pretendem assumir; c) permitiria a otimização

³² ARAÚJO, *op. cit.*, p. 140.

contratual; d) inibiria o vendedor de cometer atos ou omissões que causassem a deterioração ou perda da mercadoria.

Além disso, a doutrina aponta para a necessidade de proteção legal dos contratos, o que no âmbito internacional significa ter uma norma uniforme que seja adotada pelos Estados. Nesse sentido, a adoção da CISG tem sido considerada vantajosa, ao permitir uma estabilidade jurídica que estimula o comércio global.

Essas conclusões, por óbvio, devem ser encaradas de forma absolutamente provisória, tendo em vista o pequeno universo de decisões que foi analisado. Contudo, os casos analisados trazem caminhos que podem ser aprofundados a respeito da utilidade do art. 66, da CISG, para a composição de litígios e para a análise estratégica de agentes econômicos no planejamento de seus instrumentos contratuais de compra e venda de mercadorias no âmbito internacional.

Risk transfer, Vienna Convention (CISG) and Contractlaw and Economics – Brief Considerations

Abstract: The distribution of contractual risk is a very relevant theme concerning the sale contract. The Vienna Convention of 1980 (CISG), presented as a means of standardizing merchandise international sale contracts, addresses the issue in a slightly different form from that adopted by Brazilian law. The cases analyzed in this study showed evidence of not only the existence of certain standard requirements, but the appropriateness of the art. 66 CISG to the more general assumptions of standardization as a tool to reduce trade transaction costs.

Key words: Contractual risk. Risk transfer. Vienna Convention.

Summary: 1 Introduction – 2 The cases analyzed – 3 The art. 66 CISG – 4 A brief economic analysis of the art. 66 CISG – 5 Conclusion – References.

Referências

- ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- FONSECA, Patrícia Galindo da. O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 94, n. 341, p. 193-211, jan./mar. 1998.
- GAMA JR., Lauro. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: 1980: essa grande desconhecida. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 3, n. 9, p. 134-149, abr./jun. 2006.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths *et al.* (Coord.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo II*: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2009.

HONNOLD, John O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 2nd ed. *Kluwer Law International*, 1991. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ho66.html>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

LOOKOFSKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Published. In: HERBOTS, J. (Ed.); BLANPAIN, R. (General Ed.). *International Encyclopaedia of Laws: Contracts*, Suppl. 29 (December 2000) Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo66.html>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

NICHOLAS, Barry. Article 66: Loss of or Damage to the Goods After the Risk has Passed to the Buyer does not Discharge him from his Obligation to Pay the Price, Unless the Loss or Damage is Due to an act or Omission of the Seller. In: BONELL, Bianca. *Commentary on the International Sales Law*. Milano: Giuffrè, 1987. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb66.html>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

POSNER, Eric. *Econômica do direito: fracasso ou sucesso?*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHLECHTRIEM, Peter. Uniform Sales Law: the UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna: Manz, 1986. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-66.html>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Décio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

VISCASILLAS, Maria Del Pilar Perales. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias (Convención de Viena de 1980). Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-66.html>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

ZYLBERSZTAJN, Decio; ZYLBERSZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier: 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GOMES, Rhodrigo Deda; GLITZ, Frederico E. Z. Transferência do risco, Convenção de Viena (CISG) e análise econômica do direito contratual: breves ponderações. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 10, n. 1, p. 13-27, jan./abr. 2013.

Data de submissão: 22.11.2012

Data de aceitação: 05.03.2013