

Preenchimento de lacunas na Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias

Conflito entre prescrição e prazo para reclamação ^(*)

Michael R. Will

Por que uma potência econômica como o Brasil rejeita as regras internacionalmente unificadas sobre compra e venda? Como explicar o fato desse país negociar no âmbito internacional com grande parte dos 62 países que adotaram essas regras? E, conseqüentemente, deve-se considerar, ainda, que os exportadores e importadores brasileiros, que não conseguiram fazer prevalecer em um caso concreto a aplicação do Direito brasileiro (ou inglês ou japonês), arriscam seja exatamente o Direito uniforme sobre compra e venda internacional o aplicado a controvérsias, seja por árbitros, seja por juízes, mesmo sendo esses brasileiros. Estaria preparado o aplicador da lei brasileiro para tanto?

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CVIM) foi assinada em 11 de abril de 1980 em Viena, chamando-se, por isso, simplesmente de “Convenção de Viena” ou “Lei Uniforme de Viena sobre a Compra e Venda”. Internacionalmente utiliza-se cada vez mais a indicação em inglês “CISG” (Convention on Contracts for the International Sale of Goods)¹.

(*) Artigo traduzido pela Profa. Dra. Elaine Ramos da Silva, do original “Meine Großmutter in der Schweiz...”: Zum Konflikt von Verjährung und Rügefrist nach UN-Kaufrecht, in: Rauscher, Thomas / Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, München: Sellier. European Law Publishers, 2001, p. 623-642.

¹ São oficiais as versões em Árabe, Chinês, Inglês, Francês, Russo e Espanhol, todas impressas por exemplo em Bianca / Bonell, Commentary on the International Sales Law, Milano: Giuffrè 1987, 683-806. A primeira tradução em Português publicada no Brasil, pelo que se sabe, foi da lavra de Eduardo Grebler, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: RT, 3 (1992), n° 88, p. 45-60; conf. também Jacob Dolinger / Carmen Tibúrcio, Vade-Mécum de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro: Renovar 1994. Irineu Strenger, Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria, São Paulo: LTr 1996, p. 171-204, reproduzindo a tradução dos portugueses Maria Ângela Bento Soares e Manuel Moura Ramos, de 1980/81.

Esta Convenção entrou em vigor para 11 Estados, em 01 de janeiro de 1988, e vive hoje em todos os cinco Continentes. Dentre os mais de sessenta Estados signatários não falta nenhum dos “grandes”: nem Estados Unidos ou Austrália, nem mesmo China ou Rússia. Faltam, todavia, Inglaterra, Japão e Brasil². Este último chegou a participar da Conferência de Viena no início de 1980³, porém sem a ressonância que seria de se esperar.

Durante os anos 80 a doutrina brasileira sobre contratos internacionais sequer percebeu o compromisso solene assumido em Viena, em face das tradições do *Common Law* e do *Civil Law*, por um lado, bem como em virtude dos interesses de países industrializados e os do Terceiro Mundo, por outro⁴. Verifica-se apenas duas exceções⁵, assim como a manifestação no Colóquio Franco-Brasileiro, realizado em 1987 no Rio de Janeiro e em São Paulo, sendo que a contribuição sobre a Convenção de Viena inspirou-se na França, tendo sido apenas lá publicada⁶.

Nos anos 90 aumentou o interesse acadêmico, em primeiro lugar na PUC-MG⁷, então na UFRGS⁸ e mais tarde na UFF⁹. No entanto, isto representa apenas uma gota no mar de literatura sobre a Convenção de Viena, elaborada em dezenas de línguas ao longo de 20 anos¹⁰, em sua grande maioria correspondendo a colaborações analíticas ou descritivas, porém também com comentários criativos e críticos. Acresce-se a isso o crescente número de litígios

² Ver situação atual em <http://www.uncitral.org/status/status-e.htm>.

³ O Brasil chegou a nomear um dos 22 Vice-Presidentes e um dos 15 Representantes no Drafting Committee, conf. Official Records, New York: UN 1981, p. XV.

⁴ Cita-se, por exemplo, Haroldo Valladão, O Contrato Internacional, Arquivos do Ministério da Justiça 1980, n° 156, p. 113-126; Luiz Olavo Baptista, in: RF (1980), vol. 270, p. 87-100; RDP 16 (1983), n° 78, p. 187-195 e n° 80, p. 152-157; ainda Georgette N. Nazo, in: RT 71 (1982), vol. 564, p. 26-37 (apenas na nota de rodapé n° 7); José Carlos de Magalhães, in: RF 82 (1986), vol. 294, p. 71-80; Paulo Borba Casella, in: Rev. Fac. Dir. USP 84/85 (1989/1990), p. 124-171; Celso Ribeiro Bastos / Eduardo Amaral Gurgel Kiss, Contratos Internacionais, São Paulo: Saraiva 1990 (somente na página 9, in fine).

⁵ Anna Maria Villela, O direito romano e a unificação das normas jurídicas relativas aos contratos de compra e venda internacionais de mercadorias, Revista de Informação Legislativa 18 (1981), n° 72, p. 135-160, assim como Eugênia Christina de Jesus Zerbini, A Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias, in: João Grandino Rodas, Contratos Internacional, São Paulo: RT 1985, p. 76-93.

⁶ Valérie Maintrieu-Frantz, La vente en droit international et en droit communautaire, in: Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation 1988 n° 6 (Colloque franco-brésilien de droit économique 1-4 décembre 1987), p. 2111-2138 (CISG 2113-2131).

⁷ Eduardo Grebler (nota 1), p. 34-44 (com a tradução da Convenção às fls. 45-60) = RF 88 (1992), vol. 319, 310-317 (todavia, sem tradução da Convenção).

⁸ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, in: Revista de Informação Legislativa 31 (1994), n° 121, p. 211-225 = Rev. Fac. Dir. UFRGS 10 (1994), p. 7-21 (sobre resolução contratual); Judith Martins-Costa, in: Revista de Informação Legislativa 32 (1995), n° 126, p. 115-129 = Rev. Fac. Direito UFRGS 11 (1996), p. 40-54 (sobre princípios informadores) e Vera Maria Jacob de Fradera, in: Rev. Fac. Direito 11 (1996), p. 55-66 = Direito, Estado e Sociedade – Rev. Depto. Direito PUC-RJ n° 9 (1996), p. 127-145 (sobre inadimplemento fundamental).

⁹ Patrícia Galindo da Fonseca, O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional, RF 94 (1998), vol. 341, p. 193-211; Anotações pertinentes à regulamentação sobre transmissão de risco, Revista de Informação Legislativa 35 (1998), n° 139, p. 39-56; Breves comentários sobre a Convenção de Viena de 1980, Palestra em 11.08.1998, <http://cisgw3.law-pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff/palestra.html>.

¹⁰ Veja por exemplo Michael R. Will, Twenty Years of International Sales Law under the CISG – International Bibliography and Case Law Digest (1980-2000), The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 2000, 477 e 276 pags.

perante tribunais ou juízos arbitrais em todo o mundo. Como consequência, nenhum candidato ao Exame de Estado pode deixar de considerar esta matéria quando da preparação para a prova¹¹.

De todos os elogios a esta Convenção que obteve êxito internacional não se deve esquecer que as empresas de grande porte bem assessoradas utilizam nas suas condições gerais dos negócios a opção permitida pelo art. 6 da Convenção, qual seja, do “*opting out*”. Tratam-se aqui de decisões judiciais que freqüentemente versam sobre “pequenos peixes”, menos assessorados juridicamente. Neste sentido, são típicos os casos envolvendo pequenas empresas familiares italianas, as quais não querem pagar a um cliente alemão, francês ou espanhol alguns milhares de dólares, em razão de alguma insatisfação em relação aos sapatos ou têxteis fornecidos; e de plano o comprador surpreso perde o processo por desconhecer as normas da Convenção e por não ter formalizado reclamação acerca do defeito verificado de maneira suficientemente rápida e precisa – casos freqüentes envolvendo os artigos 38 e 39 da Convenção. Uma política muito difundida do *opting out* enfraquece obviamente a ambição da Convenção de Viena de ser ou querer se tornar *lex mercatoria*.

Por outro lado, pode o juiz brasileiro já hoje ter que aplicar a Convenção de Viena. Isto porque as partes podem acordar em determinar aplicável as normas de um Estado-Membro da Convenção, ou ainda quando o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil determinar aplicável a lei de um Estado-Membro da Convenção, como ocorre em casos envolvendo importadores brasileiros. Nesses casos pouco auxilia o julgador brasileiro o fato de o Brasil não ter ratificado a Convenção, pois é o seu próprio Direito Internacional Privado que ordena a utilização dessas normas.

Todavia, quando a Convenção tiver que ser aplicada e o julgador ocupar-se mais de perto com ela, irá ele logo perceber que a mesma está repleta de lacunas ou buracos, tal qual um queijo suíço. Em parte não se quis em Viena tocar em certas questões delicadas, surgindo daí as lacunas externas, como é o caso da validade do contrato ou ainda da transmissão de propriedade (art. 4 da Convenção), bem como da cessão, compensação e prescrição, entre outros. Em parte não se obteve consenso em alguns temas, a despeito das tentativas envidadas; apenas a título ilustrativo destaca-se uma das piores lacunas: a taxa de juros prevista no art. 78 da Convenção que deixou de ser fixada¹²; e em parte, ainda, esqueceu-se de regulamentar certos problemas, surgindo daí lacunas internas (art. 7, parágrafo 2º da Convenção).

¹¹ Para a Suíça ver Eugen Bucher, in: Bucher/Wiegand, *Übungen im Obligationenrecht*, Zürich: Schulthess 2. Auflage 1991, p. 59 (caso 3) e 174-175 (caso 11). Para a Alemanha, ver exercícios acerca de casos práticos em Jura 1996, 145 e 538; 1997, 240; 1998, 535 e JuS 1997, 435 e 718; 1999, 63 e 1091; 2000, 567. Ainda ZEuP 1997, 506 e Dagmar Coester / Gerald Mäsch, *Übungen in Internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung*, Berlin / New York: De Gruyter 1996 e 2001, casos 2, 5, 6 e 14.

¹² Tal ocasionou imediatamente uma discussão interminável na literatura e na jurisprudência. Conf. Klaus Bacher in: Peter Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, München: Beck, 3. Auflage 2000, p. 748-751; ou Franco Ferrari em todas as línguas: Riv.dir.civ. 41 (1995) 277-291 = Georgia J. Int'Comp.L. 24 (1995) 467-478 = (Cornell) Review of the CISG 1995 (1996) 3-19 e novamente em RDA/IBL 15 (1999) 86-93; recentemente Vindobona L.J. com dois artigos: 1 (1997) 3-43 e 2 (1998) 3-35; na Espanha Ma. del Pilar Perales Viscasillas, La determinación del tipo de interés en la compraventa internacional, in: Cuadernos Jurídicos (Barcelona) 3 (1996) n° 43, 5-12; nos Estados Unidos Katrin L. Kizer, Minding the Gap: Determining Interest Rates Under The CISG, in: U. Chicago L. Rev. 65 (1998) 1279-1306; assim como a dissertação de Doutorado de, Ursula Königer, *Die Bestimmung der gesetzlichen Zinshöhe*, Berlin: Duncker & Humboldt 1997, 171 p.

A questão metodológica do preenchimento de lacunas desempenha um papel imanente na teoria e na prática.

E com relação ao preenchimento de lacunas no conflito entre prescrição e prazo para reclamação tem-se dois casos interessantes vindos da Suíça, aos quais vale a pena dedicar um pequeno estudo monográfico.

De forma autêntica, os dois primeiros casos conhecidos tinham conexão com a Suíça: vendedor suíço, juiz suíço, Direito Obrigacional suíço. Não é, todavia, apenas suíço o grande problema das lacunas, problema esse que ainda vai ocupar muitos tribunais e juízes arbitrais, também no Brasil.

I. As lacunas como problema da prática

Dos dois primeiros casos cotidianos que ocorreram quase simultaneamente no início de 1995, foi o primeiro julgado pelo Tribunal Civil de Genebra¹³ e o segundo pelo Tribunal Arbitral Internacional da Câmara de Comércio Internacional de Paris¹⁴.

No último caso, para adiantar, tratava-se de uma firma alemã que comprara de uma comerciante suíça produtos agrícolas chineses, os quais viriam da República da China e seriam entregues em um porto europeu. A grande maioria dos *containers* que se encontravam no porto entre os meses de março e junho de 1995 foi embargada pela autoridade sanitária local, em razão de seus respectivos conteúdos estarem infestados de vermes e insetos¹⁵. A compradora alemã invocou imediatamente essa falta de conformidade e pediu indenização pelos danos causados. Ausente acordo a respeito, a firma alemã deu início a um processo preliminar em 14 de março de 1996 e, após as demais negociações não terem obtido resultados, dirigiu-se em 26 de novembro de 1997 ao tribunal arbitral internacional acordado no contrato. Aqui a vendedora suíça invocou a prescrição, segundo o art. 210, parágrafo 1º, do Código de Obrigações suíço (*Schweizerische Obligationenrechte – OR*) de 1911.

¹³ Tribunal de Genebra 14.3.1997 – n° C/21501/96-10 (Filinter v. Moulinaiges Poizat) e, em fase de recurso: Cour de Justice, Chambre Civile 10.10.1997 – n° ACJC/1230/1997 -, ambos publicados de forma quase desaparecida em Sébastien Bettschart (ed.), *Les ventes internationales. Journée d'étude en l'honneur du professeur Karl H. Neumayer*, Lausanne: CEDIDAC Vol. 36, 1998, 135-139 e 141-144; comentado em Szier/Resie 9 (1999) 182-184; tradução alemã com observação sucinta por Michael R. Will SJZ/RDS 94 (1998) 146-147, comentário em francês por Claude Witz, Dalloz 1998, 316. O Tribunal Federal, por economia processual, não chegou (infelizmente) a abordar a questão de fundo: BG 3.7.1998 – n° 4 C. 486/1997, não publicada.

¹⁴ ICC International Court of Arbitration: para o processo iniciado em Paris em 26.11.1997 foi escolhido um suíço como árbitro singular. A decisão que aqui nos interessa foi proferida em 3.11.1999, ICC n° 99773/CK/AER/ACS, infelizmente não publicada e nem disponibilizada. Quanto ao seu conteúdo relatam pormenorizadamente, nem sempre em inglês escorreito, Jean-Marc Joerin e Claude Treyer, *Discrepancies Between Lack of Conformity Notification Requirements in CISG 39 (2) and the Statute of Limitations in CO 210 (1): Gap Filling by Arbitral Tribunals or Prerogative of Legislator?*, in: ASA Bulletin 18 (2000) 82-91.

¹⁵ Casos envolvendo insetos relembram outros dois ocorridos na China, relatados e analisados por Guo Guoting (Thomas G. Guo), *Dangdai zhongguo shewai jingji jufenan jingxi*, Beijing: China University of Political Science and Law Press 1995, p. 132-136 (caso n° 29) e p. 153-171 (caso n° 36), citados também em Michael R. Will (ed.), *CISG and China – Theory and Practice. An Intercontinental Exchange*, Genf: Schriftenreihe deutscher Jura-Studenten in Genf, n° 18, 1999, p. 77 (datado de 31.12.1992) e 78 (5.9.1994).

De forma semelhante desenvolveu-se o caso ocorrido no Lago de Genebra. Lá encomendara uma firma francesa de uma empresa especializada em fios de algodão no Cantão de Genebra 3.129 quilos de algodão acrílico, o qual deveria ser entregue em 1º de março de 1995. Quando o cliente da compradora reclamou falta de qualidade no produto, foi convencionado o pagamento de uma indenização no valor equivalente a 42.109 francos suíços, sendo que a firma francesa buscou por meio de uma ação intentada em 30 de junho de 1996 estender à sua fornecedora o valor pago juntamente com os 10.000 francos suíços de prejuízo próprio. Também neste processo invocou a empresa vendedora a prescrição de um ano prevista no artigo 210 do Código de Obrigações suíço.

Sem problemas percebe-se nos dois casos, por experiência, qual a razão para que diversas ações fracassem: o momento da reclamação acerca da falta de conformidade do produto exigido pelo art. 39, parágrafo 1, da Convenção de Viena⁽¹⁾. Isto porque a compradora francesa, alarmada por telefone pelo seu cliente na quarta-feira, dia 17 de maio, reclamou à vendedora por telefone apenas na segunda-feira subsequente, dia 22 de maio; tal foi confirmado por escrito pela compradora em 30 de maio e pela vendedora em 9 de junho. Considerando o telefonema do dia 22 de maio, uma vez que nem a lei nem o contrato exige uma reclamação por escrito, até mesmo os intérpretes mais exigentes do art. 39, parágrafo 1, da Convenção de Viena irão interpretar os cinco dias como “um prazo razoável” (“un délai raisonnable”)¹⁶.

O Tribunal de Genebra arremata esta clara afirmação com uma estranha constatação, no sentido de que as partes com razão concordaram que a compradora denunciou o defeito em momento oportuno, portanto em observância ao prazo previsto no art. 39 da Convenção, ou seja, o mais tardar em junho de 1995. “O mais tardar em junho” - esta expressão vaga não deve confundir os compradores futuros: o Judiciário não faz brincadeiras e impõe rédea curta! No caso em debate, o prazo seria sexta-feira, dia 9 de junho, como dia da confirmação por escrito. Mas permanece a dúvida: seria a data do comunicado? Do carimbo do correio? Do recebimento da comunicação pela compradora em Genebra? A respeito disso dispõe a sentença que ficaria a critério das partes definir em juízo a propriedade do prazo para reclamação, o que, em virtude da natureza dispositiva do art. 39, parágrafo 1º, da Convenção, deve ser passível de fundamentação, porém não é em hipótese alguma evidente. E isto tudo apenas em discussão lateral.

⁽¹⁾ Assim dispõe o art. 39, parágrafo 1º, da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no texto original em Espanhol: “1) El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.” (N. da T.)

¹⁶ Conferir a colaboração de Camila Baasch Andersen, analisando decisões de tribunais e juízos arbitrais de sete países, em Pace Essay Contest 1998, Reasonable Time in Article 39 (1) of the CISG – Is Article 39 (1) Truly a Uniform Provision?, in: Pace International Law Review (ed.), Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1999, 63-176.

A questão real e complexa em ambos os casos, como logo se verá, não corresponde ao reduzido prazo para reclamação do art. 39, parágrafo 1º, da Convenção de Viena, mas o prazo decadencial de 2 anos previsto no parágrafo 2º desse artigo⁽¹⁾, o qual colide com o prazo prescricional de um ano para a garantia contra defeitos do produto, nos termos do Direito suíço. Pode a clássica prescrição reduzida do direito de ação ser aplicada ao direito de compra e venda intencionalmente unificado? Ou é necessário um lapso temporal mais generoso? Esta questão nova e ainda não resolvida na Suíça devia ter sido discutida previamente, porque em ambos os casos a ação foi intentada após transcorridos mais de 12 meses (em 30 de julho de 1996, em Genebra, e em 26 de novembro de 1997, em Paris).

A oposição a ambas as pretensões restaria, de plano, sem objeto, caso vigorasse o prazo de 4 anos previsto na Convenção Paralela de Nova Iorque, ou seja, na Convenção das Nações Unidas sobre a Prescrição na Compra e Venda Internacional, de 14 de junho de 1974, na versão do Protocolo de 11 de abril de 1980, vigente desde 1º de agosto de 1988¹⁷. Tal Convenção, todavia, não pode ser aplicada, porquanto a Suíça – assim como a Alemanha e a Áustria – não aderiu a essa Convenção de pouco sucesso dentre os europeus ocidentais¹⁸, em que pese todos os bons argumentos a favor¹⁹, e ao que parece não tenciona fazê-lo.

A Convenção de Viena de 1980 não contempla a questão da prescrição. Conseqüentemente utiliza-se aqui, assim como em outras lacunas, a cláusula do art. 7º, parágrafo 2º, remetendo-se aos “*principes généraux dont elles s’inspire*”, e de forma subsidiária à “*loi applicable en vertu des règles du droit international privé*”. Como até agora ninguém logrou extrair desta Convenção “*principios gerais*” sobre a prescrição²⁰, permanece aberto apenas o caminho da lei aplicável segundo as regras do Direito Internacional Privado, no caso do art. 118, parágrafo 1º, da Lei Suíça sobre normas de colisão de 1987 e da Convenção de Haia de 15 de junho de 1955 sobre lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de bens móveis corpóreos. Segundo

(1) No texto original em Espanhol da Convenção: “2) En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que esse plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.” (N. da T.)

¹⁷ Último Stand acessável pela *homepage* contida na nota nº 2. Maiores detalhes em Peter Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG -*, München: Beck, 3. Auflage 2000, p. 879, 927.

¹⁸ Excetuando os Estados Unidos, a Noruega e a antiga República Democrática Alemã, os 25 Estados-Membros dividem-se entre Europa Oriental (Bielorrússia, Bósnia-Herzegovina, Eslováquia, Eslovênia, Iugoslávia, Hungria, Moldávia, Polónia, Romênia, República Tcheca e Ucrânia), África (Burundi, Egito, Gana, Guiné, Uganda e Zâmbia) e América Latina (Argentina, Cuba, México, República Dominicana e Uruguai).

¹⁹ Thea Krapp, *Die Abkommen der Vereinten Nationen über den Kauf und über die Verjährung beim internationalen Warenkauf*, in: ZSR/RDS 103 (1984), I, 289, 311-315; *The Limitation Convention for International Sale of Goods*, in: *Journal of World Trade Law* 19 (1985) 343-363 (problema citado às fls. 353, 363); François Chaudet, *La garantie des défauts de la chose vendue en droit suisse et dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise (CV)*, in: François Dessemontet (ed.), *Les contrats de vente internationale de marchandises (Journée d'étude, Lausanne 4.10.1990)*, Lausanne: CEDIDAC Vol. 20, 1991, p. 83, 124, assim como Heinrich Honsell, *Das Übereinkommen über den internationalen Warenkauf (Wiener Kaufrecht)*, in: *piädoyer* 1990, 38, 44 e em todas as quatro edições de seu “*Schweizerischen Obligationenrechts Besonderer Teil* (1991 a 1997)”, § 15, cap. VI. Ver especialmente Katharina Boele-Woelki, *De verjaring van vorderingen uit internationale koopovereenkomsten*, in: *Europees Privaatrecht*, Molengrafica 1996, 99-146, que analisa este problema do ponto de vista do Direito Comparado (ponto 6, p. 127-130) e se baseia fortemente em Marchand (nota nº 34). Na versão em inglês: *The limitation of rights and actions in the international sale of goods*, in: *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme* IV (1999-3) 621-650 (ponto IV, p. 645-648) as decisões de Genebra não foram analisadas.

²⁰ Conferir Ulrich Magnus, *Die allgemeine Grundsätze im UN-Kaufrecht*, in: *RebelsZ* 59 (1995) 469-494.

o seu art. 3º, submete-se o contrato de compra e venda, ausente disposição das partes, ao direito interno do Estado no qual o vendedor possui sua residência habitual no momento em que recebe a encomenda. E este corresponde, nos casos sob exame, ao direito material suíço, já que as vendedoras acionadas tinham suas respectivas sedes na Suíça. Neste ponto há unanimidade.

Não unânime, todavia, é a discussão acerca do direito material suíço: qual das muitas regras prescricionais deve ser aplicada?

Há quase 20 anos este problema foi reconhecido na própria Suíça e discutido em um colóquio do Instituto Suíço de Direito Comparado. Daí resultou apenas uma recomendação irreal, de se ratificar a Convenção Paralela sobre Prescrição²¹. Como convidado em Lausanne disse na ocasião um dos presidentes da Conferência de Viena de 1980: “Se um Estado adota apenas a Convenção de Viena e não a de Nova Iorque e o prazo prescricional de seu direito nacional for mais curto que o previsto no art. 39 da CISG, então ou o legislador ou o juiz terá que sofrer as consequências²².”

II. Preenchimento das lacunas pelo legislador

1. Na Alemanha, onde o prazo prescricional do § 477, parágrafo 1º, do BGB de seis meses, é considerado curto, correspondendo à metade do prazo previsto pelo art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações suíço, este problema não passou despercebido. De tempos em tempos havia discussão entre os doutrinadores: Estariam as normas especiais como a do § 477 do BGB em consonância com a regra exaustiva da Convenção de Viena? “De maneira nenhuma”, diria aquele que prega a prescrição genérica de 30 anos, nos termos do § 195 do BGB. “Não”, diria outro, desde que “o comprador não tenha tempo de se decidir”²³. Por sorte há um terceiro – seja quem for, que não quer ficar para trás – que oportunamente chega à conclusão salvadora de que as normas nacionais e internacionais devem se reconciliar. Esta gesto elegante consistiria em se fixar no prazo mais reduzido, cujo cômputo não iniciaria nem com a entrega da mercadoria, nem como a descoberta do defeito²⁴, mas apenas com a sua notificação no prazo²⁵.

²¹ Pierre Widmer, *Droit et obligations du vendeur*, in: *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf* (Lausanner Kolloquium 19./20.11.1984), Zürich: Schulthess (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung n° 3) 1985, p. 91, 102, assim como discussão em Krapp 105 (alemão), 106 (inglês) e novamente Widmer 106. Ao contrário, porém de forma improdutiva, Rémy Wyler, *Garantie, conformité et inspection des marchandises dans la vente internationale*, in: *Recueil de travaux offert à François Gilliard*, Tolochenaz: Chabloy 1987, 175-193, porquanto ele não percebeu o problema, mas apenas lamentou – indicando como referência o “*Annuaire CNUDCI*, vol. X (1979), p. 157” – a diversidade de prazos nacionais oscilantes entre 6 meses e 30 anos: “*inégalités qui ne sont guère souhaitables.*” (190).

²² Roland Loewe (nota anterior), 106, mencionado por Fritz Enderlein in *Kommentar Enderlein/Maskow/Strohbach, Internationales Kaufrecht*, Berlin: Haufe 1991, Art. 39, n° 6, p. 136.

²³ Ulrich Huber, *Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge*, in: *RabelsZ* 43 (1979), 413, 483 e Peter Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, Tübingen: Mohr 1981, p. 62, nota 274. Contra ambos: Rolf Herber/Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht*, München: Beck 1991, Art. 3 *VertrG*, Rn. 3, p. 408-409.

²⁴ Assim Ulrich Huber no final do comentário sobre decisão, in: *IPRax* 8 (1988) 147, 150 (“kompliziertere und weniger extreme Lösung”) (decisão mais complicada e menos extremada).

²⁵ Hans Stoll, *Internationalprivatrechtliche Fragen bei der landesrechtlichen Ergänzung des einheitlichen Kaufrechts*, in: (2.) *Festschrift Ferid*, Frankfurt/M.: Landesamtswesen 1988, p. 495, 509, com réplica crítica na nota n° 57 sobre uma proposta de resultado semelhante de Hein Kötz. Igualmente crítico em relação à posição de Stoll sobre a questão da prescrição ver Christoph Schmid, *Das Zusammenspiel von Einheitlichem UN-Kaufrecht und nationalem Recht: Lückenfüllung und Normenkonkurrenz* (Diss. München 1995), Berlin: Duncker & Humboldt 1996, p. 76-79.

Esta construção cai em campo fértil, quando no outono de 1988 o Ministério da Justiça prepara o processo parlamentar sobre a Convenção de Viena (sem a Convenção Paralela de Nova Iorque). Para não “abrir um buraco” no art. 39, parágrafo 2º, da Convenção de Viena, como menciona a fundamentação oficial do governo federal, deve ser extraído do § 477, parágrafo 1º, do BGB o início do prazo²⁶.

E assim foi regulamentada, por decisão unânime, uma norma para ratificação, chamada “Vertragsgesetz”, de 5 de julho de 1989. Em seu art. 3, diferentemente do que prevê o direito de compra e venda interno alemão, foi fixado o prazo de seis meses do § 477, parágrafo 1º, do BGB para negócios internacionais sob à égide da Convenção de Viena, que se inicia apenas com a notificação do defeito: “... no dia a partir do qual o comprador notifica o vendedor acerca da violação do contrato, segundo o art. 39 da Convenção de Viena” (*verbis*: “... mit dem Tage, ab dem der Käufer gemäß Art. 39 CISG die Vertragswidrigkeit anzeigt”)²⁷.

Uma palavra clara do legislador banuiu oportunamente uma insegurança jurídica que se mostraria iminente com o passar do tempo.

Todos os tribunais alemães e estrangeiros que tiverem de aplicar direito material alemão, saúdam esta previsão legislativa. A título de exemplo, é digno de cumprimentos o Tribunal Regional de Düsseldorf²⁸ em virtude de um litígio no valor de 14.000 marcos alemães: um engenheiro dinamarquês, que cruzou o oceano até o Caribe com seu barco à vela, encomendou no final de novembro de 1993 de um fabricante alemão um gerador para o sistema de refrigeração. Depois de cinco semanas de idas e vindas, o engenheiro devolveu frustrado o gerador por ser imprestável para o fim pretendido. A sua ação visando o ressarcimento do preço pago e uma indenização pelos danos causados foi intentada, no entanto, apenas no final de novembro de 1994. Neste caso a notificação do defeito já datava de mais de seis meses.

Consoante o ordenamento jurídico do vizinho suíço, essa mesma ação não fracassaria pela oposição da prescrição, o que nos leva a refletir acerca de parte do direito de compra e venda unificado. Não se trata disso aqui. No caso específico, trata-se muito mais do fato de que no país ninguém sabe com segurança quando essas pretensões prescrevem, bem como que o espectro de opiniões varia de 12 meses a 10 anos, e isso sim leva a uma necessidade de reflexão ainda maior.

2. O legislador suíço deveria ter agido de forma semelhante ao colega alemão. Na Suíça, o curto prazo prescricional de 12 meses do art. 210 do Código de Obrigações corresponde ao dobro do previsto no supramencionado § 477 do BGB alemão, porém esta preferência proporcionalmente insignificante do direito suíço faria com que

²⁶ Bundestags-Drucksache 11/3076 (7.10.1988), p. 6-7 e 49-50.

²⁷ BGBI 1989 II 586, publicado em todos os comentários, como por exemplo em Schlechtriem (nota 12), 875-877.

²⁸ LG Düsseldorf 11.10.1995 – Az. 2 O 506/94 -, não publicada. Maiores detalhes em CISG *online* nº 180 = UNILEX 1997/I D. e E. 1995-27.1, assim como Rassegna Caso nº 194, in: Diritto del commercio internazionale 12 (1998) 1077, 1090-1091. Pouco antes ver OLG Hamm 9.6.1995, NJW-RR 1996, 179 = IPRax 1996, 269 = RIW 1996, 689 = IPRspr. 1995 nº 29, no qual uma observação de Schlechtriem ... IPRax 16 (1996) 256, 257 aponta a inutilidade das respectivas construções.

comprador negociante, do ponto de vista do direito unificado e de uma forma mais elegante no caso concreto, obtivesse um preço aceitável ou mais representativo para a maior segurança jurídica que lhe seria conferida. O argumento de que Berna não conhecia o modelo de Bonn, e que nem podia conhecê-lo, não prevalece, haja vista a publicação do Parlamento Alemão neste sentido ter ocorrido no outono de 1988²⁹, enquanto a mensagem do Senado suíço apenas datar de 11 de janeiro de 1989³⁰.

Esta mensagem do Senado suíço contenta-se com a indicação resignada de uma “solução insatisfatória”, como se não tivesse existido nem o Colóquio de Lausanne de 1984, nem o projeto de lei alemão de 1988. Segundo essa solução, o comprador, apesar do prazo de dois anos previsto pela Convenção de Viena para reclamação de defeitos, “não poderia fazer valer seu direito, caso o prazo prescricional da ação de um ano contido no art. 210 do Código de Obrigações já tiver expirado”³¹. Aqui a solução é mais que insatisfatória, tendo sido considerada absurda já à época da discussão em Lausanne. E uma reflexão insatisfatória não deve ser aceita como “solução” no futuro.

Também os repetidos apelos por parte da doutrina desde 1989 não foram até agora ouvidos, doutrina essa que indica o dilema e entende “desejável”³² ou “indispensável”³³ uma explicação por parte do legislador. Com isso a insegurança jurídica já está programada para a prática.

A pergunta que aqui se faz: como se explica a passividade do legislador suíço? Sono profundo? Indiferença? Ou talvez exatamente o contrário: um silêncio muito persuasivo?

a) As decisões de Genebra não fazem muita cerimônia

No seu julgamento em primeira instância, a juíza singular, sem referir esta decisão do legislador, considerou sem rodeios o art. 210 do Código de Obrigações como uma norma especial extraída da responsabilidade por vício do produto prevista no ordenamento nacional, a qual suplanta no âmbito internacional mais elevado a regra de prescrição geral do art. 127 do mesmo Código:

“... l'art 210 CO n'est pas applicable; en effet il s'agit là d'une règle spéciale et non pas générale, du droit suisse, règle spéciale régissant l'action en garantie prévue par le droit suisse, or, en l'espèce, ce n'est pas d'une telle action en garantie qu'il s'agit, mais de celle prévue par la Convention de Vienne; il est ainsi donc logique et normal que cette règle spéciale et particulière à l'action du droit suisse ne s'applique pas à une action du droit international.

²⁹ Bundesrats-Drucksache 372/88 de 12.8.1988 e Bundestags-Drucksache 11/3076 de 7.10.1988.

³⁰ BBl. 1989, 745.

³¹ BBl. 1989, 793.

³² Heinrich Honsell in: Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I, Basel: Helbing & Lichtenhahn, Art. 20 OR, cap. VII, Rn. 8 (1. Auflage 1992, p. 1108; 2. Auflage 1996, p. 1171); assim como Silvio Venturi, La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Thèse Fribourg: Editions Universitaires 1994, p. 156 nº 707.

³³ Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern: Stämpfli, § 15, cap. VI (a partir da 2. Auflage 1992, p. 127; 3. Auflage 1995, p. 145; 4. Auflage 1997, p. 141).

*C'est donc bien la règle générale de l'art. 127 CO qui s'applique*³⁴.

Em oposição a isto os três juízes da segunda instância viram neste caso a colisão de normas entre o art. 210, parágrafo 1º, do Código de Obrigações e o art. 39, parágrafo 2º, da Convenção de Viena³⁵, não reclamaram, todavia, o seu direito de criação jurídica com a longa busca de preenchimento de lacunas. Aqui podemos nos sentir um pouco como na Corte de Cassação francesa que assim dispôs:

“Saisi d'une question non résolue par la loi – et discutée par la doctrine – le juge doit lui-même se prononcer selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur (art. 1 al. 2 CC).”

Assim fracassam os juízes no preenchimento de lacunas apesar da invejável tradição de seu Código Civil, que conclama a atuação dos juízes em caso de lacuna de forma expressa e em caso de necessidade, não obstante a separação de poderes.

b) Ao contrário desta solução dada pelo Judiciário opôs-se a vendedora suíça frente ao Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional com total veemência³⁶. Ela invoca a mensagem do Senado de 1989 e o debate parlamentar ocorrido no mesmo ano. Segundo ela, teria o legislador conscientemente deixado de atacar as normas nacionais sobre prescrição, sendo que tal omissão pode provocar divergências. O legislador optou em deixar que as próprias partes, no caso concreto, evitassem por precaução o problema, ou seja, que as partes contratantes possam a qualquer tempo acordar quais os prazos que devem valer para as relações especiais advindas do contrato. O comedimento do legislador deve ser respeitado como silêncio qualificado, um silêncio que proíbe aos árbitros e juízes atuarem mais tarde como legisladores. A adaptação do direito material suíço seria, pois, assunto exclusivo do legislador suíço.

Confrontando-se com esta forte oposição metódica, curva-se o juiz singular sobre a matéria fundamental da ratificação da Convenção de Viena e verifica pormenorizadamente se o mencionado silêncio qualificado pode ser interpretado como tal, constatando, de mãos amarradas, conseqüentemente, que a ação estaria efetivamente prescrita.

³⁴ Três passagens na literatura confirmam este resultado: O único Comentário gaulês-franco-italiano sobre a CISG de Karl H. Neumayer / Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne: CEDIDAC vol. 24, 1993, Art. 4, nº 12, p. 76; Sylvain Marchand, *Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale* (Thèse nº 696 de la Faculté de Droit de l'Université de Genève), Bâle/Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, Collection Genevoise 1994, p. 285-293, sobretudo p. 291 e 293; e Eugen Bucher na *Coletânea* por ele editada do *Berner Tage für die juristische Praxis* 1990: *Wiener Kaufrecht*, Bern: Stämpfli 1991, p. 48-49, sobretudo p. 49. Partidários ainda hoje desta solução fora da suíça: Heuzé e Witz (nota 55).

³⁵ De maneira interessante os três votos não se referem à decisão em instância inferior (nota anterior) e se baseiam simplesmente em um único autor alemão, qual seja, em Heinrich Honsell, por um lado em seu comentário, editado em conjunto com Vogt e Wiegand (nota 32), 2. Auflage, 1996, p. 1171 e, por outro, em seu livro (nota 19), 4. Auflage, 1997, p. 141.

³⁶ A passagem que segue está de certa forma descontextualizada, porque sem o conhecimento do original não se pode seguir o relatório em inglês (nota 14).

De fato, verifica o juiz em primeiro lugar que o governo reconheceu este ponto fraco, manifestou-se brevemente em sua mensagem ao Parlamento a respeito e tentou a sorte em um acordo sobre prescrição a ser celebrado pelas partes contratantes.

Em oposição a isso, os Protocolos da Assembléia relativos ao debate parlamentar sobre o assunto são excepcionalmente concisos e improdutivos, considerando-se a importância da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional. É questionável, inclusive, se ambas as câmaras teriam sido suficientemente bem instruídas pelo Senado acerca do problema e se elas realmente poderiam ter decidido de sua consciência e expressamente contra a adaptação jurídica do prazo exíguo do art. 210, parágrafo 1º, do Código de Obrigações para a compra e venda internacional de mercadorias.

No Conselho Nacional, o relator da comissão que tratava da matéria sequer falou acerca da possível discrepância entre a Convenção internacional e o direito nacional. E, sem maiores discussões, aceitou-se no Conselho a adesão à Convenção de Viena.

Na Segunda Câmara, representativa dos Cantões, o relator da comissão correspondente ainda tentou levantar algumas diferenças entre a Convenção de Viena e o direito interno de compra e venda, apontando entre outros o extenso prazo máximo de dois anos para a reclamação de defeitos. Mencionou, também, que quando da aplicação da Convenção poderiam surgir, por óbvio, conflitos e que seriam desejáveis adaptações do sistema normativo em questão. Ficou em aberto, todavia, a quem caberia proceder às adaptações desejáveis: à legislação ou à jurisprudência. A este respeito a Segunda Câmara não se manifestou e igualmente aprovou a Convenção de Viena.

Em face do tratamento dado para a questão, o juiz singular não pode descobrir pontos de apoio para um silêncio qualificado do legislador: O Conselho Nacional deixou de apreciar a matéria enquanto a Segunda Câmara remeteu para o futuro as adaptações desejáveis.

E se, conclui o juiz arbitral, o legislador suíço silenciou inconscientemente, então mostra-se aqui uma “lacuna legislativa inautêntica”. O exposto teor do art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações prevê a prescrição de um ano para pretensões decorrentes de defeito do produto, independentemente de a compra ocorrer além das fronteiras, ou de se submeter ao direito interno suíço ou à Convenção de Viena. O artigo cobre todas as pretensões correspondentes, decorrentes ou não da Convenção, apesar de ter sido normatizado há mais de 80 anos e especialmente para uso doméstico, sem que se pudesse à época sequer ter em mente o desenvolvimento futuro da compra e venda internacional, assim como a “estandardização” dos contratos. Assim, a sistemática diferente para notificação de defeito, seja em função do direito suíço, seja do direito de compra e venda internacionalmente unificado, deve ter por consequência racionalmente uma norma diferente para a prescrição. Visto desta forma, o teor do art. 210, parágrafo 1º, do Código de Obrigações, no contexto da Convenção de Viena, excede o seu objetivo; ele não diferencia de maneira satisfatória. Em razão da consequência insatisfatória, segundo a qual as pretensões estariam prescritas em um ano pela aplicação estrita da lei suíça, ao passo que o prazo de reclamação de 2 anos segundo o art. 39, parágrafo 2º, da Convenção

de Viena ainda corre, devem juízes e árbitros ser capaz de atuar *modo legislatoris*, por força do disposto no art. 1, parágrafo 1, do Código Civil, limitando o conteúdo (o qual esqueceu as diferenças necessárias) a um âmbito de aplicação, tal qual a *ratio legis* exige. A lacuna legal surgida desta “redução teleológica” poderia ser suprida pela aplicação analógica de um outro dispositivo apropriado ao caso³⁷.

Este resultado corresponde à conhecida regra geral, segundo a qual, em caso de conflito, uma convenção internacional de data mais recente tem primazia sobre a norma nacional mais antiga do direito suíço.

Por fim, coincide o resultado final do juiz singular da Basileia com a decisão do Colegiado da Corte de Justiça de Genebra, no sentido de que o legislador suíço, aqui e lá, abdicou da questão referente à prescrição da ação no tocante à reclamação de falta de conformidade do produto, sob o prisma da Convenção de Viena, tornando responsável a judicatura.

III. Preenchimento de lacunas pelo juiz

A Judicatura está reconhecidamente mal preparada para sanar as omissões legislativas. Ela está sob pressão para resolver litígios específicos e não dispõe nem de tempo livre nem de infra-estrutura e acesso à informações como o governo ou o parlamento.

Aos juízes suíços havia duas opções simples e outras duas não tão simples.

1. De forma simples, pois sem deixar de observar o âmbito nacional, deve-se nominar o esforço não visto de aplicação da prescrição extraordinária e, subsidiariamente, da prescrição ordinária do Direito das Obrigações.

a) Imprudente ou insuspeita, abandonada ou ainda com uma pequena lágrima de crocodilo, a prescrição extraordinária de doze meses prevista no art. 210 do Código de Obrigações significa nada menos que uma violação, no âmbito do Direito Internacional Público, do art. 39 da Convenção de Viena. “Pouco convincente, para não dizer absurdo”, dizia-se já em 1984 em Lausanne³⁸. E um ano mais tarde uma dissertação de Doutorado em Genebra aprofundava pormenorizadamente a discussão. Resultado: “A aplicação cega do art. 210 do Código de Obrigações viola o espírito, a letra e o objetivo da Convenção de Viena”³⁹.

Dessa forma a posição jurídica da vendedora em qualquer um dos casos não teria desde o início chance de sucesso.

b) E o que fica mais próximo do que, de forma refletida, por meio da prescrição extraordinária, evitar a aplicação da prescrição ordinária? “Na aplicação da lei, no sentido literal, valeria aqui o art. 127 do Código de Obrigações”, já afirmava-se

³⁷ Para esta citação: Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern: Stämpfli 1998, p. 162 e segs.

³⁸ Widmer (nota 21) 102. Também em 1990 Chaudet (nota 19) 124: “résultat absurde”. De outra forma ainda, em 1996, Ulrich Magnus in: H. Honsell (Hg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer, Art. 39, Rn. 36, p. 435.

³⁹ Marchand (nota 34), p. 286-289.

discretamente no Simpósio de Berna sobre a prática jurídica em 1990⁴⁰. E de repente, uma tese de Doutorado de Zurique transforma esta oração condicional em uma indicativa!⁴¹ Este trabalho fundamenta sua preferência pelo “apropriado” (?) art. 127 e seguintes do Código de Obrigações com a sistemática da Convenção de Viena, a qual, por falta de previsão acerca de uma responsabilidade especial por defeito do produto também não necessita disciplinar acerca de prazos no aspecto. Uma reflexão mais acurada sobre as fontes concordantes citadas da Áustria, onde a prescrição ordinária do § 1478 do Código Civil Austríaco é três vezes mais longa, ou seja, de 30 anos⁴² Rudolf Welsler, Die Vertragsverletzung des Verkäufers und ihre Sanktion, in: Peter Doralt (Hg.), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht (Symposium Baden bei Wien 17.-19.4.1983), Wien: Manz 1985, p. 105, 117; cético (ante à manifestação

“schwer erträglich

”), mas ao final resignado (

“wahrscheinlich... gilt

”) Karl Spiro, Befristung und Verjährung der Ansprüche aus dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen, in: Hoyer/W. Posch (Hg.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht (Wien 20./21.4.1989), Wien: Orac 1992, p. 195, 200 e 203; posteriormente também Martin Karollus, UN-Kaufrecht, Wien: Springer 1991, p. 130 com a fundamentação de Ryffel. Recentemente, negando desde o início, Roland Loewe, Internationales Kaufrecht, Wien: Manz 1989, sobre Art. 39, ao final, p. 61 e 200.

, revelaria os dois pontos fracos desta fundamentação: Como resultado final são as mesmas divergentes entre si e, considerando-se cada uma isoladamente, os prazos são demasiados longos! O fato de os prazos serem extensos demais foi discutido na citada tese de Genebra, a qual traz à baila, de forma sutil, aspectos relativos ao Direito Uniforme – art. 39 e 49 da Convenção de Viena como obstáculo temporal e os artigos 7 e 77 da Convenção como obstáculo principal, chegando mesmo, para alguns casos, a limitar a aplicação do art. 67 do Código de Obrigações⁴³. Esta afirmação parece original e impressionante, porém complexa e incompleta e, no que diz respeito ao art. 67 do Código de Obrigações, é demasiada suíça. Permanece para o Direito Uniforme Internacional falta de uniformidade, e onde ela pode ser criada, tem-se prazos exageradamente longos.

“Demasiado longo para a garantia por falta de conformidade do produto, mesmo no contexto internacional da Convenção de Viena”, já mencionava também a decisão

⁴⁰ Eugen Bucher, Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts, dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht, in: Wiener Kaufrecht (nota 34) 19, 49. Menos discreto, todavia, H. Honsell (nota 19), plädoyer 1990, 44 e Lehrbuch 1. Auflage 1991, p. 114 (a partir da 2. Auflage 1992 cada vez menos detalhado).

⁴¹ Gritli Ryffel, Die Schadenersatzhaftung des verkäufers nach dem Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980 (Diss. Zürich 1992), Bern: Lang 1992, p. 23, nota 132 (“ebenso im Prinzip auch Bucher”).

⁴³ Marchand (nota 34), p. 291-295.

arbitral, enquanto o Tribunal de Genebra, seguido pela dissertação de Genebra, assim não compreendem; a decisão em sede de recurso sequer olha para o art. 127 do Código de Obrigações.

2. Tem-se agora a exigência inútil da compradora, salvar-se no processo judicial não por meio da prescrição ordinária, mas pela extraordinária, oportunizando ao Tribunal de Segunda Instância de Genebra fazer uma opção a respeito.

a) Um primeiro “tubo de ensaio” já foi utilizado durante o citado Simpósio de Berna de 1990. “Esta certo” – dizia a alternativa até então não utilizada do art. 210 ou do art. 127 do Código de Obrigações – que o art. 39 da Convenção de Viena “também deve estender-se ... ao prazo prescricional”. “Não se exclui, todavia, a possibilidade de correção, admitindo-se um prazo de 2 anos (sendo que aqui pode ser invocado o argumento de uma avaliação equânime do prazo para reclamação e prescricional do art. 210 do Código de Obrigações)”. O prazo prescricional somente deve começar a fluir com o surgimento da pretensão, ou seja, ao contrário do que dispõe o art. 210 do Código de Obrigações, não a partir da entrega do bem, mas sim “da descoberta do defeito”⁴⁴.

Qual a norma que deve ser corrigida: a do art. 210 ou do art. 127 do Código de Obrigações? E por quem: legislador ou tribunais? E indo mais além: Permitindo-se que o prazo se inicie com a descoberta do defeito, distancia-se então do critério do Direito Uniforme, ao qual em verdade pretendia-se a proximidade (art. 39 da Convenção fala em dia da entrega efetiva), chegando-se, em casos extremos, à adição de 4 anos. Sendo descoberto e notificado um defeito pouquíssimo tempo antes do decurso do prazo de dois anos do art. 39, parágrafo 2º, da Convenção, poderia o comprador ter direito de ação ainda por mais dois anos. Desta forma atinge-se na prática um prazo de quatro anos e a pergunta que se faz é: Deve-se presentear o comprador com esta construção ou não seria mais fácil, por via direta, aderir à Convenção de Nova Iorque sobre Prescrição de 1974/1980.

O Tribunal de Cassação de Genebra não adotou, com razão, este tipo de adaptação.

b) Adotou, ao contrário, em uma segunda tentativa, adaptando o direito interno ao direito internacional uniformizado, relativamente ao art. 210 do Código de Obrigações, o posicionamento de dobrar o prazo indubitavelmente ali previsto de um ano. Esta estratégia já podia ser encontrada, de forma sutil, no *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht* com dois postulados: em primeiro lugar, “o art. 210 do Código de Obrigações não deve ser aplicado”, quando estiver em questão o art. 39, parágrafo 2, da Convenção de Viena; em segundo lugar, as pretensões baseadas na Convenção não devem prescrever, enquanto os prazos do seu art. 39 não estiverem transcorridos

⁴⁴ Eugen Bucher (nota 34) 49; este prazo é invocado no sentido de que também em contratos mistos de empreitada e venda, segundo a Convenção, o prazo de um ano do art. 371, parágrafo 1º do Código de Obrigações deve ser estendido “por dois anos”: Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver in: Honsell/Vogt/Wiegand (nota 32), art. 371, Rn. 8 (1. Auflage de 1992, p. 1854, 2. Auflage de 1996, p. 1994).

para o comprador”⁴⁵. Expressamente contrária a esta estratégia manifesta-se a supra mencionada dissertação de Genebra: Nenhum tribunal deve estimular a interpretação de direito positivo indubitável; para esse tipo de adaptação somente o legislador seria competente⁴⁶.

Permite-se aqui especular se esta posição contrária não teria sido menos ríspida, se à época já se tivesse conhecimento de um estudo em St. Gallen, o qual sem rodeios conclui que o conflito “apenas poderia ser solucionado no sentido de que o prazo de prescrição reduzido deve ser dilatado até o decurso do prazo decadencial”, e isso “em analogia à relação do prazo prescricional e do prazo de garantia mais longo”⁴⁷.

A decisão do Tribunal de Segunda Instância de Genebra adotou este raciocínio, porém sem menção à interpretação ou à analogia. A mensagem do Senado Federal de 1989 teve a honra de vislumbrar este problema, sem vacilar, por meio desta “solução” aceita (nomeadamente a aplicação singela do art. 210 do Código de Obrigações), em diagnosticar tratar-se de “une question non résolue par la loi – et discutée par la doctrine”. Assim deixou-se o caminho livre para a construção jurisprudencial segundo o art. 1, parágrafo 1º, do Código Civil. Ausente doutrina comprovada ou entrega do bem, procurou o Tribunal reconciliar o art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações com o art. 39, parágrafo 1, da Convenção, vigente no país desde 1991, possibilitando que o prazo prescricional “coincida” com o prazo decadencial de dois anos:

“... la Cour considère qu’il convient d’adapter les deux délais... l’un à l’autre en faisant coïncider de délai de prescription de l’article 210 al. 1 CO avec le délai maximum de déchéance de l’article 39 de la Convention (2 ans). Cette solution a pour elle la logique, dans la mesure où elle ne modifie pas fondamentalement l’article 210 al. 1 CO (le délai de prescription correspond au délai maximum de déchéance), mais l’harmonise avec la nouvelle législation.”

Assim permanece intacto o cerne do art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações.

Também o árbitro, o qual conhecia a construção de Genebra, deseja “manter a concepção do art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações; a adaptação não deve ir além do necessário, a fim de solucionar a tensão do art. 39, parágrafo 2º, da Convenção de Viena.

O contraste não poderia ser maior: para as partes litigantes em um processo, no resultado prático – sem prescrição – nada se altera. Teoricamente, todavia, na Segunda Instância, houve a substituição criativa de uma simples opção a qual foi, dois anos mais tarde, também recepcionada favoravelmente pelo árbitro.

⁴⁵ Honsell (nota 32); excepcionalmente “vale apenas art. 39, parágrafo 2º” (no original: “gilt nur Art. 39 Abs. 2”). Assim também escrevem, sem maior fundamentação, Max Keller/Kurt Siehr, Kaufrecht, Zürich: Schulthess, 3. Auflage 1995, p. 167, Rn. 3.3.

⁴⁶ Marchand (nota 34) 289-290 e nota 873 ao final.

⁴⁷ Patrick Tannò, Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht (Diss. St. Gallen nº 1407), St. Gallen: Dike – St. Galler Studien zum Internationalen Recht Band 13, 1993, p. 288.

IV. Perspectiva crítica

Apesar deste elogio e sem menosprezo, gostaria de lançar algumas considerações críticas para reflexão.

A decisão da Corte de Cassação de Genebra de 10 de outubro de 1997 defendeu sua opção, como demonstrou a citação, de forma lógica. O art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações foi analisado em consonância com a Convenção de Viena (o prazo de prescrição corresponde ao prazo decadencial do art. 39 da Convenção de Viena) e permanece em essência intocável. O mesmo disse o árbitro ao falar em manutenção da “concepção” desta norma (“not a total contradiction to its concept”⁴⁸ Relatório (nota 14), 86.

).

Quem pode imaginar... aceitar esta “consonância”, apesar de ela, como se demonstrará a seguir, apenas “soar” à frente. A “lógica” e a “intangibilidade”, ao contrário, não querem se manifestar em todos os lugares.

A solução encontrada padece sobretudo na “convergência” de prazo prescricional e decadencial.

Vamos considerar que nos últimos minutos do decurso do prazo de dois anos previsto no art. 39, parágrafo 2, da Convenção de Viena fosse descoberto e ainda oportunamente notificado um defeito até então totalmente oculto: Como deveria o comprador infeliz, com vistas no prejuízo emergente, evitar de outra forma suas pretensões, a não ser por meio de uma ação? Sob o ponto de vista puramente prático, isto é, em primeiro lugar, algo impossível – frente à guilhotina da prescrição não haveria fuga! Em segundo lugar, se ainda houvesse tal possibilidade, chegando-se a um resultado totalmente indesejado sob o ponto de vista do comércio internacional e por isso juridicamente insuficiente: uma tal parte contratante atingida já seria há muito parceiro em negócios.

A esta crítica⁴⁹ já reagiu a decisão arbitral intermediária, considerando-a não convincente. A decisão remete à possibilidade de uma interpelação judicial ao invés de uma ação, a fim de interromper o decurso do prazo prescricional, ainda que no último dia; uma guia de remessa poderia explicitar este acontecimento extraordinário e assim deixar em aberto a possibilidade de acordo amigável entre as partes⁵⁰.

Esta tentativa de salvação está condenada desde o início a fracassar, porquanto apresenta-se no caso concreto não menos impraticável, nem menos desconectada do pragmatismo dos comerciantes. Este tipo de rebate falso – seja por meio de uma interpelação judicial, seja por uma ação – viola o espírito da Convenção de Viena.

Aqui falha a construção suíça, pois falta um lapso temporal razoável entre a última possibilidade de reclamação e a prescrição da ação.

Para isso poderiam contribuir dois modelos de solução.

⁴⁸ Em anexo a minha tradução da decisão de Genebra em sede de recurso a crítica está condensada em uma oração subordinada (nota 13), enquanto meu colega de Saarbrücken Claude Witz o fez de forma ainda mais aguçada: “La recherche d’une solution amiable serait alors radicalement exclue: la dénonciation devrait s’accompagner d’une assignation. Selon les juges genevois de seconde instance, la solution retenue ‘a pour elle la logique’, mais qui n’est pas celle de la Convention de Vienne” (nota 13) 316.

⁵⁰ Relatório (nota 14) 90 e nota 18.

⁵¹ Marchand (nota 34) 290 n° 297; de forma diferente Pouliadis (nota 58), assim como W. Posch (nota 54).

Um dos modelos é inclusive citado pelo Tribunal de Genebra. Trata-se da solução legal apresentada inicialmente pelo vizinho alemão em 1989, a qual a dissertação de Genebra classificou como uma excelente adaptação do direito nacional no direito internacional unificado, porém apenas *de lege ferenda*⁵¹. Se os juízes suíços resolvem de forma corajosa atuar como legislador para fins de preenchimento de lacunas, por que eles não aproveitam a oportunidade para discutir a solução correspondente, prevista há longo tempo na lei, e ponderar as vantagens e desvantagens de uma solução por meio de construção jurisprudencial? Deixar transcorrer a prescrição de um ano do art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações, a partir da notificação do defeito, no contexto da Convenção de Viena, ressaltando-se aqui sua extensão, traria de qualquer forma um crescimento em “consonância”, em “lógica” e em “intangibilidade”, assim como, sobretudo, em “uniformidade com o Direito Uniforme”. Assim permanece sem resultado a referência à situação jurídica alemã, tratando-se de mera citação acadêmica.

Outro modelo que estaria à disposição não seria tão rígido como o da norma adaptada (§ 477 BGB e art. 210 do Código de Obrigações) e, por isso, teria preferência no contexto da sobretudo flexível Convenção de Viena. Ele se encontra na literatura austríaca desde 1989 e visa a um objetivo determinado: proporcionar ao comprador, no caso de reclamação, ainda dentro do prazo decadencial de dois anos para fazer valer seus direitos um prazo “adequado”⁵². Esta solução seria desenvolvida no processo de preenchimento de lacunas diretamente por meio do art. 39, parágrafo 2, da Convenção de Viena, assim como em respeito ao espírito dessa Convenção, estando em conformidade com a idéia básica da fixação de prazo curto, deixando intacto o art. 210 do Código de Obrigações para o direito interno, aproximando-se da solução alemão e podendo servir como modelo para outros Estados-membros da Convenção com problemas similares. Em resumo, seria uma espécie de uma solução generalizadora no âmbito do Direito Uniforme.

A despeito dessas considerações de como se poderia fazer melhor⁵³, deve-se manifestar respeito aos juízes na Suíça. De forma corajosa eles na primeira oportunidade

⁵² Loewe (nota 42) Art. 39, p. 60, tratado por Burghard Piltz, Internationales Kaufrecht, München: Beck 1993, § 5 Rn. 90, p. 203.

⁵³ Enquanto alguns autores não diferenciam o problema, como por exemplo Wilhelm-Albrecht Achilles, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied/Kittel: Luchterhand 2000, art. 39 Rn. 18, p. 119, remetendo ao art. 4 Rn. 14, p. 22 com a absurda nota 33a, ou ainda Franco Ferrari na terceira edição do Comentário de Schlechtriem (nota 12), art. 4, Rn 35, p. 100; ou, ainda, contentam-se com a indicação de “fricções”, como André Janssen, Die Untersuchungs- und Rückpflichten im deutschen, niederländischen und internationalen Kaufrecht (Diss. Münster 2001), Baden-Baden: Nomos, p. 217 supra; outros, que vêem o problema, deixam-no escondido, como o fez Ingeborg Schwenzer, in: recht 1991, 113, 118, r.Sp. e infelizmente também na obra traduzida para os “English-speaking-readers” de todo o mundo de Peter Schlechtriem (ed.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford: Clarendon 1998, art. 39, n° 29, p. 318 (“solution still uncertain”), assim como na recente edição alemã (nota 17), art. 39, Rn. 29, p. 365 (“Lösung noch unsicher”) – cujo remédio ainda é aquele do Parlamento de 1989; de forma semelhante, em 1994, Venturi (nota 32), 307, n° 1423 (“solution boiteuse”) e um manual de Stefano Corvaglia, Das einheitliche UN-Kaufrecht – CISG, Bern: Stämpfli 1998: “... em todo o caso... a fim de evitar inseguranças jurídicas, as partes fazem bem em precisar no contrato o início e a duração do prazo prescricional” (no original: “um allfällige... Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, tun die Parteien gut daran, im Vertrag den Beginn und die Dauer der Verjährungsfrist... genau zu vereinbaren”). (p. 35, Rn. 5.4). De forma genérica, Hanns-Christian Salger, in: Witz/Salger/Lorenz, International Einheitliches Kaufrecht, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 2000, art. 39, Rn. 17, p. 302, requer “interpretação limitada das disposições nacionais sobre prescrição”, sem definir de que maneira.

atuaram com vigor e colocaram fim provisoriamente a uma insegurança jurídica indesejável para a prática, refletida na literatura de forma expressa. Resta esperar para verificar se outros tribunais superiores ou arbitrais seguirão este tipo de preenchimento de lacuna e como algum dia quiçá distante reagirá o Tribunal Federal em Lausanne.

Fora da Suíça, já amanhã, poderiam tais lacunas se fazerem igualmente presentes: por exemplo na Áustria⁵⁴, na França⁵⁵, na Espanha⁵⁶, na Itália⁵⁷, na Grécia⁵⁸, Bulgária, Dinamarca, assim como em países como Egito, Argentina, México, Equador e - *last but not least* – no Brasil⁵⁹. Será que eles seguiriam o princípio “onde desde sempre prevaleceu uma concepção jurídica simples e prática?” (“*wo seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat*”)⁶⁰

⁵⁴ O § 933 do ABGB, de forma análoga à decisão alemã, recomenda a notificação do defeito como “prazo razoável”, seg. Willibald Posch no comentário editado por Michael Schwimann Praxiskommentar zum ABGB, Wien: Orac, 2. Auflage 1997, art. 39, Rn. 12, p. 1080. Indicações anteriores: ver nota 42.

⁵⁵ Vicent Heuzé, La vente internationale de marchandises – Droit uniforme, Paris: GLN Joly 1992, n° 307, p. 235, omitindo o Direito alemão, notadamente o § 3 da Vertragsgesetz, prega o prazo de dez anos do art. 189 do *Code de commerce* (“la seule solution raisonnable”); também assim, infelizmente, o faz Claude Witz (nota 13), o qual aplaude a juíza do Tribunal de Primeira Instância de Genebra (“solution convnancante”) e remete à sua observação sobre a sentença no caso Cass. Com. de 17.12.1996, D.1997.J.337; lá ele tenta solucionar suas próprias dúvidas (“long”, “excessif”) no sentido de que elas não desempenham nenhum papel.

⁵⁶ Na Espanha, onde em termos de prazo se esta diante de uma “caja de sorpresas” permanece impreciso se a defesa em razão de falta de conformidade, possível por quatro anos e funcionalmente separada da posição de garantia, teria prevalência frente aos reduzidos prazos de garantia, conf. Lars Grube, Deutsch-spanischer Handelskauf, Diss. Regensburg 1995, p. 63-65. Tal problema não foi discutido na primeira monografia de Manuel Medina de Lemus, La venta internacional de mercaderías, Madrid: Tecnos 1992, p. 180-185 e no comentário de Luis Díez-Picazo y Ponce de León (ed.), La compraventa internacional de mercaderías, Madrid: Civitas 1998, art. 39 XII, p. 342 (Morales Moreno).

⁵⁷ Ver aqui Herbert Asam, Die Verjährung kaufvertraglicher Ansprüche im italienischen Recht, RIW 38 (1992) 798-802, que se conforma aparentemente com a redução do prazo provocado pelo art. 1495, parágrafo 3 do Codice Civile no art. 39, parágrafo 2° da Convenção de Viena.

⁵⁸ Estranhamente parece que os gregos, em que pese seu tradicional contato com o direito francês e alemão, não identificaram o problema quando, no seu relatório de 5.3.1997, se preparavam para aderir à Convenção de Viena, por meio da Lei n° 2532, publicada no Diário Oficial de 11.11.1997, ratificada por meio do depósito do documento respectivo em 12.1.1998. Athanassios Pouliadis em Thessaloniki (o qual, aliás, fez Doutorado em Munique e com o qual permaneço vinculado desde meus tempos de Assistente junto ao Prof. Lorenz no Instituto de Direito Comparado), atentando que o art. 554 do Código Civil Grego corresponde ao § 477 do BGB alemão, considera que a solução alemã não deve ser recomendada como possível *de lege ferenda*, mas sim *de lege lata* (interpretação teleológica), porém prevaleceria também a idéia aqui defendida de um “prazo adequado” atrelado ao art. 39, parágrafo 2° da Convenção de Viena. Assim em Kritiki Epitheorisi Nomikis Theorias Kai Praxis 1998/2, 123 (135-136).

⁵⁹ Ver listagem de regras sobre prescrição em Piltz (nota 52), § 5°, Rn. 89, p. 202, que simplesmente deixou de mencionar o reduzido prazo contemplado no Código Civil brasileiro (art. 445, CC/2002; art. 178, § 2°, CC/1916).

⁶⁰ BG. 3.4.1941, BGE 67 II 70 (74), recentemente citado em BG 19.1.2001 – Az. 4C.172/1999 e em NZZ (Internationale Ausgabe) n° 49, de 28.2.2001, p. 48 em BGE-Publikation.