

Anotações pertinentes à regulamentação sobre transmissão de risco

Convenção da ONU de 1980, *Incoterms* e Código Civil brasileiro

PATRICIA BEZERRA DE M. GALINDO DA FONSECA

SUMÁRIO

1. Convenção das Nações Unidas sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. 1.1. Introdução. 1.2. Análise dos dispositivos. 2. Os Incoterms. 3. Preceitos nacionais. 4. Conclusão.

1. Convenção das Nações Unidas sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias

1.1. Introdução

Ao tratar da transmissão do risco, o primeiro desafio do intérprete da Convenção consiste na adequação de determinada situação fática à hipótese legal, por meio da constatação da perda ou deterioração da coisa. Não apresenta dificuldade o risco oriundo de roubo, confisco, incêndio ou destruição, visto que risco¹ refere-se à ocorrência de danos acidentais sofridos pela mercadoria². Nicholas³ refere-se às quaisquer casualidades ocorridas com a mercadoria que não sejam devidas a um ato ou a uma omissão da parte. Dessa forma, deve-se identificar o motivo provocador da perda ou deterioração da coisa. Se tiver decorrido de ato ou omissão de uma das partes, na maioria das vezes, será caso de descumprimento de obrigação contratual pela parte faltosa. Aplicar-se-ão, nessa hipótese, as regras da Convenção prescritas no capítulo referente às obrigações das partes, e não as normas concernentes à transmissão do risco, de

¹ ROTH, P. M. The passing of risk. *American Journal of Comparative Law*, n. 27, p. 191, 1979.

² No direito brasileiro, risco significa possibilidade ou probabilidade de dano.

³ NICHOLAS apud. BIANCA, BONELL. *Commentary on the International Sales Law the Vienna Sales Convention*. Milan : Giuffrè, 1987. p. 484.

conseqüências menores à parte responsável pelo risco sob a coisa.

Com efeitos semelhantes aos comandos estabelecidos nos dispositivos 79⁴ e 80⁵ da Convenção concernentes à exoneração da responsabilidade das partes por descumprimento contratual, a incidência das normas sobre a transmissão de risco significa tão-só uma perda patrimonial que a parte detentora dos riscos sob a coisa deve arcar. Isto é, o alienante ou o adquirente tem a obrigação de pagar o preço da coisa, mas exonera-se da responsabilidade de indenizar a outra parte das perdas e danos pela não-entrega das mercadorias ou pela entrega de mercadorias deterioradas. Por exemplo, a deterioração de mercadorias perecíveis, tais como frutas ou plantas, por mudança brusca de temperatura. Sendo a mudança climática imprevisível, aplicam-se as regras da Convenção relativas à transmissão de risco. Sendo previ-

⁴ Art. 79:

1. Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio a sua vontade e que não era razoável esperar que ela o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o ultrapasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas conseqüências.

2. Se o não-cumprimento de uma parte se ficou a dever ao não-cumprimento de terceiro que ela encarregou de executar o contrato total ou parcialmente, aquela parte só fica exonerada da sua responsabilidade:

a) se estiver exonerada em virtude do disposto no parágrafo anterior; e

b) se o terceiro estivesse também ele exonerado, caso as disposições daquele parágrafo lhe fossem aplicadas.

3. A exoneração prevista pelo presente artigo produz efeitos enquanto durar o impedimento

4. A parte que não executar as suas obrigações deve comunicar a outra parte o impedimento e os efeitos deste sobre a sua capacidade de cumprir o contrato. Se a outra parte não receber a comunicação num prazo razoável contado a partir do momento em que a parte faltosa conheceu ou deveria ter conhecido o impedimento, esta fica responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de recepção da comunicação.

5. As disposições do presente artigo não impedem as partes de exercer qualquer dos seus direitos, salvo o de obter indenização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção.

⁵ Art. 80:

Uma parte não pode prevalecer-se do não-cumprimento da outra parte na medida em que esse não-cumprimento se ficar a dever a um ato ou omissão seus.

sível⁶, será caso de descumprimento de obrigação contratual, não cabendo discussão acerca de risco tampouco exoneração de responsabilidade nos termos do art. 79.

A transferência de risco envolve, outrossim, o aspecto relativo às várias espécies de mercadorias objeto da compra e venda internacional, bem como à diversidade dos modos de transporte. A velocidade com que os bens presentes no comércio internacional modificam a sua natureza e multiplicam-se em quantidade altera o perfil dos eventuais danos que esses bens podem sofrer, aumentando o número de formas com que os danos podem se revestir. Simultaneamente, as modificações ocorridas no transporte das mercadorias dificultam progressivamente a caracterização do dano. O acondicionamento das mercadorias em “containers” é, na atualidade, o meio usual de transporte dos bens em comércio internacional. O primeiro meio de transporte utilizado, normalmente, leva a mercadoria do estabelecimento do vendedor a um porto ou a um aeroporto. Via de regra, o bem é então transferido ao segundo transportador que entrega a mercadoria ao país do estabelecimento do comprador. A partir daí, há um terceiro meio de transporte utilizado que provavelmente carrega a mercadoria ao seu destino. A pontar com exatidão em que momento do percurso as mercadorias se deterioraram é tarefa quase impossível, a não ser naquela hipótese em que também o “container” sofreu alguma avaria.

A orientação adotada pela Lei Uniforme ao tratar a questão é a mesma daquela perfilhada pelo direito interno norte-americano, por meio do seu Código Uniforme de Comércio, doravante denominado UCC (*Uniform Commercial Code*)⁸. A transmissão do risco sob a coisa, conforme regulamentada na Convenção, está desvinculada da transferência da propriedade. Isto é,

⁶ A questão é apresentada de forma simples para efeito de entendimento. Na prática, é matéria interessante e controvertida a incidência das normas prescritas no Capítulo IV da Convenção quando a deterioração de mercadorias perecíveis se der enquanto estiverem sendo transportadas ao comprador, isto é, após o vendedor ter passado a responsabilidade do risco sob a coisa ao comprador e este ainda não a tiver recebido.

⁷ As partes do contrato de compra e venda internacional de mercadorias, cientes do problema, normalmente estabelecem o momento em que o risco é transmitido. Providenciam essa solução mediante a adoção, como se verá adiante no item II, de um *Incoterm* (1990) específico, seja o “Ex works”, o “FCA”, o “FAS”, o “CIF”, etc.

⁸ Seções 2-509 e seguintes do UCC.

por vezes, são coincidentes, mas não será o ato translativo do domínio o elemento caracterizador da transferência do risco, como ocorre na nossa legislação, na legislação alemã, que nos serviu de modelo, e na inglesa⁹. Logo, tais atos não serão necessariamente simultâneos. Há situações, como veremos adiante, em que a parte coloca a mercadoria à disposição da outra parte¹⁰. A transferência do risco é, nessa hipótese, superveniente à entrega, somente ocorrendo, nos termos do artigo 69.1, quando o comprador retira as mercadorias ou, não o fazendo a tempo, a partir do momento em que as mercadorias são postas à sua disposição e, recusando a sua recepção, incorra o comprador em violação do contrato.

A Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Bens Móveis Corpóreos, uma das Convenções de Haia de 1964, tratava a questão da transmissão do risco usando como referência o conceito de entrega de mercadoria¹¹. Tal conceito também era utilizado na determinação do momento da obrigação do comprador em pagar o preço¹². As dificuldades enfrentadas na tentativa de definir esta expressão, bem como a sua insatisfatoriedade fizeram com que a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL) a abandonasse quando dos trabalhos preparatórios da Convenção da ONU. Optou-se, outrossim, pela não-definição da expressão “damage”, que na versão espanhola foi traduzida como “deterioro” e, na francesa, “deterioration”. Pela análise da história legislativa da Convenção, uma das grandes ferramentas de que dispõe o seu

⁹ ATIYAH. *The sale of goods*. 5. ed. 1975. p.164.

¹⁰ Artigo 31:

Se o vendedor não estiver obrigado a entregar as mercadorias noutro lugar especial, a sua obrigação de entrega consiste: (...)

c) nos outros casos – em pôr as mercadorias à disposição do comprador no lugar onde o vendedor tinha o seu estabelecimento no momento da conclusão do contrato.

¹¹ O Prof. Jonh Honnold, da Universidade de Pittsburgh, afirma que a Lei Uniforme de Viena substituiu este conceito (“delivery” em inglês ou “deliverance” em francês) por *atos físicos de transferência de propriedade*. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991. p. 449.

¹² O momento do pagamento do preço é regulamentado, segundo o disposto no Capítulo III da Convenção da ONU, não sob o prisma da entrega das mercadorias. Da mesma forma como são disciplinadas as regras que compõem o Capítulo II, tem-se em vista a obrigação de cada um dos sujeitos contratuais, no desempenho de atos específicos.

intérprete, presume-se que na expressão “deterioração” (versão em português) inclui-se qualquer espécie de casualidade ocorrida com as mercadorias¹³. Tampouco foi definida “perda” (“loss”, “perdida” ou “perte”).

1. 2. Análise dos dispositivos

O art. 66 da Convenção da ONU de 1980, também conhecida como Lei Uniforme de Viena, estabelece o efeito principal da transferência do risco:

“Art. 66.

A perda ou deterioração das mercadorias ocorridas após a transmissão do risco ao comprador não o liberam da sua obrigação de pagar o preço a menos que se devam a um ato ou omissão do vendedor.”

O vendedor é, de início, o responsável pelos riscos sob a coisa. O artigo 36¹⁴ da Convenção indica uma limitação à sua responsabilidade pela falta de conformidade das mercadorias. A sua responsabilidade restringe-se àquilo que existe no momento da transmissão do risco. Perdendo-se as mercadorias enquanto não houver sido transmitido o risco, o vendedor não pode exigir do comprador o pagamento e se, eventualmente, já o tiver recebido, deve devolvê-lo. Deteriorada a mercadoria, deve o vendedor arcar com as consequências oriundas da recusa do comprador em aceitá-la e da sua recusa em pagar o preço. É possível ainda que seja de interesse do adquirente aceitar as mercadorias deterioradas. Nessa hipótese, deve o alienante aceitar o pagamento de um preço reduzido. A partir do momento que o risco sob a coisa é transmitido ao comprador, deve ele cumprir com as suas obrigações contratuais (previstas nos artigos 54 a 60) a despeito das mercadorias estarem perdidas ou deterioradas. Não é permitido ao adquirente reclamar qualquer direito contra o alienante.

Normalmente, nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, as partes contratam seguros com o fim de cobrir os

¹³ UNCITRAL, VI Yearbook, U.N. Doc. No. A/CN.9/SER.A/1975 em 109 (1975); UNCITRAL, VIII Yearbook, U. N. doc. No. A/CN.9/SER.A/1977 em 63 (1977).

¹⁴ Art. 36:

O vendedor será responsável, conforme o contrato e a presente Convenção, por toda falta de conformidade que exista no momento da transmissão do risco ao comprador, ainda quando essa falta somente se manifeste depois deste momento.

eventuais prejuízos sofridos por conta dos riscos de perda ou deterioração da coisa. Ainda assim, é indispensável identificar a parte que suporta o risco, pois será esta a parte que suportará o fardo de acionar a companhia de seguro, bem como será ela a sofrer depreciação do patrimônio corrente. A companhia de seguros subroga-se nos direitos contratuais do credor ou do devedor assegurado, podendo acionar a outra parte a fim de discutir em juízo se a perda ou deterioração foi consequência de um ato ou omissão da mesma.

O ato ou omissão do vendedor a que faz alusão o dispositivo supra não se refere à violação contratual prevista no Capítulo referente às suas obrigações (art. 30 ao 52). O conceito de risco é por demais abstrato para, *a priori*, ser determinado se não é caso de aplicar as regras pertinentes às obrigações das partes. A localização das normas concernentes à transmissão do risco no texto da Convenção, Capítulo IV do artigo 66 ao 70, tem por objetivo enfatizar não só a estreita relação do tema com as obrigações das partes¹⁵, como o contraste das suas disposições com aquelas pertinentes aos recursos quando da violação. A verificação se é matéria de um ou de outro assunto deve ser feita casuisticamente, tendo em vista as situações de cada caso concreto¹⁶.

A Lei Uniforme, ao tratar da transferência de risco, alude expressamente ao contrato de compra e venda em que as mercadorias devem ser transportadas (art. 67) e àquele cujas mercadorias são vendidas em trânsito (art. 68). A transmissão do risco sob a coisa no contrato que não implica transporte de mercadorias é regulamentada no artigo 69. O primeiro está disciplinado como se segue:

“Art. 67

1. Se o contrato de compra e venda implicar um transporte de mercadorias e o vendedor não estiver obrigado a remetê-las para um lugar determinado, o risco transfere-se para o comprador a partir da remessa das mercadorias ao primeiro dos transportadores que as fará chegar ao comprador em conformidade com o contrato de compra e venda. Se o vendedor

estiver obrigado a remeter as mercadorias a um transportador para um local determinado, o risco não se transfere para o comprador enquanto as mercadorias não forem transportadas para esse local. O fato de o vendedor estar autorizado a conservar os documentos representativos das mercadorias não afeta a transferência do risco.

2. No entanto, o risco não se transfere para o comprador enquanto as mercadorias não forem claramente identificadas para os fins do contrato, pela aposição de um sinal distintivo nas mercadorias, pelos documentos de transporte, por um aviso dado ao comprador, ou por qualquer outro meio.”

O dispositivo refere-se aos contratos de compra e venda em que a obrigação de providenciar o meio de transporte das mercadorias compete ao vendedor, como sucede na maior parte das relações internacionais de troca. Na primeira parte do artigo, o risco será transferido ao comprador quando as mercadorias forem remetidas¹⁷ ao primeiro dos transportadores. Presume-se que o comprador encontra-se em posição mais favorável para inspecionar as mercadorias que tiverem sido deterioradas enquanto foram transportadas, bem como para requerer indenização por perdas e danos do transportador ou da companhia seguradora. A responsabilidade do vendedor termina quando o primeiro transportador toma posse dos bens. É indispensável, assim, que o transportador seja uma terceira pessoa, que não se confunde com os sujeitos contratuais. Se o vendedor utilizar o seu próprio meio de transporte, não há incidência da regra da primeira parte do art. 67 (1), mas sim, como será visto adiante, aplica-se a norma do artigo 69¹⁸.

¹⁷ Conforme apontado acima, a Convenção não regulamenta a transmissão do risco utilizando a entrega da mercadoria como referência. Em sua versão na língua inglesa, o momento da transmissão do risco (primeira parte do art 67) ocorre quando as mercadorias são “handed over to the first carrier”; na versão espanhola, “se pongan en poder”; na versão francesa a tradução é “remise de marchandises”; na versão alemã, “ubergeben”.

¹⁸ Schlechtriem afirma que a transmissão de risco nos contratos de compra e venda que envolvam transporte das mercadorias dependerá da estrutura legal da empresa do vendedor. Se as mercadorias forem transportadas por uma empresa subsidiária da empresa do vendedor, com personalidade jurídica própria, aplica-se o art. 67; se for utilizada uma empresa que seja uma unidade pertencente à estrutura legal da empresa do vendedor, aplica-se o art. 69. SCHLECHTRIEM,

¹⁵ No Draft de 1978, as regras alusivas à transmissão de risco situavam-se no artigo 78 ao 82, ao fim das disposições concernentes à compra e venda.

¹⁶ GOODFRIEND, Allan. After the damage is done: risk of loss under the United Nations Convention on Contracts for Sale of Goods, publicado em *Columbia Journal of Transnational Law*.

Quando o vendedor estiver obrigado a colocar as mercadorias em poder de um transportador em um lugar determinado, o risco será transmitido ao comprador no momento em que as mercadorias forem transportadas para esse local. Só haverá incidência da regra prevista na segunda parte do art. 67 se o vendedor, com os seus próprios meios de transporte, conduzir as mercadorias até o transportador no lugar determinado. Se o vendedor contratar um transportador para que este remeta as mercadorias ao segundo transportador que, só então, as levará ao lugar determinado, Honnold¹⁹ afirma que se aplica a primeira parte do art. 67²⁰. A rigor, a regra determinada no artigo 67 diz respeito a um único momento em que o risco é transmitido ao comprador: a remessa das mercadorias ao primeiro transportador. A solução proposta pela Convenção adapta-se aos contratos de compra e venda internacional contemporâneos que, via de regra, utilizam o chamado transporte multimodal, ou seja, aquele em que várias espécies de meios de transporte são utilizadas.

A posse pelo vendedor dos documentos relativos às mercadorias não tem relevância alguma na transmissão de risco. A retenção dos documentos é uma forma de o alienante assegurar-se do pagamento, não tendo qualquer espécie de consequência prevista nas normas disciplinadoras do risco sob a coisa. A menção a essa prática comercial pelo dispositivo da Lei Uniforme endereça-se, sobretudo, aos sujeitos contratuais oriundos de Estados cujos ordenamentos jurídicos vinculam a propriedade ao risco. De toda maneira, a Convenção sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, na sua Parte Geral, estabelece quais as matérias que regulamenta, excluindo expressamente os efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das mercadorias, salvo disposição em contrário²¹.

Peter. *Uniform Sales Law The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Viena, 1986. p. 88. Para efeito de caracterização de empresa, integrando ou não o mesmo grupo econômico, tendo em vista o disposto no art. 4 da Convenção, aplica-se o disposto no direito interno.

¹⁹ Op. cit., p. 374

²⁰ Em sentido contrário, NICHOLAS apud BIANÇA, BONELL, op. cit., p. 467.

²¹ Art. 4º:

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

A “clara identificação” das mercadorias a que se refere o parágrafo segundo do art. 67 é indispensável para efeito da transmissão do risco. A identificação do bem pode ser feita de forma diversa, com os exemplos elencados, quais sejam, pela aposição de um sinal distintivo, com os documentos de transporte, por aviso dado ao adquirente ou por qualquer outro meio. A Convenção, em seu art. 32 (1)²², utiliza o conceito de identificação sob o mesmo prisma, isto é, “para os fins do contrato”, dispondo a lei algumas formas: sinais, documentos, ou, novamente, por qualquer outro meio. O fundamento jurídico da regra do parágrafo segundo do art. 67 é assegurar que o vendedor, diante de uma eventual deterioração ou perda da mercadoria, não possa alegar que o bem danificado não era aquele que o comprador havia adquirido²³. Qualquer identificação que se adapte a esse fim será reconhecida pela norma. Outra era a orientação adotada quando do Projeto da Convenção da ONU, onde o então art. 79 (que deu origem ao atual art. 67) estipulava normas rígidas de identificação das mercadorias²⁴. O aviso ao comprador somente é necessário quando tiver por objetivo suprir a finalidade de identificar as mercadorias; caso contrário, é dispensável.

A fungibilidade das mercadorias objeto do contrato de compra e venda internacional não afasta a incidência das normas da Convenção, nos termos do seu art. 2º. Assim sendo, se determinado navio transporta petróleo para vários compradores, naturalmente não há identificação da mercadoria nessas circunstâncias. Usualmente ocorre a identificação por meio da quantidade, que só será efetiva quando do descarregamento. O contrato pode estabelecer que o risco distribui-se proporcionalmente entre os vários compradores, acordo que a

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

b) aos efeitos que a propriedade pode ter sobre as mercadorias vendidas.

²² Art. 32:

1. Se o vendedor, em conformidade com o contrato ou com a presente Convenção, remeter as mercadorias a um transportador e se as mercadorias não estiverem claramente identificadas para os fins do contrato, pela aposição de um sinal distintivo nas mercadorias, por documentos de transporte ou por qualquer outro meio, o vendedor deve avisar o comprador da expedição, designando de forma especificada as mercadorias.

²³ Compartilham o mesmo entendimento HONNOLD, op. cit., p. 464, e NICHOLAS apud Bianca/Bonell, op. cit., p. 494.

²⁴ HONNOLD. *Documentary History*, p. 623.

Convenção reconhece como válido. As partes e, nesse caso, sobretudo o comprador não devem-se sentir forçados a concordar em dividir o risco, a menos que as conseqüências estejam bem definidas no contrato.

O artigo 69 disciplina os casos não compreendidos nos artigos 67 e 68. Como este último refere-se a uma situação específica, a venda de mercadorias em trânsito, aquelas situações não-regulamentadas pelo art. 67 necessariamente o serão pelo artigo 69, que consiste em um dispositivo residual. Assim sendo, a leitura desses dois dispositivos deve ser feita em conjunto.

“Artigo 69

1. Nos casos não abrangidos pelos artigos 67 e 68, o risco transfere-se para o comprador quando ele tomar conta das mercadorias ou, se não o fizer na altura devida, a partir do momento em que as mercadorias são postas à sua disposição e em que ele comete uma violação do contrato não aceitando a entrega.

2. Contudo, se o comprador estiver obrigado a tomar conta das mercadorias noutro lugar que não um estabelecimento do vendedor, o risco transfere-se quando a entrega se tiver de efetuar e o comprador souber que as mercadorias estão postas à sua disposição nesse lugar.

3. Se o contrato recair sobre mercadorias ainda não individualizadas, não se considera que estas tenham sido colocadas à disposição do comprador até que sejam claramente identificadas.”

Como assinalado *supra*, a norma estabelecida no art. 67 sobre transmissão de risco só incide quando o vendedor remeter as mercadorias a um terceiro, que não se confunde com os sujeitos contratuais. Deve tratar-se de um transportador, isto é, a parte que, em um contrato de transporte, tem a atribuição de transportar o bem. Quando o transporte das mercadorias ficar a cargo do próprio vendedor, arcará ele com o risco enquanto o comprador não tomar conta do bem. Nessa situação, é razoável que assim seja já que, presumivelmente, o preço refletirá o custo do transporte e o custo do seguro durante o percurso²⁵. Há ainda a situação, não prevista pelo artigo 67, de ir o comprador em busca das mercadorias, sem que estas tenham sido transportadas nem pelo vendedor, nem por transportador algum.

²⁵ *Ibidem*, p. 460.

O princípio geral regulador da matéria atribui o risco à parte que melhor pode conservar as mercadorias²⁶. Assim sendo, quando o adquirente receber as mercadorias no próprio estabelecimento do alienante, será este o momento da transmissão do risco sob a coisa, segundo o parágrafo primeiro do artigo 69. O parágrafo primeiro, em sua segunda parte, estabelece que, na hipótese de não ter o comprador aceito as mercadorias no tempo devido, o risco transmite-se quando as mercadorias tiverem sido colocadas à sua disposição. Nessa situação, o momento determinador da transferência do risco sob a coisa será aquele referente à violação contratual do adquirente em receber o bem. Caso o contrato tenha determinado um prazo para o recebimento, o descumprimento ocorre quando do termo deste prazo. Se, porém, o contrato não tiver estabelecido prazo algum, a violação contratual ocorre depois de um período razoável após o adquirente ter ciência da disponibilidade das mercadorias. Suponhamos que uma cláusula do contrato estabeleça que, após um determinado período de tempo, a partir de quando as mercadorias estiverem prontas, estas devam ser retiradas pelo comprador. Nessa situação, é preciso que haja uma notificação pelo vendedor dando ciência ao adquirente que as mercadorias já estão perfeitas. Em caso de perda das mercadorias por incêndio, a verificação se houve alguma espécie de aviso pelo vendedor é indispensável. Transcorrido o período determinado, o comprador terá incorrido em violação contratual ao não ir buscar o bem. Não tendo havido notificação, o risco permanece com o alienante.

O parágrafo segundo do artigo 69, por outro lado, determina que o risco transmite-se ao adquirente quando as mercadorias forem colocadas à sua disposição, em lugar distinto do estabelecimento do vendedor, desde que esteja o comprador ciente da disponibilidade do bem²⁷. O risco transmite-se a partir do momento em que o comprador deve receber as mercadorias, isto é, não será o seu eventual descumprimento o elemento caracterizador. Tal descumprimento é absolutamente irrelevante, sendo o momento fundamental aquele concernente à disponibilidade do bem. Trata-se de situação

²⁶ HONNOLD J. *Risk of Loss em Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University International Sales*. Ed. Nina M. Galston e Hans Smit, 1984. p. 8-13.

²⁷ Não havia disposição semelhante na Convenção de Haia, a Lei Uniforme sobre Compra e Venda Internacional de Bens Móveis Corpóreos, que precedeu a Convenção de Viena de 1980.

distinta do parágrafo anterior, pois nesta hipótese não há necessariamente violação contratual. Há que haver, sim, o recebimento das mercadorias pelo comprador em lugar distinto do estabelecimento do vendedor. Essa prática comercial encontra-se prevista no *Incoterm* “DELIVERED EX SHIP”, por exemplo. A exigência da ciência por parte do comprador da disponibilidade do bem significa que deve este ter efetivamente recebido a notificação enviada pelo vendedor. É uma exceção à regra consagrada no artigo 27 da Convenção, que determina que as comunicações produzem efeitos quando são enviadas. Para que se dê a transmissão de risco ao comprador nos termos do dispositivo em questão, é indispensável que as mercadorias estejam claramente identificadas no contrato; de outra forma, “... não se considera que estas tenham sido colocadas à disposição do comprador”.

Em 1992, a Câmara de Comércio Internacional atuou como árbitro em um caso entre um comprador búlgaro e um vendedor austríaco. Os sujeitos contratuais adotaram o termo “DAF” (DELIVERED AT FRONTIER) relativo à entrega da mercadoria na fronteira austro-húngara, bem como estabeleceram que o pagamento do preço seria por crédito. Diante da não-abertura do crédito na data apazada, tampouco no período de tempo adicional concedido pelo vendedor ao comprador, o alienante depositou as mercadorias em um determinado armazém e acionou a parte contrária, requerendo o pagamento do principal e indenização por perdas e danos. O tribunal entendeu pela indenização devida ao vendedor bem como pelo reembolso ao mesmo pelas despesas efetuadas com o depósito. Entendeu, outrossim, que não deveria o comprador arcar com o ônus dos danos sofridos pela coisa, por conta da prolongada manutenção no depósito, uma vez que o risco não havia sido transmitido, nos termos do artigo 69. O comprador, em momento algum, tomou conta das mercadorias, nem ficaram estas à sua disposição²⁸.

“Artigo 68

Se as mercadorias forem vendidas em trânsito, o risco transfere-se para o comprador a partir do momento da conclusão do contrato. Contudo, se as circunstâncias assim o implicarem, o risco fica a cargo do comprador a partir do

momento em que as mercadorias forem remetidas ao transportador que emitiu os documentos que constata o contrato de transporte. No entanto, se, no momento da conclusão do contrato de compra e venda, o vendedor sabia ou deveria saber que as mercadorias tinham perecido ou se tinham deteriorado e disso não informou o comprador, a perda ou deterioração fica a cargo do vendedor.”

O artigo 68 refere-se às mercadorias vendidas em trânsito. No projeto inicial, não havia disposição similar à primeira sentença²⁹, tendo sido tal solução adotada após acirrada discussão. Argumentava-se, no Primeiro Encontro da Conferência de 1980, que a assunção retroativa do risco pelo comprador antes mesmo da perfeição do contrato prejudicaria os adquirentes oriundos dos países em desenvolvimento, por serem oriundos destes países os mais freqüentes compradores das mercadorias em trânsito. Outros entendiam que o projeto da UNCITRAL, aprovado na Conferência anterior datada de 1978, em que o risco era transmitido a partir de quando as mercadorias estivessem em poder do transportador, baseava-se em prática comercial cujo objetivo era evitar controvérsias diante de dano sofrido em trânsito pelo bem³⁰. O grupo liderado pelo Paquistão foi vencedor, tendo apresentado um projeto devidamente aprovado pelos dois terços necessários. Esse projeto deu origem ao artigo 68 que estabelece, como regra geral disciplinadora do risco em se tratando de mercadorias vendidas em trânsito, que a transmissão do risco ocorre no momento da celebração do contrato.

Nos contratos em que são as mercadorias vendidas em trânsito, isto é, enquanto estão sendo transportadas, e chegando estas ao seu destino já danificadas, o princípio geral relativo ao risco preceitua que este é transmitido no momento da conclusão do contrato. A venda das mercadorias em trânsito tem por base os documentos de transporte que não precisam, necessariamente, ser os documentos de titularidade do bem. O meio de transporte escolhido

²⁹ Artigo 80 do Projeto (“Draft”) da UNCITRAL de 1978: “o risco é assumido pelo comprador a partir do momento em que as mercadorias são remetidas ao transportador...”. É uma disposição semelhante ao início da segunda parte do artigo 68, que tem acrescida a expressão “se as circunstâncias o implicarem”.

³⁰ ENDERLEIN, F., MASKOW, D. *International Sales Law*. New York : Oceana Publications, 1992. p. 270.

²⁸ Caso citado em BERNSTEIN, H., e LOOKOFSKY, J. *Understanding the Cisg in Europe*. Kluwer Law International, 1997. p. 79.

é irrelevante. Se a deterioração das mercadorias ocorrer por conta de um evento específico, como um incêndio ou determinada tempestade, a aplicação da norma não apresenta dificuldade. Entretanto, será tal regra de difícil aplicação prática se a avaria sofrida pelas mercadorias ocorrer por conta de nenhum evento particularmente identificável, como ocorre na maior parte dos casos. Determinar o exato momento, durante o trajeto, da deterioração é tarefa quase impossível, nessa situação. A fim de evitar esse problema, as partes devem expressamente acordar na definição do momento em que o risco será transmitido, seja no início do trânsito das mercadorias, seja ao final. O artigo 60³¹ da Convenção será aplicável, mediante a exclusão expressa pelas partes da aplicação da norma do artigo 68.

Em conformidade com o disposto no artigo 36 – 1, o vendedor é responsável por qualquer falta de conformidade das mercadorias no momento da transferência do risco. Na hipótese em questão, será, pois, de responsabilidade do vendedor que as mercadorias estejam conformes ao contrato no momento da perfeição do mesmo. Deteriorando-se os bens em momento anterior à conclusão do contrato, responderá o alienante pela deterioração ou pela perda. Estará, porém, o vendedor exonerado da responsabilidade pelas perdas e danos se a avaria nas mercadorias for consequência de acontecimento alheio à sua vontade, nos precisos termos do preceituado no artigo 79. Quando da conclusão do contrato, a sua eventual ciência do dano sofrido pelo bem seguida da sua omissão em comunicar o comprador torna o vendedor o responsável pela perda ou deterioração da mercadoria.

Nos termos da segunda parte do dispositivo, a partir de quando as mercadorias forem remetidas ao transportador, o risco será excepcionalmente transmitido “se as circunstâncias assim o implicarem”. A Lei Uniforme de Viena não esclarece, no entanto, quais são essas circunstâncias. A falta de clareza reflete a divergência das posturas das delegações que participaram da discussão acerca do texto do artigo 68. Honnold³² exemplifica com um contrato de compra e venda consumado por meio da

³¹ Artigo 6:

As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos.

³² op. cit., p. 372.2.

transferência ao comprador dos documentos padrões de entrega, inclusive uma apólice de seguro pagável à ordem do assegurado e endossada pelo intermediador (assegurado) ao comprador. Afirma o autor que seria difícil encontrar indicação mais clara da circunstância de ter havido a transferência do risco para o comprador, circunstância essa explicitada no endosso da apólice de seguro em benefício dele, comprador. Não é, portanto, necessária a concordância expressa para caracterização das “circunstâncias” expressas na Lei Uniforme.

Conforme apontado *supra* a propósito do estudo do dispositivo 66, as normas pertinentes à obrigação principal de cada um dos sujeitos contratuais vinculam-se estreitamente às regras concernentes à transmissão de risco. O artigo 70 dispõe:

“Se o vendedor cometeu uma violação fundamental do contrato, as disposições dos artigos 67, 68 e 69 não prejudicam o recurso aos meios de que o comprador dispõe em virtude daquela violação contratual.”

Impõe-se, de início, verificar a definição de violação fundamental, nos termos do preceituado na Convenção das Nações Unidas. O artigo 25 reza que a violação contratual cometida por um dos sujeitos é fundamental quando cause ao outro um prejuízo tal que o prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato. O artigo 46 preceitua que, diante de mercadorias não-conformes ao contrato, o comprador pode exigir a entrega de mercadorias em substituição, se a falta de conformidade constituir uma violação fundamental cometida pelo vendedor, dispondo a seguir sobre o momento da denúncia da falta de conformidade. A violação fundamental enseja, outrossim, a resolução do contrato pela parte prejudicada, nos termos do disposto no artigo 49 (1) (a)³³.

O dispositivo final atinente ao Capítulo da Transmissão de Risco estabelece, fundamentalmente, que o comprador não pode ficar privado de exercer os seus direitos quando o vendedor cometer uma violação fundamental no momento da transmissão do risco. Os efeitos advindos para o comprador do cometimento da violação fundamental pela outra parte, quais

³³ Art. 49(1) (a) (1): O comprador pode declarar o contrato resolvido:

(a) se a inexecução pelo vendedor de qualquer uma das obrigações que resultam para ele do contrato ou da presente Convenção constituir uma violação fundamental do contrato;

sejam a resolução do contrato e a exigência que o alienante entregue mercadorias substitutivas, surtem resultado ainda que as mercadorias tenham-se perdido ou deteriorado quando foram transportadas³⁴. Dessa forma, a entrega das mercadorias ao transportador não produz o efeito jurídico de transferir o risco ao comprador, pois a falta cometida pelo vendedor torna o ato da entrega um ato imperfeito, inapto a provocar o efeito mencionado. A declaração da resolução do contrato pelo comprador deve ocorrer dentro de um prazo razoável, nos termos do artigo 49 (2) (b), isto é, “prontamente após a chegada das mercadorias” segundo entendimento do Professor Honnold³⁵.

Diante da deterioração, ocorrida em trânsito, das mercadorias já defeituosas, o comprador conserva o seu direito de resolver o contrato. Por outro lado, diante de uma falta do vendedor que, nos termos do artigo 25, não se qualifica como “violação fundamental”, e ocorrendo deterioração das mercadorias por conta, por exemplo, de determinada tempestade, não há incidência do artigo 70. Aplicar-se-á a regra geral do artigo 67 (1), ou, se for o caso, a norma contida no artigo 68, ou ainda a norma residual prevista no artigo 69. Logo, se a violação pelo vendedor não for suficientemente séria para justificar uma resolução contratual pelo comprador, esta violação não torna o alienante responsável pela deterioração ocorrida com a mercadoria durante o seu transporte, deterioração que ocorreu após a transmissão do risco ao comprador.

2. Os *incoterms*

As disposições da Convenção acerca da transferência de risco podem ser derogadas pelas partes, como quaisquer das suas normas, em face do princípio da autonomia da vontade disposta no preceito que se segue:

Art. 6. As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos.

Tal dispositivo permite tanto a exclusão de preceitos determinados pelas partes como a

exclusão do inteiro teor do texto da Convenção, consagrando o caráter dispositivo da Lei Uniforme. Especial relevância adquire a incidência desse princípio no assunto em questão, pela frequência com que essa derrogação ocorre. O afastamento das regras sobre transferência de risco tem lugar em função da utilização pelas partes dos chamados termos comerciais internacionais – *Incoterms* – (abreviação da expressão “International Commercial Terms”) elaborados pela Câmara de Comércio Internacional.

Os *Incoterms* consistem em cláusulas comerciais que estabelecem obrigações para o comprador e o vendedor, determinando regras internacionais para interpretação dos termos comerciais. Fundamentam-se nas mais usuais práticas comerciais e nos princípios gerais de Direito Internacional. A Câmara do Comércio Internacional elaborou os primeiros *Incoterms* no ano de 1936. Desde então, vem adequando os termos comerciais às circunstâncias temporais relativas ao comércio internacional, por meio de uma constante atualização, tendo publicado novas versões nos anos de 1953, 1967, 1976, 1980 e a versão atual, cujo início de vigência se deu em 1º de julho de 1990³⁶. A revisão dos *Incoterms*, por meio das suas constantes revisões, não implica nulidade das versões anteriores, sendo lícito às partes utilizar um termo pretérito. Nessa hipótese, tal opção deverá expressamente constar no contrato, não sendo, entretanto, uma conduta conveniente.

Os *Incoterms* tratam do momento da transmissão do risco em havendo perda ou deterioração das mercadorias, aludindo também ao lugar da entrega dessas mercadorias, à obrigação de contratar seguros, de contratar transporte, ao pagamento desse transporte, bem como ao pagamento da carga e descarga das mercadorias. Referem-se, ainda, às questões relativas aos impostos de importação e exportação, a quem compete providenciar os trâmites legais e a quem cabe a obrigação do pagamento dos impostos. A Câmara de Comércio Internacional, por meio dos *Incoterms*, disciplina, assim, algumas das questões tratadas na transferência de risco mais pormenorizadamente

³⁴ A mesma solução é adotada na lei interna norte-americana, o “Uniform Commercial Code”, na Seção 2-510, concernente à resolução contratual, mantendo-se com o vendedor o risco sob a coisa.

³⁵ op. cit., p. 477.

³⁶ Pode-se adquirir os textos dos *Incoterms* por meio de solicitação à ICC Publishing Corporation, 156 Fifth Avenue, New York, N.Y., EUA, Zip Code 10010 ou ICC Publishing S.A. 38, Cours Albert 1^{er}. 75008-Paris, França.

do que o faz a Convenção da ONU. A Lei Uniforme regulamenta essas questões de forma mais generalizada, não apresentando, por exemplo, soluções para a questão relativa à responsabilidade pelas licenças de exportação³⁷. Tal generalidade justifica-se em função da pré-existência dos *Incoterms* quando da redação da Convenção. A utilização dos termos internacionais de comércio pelos sujeitos contratuais não significa, pois, a adoção de soluções divergentes daquelas apresentadas pela Convenção. Os textos se completam.

A Introdução aos *Incoterms* é composta de vinte e duas “partes”, divididas em distintos subtítulos. O primeiro refere-se ao propósito dos termos comerciais; o segundo consiste em nota explicativa alusiva à versão de 1990. O penúltimo tema tratado no texto introdutório intitula-se “Transferência dos riscos e dos custos relativos à mercadoria”. Segue, abaixo, a sua transcrição em idioma francês³⁸:

Transfert des risques et des coûts relatifs à la marchandise

21. Le risque de perte ou de dommage des marchandises et l'obligation lâcquitter les coûts relatifs aux marchandises, passe du vendeur à lâcheteur lorsque le vendeur s'est acquitté de son obligation de livrer des marchandises. Comme lâcheteur ne doit pas avoir la possibilité de retarder ce transfert des risques et des coûts, tous les termes stipulent que le transfert des risques et des coûts peut précéder la livraison si lâcheteur ne prend pas livraison des marchandises comme convenu ou ne donne pas les instructions (en matière de délai d'expédition et/ou de lieu de livraison) nécessaires au vendeur pour lui permettre de lâcquitter de l'obligation de livrer. Une condition d'un tel transfert prématuré des risques et des coûts est que les marchandises aient été individualisées comme étant destinées à lâcheteur ou, comme le stipulent les termes, mises à part à son intention. Cette exigence est particulièrement importante dans les cas de EXW puisque selon tous les autres termes les marchandises auraient normalement été individualisées à

l'intention de lâcheteur quand les mesures ont été prises pour leur expédition ou envoi (termes << F >> et << C >>) ou leur livraison à destination (termes << D >>). Cependant, dans des cas exceptionnelles, les marchandises ont pu être expédiées en vrac par le vendeur, sans individualiser la quantité destinée à chaque acheteur; dans ce cas il n'y a pas de transfert des risques et des coûts avant que les marchandises aient été identifiées comme il est dit ci-dessus (voir aussi lârt. 69.3 de la Convention des Nations Unies, de 1980, sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises).

A atual versão dos *Incoterms* é composta por treze termos comerciais, agrupados em quatro categorias. Na primeira, Grupo E (*Ex-Works*), o vendedor deve ter a mercadoria à disposição do comprador em seu próprio estabelecimento, sendo, portanto, menos oneroso para o primeiro. No Grupo F (*Free carrier; Free alongside ship e Free on board*), o transporte principal é pago pelo comprador, isto é, remete o vendedor a mercadoria a um transportador designado por aquele. No Grupo C (*Cost and freight; Cost, insurance and freight; Carriage paid to e Carriage and insurance paid to*), compete o transporte ao vendedor até o local de destino estabelecido ou, eventualmente, até a entrega do bem ao primeiro dos transportadores subsequentes (v.g. CPT). Em havendo perda ou dano à mercadoria devido a eventos ocorridos após o carregamento ou a entrega, será este assumido pelo comprador. Finalmente, na última categoria, Grupo D (*Delivered at frontier; Delivered ex ship; Delivered ex quay; Delivery duty unpaid e Delivery duty paid*), todos os custos e riscos necessários para levar a mercadoria ao país de destino são arcados pelo vendedor.

Segue abaixo uma nossa adaptação do “Mapa Rodoviário” dos *Incoterms*, elaborado originariamente pelo Professor Albert Kritzer³⁹. O “Mapa” transcrito *infra* enfoca, fundamentalmente, o tema da transferência de risco, não pretendendo esgotar todas as questões envolvendo os termos comerciais criados pela CCI.

³⁷ KRITZER. *Guide*, p.17

³⁸ *Incoterms*, ICC Publishing S.A., publié en avril 1990, Paris, France.

³⁹ KRITZER, Albert. *International Contract Manual, International Sales Law Reporter, Guides to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

Elementos típicos do transporte de exportação e das responsabilidades regulamentadas pelos *Incoterms*

- | | |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Carregamento no veículo 2. Transporte terrestre doméstico (incluindo a entrega) 3. Descarregamento do caminhão 4. Serviço de utilização do cais (se não incluída taxa marítima) 5. Estiva (se não incluída na taxa marítima) 6. Serviço de utilização de chata 7. Custos do carregamento da embarcação | <ol style="list-style-type: none"> 8. Transporte marítimo + Sobretaxas (Relativos a Abastecimento, Moeda Corrente, Congestão Portuária) 9. Tarifas futuras 10. Custos de descarregamento da embarcação 11. Seguro marítimo internacional 12. Seguro de risco de guerra 13. Taxas consulares 14. Impostos de importação 15. Procedimentos alfandegários 16. Transporte terrestre estrangeiro |
|---|--|

<i>Incoterms</i>	Meio de Transporte	Responsabilidades
<p>GRUPO E CONTRATO DE PARTIDA</p> <p>EX-WORKS – na Fábrica (entrega no estabelecimento do vendedor) Código internacional: EXW</p>	<p>Qualquer</p>	<p>Licença p/ exportação</p> <p>Item 1 ao 16 – Comprador</p>
<p><i>Momento da transmissão do risco:</i> quando a mercadoria localiza-se à disposição do comprador sob a tutela do vendedor. Todos os riscos pertinentes à retirada e ao carregamento da mercadoria são assumidos pelo adquirente.</p>		
<p>GRUPO F GRUPO DE EMBARQUE TRANSPORTE PRINCIPAL NÃO-QUITADO</p> <p>FREE CARRIER – Livre Transportador Cód. Internacional: FCA</p>	<p>Qualquer (inclusive o multimodal)</p>	<p>Licença p/ exportação e entrega ao transportador no lugar determinado – Vendedor</p> <p>Responsabilidades remanescentes – Comprador</p>
<p><i>Momento da transmissão do risco:</i> quando a mercadoria está sob a custódia do transportador, em um lugar determinado. Esse termo consiste em uma das inovações da atual versão dos <i>Incoterms</i>, tendo suprimido os extintos FOR/FOT (Free on rail/Free on truck) e o FOA (Free on airport).</p>		

<i>Incoterms</i>	Meio de Transporte	Responsabilidades
FREE ALONGSIDE SHIP – Ao Longo do Navio (comprador é responsável pela licença de exportação) Cód. Internacional: FAS	Marítimo ou de Cabotagem	1 ao 6 – Vendedor Licença de Exportação, 7 ao 16 – Comprador

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria localiza-se no porto de embarque indicado, ao longo do costado do navio. A partir de então, todos os custos e riscos serão por conta do comprador. O comprador providencia os documentos necessários à exportação ou solicita ao vendedor que o faça, reembolsando-o em momento posterior.

FREE ON BOARD – Livre a Bordo Cód. Internacional: FOB	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de Exportação 1 ao 7 – Vendedor 8 ao 16 – Comprador
--	-----------------------------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria estiver devidamente embarcada, sendo indispensável ter ultrapassado a amurada do navio. É uma das modalidades de venda mais freqüentemente utilizadas na compra e venda internacional.

GRUPO C
GRUPO DE EMBARQUE
TRANSPORTE PRINCIPAL QUITADO

COST AND FREIGHT – Custo e Frete (porto de destino designado) Cód. Internacional: CFR	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de Exportação 1 ao 10 (a) – Vendedor 10(b) até 16 – Comprador
--	-----------------------------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue a bordo do navio, sendo, também aqui, indispensável ter cruzado a sua amurada. O vendedor é responsável pelos trâmites referentes à exportação, ao contrário do termo FOB. Não é permitido o fracionamento do preço CFR, sendo este indivisível.

COST, INSURANCE AND FREIGHT – Custo, Seguro e Frete (porto de destino designado) Cód. Internacional: CIF	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de Exportação 1 – 10 (a), 11 – Vendedor 10(b), 12 ao 16 – Comprador
---	-----------------------------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue a bordo do navio, sendo, uma vez mais, indispensável ter cruzado a sua amurada. Há, no entanto, autores que entendem que a obrigação do vendedor se esgota com a entrega ao comprador dos documentos relativos à mercadoria. A única característica distintiva do termo anterior é ser o vendedor, na venda CIF, o responsável pelo seguro marítimo internacional, com cobertura mínima, além daquelas obrigações elencadas no termo CFR.

<i>Incoterms</i>	Meio de Transporte	Responsabilidades
CARRIAGE PAID TO – Transporte Pago até Cód. Internacional: CPT	Qualquer (sobretudo o multimodal)	Licença de Exportação e alcance ao lugar pré-acordado – vendedor Responsabilidades remanescentes – comprador

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue no destino avençado, normalmente a um transportador, ou ao primeiro deles, em havendo mais de um.

CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO – Transporte e Seguro Pagos Cód. Internacional: CIP	Qualquer	Licença de exportação, alcance ao lugar pré- acordado e seguro – vendedor Responsabilidades remanescentes – comprador
--	----------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue ao destino avençado para carregamento, nos termos do termo anterior. O vendedor na venda CIP tem a obrigação adicional de providenciar o seguro, com cobertura mínima, contra o risco de perdas ou danos em favor do comprador.

GRUPO D
CONTRATO DE CHEGADA

DELIVERED AT FRONTIER – Entregue na Fronteira Cód. Internacional: DAF	Principalmente transporte ferroviário	Licença de exportação e entrega na fronteira – vendedor Licença de importação e responsabilidades remanescentes – comprador
---	--	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue na fronteira, no lugar estabelecido, já desembaraçada para exportação. O local, prévia e precisamente definido, deve situar-se antes da divisa aduaneira do país de destino, ou de eventual país vizinho, cujo trânsito compõe o trajeto da mercadoria.

<i>Incoterms</i>	Meio de Transporte	Responsabilidades
DELIVERDEX SHIP – Entregue a Partir do Navio (porto de embarque pré-estabelecido) Cód. Internacional: DES	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de exportação 1 a 9, 11, 12 – vendedor Licença de importação e 10, 13 a 16 – comprador

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria encontrar-se à disposição do comprador a bordo do navio, no porto de destino convencionado. Até este momento, compete ao vendedor os custos e os riscos sob a mercadoria, cujo desembaraço para a importação é de responsabilidade do comprador.

DELIVERDEX QUAY – Entregue a Partir do Cais (porto de destino pré-estabelecido) Cód. Internacional: DEQ	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de exportação, licença de importação, 1 a 15 – vendedor 16 – comprador
--	-----------------------------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria encontrar-se à disposição do comprador no atracador, isto é, no cais do porto do destino convencionado. Se os sujeitos contratuais convencionarem que a responsabilidade pelo desembaraço relativo à importação compete ao comprador, a expressão “direitos pagos” (*duty paid*) deve ser substituída por “direitos não pagos” (*duty unpaid*).

DELIVERY DUTY UNPAID – Entregues Direitos Não-Pagos Cód. Internacional: DDU	Qualquer	Licença de exportação, licença importação, de 1 a 12, 16 – vendedor 13 a 15 – comprador
---	----------	--

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria encontrar-se à disposição do comprador, no lugar estabelecido, já no país de importação.

DELIVERY DUTY PAID – Entregues Direitos Pagos Cód. Internacional: DDP	Qualquer	Licença de exportação, licença de importação, e de 1 a 16 – vendedor
---	----------	--

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria encontrar-se à disposição do comprador, no lugar estabelecido, já no país de importação. Nesse termo, conforme apontado, as responsabilidades serão todas por conta do vendedor, ao contrário da compra EXW.

Quando da utilização de um *Incoterm* no contrato de compra e venda internacional, é prudente que haja uma cláusula expressa indicando o termo adotado. Podem as partes, igualmente, acordar no sentido de utilizarem os *Incoterms* como uso internacional, incidindo o artigo 9.1 da Convenção. A aplicação tácita de qualquer uso que as partes têm ou devam ter ciência, conhecido em grande escala no comércio internacional e regularmente observado pelas partes em contratos semelhantes, nos termos do artigo 9.2⁴⁰, também fará incidir os *Incoterms*, embora não seja recomendável.

⁴⁰ Art. 9.2 da Convenção: (...)

(2) Salvo convenção em contrário das partes, entende-se que estas consideraram tacitamente aplicáveis

3. Preceitos nacionais

O ordenamento jurídico brasileiro exige a tradição em se tratando de bens móveis⁴¹, para efeito de transferência da propriedade. A tradição consiste na entrega da coisa e tem por escopo a transferência de domínio ou de outros direitos reais. A aquisição do direito pelo credor subordina-se à entrega da coisa pelo devedor, como ocorre no contrato de compra e venda de mercadorias. O contrato não transfere o domínio da coisa⁴², norma expressa no artigo 620 do Código Civil Brasileiro, doravante denominado CC. O sistema jurídico francês, tendo em vista o disposto nos artigos 711 e 1583 do seu Código Civil, disciplina a transferência de domínio de modo diverso, pois esta ocorre com o simples acordo entre as partes. A obrigação de dar cuja obrigação é a entrega da coisa, no direito brasileiro, consiste em duas espécies distintas⁴³. A primeira refere-se à obrigação de dar coisa certa (CC art. 863 a 873) e a outra é aquela referente à obrigação de dar coisa incerta (CC, arts. 874 a 877).

A obrigação de dar coisa certa é aquela que, tendo por objeto mediato uma coisa, é esta determinada desde o início da relação obrigacional. A liberação do devedor somente ocorre com a entrega daquela coisa previamente definida. O dispositivo 995 e seguintes do CC regulamentam a dação em pagamento, instituto jurídico que permite a exoneração da parte

ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tinham ou deversem ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.

⁴¹ A transferência da propriedade do bem imóvel opera-se mediante a transcrição do título aquisitivo no Registro Geral de Imóveis, CC, art. 530 e art. 860, parágrafo único. O presente trabalho tem por objeto o estudo da transmissão do risco sob a coisa móvel. Assim sendo, não será discutido qualquer aspecto relativo à propriedade imóvel.

⁴² Há duas exceções legais a esse princípio, que se encontram no Decreto-Lei n° 3.545/41 referente à compra e venda de títulos da dívida pública da União, dos Estados e dos Municípios e no Decreto-Lei n° 911/69, referente à alienação fiduciária. No primeiro, o art. 8° reza que a celebração do contrato transfere imediatamente ao comprador a propriedade do título. O segundo determina que a transferência da propriedade na alienação fiduciária independe de tradição. Nesse sentido, MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1982. v. 5, p. 78.

⁴³ A obrigação de restituir consiste apenas em uma devolução, uma vez que é precedida por uma cessão de posse da coisa ao devedor. Não se trata de transferência de propriedade, não havendo tradição.

devedora mediante a entrega de coisa diversa. É indispensável, na hipótese, a celebração de um novo acordo entre os sujeitos contratuais nesse sentido.

A norma nacional atinente a essa espécie de obrigação, no que diz respeito à deterioração da coisa, prescreve que, se a coisa se perder antes da tradição, não tendo o devedor incorrido em culpa, resolve-se a obrigação para ambos os contratantes. A mesma solução é adotada se, sem culpa do devedor, perde-se a coisa pendente uma condição suspensiva⁴⁴. Se o fato se der por culpa do devedor, deve ele responder pelo equivalente acrescido das perdas e danos. No direito pátrio, as perdas e danos, instituto regulamentado no art. 1059⁴⁵ e seguintes do CC, compreendem o dano emergente, isto é, a perda efetivamente sofrida pelo credor, assim como os lucros cessantes, ou seja, o lucro que deixou de auferir. O artigo 866 determina que, deteriorada a coisa, o credor tem a opção de resolver a obrigação ou aceitar a coisa no estado em que se encontrar, com abatimento no preço. Se o fato se deu por culpa do devedor, poderá o credor pedir, ainda, indenização por perdas e danos, artigo 867.

Na obrigação de dar coisa incerta, o objeto é provisoriamente indeterminado, porém, suscetível de determinação. É uma espécie de relação obrigacional em que a prestação se individualiza em momento posterior, por meio de um ato de escolha. A generalidade original da prestação tem os seus limites na indicação do gênero e da quantidade. Ocorre o adimplemento da obrigação quando o objeto torna-se determinado por meio de um ato jurídico unilateral denominado *concentração*. A partir de então, essa obrigação será regulamentada pelas normas relativas à obrigação de dar coisa certa. Assim sendo, antes do adimplemento, diante da perda ou deterioração da coisa, o devedor não poderá alegar culpa, caso fortuito ou força maior. O princípio *genus nunquam perit* adequa-se à

⁴⁴ CC, art. 865. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes.

Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos.

Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa.

⁴⁵ CC, art. 1059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresse, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

hipótese legal. As partes podem determinar a quem cabe o ato de escolha, permitindo-se a indicação de um terceiro. Não havendo manifestação, a concentração competirá ao devedor, que “não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a dar a coisa melhor”, nos termos do art. 875 *in fine* do CC.

O contrato de compra e venda é disciplinado no Capítulo I, Título V, do Livro III do CC. A norma do artigo 1122 dispõe:

“Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagá-lhe certo preço em dinheiro”.

Doutrinadores nacionais⁴⁶ identificam determinadas características jurídicas nessa espécie de contrato, tais como ser contrato bilateral, oneroso, comutativo, consensual (solene se assim exigir a lei) e, finalmente, translativo do domínio. Foge ao âmbito do presente trabalho o estudo acerca de cada uma dessas características. A coisa, um dos elementos constitutivos do contrato de compra e venda, ao lado do preço e do consentimento, deve ser determinada, ou ao menos, determinável. Uma vez pago o preço, o vendedor tem a obrigação de entregar ao comprador a coisa alienada. A alienação de coisa litigiosa é permitida pelo ordenamento jurídico nacional, tendo em vista a disposição do art. 1117 CC referente à evicção.

O vendedor obriga-se a entregar a coisa ao comprador, transferindo a propriedade do bem. O comprador obriga-se a pagar o preço estipulado pelas partes. Assim sendo, ao direito que tem o vendedor de receber o preço corresponde o seu dever de zelar pelo bem até a sua entrega definitiva; ao direito que tem o comprador de receber a coisa corresponde o seu dever de pagar o preço. A transferência da propriedade, como visto acima, somente ocorre ante a tradição do bem móvel. O ato translativo do domínio, a entrega da coisa, pode, pois, tanto ocorrer simultaneamente com o ato negocial, a própria venda, quanto é possível ser um ato sucedâneo ao outro. O vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço; não se tratando de venda a crédito, prescreve a

norma do Código Civil, art. 1130⁴⁷. Aplica-se à hipótese a disposição prevista no art. 1092⁴⁸, primeira parte, eximindo-se o comprador de pagar o preço. Se o contrato nada dispuser acerca das despesas com a tradição da coisa, estas correrão por conta do vendedor, conforme dispõe o art. 1129.

A regra geral disciplinadora da transmissão de risco concernente às obrigações, no direito pátrio, é aquela prevista no art. 865, *supra* citado. No contrato de compra e venda, incide uma norma especial, disposta como se segue:

“Art. 1127. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

Parágrafo 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar, ou assinalar coisas, que, comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas a disposição do comprador, correrão por conta deste.

Parágrafo 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados.”

No direito brasileiro, em se tratando de contrato de compra e venda, até a tradição, os riscos sob a coisa são por conta do vendedor. Ao contrário da norma geral relativa às obrigações, se, por caso fortuito ou por força maior, a coisa se perder ou se deteriorar antes de ser entregue ao comprador, deve ele restituir o preço se já o tiver recebido. Em tendo havido a transferência do domínio ao comprador, isto é, se após a tradição, a coisa se perder ou se deteriorar por caso fortuito ou por força maior, o comprador deverá pagar o preço. Estando a mercadoria à disposição do comprador, a lei presume ter havido a tradição do bem. O

⁴⁷ Art. 1130. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço.

⁴⁸ Art. 1092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição de seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de fazê-la.

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979. p. 264-265; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1978. v. 3, p. 148; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo : M. Limonad, p. 153, 157-158; LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Freitas Bastos, 1964. p. 257-258.

vendedor transmite o risco ao comprador no momento em que a mercadoria é colocada à disposição do último. A norma nacional destaca a hipótese do caso fortuito no parágrafo único do artigo 1127, visto que, normalmente, a coisa é recebida mediante a conduta do comprador de contá-la, medi-la ou assiná-la. Assim sendo, se o vendedor colocou a coisa à disposição do comprador e, tempos depois, vem este a contá-la, os riscos sob o bem são de sua responsabilidade desde o primeiro momento. A transmissão dos riscos produz o efeito previsto no dispositivo *supra* mencionado, na hipótese do caso fortuito ocorrido no ato de contar, marcar ou assinalar. Os riscos correrão por conta do vendedor, outrossim, se agiu fraudulenta ou negligentemente. A mora do adquirente em receber a coisa o torna responsável pelos riscos sob o bem, quando tiver este sido colocado à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados. A recusa do comprador, para efeito de incidência do disposto no artigo 1127, parágrafo 2º, há de ocorrer diante da entrega oportuna. Se o comprador determinar a expedição da coisa para lugar diverso daquele acordado, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la. Se, porém, o vendedor afastar-se das instruções fornecidas pelo comprador, é dele, vendedor, a responsabilidade pelos riscos da coisa. Quando da deterioração do bem, incide o dispositivo 866. Pode o comprador optar entre aceitar a coisa no estado em que estiver com abatimento no preço ou resolver o contrato. Em havendo culpa do vendedor, o comprador acresce ao pedido a indenização por perdas e danos (art. 867).

4. Conclusão

A Convenção das Nações Unidas sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias dedicou todo o seu Capítulo IV (artigo 66 ao artigo 70) à questão da transferência dos riscos sob a coisa. Com relevante importância prática, esse tema foi considerado um dos mais sérios e difíceis de todo o texto da Convenção, quando dos trabalhos preparatórios, seja em função da diversidade do tratamento jurídico referente a risco, seja em função da própria diversidade conceitual da expressão.

Fundamentalmente, a questão tem como cerne assinalar o exato momento em que o risco de lesão ou destruição das mercadorias objeto do contrato é transferido do vendedor para o comprador, uma vez que as obrigações de ambas

as partes serão diretamente afetadas por tal verificação. Se o risco sob a coisa competir ao comprador, ainda que tenha havido deterioração total das mercadorias, não pode este eximir-se da obrigação de pagar o preço. Sendo o risco por conta do vendedor, não mais é devido o pagamento pelo comprador, como, eventualmente, aquele será o responsável pelos danos em função da não-entrega.

A Lei Uniforme de Viena não utiliza um critério específico ao tratar da transmissão de risco. Como observa Von Hoffman⁴⁹, a classificação feita pela Convenção refere-se a três tipos legais e um quarto, de natureza residual. O primeiro e o segundo encontram-se dispostos no art. 67: o contrato que envolve transporte e o contrato cujo transporte dirige-se a local específico. O preceito seguinte refere-se à compra e venda ocorrida em trânsito (art. 68), dispondo, a seguir, a Lei Uniforme acerca do risco não-abrangido pelos dispositivos anteriores (art. 69).

A solução apresentada naquela situação de ser o vendedor o responsável pelo transporte da mercadoria a um lugar que não tenha sido determinado em muito se assemelha àquela prevista em nosso direito interno. O artigo 1128 do Código Civil, como verificado *supra*, prescreve que, se o comprador determinar a expedição da coisa para lugar diverso daquele acordado, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la. A lei brasileira refere-se a “lugar diverso daquele acordado” enquanto a norma da Convenção alude à circunstância de não estar o vendedor obrigado a entregar as mercadorias a lugar determinado. A responsabilidade do comprador sob os riscos da coisa, em ambas as situações, tem início no mesmo momento: “uma vez entregue a quem haja de transportá-los” e “a partir da remessa das mercadorias ao primeiro dos transportadores”⁵⁰.

⁴⁹ HOFFMAN, Bernd von. *International sale of goods* (Petar Scarcevic and Paul Volken). *Dubrovnik Lectures*. New York : Oceana Publications, 1985. p. 297.

⁵⁰ Disposições semelhantes são encontradas no Código Civil Alemão, o BGB, parágrafo 447; na lei interna norte-americana, o “Uniform Commercial Code”, 2-509; na lei inglesa, o “Sale of Goods Act”, de 1979, parágrafo 20; e no direito israelita, o “ Israeli Sales Law”, artigo 22 (b). Dos países componentes da América Latina, entretanto, o Brasil é o único que contém uma disposição desta natureza em seu direito interno, donde se reforça a influência que sofremos do direito germânico, ao contrário dos nossos vizinhos continentais.

As regras concernentes ao comércio internacional equilibram-se entre duas grandes bases de sustentação. A primeira é a segurança, requisito que assume importância fundamental nas relações jurídicas entre sujeitos oriundos de países distintos. A segunda traduz-se na flexibilidade, condição essencial nas relações internacionais de troca. O estado permanentemente evolutivo é traço característico do comércio internacional. O dinamismo dessas relações reflete o contínuo desenvolvimento dos diversos elementos que as compõem, sejam os meios de transporte, as formas de comunicação, as novas espécies de mercadorias, – A Convenção da ONU de 1980 optou em não regulamentar os usos e costumes do comércio internacional, reconhecendo o seu dinamismo por meio do seu art. 9º:

“1. As partes estão vinculadas pelos usos em que consentiram e pela prática que elas se estabeleceram.

2. Salvo convenção em contrário das partes, entende-se que estas consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tinham ou deveriam ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.”

A incidência das suas normas concomitantemente à utilização, pelas partes, dos *Incoterms* reflete a agilidade da estrutura normativa do texto da Convenção, adaptável às novas e crescentes necessidades das transações internacionais por meio dos termos internacionais de comércio. A Lei Uniforme de Viena, a rigor, consiste em um instrumento jurídico de caráter eminentemente subsidiário, viabilizando, dessa forma, toda a imprescindível agilidade das transações internacionais.